

VNIVERSITAT E VALÈNCIA

Departamento de Derecho Administrativo y Procesal

Facultad de Derecho



Tesis doctoral

**LA ORALIDAD EN EL SISTEMA
PROCESAL CIVIL ECUATORIANO**

Doctorado en Derecho, Ciencia Política y Criminología

Presentado por:

Daniel Mauricio Peñaherrera Toapaxi

Dirigido por:

Dra. Dra. h.c. mult. SILVIA BARONA VILAR

Valencia, noviembre 2024

A Dios, por no soltar mi mano.

A mis padres, Mercedes y Mauro, porque si no fuesen lo que son, no sería lo que soy y por todo lo que con su amor y esfuerzo sembraron en mí.

A mi hermano, David, por su amor incondicional, por ser el faro que ilumina mi vida.

A Cristina, por enseñarme a soñar despierto, que es, en realidad, como se sueña de verdad.

A mi directora de tesis, Silvia Barona, por su guía, amistad y apoyo a lo largo de estos años.

INTRODUCCIÓN	1
I. JUSTIFICACIÓN Y RELEVANCIA DE LA INVESTIGACIÓN	1
II. OBJETIVOS Y PREGUNTAS DE INVESTIGACIÓN	4
III. METODOLOGÍA	5
IV. ESTRUCTURA	6
CAPÍTULO PRIMERO I: LA HISTORIA DEL PROCESO CIVIL ECUATORIANO	8
I. LA INDEPENDENCIA POLÍTICA DEL ECUADOR	10
1. Época aborígen	11
2. Época Colonial	17
2.1. La época colonial y el devenir de la justicia indígena	29
II. EVOLUCIÓN DEL DERECHO PROCESAL	33
1. Desarrollo histórico del derecho procesal en términos generales	35
2. Desarrollo histórico del derecho procesal ecuatoriano	49
III. “AFLUENTES” DE LA REFORMA PROCESAL ECUATORIANA	63
1. La Constitución Ecuatoriana de 2008 y el deber de adecuación	65
2. El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica	81
CAPÍTULO SEGUNDO II: VÍNCULOS Y CARACTERÍSTICAS DE LA ORALIDAD	90
I. LA ORALIDAD ¿PRINCIPIO?	91
1. La doctrina de Robert Alexy	95
2. La doctrina de Manuel Atienza	99
3. La doctrina de Ronald Dworkin	102
4. La oralidad desde la Constitución	105
II. LOS PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO Y SU RELACIÓN CON LA ORALIDAD	110
1. Oralidad e Inmediación	112
2. Oralidad y concentración	118
3. Oralidad y publicidad	123
4. Oralidad y plazo razonable (celeridad)	129
4.1. La complejidad del asunto	132
4.2. La actividad procesal del interesado	132
4.3. La conducta de las autoridades judiciales	133
4.4. La afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso	136
5. Oralidad y eventualidad	139

6. Oralidad y economía procesal	142
III. LA PUBLICIZACIÓN DEL PROCESO MÁS ALLÁ DE LA ORALIDAD	148
1. La publicización del proceso	152
1.1. Los revisionistas	155
1.2. Análisis de los planteamientos revisionistas	156
2. Principales implicaciones de la publicización del proceso	162
2.1. Alcance del Principio dispositivo y aportación de parte	163
2.1.1. El principio dispositivo	165
2.1.2. El principio de aportación de parte	168
2.2. Principio de buena fe procesal	170
2.2.1. La buena fe y el abuso del derecho	175
2.2.2. La buena fe y los actos procesales	176
2.3. Principio de imparcialidad	179
2.3.1. Dirección judicial del proceso	184
CAPÍTULO TERCERO III: EL PROCESO Y SUS IMPLICACIONES EN EL JUICIO ORAL	187
I. ¿LA NATURALEZA DEL PROCESO?	189
1. Teoría del contrato	190
2. Teoría del cuasicontrato	191
3. Teoría de la relación jurídica	193
4. Teoría de la situación jurídica	197
5. Teoría de la institución jurídica	199
6. Teoría del proceso como procedimiento contradictorio	201
7. Conclusiones de la naturaleza jurídica del proceso	202
II. EL PROCESO POR AUDIENCIAS	204
1. El proceso por audiencias en el Código Orgánico General de Procesos	209
1.1. El conocimiento de los intervinientes	211
1.2. La intervención oral	212
1.3. La contradicción	213
1.4. Conciliación	214
1.5. Idioma	217
2. La audiencia preliminar en el Código Orgánico General de Procesos	219
2.1. Las excepciones previas	220
2.1.1. Los presupuestos procesales	221
i. Los presupuestos procesales relativos al órgano jurisdiccional	222
ii. Los presupuestos procesales relativos a las partes	224
iii. La aptitud formal de la demanda	227
iv. Debida adecuación del procedimiento	229
2.1.2. Presupuestos materiales	231
i. Legitimación de la causa	232

ii. El interés sustancial para obrar _____	236
iii. Indebida acumulación de pretensiones _____	237
iv. Ausencia de desistimiento, transacción, litispendencia y prescripción _____	238
a) El desistimiento _____	239
b) La transacción _____	242
c) La litispendencia _____	248
d) La prescripción _____	252
2.2. Las nulidades procesales en la audiencia preliminar _____	254
2.2.1. Principios que “gobiernan” la declaratoria de nulidad _____	259
3. La audiencia de juicio en el Código Orgánico General de Procesos _____	264
3.1. La prueba en el Código Orgánico General de Procesos _____	266
3.1.1. Inexistencia del vínculo entre verdad y prueba _____	269
3.1.2. Existencia del vínculo entre verdad y prueba _____	271
3.1.3. Reflexiones teóricas sobre la verdad en el Código Orgánico General de Procesos _____	274
3.1.4. La presencia de los pactos o negocios procesales en el Código Orgánico General de Procesos _____	282
3.1.5. La carga de la prueba _____	287
3.1.6. La carga dinámica de la prueba _____	292
3.1.7. La prueba pericial y el razonamiento inferencial _____	301
3.1.8. La motivación _____	308
RESULTADOS Y CONCLUSIONES _____	316
BIBLIOGRAFÍA _____	324
1. Libros _____	324
2. Revistas _____	343
3. Capítulo de libros _____	357
4. Leyes _____	364
5. Jurisprudencia _____	367

INTRODUCCIÓN

El debate en foros nacionales e internacionales en Latinoamérica de la oralidad en el proceso civil ha sido y es importante. Con el devenir de los años han surgido posiciones encontradas y argumentos esgrimidos para mostrar las bondades y las deficiencias de la incorporación de la oralidad en el sistema procesal. Su importancia para Ecuador nos llevó a considerar el interés de un análisis de la oralidad en la legislación ecuatoriana, para lo cual hemos querido considerar su proceso de desarrollo histórico hasta su tratamiento actual en el modelo procesal instaurado tras la última reforma legislativa, que opta por esta forma de comunicación. Las implicaciones de su incorporación tienen relevancia en los actos procesales en general. Si bien la presencia de la oralidad en la cotidianidad de las relaciones sociales siempre ha estado arraigada a las diferentes etapas evolutivas, lo que se analizará es su grado de desarrollo técnico jurídico, así como sus alcances contemporáneos.

El abordaje de la audiencia de juicio que va desde el surgimiento del rasgo característico de la reforma: oralidad, hasta su dimensión como concepto general y posterior practicidad en el tratamiento del conflicto de interés judicial, permite analizar de manera completa la situación del procedimiento civil ecuatoriano. El estudio que se realizará parte de una descripción general abstracta, hacia una individual y concreta que desemboca en la audiencia de juicio oral.

En las páginas que se presentan a continuación encontraremos el enfoque global de los argumentos que sustentan la presente tesis, así como los objetivos que con ella se persiguen, de la mano de la metodología y la estructura que fue utilizada para la elaboración de esta investigación.

I. JUSTIFICACIÓN Y RELEVANCIA DE LA INVESTIGACIÓN

La administración de justicia constituye un elemento esencial e imprescindible en la vida de una sociedad organizada. En tierras ecuatorianas, previo a su

colonización, ya existieron civilizaciones que contaban con reglas destinadas a preservar la armonía social. Por lo tanto, resulta imprescindible destacar su presencia en esta tesis, pues desde allí se evidencia la injerencia que tuvo y tiene la oralidad. Es menester además remarcar su reconocimiento como uno de los pilares que rigen la conducta de los ciudadanos que resulta tan diversa y rica por el mestizaje de sus integrantes. Resulta imposible empezar esta tesis sin mencionar, al menos de manera preliminar, el origen de los pueblos que habitaron esta tierra y que aún participan de manera activa y con más derechos. Su inclusión además tiene un propósito práctico: entender cómo el modelo instaurado, puede o no resultar más acorde a los modelos de administración de justicia que desde el inicio han encontrado cobijo en el Ecuador. Otro de los objetivos resulta de la necesaria visualización de la cultura indígena que no puede desconocerse si la investigación se desarrolla sobre la legislación ecuatoriana.

De forma complementaria a la mención de la cultura indígena ecuatoriana, corresponde en igual proporción hablar del proceso de colonización, que constituyó el vehículo de ingreso de la cultura europea, específicamente española, en tierras americanas. Hemos considerado valioso mencionar cómo ocurrió la llegada de esa relación que aún subsiste. Toda vez que, a partir de este acercamiento que involucró los modelos de administración de justicia, inició una correlación insoslayable entre el pensamiento jurídico europeo y los modelos de administración de justicia americanos. Estas relaciones serán evidenciadas en la investigación y acercarán los criterios de los más relevantes procesalistas españoles. Esto servirá para entender el derecho a través del análisis comparativo y acercará la academia europea con la ciencia procesal ecuatoriana.

Los vínculos que existen entre España y Ecuador son, aunque en ocasiones no puedan divisarse –o reconocerse- aún muy cercanos, a consecuencia de las similitudes culturales e idiomáticas, así como el contacto académico, cada vez más intenso. Desde tierras españolas se han llegado a conocer los aportes y avances jurídicos europeos que tras su mezcla con los pensamientos americanos se han incorporado en las reglamentaciones jurídicas de los países sudamericanos. No se

trata de hacer una apología de la historia, sino entender cada uno de los aspectos del modelo para dimensionar su campo de acción.

Justamente es así como las ideologías de Franz Klein, que incluían el uso de la oralidad en el derecho procesal, terminaron germinando en el Ecuador y en su última reforma. El aporte de la doctrina austrohúngara que, si bien no están promovidas por idénticas razones ideológicas que motivaron a Klein -tampoco el momento histórico-político es el mismo-, fueron incluidas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, por considerarse las más efectivas para atender el inconveniente que significó el estancamiento de las causas judiciales. Desde y con la oralidad se han agregado nuevas y diferentes formas en el tratamiento del proceso civil hasta formar un modelo propio con matices únicos y adaptables, de manera que no es posible analizar la oralidad como categoría estanca, sino integrada en un conjunto de componentes que construyen un modelo procesal diverso.

El espacio temporal que ha transcurrido desde la implantación de la reforma procesal hasta la presente tesis brinda la oportunidad de medir y analizar críticamente sus consecuencias y la efectividad de los propósitos que la motivaron. Con el afán de dotar de integralidad, esta investigación abarca un pronunciamiento sobre las consecuencias de la instauración de la oralidad en la resolución de causas como mecanismo de medición de efectividad en el tratamiento de los conflictos sociales y sus efectos en la cultura procesal, desde las técnicas de litigación, desarrollo de las nuevas modalidades de evacuación probatoria, y el ordenamiento de las dos audiencias que conforman el juicio oral.

La tesis proporciona una visión sobre la identidad del derecho procesal ecuatoriano. Desde el derecho comparado se realiza un acercamiento a la legislación española. Nos valdremos de ella como punto de partida necesario a causa de su influencia en la cultura procesal ecuatoriana. Todo ello nos permitirá dimensionar la construcción auténtica de la reforma procesal.

A lo largo de esta investigación se clarifica aquellas instituciones que constan en la reforma, que han generado varios conflictos derivados de la falta de adaptabilidad del litigio ecuatoriano acostumbrado a un sistema escriturario. De manera puntual se

sentarán las bases para la consideración del derecho procesal latinoamericano, motivado por la influencia europea, pero actualizado y practicado desde el sur y del entendimiento de nuestras propias raíces.

Resulta indudable a lo largo de los años que una de las mayores preocupaciones que giran en torno a la administración de justicia es aquella destinada a su perfeccionamiento especialmente de los tiempos que demandan la tramitación de las causas. Por tanto, la economía procesal se convirtió en la inspiración de aquel modelo que mejor responda a los tiempos en la tramitación de las causas y consiga dar respuestas adecuadas con la menor cantidad de actos procesales a las exigencias de los usuarios de la administración de justicia.

Algunos países fundamentaron sus reformas procesales civiles en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, elaborado por afamados procesalistas entre ellos Adolfo Gelsi Bidart y Enrique Véscovi. El código de procedimiento ecuatoriano ha fundado una especie de mezcla entre aquellas teorías para formar una propia concepción del derecho procesal sustentado en la oralidad.

II. OBJETIVOS Y PREGUNTAS DE INVESTIGACIÓN

En atención a la reforma procesal civil ecuatoriana, que generó importantes cambios, la investigación plantea las siguientes preguntas:

- ¿Qué características posee la oralidad en el estado ecuatoriano?
- ¿Cuáles fueron las fuentes de la reforma legislativa en cuanto a la ley procesal?
- ¿Qué factores históricos han incidido en la construcción del ordenamiento jurídico procesal ecuatoriano?
- ¿Cómo se desarrolla la audiencia oral?
- ¿Cómo interactúa la oralidad con los principios del procedimiento?
- ¿Cuál es la naturaleza de la oralidad? ¿En realidad es un principio?

- ¿Cuáles son las principales características de la audiencia de juicio en el Ecuador?

Sobre esta base el objetivo de esta investigación es analizar la situación de la oralidad en el sistema procesal ecuatoriano, lo que supone una aproximación a su relación y posición junto con aquellas actuaciones que se desarrollan obligatoriamente a lo largo de la tramitación de las causas judiciales. Como tendremos ocasión de exponer, el modelo lejos está de considerarse completo, de hecho, comete algunas imprecisiones que se abordan de manera crítica.

Para concluir, el objetivo final de esta investigación será establecer un camino de diálogo directo entre el modelo procesal ecuatoriano con modelos extranjeros, especialmente español, para depurarlo a fin de que el trabajo sirva como una herramienta de entendimiento del proceso y de sus alcances que pueden ser perfectibles.

III. METODOLOGÍA

La metodología utilizada para la elaboración de esta investigación se sustenta en la investigación doctrinaria tradicional. Lo dicho involucra la revisión de la legislación, doctrina altamente calificada y su aplicación práctica con la ley. Todo ello con el ánimo de abordar la situación actual de cada una de las instituciones jurídicas que se desarrollan en esta tesis. Se realizará uso de una argumentación coherente que permita el establecimiento de bases para la depuración del modelo procesal ecuatoriano.

En cuanto a la primera parte que se centra en la historia del proceso civil ecuatoriano se utilizó un método histórico exegetico. La importancia de este método radica en conocer los antecedentes históricos que promovieron la reforma procesal y el camino que la condujo al estado actual. Por medio de este método se ha podido establecer el propósito de la ley según el momento en el que se encuentra.

Por lo que toca a la segunda parte relacionada con los vínculos y las características de la oralidad, el punto de partida ha sido la literatura científica vinculada a la naturaleza de la oralidad cuestionando su concepción como principio a la luz de las principales teorías dogmáticas que giran alrededor de este concepto. El carácter científico de los recursos dogmáticos utilizados descansa sobre diferentes criterios, por lo que si bien la ciencia jurídica no parte de verdades absolutas se ha optado por tomar pronunciamientos de los autores más relevantes sobre el tema, con el afán de dotar de un carácter jurídico serio a la investigación.

En cuanto a la tercera parte se hizo uso de un método crítico. Por medio de él se cuestionan las diferentes bases del juicio oral y de las actuaciones que dentro de él tienen lugar. Adicional a ello se trae al debate los modelos de razonamiento probatorio y de las incidencias de la motivación de la sentencia como garantías de una administración de justicia más eficiente y justa que se acerca a la búsqueda de la verdad de las hipótesis planteadas por los litigantes.

En todo el trabajo se ha realizado un análisis del derecho comparado para realizar las diferenciaciones del modelo, así como para caracterizar el proceso civil ecuatoriano, más allá de sus fronteras; revelando las fortalezas y deficiencias del modelo instaurado. Adicional a ello se ha incluido alusiones a factores derivados de la inclusión de la tecnología en la administración de justicia.

IV. ESTRUCTURA

La investigación se ha desarrollado a lo largo de tres capítulos. El primero de ellos va desde la concepción de los pueblos aborígenes del Ecuador y su cercanía con la oralidad, así como la inclusión del pensamiento jurídico europeo que arribó de la mano del proceso de colonización, todo ello de forma introductoria. Al final de este apartado se concluye con los afluentes directos de la reforma procesal destacando su motivación constitucional y las bases que se sentaron desde la labor del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. La conformación de dicho instituto por connotados procesalistas generó que la mayor parte de avances entorno a la materia,

generalmente provenientes de Europa, sean incorporados en los diferentes códigos procesales latinoamericanos.

En el segundo capítulo se empieza por el profundo análisis de la naturaleza de la oralidad y se desarrolla su contenido en relación con los principios del procedimiento. Finalmente termina con aquello que comprende la publicización del proceso y las repercusiones que tiene sobre el principio dispositivo, de aportación de parte, la buena fe procesal y el principio de imparcialidad. Se describe su implementación para llegar a discutir si su incorporación implica mayores o menores demandas por parte de la administración de justicia.

En el último capítulo, se parte de la naturaleza del proceso desde las diferentes teorías para identificar a cuál de ellas se adhiere la cultura jurídica procesal ecuatoriana. El centro del análisis además gira de forma descriptivo-crítica sobre las dos fases de la audiencia oral, detallando las principales actuaciones que en ella tienen lugar y las posibilidades de actuación que cada una de las partes posee. Así también se realiza una crítica del proceso desde las diferentes posibilidades que allí se presentan. Se finaliza el capítulo con el estudio de los rangos de motivación y las diferentes teorías de la valoración probatoria como elementos para alcanzar el fin del proceso.

La tesis termina con el establecimiento de conclusiones en las cuales se ve reflejado los resultados de la investigación. Se plantean críticas constructivas a las deficiencias del modelo y se da una respuesta a los objetivos que motivaron el desarrollo del tema.

CAPÍTULO PRIMERO I: LA HISTORIA DEL PROCESO CIVIL ECUATORIANO

La construcción del ADN procesal ecuatoriano no es sencilla, y extrae una ardua tarea, más aún si tomamos en consideración que a lo largo de su historia ha sufrido una importante y progresiva mutación, como resultado obvio de toda organización humana. Con el afán de alcanzar una respuesta que atienda las necesidades sociales, el estado ha emprendido un cambio de sus normas procesales y ha tomado a la oralidad como uno de sus pilares, por mandato constitucional.

No cabe duda de que en todos los ámbitos de la sociedad y en las relaciones que operan entre los individuos surgen numerosos conflictos que deben ser atendidos por el estado, en búsqueda de la paz social, bien de forma directa, a través de los tribunales y el proceso, bien de forma indirecta, a través de los medios o cauces de solución extrajudicial de conflictos. Los principios como mandatos de optimización requieren un desarrollo normativo que alcance, de acuerdo con las posibilidades técnicas y jurídicas, la mayor medida de satisfacción de los fines fundamentales del derecho y de los estados.

Uno de los pilares fundamentales del estado constitucional de derechos y justicia -como se auto denomina el estado ecuatoriano-, es la tutela judicial efectiva¹. Este derecho vivifica la tutela del proceso y abarca un espectro mucho más amplio y complejo que el mero acceso a la justicia o el debido proceso², ya que engloba a una

¹ Martín Hurtado Reyes sostiene que el término tutela judicial efectiva proviene de la constitución española de 1978, aún a pesar de las consideraciones previas de la doctrina europea sobre el derecho a acudir a una instancia judicial, para atender sus necesidades de protección estatal. HURTADO, M.: *Tutela jurisdiccional diferenciada*, Palestra, Lima, 2006, p. 36.

² “El término “tutela judicial efectiva” plantea uno de los conceptos de mayor dificultad en su definición, sea porque puede ser observado desde una vertiente estrictamente procesal; bien como un derecho de naturaleza compleja que se desarrolla a su vez en varias vertientes, tal como lo ha señalado abundante jurisprudencia del Tribunal Constitucional español o porque se le considere como un verdadero derecho humano y por consiguiente, con su propia “jerarquía”, lo que impone una consideración distinta de la mera óptica de “componente” del debido proceso, se está ante un desafío, que es sin duda de difícil planteamiento”. AGUIRRE, V.: “La tutela judicial efectiva como derecho humano: una aproximación a su concepción y situación en el Ecuador” en Programa andino de derechos humanos (Comp.): *¿Estado Constitucional de Derechos? Informe sobre derechos humanos Ecuador 2009*, Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador ediciones Aby Ayala, Quito, 2010, p. 13.

justicia que debe ser célere y de resultados eficaces. Por ello, el presente capítulo pretende sentar las bases generales del avance histórico del derecho procesal ecuatoriano y su relación con el mundo, con la finalidad de exponer el marco en el que se ha celebrado las diversas modulaciones normativas y los intereses que estas persiguen, especialmente ante la obligación del estado de garantizar a sus ciudadanos un adecuado servicio público de administración de justicia³.

El acercamiento de las corrientes del pensamiento que a lo largo de la historia han ido formando a la ciencia procesal son imprescindibles para la construcción de soluciones a problemas comunes. Los análisis de estos factores coadyuvan a un entendimiento generalizado y mucho más homogéneo de lo que hoy entendemos por derecho procesal científico. Y todo ello es fruto del entorno social, de las coordenadas sociológicas en las que se gestan. De ahí que la ciencia en términos generales no debe entenderse como un ente aislado, sin herencia ni legado, sino como aquella que surge del aporte que a lo largo del tiempo se ha dado a las diferentes interrogantes de convivencia social. La ciencia procesal no puede, ni debe, alejarse de sus experiencias propias para responder a las necesidades actuales. Surge así, la necesidad de conocer su historia. Como apunta Barona Vilar, “un buen entendimiento del presente se adquiere cuando se conoce el pasado y se es capaz de prever o siquiera influir de alguna forma en lo que puede llegar a ser el futuro”⁴.

El alcance que busca el presente capítulo se logra repasando, al menos brevemente, los caracteres sociales, políticos y económicos de la historia ecuatoriana desde su inicio. Solo a través del conocimiento de estos factores se comprenderá el porqué de sus decisiones actuales, la motivación detrás de ellas, las heridas sociales que buscan aplacar -incluso de forma involuntaria-, su herencia, responsabilidad social

³ Conforme ha sido expuesto por la doctrina más calificada, el derecho a la jurisdicción como un deber de imposición estatal, está vinculado a la tutela judicial efectiva, dada su naturaleza de derecho subjetivo público. BARONA VILAR, S., “Fundamento, evolución y contenido de la disciplina en el siglo XXI”, en GÓMEZ COLOMER/BARONA VILAR (Coord.): *Introducción al Derecho Procesal I, Derecho Procesal I*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, València, 2024, pp. 25-45; GIMENO, J.V.: *Fundamentos del derecho procesal*, Civitas, Madrid 1981, p. 130. Este criterio es compartido por ORTELLS, M.: *Derecho procesal civil*, Aranzadi, Navarra, 2001, p. 45; MONTERO AROCA, J., FLORS, J.: *El proceso de ejecución-Ley 1/2000*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 58; VÉSCOVI, E.: *Teoría General del Proceso*, Temis, Bogotá, 1999, p. 6; COUTURE, E.: *Fundamentos del derecho procesal civil*, B de F, Buenos Aires, 2001, p. 33.

⁴ BARONA VILAR, S.: *Proceso penal desde la Historia. Desde su origen hasta la sociedad global del miedo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 25.

y pensamiento multicultural ancestral. Por ello, vemos conveniente resaltar los hitos históricos y culturales de esta región. Sin perjuicio de ello, el conglomerado histórico, no podrá recogerse y tampoco es la intención de la investigación, más a través de la exposición de los hechos esenciales se sentarán las bases del entendimiento de la cosmovisión ecuatoriana en su esfera cultural, social y jurídica. Estos breves antecedentes históricos brindarán las herramientas necesarias para el desarrollo de la investigación y se constituirán en las bases en las que se han asentado las reformas procesales ecuatorianas.

I. LA INDEPENDENCIA POLÍTICA DEL ECUADOR

Identificar las características aborígenes dentro de una organización social nos permiten conocer las bases de su estructura jurídico procesal. La historia de los pueblos y la idiosincrasia que trasciende de generación en generación permite dimensionar la naturaleza de sus conflictos sociales y la perspectiva de solución jurídica de estos. Si omitiésemos el conocimiento de la herencia ancestral ecuatoriana, nos resultaría imposible entender el porqué de su ordenamiento jurídico y cuáles son las fuerzas sociales intrínsecas que motivan su cambio. Así en palabras del profesor Montero Aroca, “no se trata de hacer arqueología, sino de atender a lo que es necesario para entender la regulación actual”⁵, para poder, posteriormente, entender la integración de las nuevas claves vertebradoras del derecho de tutela en el siglo XXI⁶.

La reivindicación de la herencia indígena y su relación con la visión europea darán como resultado un abordaje del derecho procesal más cercano a la realidad de nuestros pueblos. En aras de ahondar el entendimiento de la idiosincrasia ecuatoriana conviene analizar su proceso evolutivo y sus gestas de liberación política. La historia

⁵MONTERO AROCA, J.: “La formación del proceso y de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, en MONTERO AROCA, J. et altri (dirs.): *Derecho jurisdiccional II proceso civil*, Tirant to blanch, Valencia, 27 ed., 2019, p. 38.

⁶BARONA VILAR, S.: “Fundamento, evolución y contenido de la disciplina en el siglo XXI”, en GÓMEZ COLOMER, J. BARONA VILAR, S. (Coord.): *Introducción al Derecho Procesal I, Derecho Procesal I, Op. Cit.*, p. 36.

nos entregará las respuestas que necesitamos para desentrañar la cultura jurídica ecuatoriana.

Los estudiosos de las formas de organización que han adoptado los seres humanos a lo largo de la historia, desde la familia hasta el estado moderno, han propuesto varias denominaciones para cada una de estas etapas⁷. Sin embargo, estas enseñanzas han girado en torno a los procesos de socialización ocurridos en Europa y no desde el aporte propio de nuestros antepasados. Los juristas ecuatorianos hemos omitido indagar respecto de las formas de vida y asociación que tuvieron lugar en nuestro territorio y nos hemos privado del aprendizaje de las concepciones sociales que la historia nos brinda.

La diversidad de formas históricas que adopta cada región provoca que el pretender asumir una realidad actual en base de las experiencias ajenas resulte en una imprecisión de no menor interés. Si bien los aportes de Europa son por demás relevantes en el proceso evolutivo de la humanidad, no es menos cierto que también corresponde valorar de forma inicial los antecedentes del territorio ecuatoriano de forma individual, de manera que solo desde la historia es posible entender el presente y avizorar el futuro.

En todo lo referente a organización social, si hablamos del territorio ecuatoriano podemos concluir que está regido por periodos plenamente identificados entre los cuales destacan los de recolección, señoríos étnicos, confederaciones, la incanización y la colonia. Cada época abarca características propias que tras su intensa mezcla configuran una realidad compleja con rasgos propios.

1. Época aborígen

Si bien la información que se tiene de la época previa al Tawantinsuyo podría concebirse como precaria⁸, fruto de la destrucción premeditada de los aportes

⁷ BORJA, R.: *Derecho político y constitucional*, Fondo de cultura económica, Ciudad de México, 3 ed., 1991, p. 16.

⁸ BASADRE, J.: *Historia del derecho peruano*, Studium, Lima, 1988, p. 73

culturales de la época, resulta ilógico pensar que una organización económico-social carezca de una función jurisdiccional como herramienta de subsistencia de un orden preestablecido⁹. Tomando como ejemplo a la cultura Moche se ha logrado descubrir la existencia de un proceso judicial formal regido por una autoridad religiosa y militar, en el que, al ser considerado el gobernante como un ser divino, las prerrogativas de defensa eran mínimas¹⁰.

La historia política del Ecuador, lejos de lo documentado, no inició con la colonización europea, por ello es un error denominar al largo periodo desde el poblamiento inicial de Andinoamérica Ecuatorial¹¹ hasta el fin del Imperio Incaico como Prehistoria, cuando lo correcto es identificarla como época Aborigen. Dentro de esta etapa, gracias a los hallazgos arqueológicos, se ha podido establecer que existen al menos tres etapas evolutivas identificables: “precerámico, formativo, de desarrollo Regional e Integración”¹². Este etapa se ha dado en todas las culturas, en la fase de los denominados pueblos primitivos, que, aun no contando con un orden estructurado o formulado, si contaban con reglas, siquiera fueren primitivas, que se referían a la tierra, al espacio, al uso del agua, la caza, la siembra, o la recolección, de manera que todo ello propulsó la aparición paulatina de necesidades de conformar reglas para el uso, disfrute, reparto, beneficios, y para evitar los abusos entre familias, clanes, tribus o comunidades¹³.

De este modo, si bien, como apunta Barona Vilar, “conceptos como “justicia”, “derecho”, “ordenamiento”, “garantías”, “infracción”, “sanción”, etc. han venido conformándose en el marco de un modelo de control de quienes forman parte de la tribu, comunidad, grupo, sociedad, Estado, etc., el paso de los años y el fortalecimiento de la “*polis*” fue ineludiblemente anudando la concepción de la “justicia” como elemento

⁹ MONROY GÁLVEZ, J.: *Teoría general del proceso*, Communitas, Lima 2021, p. 107.

¹⁰ MIRANDA FLORES, J.: “La justicia en el Perú Pre-hispanico”, *Revista jurídica del Perú*, No. 2, 1995, p.16.

¹¹ Desde la etapa formativa temprana el hombre de las áreas de Andinoamérica Ecuatorial ya presentó formas de adaptación al medio ambiente. Dentro del ejercicio económico resalta la combinación de recursos agrícolas, ganaderos y marítimos. El intercambio se desarrolló de forma articulada a través de redes de comercio e intercambio. BORCHART DE MORENO, C., MORENO YÁNEZ, S.: *Crónica indiana del Ecuador antiguo*, ediciones Aby-Ayala, Quito, 1997, p. 23.

¹² AYALA MORA, E.: *Resumen de historia del Ecuador*, Corporación Editora Nacional, Quito, 2008, p. 8.

¹³ BARONA VILAR, S.: *Proceso penal desde la Historia*, Op. Cit., p. 27.

“de lo público” –aun cuando este término es producto de la modernidad-, controlado por quienes no se hallan en el mismo conflicto, discrepancia o infracción, entendido como servicio de la tribu, comunitario, colectivo, social, político, estatal. Es, a este respecto, especialmente interesante, observar la historia de la humanidad, que nos presenta una visión de las respuestas que, desde esa organización social primitiva a la ya más consolidada, se otorgaban ante las infracciones de las normas sociales. No en vano, el derecho y la sociedad, la sociedad y el derecho son dos realidades interconectadas que difícilmente tienen vida “*la una sin la otra*”. Así, en tiempos primitivos existía una suerte de regulación propia, primitiva, sencilla, fragmentada y sectorial, pero que fue poco a poco creciendo a medida que los pueblos se asentaron, de modo que al final fueron el espacio, la tierra, y los asentamientos en ella, los que generaron una profunda necesidad de regular las funciones, las reglas de trabajo, los resultados, los comportamientos y los derechos y deberes de cada uno de los que integraban las tribus, clanes, grupos o pueblos”¹⁴.

Las respuestas primitivas de estas comunidades o tribus -remoto origen del Derecho-, quedaban condicionadas por diversos factores: la lengua, el origen, la proximidad, la historia, la estructura social y la economía y una suerte de divinidad o de magia, si bien a partir de ellas se gesta el germen del “derecho”, un sistema en todo caso consuetudinario, que se adaptaba a las necesidades de cada momento del grupo, tribu o comunidad¹⁵.

La etapa de integración se produjo tras la consolidación de las unidades políticas mediante las cuales se conformaron las confederaciones, cacicazgos y

¹⁴ BARONA VILAR, S.: “Justicia Integral y Access to Justice. Crisis y evolución del “paradigma””, en *Mediación, Arbitraje y Jurisdicción en el actual paradigma de Justicia*, Madrid, Civitas, 2016, pp. 37-38.

¹⁵ KURUK, P., “El derecho consuetudinario en África y la protección del folklore”, en <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001277/127784s.pdf><http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001277/127784s.pdf>, pp. 5-6. Explica este autor las diferencias existentes entre las diversas tribus, que ofrecen respuestas diversas, adaptables a las circunstancias concurrentes. Y destaca como con el paso de los años y siglos también las normas africanas más consuetudinarias han recibido influencia de los modelos jurídicos extranjeros en temas de tierra y crecimiento de la economía del dinero, lo que ha producido reglas también en cuanto a la posibilidad de la propiedad privada, antes inexistente, dado que durante mucho tiempo la tierra pertenecía o bien al grupo-tribu o bien a la familia y no se tenía derecho individual sobre la misma.

señoríos étnicos¹⁶. Estos últimos tuvieron gran importancia llegando a ser grandes unidades políticas y económicas, promovidas por alianzas guerreras fundadas por complejos sistemas de pertenencia étnica y parentescos. El sistema político de los señoríos étnicos se basa en la estructura de producción comunitaria. Las relaciones de individuos estaban ligadas a un sistema social igualitario regidas por una autoridad de carácter hereditario quien adquiriría la denominación de jefes de ayllu¹⁷, con competencia local y caciques mayores de carácter regional. Esta forma de organización abarcó casi la totalidad del territorio que hoy se conoce como Ecuador, tal como lo reconoce el padre Juan de Velasco, el primer historiador ecuatoriano¹⁸. Por otro lado, su visión jurídica se centraba en el bienestar colectivo y por ello sus procesos tenían una naturaleza de resolución consuetudinaria no reglada de forma escrita.

Como vemos el territorio ecuatoriano, antes denominado Reino de Quito, contaba con una organización política anterior a la llegada del imperio Inca, del cual se ha escrito de forma profusa, anterior al surgimiento de la colonia con la llegada de los españoles. Así las cosas, en el Ecuador ya habitaban culturas como: Quillacingas y los Pastos en la zona norte; los Cochasqui, Otavalo y Cayambe en la zona centro norte, quienes más resistencia impusieron a los Incas, en defensa de lo que hoy se conoce como Quito, que a esa fecha ya era el centro comercial y político de la región; los Cañari en la región andina del Sur, en el actual territorio ocupado por las provincias de Cañar y Azuay, cuya herencia cultural se mantiene hasta nuestros días. En la costa ecuatoriana encontramos a las culturas Tolita y Atacames, en la actual provincia de

¹⁶ “Las diferenciaciones sociales, y división de trabajo, lo mismo que las unidades políticas de entonces, se fortalecieron con alianzas entre sí y dieron origen a señoríos étnicos de extensión territorial variada pero estable, de desarrollo político y económico diverso, y con caracterizadas formas de autoridad, con frecuencia, de origen hereditario o de tipo militar, cuando tenían que resistir la invasión externa.” TRUJILLO, C.: *Teoría del Estado en el Ecuador Estudio de Derecho Constitucional*, Universidad Andina Simón Bolívar-Corporación Editora Nacional, Quito, 3 ed., 2021, p. 21.

¹⁷ “La palabra Aya, base de Ayllu, se traduce por difunto; y llu parece derivada del quichualluc, poseedor, significando la palabra completa: herencia de los antepasados, linaje. El ayllu estaba gobernado por un jefe o kuraca, encargado del control político y religioso; también organizaba los trabajos de la comunidad, como las obras de regadío, apertura de caminos y acequias, construcción de tolas; ejerciendo además de sacerdote e intermediario entre la comunidad y sus divinidades tutelares”. LOZANO CASTRO, A.: *Quito ciudad milenaria, forma y símbolo*, ediciones Aby-Ayala, Quito, 1991, p. 47.

¹⁸ VELASCO, J.: *Historia del Reino de Quito en la América Meridional*, Empresa editora El Comercio, Quito, 1946, p. 268

Esmeraldas; los Manteños en la región de Manabí; Los Huancavilcas, Chonos y Punaes en el Guayas; y en la Amazonía los Jíbaros y Quijos¹⁹.

Esta preeminencia de los pueblos aborígenes se mantuvo hasta finales del siglo XV, tiempo en el cual se dio la conquista por parte de los Incas, quienes llegaron desde el sur del Ecuador. Los incas habían alcanzado un nivel sorprendente de organización política, jurídica y militar. Desde 1200 empezaron su expansión territorial, gracias al liderazgo de Manco Cápac. Los incas ejercieron una conquista que combinaba el uso de la fuerza con los pueblos insurgentes, y estrategias de alianza y transacción. La resistencia más encarnada se desarrolló en el territorio de los pueblos Caranqui-Cayambe, esta feroz lucha culminó con el matrimonio de Huayna Cápac nacido en Tomebamba y sucesor en el trono inca de Túpac Yupanqui, con la princesa Caranqui Túpac Palla, también llamada Quilago, que ostentó el título de Señora de Cochasquí²⁰.

El aporte incaico trajo consigo una tecnificación del sistema de producción comunitario y homogenizó las interacciones sociales en los territorios conquistados. Las interacciones sociales de la época coinciden con el denominado “modo asiático de producción”²¹, a través del cual se habla de pequeñas aldeas autosuficientes cuyos excedentes de producción se ponían al servicio de una casta de privilegiados. Esta forma de organización es trascendental para adentrarse en el pensamiento latinoamericano, pues es en base a su herencia y pluralidad cultural y étnica, que se elaboran, hasta la presente fecha, las diversas formas de reglamentación social.

¹⁹ AYALA MORA, E.: *Resumen de historia del Ecuador*, Op. Cit., p. 10.

²⁰ “El Inca vencedor llegó hasta el Angasmayo, o Río Azul en lengua aborígen, extremo límite septentrional del Reino de Quito, y allí señaló con estacas de oro la frontera del imperio. Luego se dedicó a consolidar sus conquistas. Su primera medida fue aplicar severamente la ordenanza real que prohibía en toda la extensión del territorio hablar otra lengua diferente del quechua. Reglamentó el cultivo de la coca. Hizo de Caranqui -región de gran belleza natural- su residencia de campo, en donde disfrutó de la paz en compañía de aquella princesa, hija del último rey de Quito y un tiempo su cautiva, a quien había hecho su esposa” CARRERA ANDRADE, J.: *El camino del sol*, Casa de la Cultura Ecuatoriana Benjamín Carrión, Quito, 1959, p. 102.

²¹ Término aportado por Karl Marx en su famoso Prólogo a la “Contribución a la crítica de la economía política”, escrito en 1859. MARX, K. y HOBSEBAWM, E.: *Formaciones económicas precapitalistas*, siglo XXI editores s.a., México D.F., 1971, p.31.

Huayna Cápac y Túpac Palla, procrearon a Atahualpa²², nacido en Quito en 1500, quien fue el último soberano Inca tras ser asesinado en Cajamarca por orden de Francisco Pizarro. Su muerte se produjo tras el engaño de los conquistadores. Pizarro faltó a su palabra y ordenó la muerte del emperador el 26 de julio de 1533²³, por ahorcamiento.

Como lo reconoce José Luis Vargas Cifuentes, el juicio mediante el cual se juzgó a Atahualpa fue un consejo de guerra presidido por Pizarro, un fiscal y un defensor del reo, ambos desconocidos, Pedro Sancho de la Hoz como escribano y un traductor cuyo único nombre se conoce es Felipillo. El proceso fue sumario y se desarrolló sin ningún tipo de garantías, el interrogatorio realizado al emperador fue fraguado y las respuestas fueron modificadas por el traductor²⁴.

Estas actuaciones procesales propias de una ajena administración de justicia resultaron extrañas al pueblo indígena, quienes obviamente eran carentes de conocimiento de las formas, requisitos, solemnidades y consecuencias jurídicas, propias del derecho procesal europeo. Este hecho de la historia resulta clave en el progresivo desconocimiento a la justicia indígena y a las formas procesales predominantes en América, regidas por el derecho oral consuetudinario.

Como lo reconoce Percy Mac Lean Estenos: “El estado inca ejercía la acción penal, pesquisando y castigando los delitos, actuando en nombre del interés colectivo, salvo casos que pertenecían a la costumbre; la justicia se ejercía de oficio, aunque el agraviado renunciase a ella. Para la aplicación de la ley sustantiva existió la ley

²² Cuyo significado responde a la "virtud de la bondad o fuerza de la dulzura". CARRERA ANDRADE, J.: *El camino del sol, Op. Cit.*, p. 103.

²³ “Los ocho meses y días que sobrevivió cautivo, Atahualpa se esforzó en entender a sus enemigos y de conseguir su libertad. Pero era una ilusión imposible. Pizarro y sus hombres empezaron a descubrir la magnitud de la empresa felizmente lograda y la importancia de su rehén. Mientras sucesivas expediciones al Cuzco y Pachacamac les daban una idea de las proporciones del imperio y de la contienda entre los hijos de Huayna Capac, Atahualpa tenía el valor de rey cautivo. Pero cuando la información básica necesaria fue lograda y su presencia podía atraer potenciales intentos de rescate, su presencia en la hueste aumentaba el riesgo de los europeos. Por unas semanas funcionó el argumento de las piezas de oro y plata ofrecidas a cambio de su libertad, pero es difícil de creer que en algún momento esta promesa tuviera alguna validez”. MILLONES, L.: “Escondiendo la muerte: Atahualpa y Hernando de Soto en la pluma de Garcilaso”, *Letras*, Vol. 77, 2006, p. 26.

²⁴ VARGAS SIFUENTES, J.L.: “El juicio a Atahualpa”, *Nota Investigativa Diario El Peruano*, reportaje 20 de octubre 2019. Versión on line <https://elperuano.pe/noticia/85851-el-juicio-a-atahualpa>, último acceso 09-02-2023.

procesal porque el estado inca no sólo ejerció la función de perseguir al delincuente y calificar el delito, sino también la de juzgar y aplicar las penas. Es evidente, pues, que (...) la época incaica hubo proceso y enjuiciamiento. Este enjuiciamiento fue oral y público, y en la audiencia se realizaban las pruebas testificales y las otras mágicas en que los magistrados se valían de amuletos y ritos supersticiosos”²⁵.

Si bien esta enunciación hace referencia al proceso penal, lo dicho no implica un desconocimiento en la configuración de un proceso civil, tal es así que al juez supremo²⁶ se le reconoció facultades jurisdiccionales generales, con competencia para resolver cualquier tipo de controversia²⁷, en la que se incluían aquellas de índole no penal.

2. Época Colonial

La llegada de la expedición de Colón en 1492 constituyó un hito que cambió definitivamente la interacción social de los pueblos americanos. Esta época coincidió con la finalización del proceso de unidad política en los reinos hispánicos de los Reyes Católicos y la terminación de la época feudal.

La invasión y conquista del territorio americano duró un breve periodo de tiempo, por las ventajas armamentistas de los colonizadores. Una vez que los europeos asumieron el control del territorio, se dio el inicio de una larga época colonial que duró casi tres siglos. Contrario a lo que podría pensarse la época colonial no se desarrolló en un clima de estabilidad, sino de profundos y permanentes cambios que convulsionaron las relaciones sociales.

En tanto, “siendo el proceso un instrumento para el cumplimiento forzado de los derechos materiales, éstos fueron modificados radicalmente por el invasor, quien en este aspecto también impuso su sistema jurídico. Como resulta evidente, una nueva

²⁵ MAC LEAN ESTENOS, P.: *Historia del Derecho Procesal en Perú*, Ediar, Buenos Aires, 1945, p. 240.

²⁶ La calidad de juez no deberá entenderse bajo la visión contemporánea del concepto, sino como un sistema de privilegios familiares regidos por una relación de parentesco.

²⁷ MAC LEAN ESTENOS, P.: *Historia del Derecho Procesal en Perú*, Op. Cit., p. 240.

concepción de las relaciones jurídicas materiales significó en la práctica una alteración de las relaciones sociales al interior de la comunidad (...) Cuando el derecho vigente en un sistema social carece de la consensualidad (...), en lugar de ser el instrumento natural para la convivencia social, se convierte en una fuente de conflictos”²⁸.

Conviene, entonces, centrarnos en los hechos que tuvieron lugar en territorio ecuatoriano. Francisco Pizarro en su segunda expedición al nuevo continente hizo escala en el río San Juan y envió a Diego de Almagro para que informe acerca de los resultados del viaje y a solicitar refuerzos para continuar su travesía. Fue precisamente el piloto de Francisco Pizarro, el andaluz Bartolomé Ruiz, quien descubrió las costas ecuatorianas en 1526. En un primer momento las recorrió desde la actual provincia de Esmeraldas hasta la península de Santa Elena. Se convirtió de esta forma en el “primer europeo que atravesó la línea ecuatorial”²⁹.

Tras navegar las costas ecuatorianas, los conquistadores evidenciaron que más hacia el sur encontrarían grandes riquezas. Poco después de este acontecimiento surgió el episodio de los denominados “trece de la fama” quienes acompañaron a Pizarro en la Isla del Gallo y con quienes posteriormente descubrió el actual Perú³⁰.

En 1531 Francisco Pizarro decidió hacer una expedición definitiva al Ecuador. En la actual provincia de Manabí, recibió refuerzos de Sebastián de Benalcázar quien arribó desde Centroamérica, en la isla Puná ya en la actual provincia de Guayaquil, se les unió Hernando de Soto, juntos se dirigieron a Tumbes y allí inició la toma de los Andes que terminó con la muerte del último emperador Inca.

Sebastián de Benalcázar que fue uno de los terratenientes de Pizarro que disfrutó del botín de Cajamarca, en el afán de hacerse de una gobernación propia emprendió viaje hacia Quito desde San Miguel de Piura. A su llegada logró vencer a la última y heroica resistencia del general inca Rumiñahui. Colaboró con Diego de Almagro en las negociaciones con Pedro de Alvarado quien atraído por las riquezas

²⁸ MONROY GÁLVEZ, J.: *Teoría general del proceso*, Op. Cit., p. 114-105.

²⁹ SALVADOR LARA, J.: *Escorzos de Historia Patria*, ediciones Quitumbe, Quito, 1977, p. 35.

³⁰ PRESCOTT, G.: *La conquista del Perú*, editorial Atlántida S.A., Buenos Aires, 1940, p. 14.

quiteñas llegó desde Centroamérica. El 6 de diciembre de 1534 Diego de Almagro refundó sobre las ruinas de la ciudad aborigen a San Francisco de Quito.

Quito, fruto de su herencia cultural, retomó rápidamente su importancia en la región y se erigió como un centro de gran importancia para los españoles, al ser utilizado como punto de partida para las expediciones fundadoras³¹. Desde aquí partió Díaz de Pineda hacia la región oriental llegando hasta la actual zona de Quijos. Gonzalo Pizarro y Francisco de Orellana también partieron en búsqueda de “El Dorado”³², que terminó con el descubrimiento del río Amazonas.

La leyenda de “El Dorado” trascendió y se dispersó entre los conquistadores, mutando de un hombre dorado hasta la idea de creer en la existencia de toda una nación construida en oro. Gonzalo Pizarro y Francisco de Orellana llegaron juntos hasta el río Napo, lugar en el que se separarían. Orellana abordó un barco de dos velas e imposibilitado de regresar a su reencuentro con Gózaló Pizarro, quien permaneció en tierra, en 1542 descubrió el río Amazonas que desemboca en el

³¹ “Además de Quito y Guayaquil fueron fundadas San Gregorio de Portoviejo, Ambato, Riobamba, Chimbo, Los puertos de Atacames, Manta y Bahía de Caráquez, Loja, Santa Ana de los Ríos de Cuenca; Zaruma, al finalizar el siglo XVI, e Ibarra a comienzos del siglo XVII”. SALVADOR LARA, J.: *Escorzos de Historia Patria*, Op. Cit. p. 38.

³² La leyenda de El Dorado surgió de relatos de los pueblos Muisca de Colombia que hablaban de una ceremonia de posesión de gobernantes que tenía lugar en la laguna de Guatavita. La misma que consistía en cubrir a un hombre desnudo con lo más valioso que se tenía, espolvoreándole oro molido hasta tornarlo dorado. Luego de lo cual se ubicaba en una balsa llena de esmeraldas y montones de oro. Esta balsa era conducida hasta el medio de la laguna y aquí se lanzaba todo el oro al fondo de la Laguna como ofrenda a su Dios. Esta ceremonia, a su vez, tenía como antecedente un mito Muisca según el cual Guatavita fue una cacica que le fue infiel a su esposo con un guerrero de la comunidad. El esposo al enterarse mandó a matar al amante y lo sirvió como comida en un banquete ceremonial. Guatavita al enterarse del hecho tomó a su hija y juntas se lanzaron al fondo de la laguna, muriendo de esta forma. El cacique mandó a recuperar el cuerpo de su esposa e hija, pero sus hombres descubrieron que habitaban en el fondo de la laguna en una casa mejor de la que en vida tuvieron, al enterarse, su esposo declinó su decisión de recuperar sus cuerpos y Guatavita se convirtió en protectora de su pueblo. La ceremonia del “hombre dorado” fue prontamente difundida entre los conquistadores. Las crónicas nos cuentan que el conquistador Sebastián de Belalcázar la escuchó de boca de un anciano cuando se encontraba en Quito, y esto le llevó a organizar una expedición hacia la laguna de Guatavita. Llegó al sitio en 1538 y, a pesar de que no pudo localizar al hombre dorado, halló a dos de sus colegas conquistadores: Gonzalo Jiménez de Quesada y Nikolaus Federmann. El primero había sido enviado por Francisco Pizarro desde Perú y el segundo por la familia de banqueros Welser desde Venezuela. Constatamos, por tanto, que en 1538 ya se había difundido la leyenda por gran parte del territorio americano, Con el tiempo no sólo seguiría divulgándose, sino que además iría mutando desde un “hombre dorado” a un reino entero cubierto de oro”. BAULENAS I PUBILL, A.: “El dorado: una leyenda entre dos mundos y entre dos tiempos”, *perspectivas latinoamericanas*, No. 14, 2017, p. 24.

Atlántico. Este descubrimiento provocó el surgimiento de 4 gobernaciones en las amazonas, adscritas al Reino de Quito: Macas, Yaguarzongo, Quijos y Bracamoros.

Quito fue objeto de grandes disputas entre los conquistadores que intentaron hacerse de su dominio. Uno de estos escenarios fue la denominada “Guerra de Quito”, en la que estuvieron enfrentados el Virrey de Perú, Blasco Núñez de Vela y Gonzalo Pizarro. En la batalla de Iñaquito de 1546 Pizarro venció y decapitó a Núñez. Este acto de rebeldía provocaría que Pizarro también sea asesinado de la misma forma, de manos del “pacificador de la Gasca”³³, Pedro de la Gasca, enviado del Rey de España.

A pesar de la innegable importancia de Quito, como centro político y económico, no es sino hasta el año 1541 que el emperador Carlos V, mediante cédula real, le otorgó la categoría de Ciudad y le concedió escudo de armas. Cuatro años más tarde el Papa Paulo III la erigió Obispado por pedido de Carlos V. En el año de 1556 adoptó el título de “Muy noble y muy leal ciudad”³⁴. Felipe II mediante cédula real de 29 de agosto de 1563 estableció la Real Audiencia y Presidencia de Quito. Los límites otorgados eran amplios e involucraban incluso los territorios tales como: Paíta, Piura, Cajamarca, Quijos, Panamá, Buenaventura, Pasto, Popayán, Cali. Algunos de ellos ocupados hoy en día por los países de Colombia, Perú y Panamá.

La Audiencia de Quito era un ente colegiado conformado por un presidente y sus oidores, dentro de sus facultades estaba la de administración de justicia y ejercía

³³ “En 1546 se produjo la batalla de Iñaquito, donde murió el virrey y quedó Gonzalo Pizarro como máxima autoridad del virreinato peruano, incluso por encima de los oidores. Los circuitos comerciales, la mano de obra indígena, los soldados y gran parte de los recursos del territorio estaban bajo la autoridad directa de Pizarro y sus tenientes, y no bajo autoridad del rey o sus representantes. Como parte de los esfuerzos por expandir el control de la región, la ciudad de Panamá, parada obligada para quienes se dirigían al virreinato peruano, llegó a ser atacada por la flota rebelde y brevemente controlada hacia 1545. Durante estos dos primeros años, Gonzalo Pizarro y sus aliados demostraron que podían frenar cualquier intento de reforma real que no contase con el apoyo de los encomenderos y que su presencia era un obstáculo para el proyecto de la monarquía castellana expresado en las Leyes Nuevas. La respuesta de la Corona no se hizo esperar y el conflicto pasó a una segunda etapa. En 1546 fue enviado el pacificador Pedro de la Gasca con la facultad de ejercer el “perdón real” a los rebeldes y con el anuncio de que los perjuicios generados por las Leyes Nuevas iban a ser revocados. En 1547, el pacificador llegó a las costas de Manta y desde allí planeó su avance hacia el sur”. ESCUEDERO VILLANUEVA, A.: “El ocaso de los conquistadores: los límites de la riqueza y la lealtad durante la rebelión de los encomenderos en el virreinato del Perú, 1544-15481”, *Revista del Instituto Riva-Agüero*, Vol. 5, 2020, p. 115.

³⁴ ANDRADE COELLO, A.: *Quiteños auténticos, Homenaje al Muy Ilustre Consejo Municipal de Quito en el cuarto centenario de la fundación española de la ciudad*, Imprenta Municipal, Quito, 1934, p. 7.

importantes funciones de Gobierno. Empero estaba sujeta a las decisiones del Virrey de Lima por un periodo de tiempo y al Virrey de Santa Fe en Bogotá por otro³⁵.

Dentro de la Real Audiencia se formaron a su vez seis gobernaciones y alcaldes mayores. Las más importantes fueron las de Quito, Guayaquil y Cuenca. Todas ellas a cargo de un gobernador con facultades de administración de justicia, gobierno, administración y funciones militares, en ocasiones, y dentro de su territorio. Dentro del personal administrativo también se encontraban los oficiales fiscales, los contadores y tesoreros.

El cabildo se constituyó en el eje de desarrollo de las ciudades. Entre sus funciones además de aquellas vinculadas a la salud, educación, construcciones de plazas y reparto de tierras, se encontraba la de ser tribunales de justicia. En el caso de sentencias dictadas en procesos de mayor cuantía la apelación se dirigía para su resolución a la Audiencia³⁶. Con ello, “para efectos judiciales, el territorio (...) fue dividido en doce distritos judiciales, los que a su vez tenían como órgano nuclear a las audiencias, las que dependían del Supremo Consejo de Indias -con sede en España- y a su vez estaban divididas en gobiernos o regimientos y alcaldías”³⁷.

En el territorio de la Real audiencia de Quito, se erigieron dos instituciones públicas y jurídicas. La primera organizada entre los criollos, mestizos y negros y otras que se destinaron al mundo indio, sin mayor relevancia. A partir de estas instituciones se regularon las materias de familia, trabajo y propiedad.

A lo largo del siglo XVI, se perfeccionó la organización eclesiástica y administrativa del Reino de Quito. Allí se asentaron las más importantes órdenes religiosas, y tomó impulso la economía sustentada en los obrajes, haciendas y batanes, así como las mitas y encomiendas. En el ámbito cultural merecen un ensalzamiento los franciscanos Fray Pedro Gosseal y Fray Jodoco Ricke, quienes fundaron la primera escuela y además divulgaron técnicas agrícolas y artesanales

³⁵ TOBAR DONOSO, J.: *Las instituciones del periodo hispánico, especialmente en la presidencia de Quito*, Banco Central del Ecuador, Quito, 1982, p. 3.

³⁶ CEVALLOS GARCÍA, G.: *Historia del Ecuador*, LNS, Cuenca, 1978, p. 147.

³⁷ MONROY GÁLVEZ, J.: *Teoría general del proceso*, Op. Cit., p. 116.

europeas. El dominico Fray Pedro Bedón continuó con esta labor hasta finales de la centuria.

La época colonial del Reino de Quito se desarrolló en medio de varios enfrentamientos. A la batalla de Iñaquito, se sumó el intento de conspiración del hijo de Sebastián de Benalcázar, Miguel de Benalcázar de 1583; la revolución de las alcabalas de 1592³⁸, en la que los criollos quiteños incluso intentaron proclamar un nuevo rey de Quito. Así como los alzamientos de indios como el que tuvo lugar en Quijos en 1578, motivado por los caciques Humande y Pende que terminaron con las ciudades de Ávila y Archidona y la de los Jibaros del oriente de 1599, que al mando de Quirruza destrozaron las poblaciones de Logroño y Oro.

El inicio del siglo XVI significó para Quito la época de la dominación de los pueblos aborígenes. Esta situación se extendió hasta mediados del siglo. A partir de la mitad del siglo, surgió el afianzamiento de la administración y cultura europea, por la riqueza indígena. En ese escenario se fundaron los primeros centros universitarios, a cargo de congregaciones religiosas como los Dominicos, Agustinos y Jesuitas. Aparecieron las universidades Santo Tomás de Aquino; San Gregorio Magno y San Fulgencio³⁹. Quito también fue el centro de partida de la misión evangelizadora al Amazonas que se convirtió en una de las más grandes del Continente Americano. De la mano de estos hechos la escuela quiteña de arte colonial fue cobrando preponderancia en la región. El éxito se debía en gran medida a la combinación de las técnicas artísticas europeas proporcionadas a través de España y la aptitud de los pueblos aborígenes, especialmente de la zona andina ecuatorial.

La mayor cantidad de trabajos artísticos tanto de escultura como de pintura se reunieron en los templos, monasterios y conventos terminados de construir en el siglo XVII. Resaltan las iglesias de San Francisco, la Compañía de Jesús, San Agustín y Santo Domingo. El resto de las obras fueron enviadas por toda América y Europa. En la época dominó el sentimiento de estabilidad administrativa.

³⁸ PONCE, E.: "Bartolomé de Las Casas y el pensamiento criollo en el Ecuador", *Revista Diálogos Latinoamericanos*, No. 9, 2004, p. 79.

³⁹ LÓPEZ PULLES, R., TAPIA TAMAYO, A.: "Génesis de la Universidad Central del Ecuador", *Revista de la Facultad de Ciencias Médicas de la Universidad Central del Ecuador*, Vol. 44, No. 1, 2019, p. 85.

A la relativa calma de la época, le siguió un periodo de absoluto descontento. A mediados del siglo XVIII surgieron los deseos de mayor protagonismo en la vida política y económica de la clase criolla, especialmente motivados por la primera designación del primer magistrado nativo, el Dr. Fernando Félix Sánchez de Orellana⁴⁰, heredero del Marqués de Solanda. Además, se suma el protagonismo destacado en toda América de varios chapetones y criollos, uno de ellos Pedro Vicente Maldonado, catalogado como notable por los franceses Bouguer y Carlos María de la Condamine, quienes llegaron a realizar la medición de un arco del meridiano. Otros de los criollos de relevancia en España fueron el notable geógrafo e historiador, Don Antonio de Alcedo y Bejarano. Así como el guayaquileño Pedro Franco Dávila, quien, gracias a su obra de colección de arte y naturaleza, posibilitó la fundación del Museo de Historia Natural de Madrid y además se convirtió en el “primer director del Real Gabinete de Historia Natural creado por Carlos III en Madrid en 1771”⁴¹.

En 1767 se produjo la expulsión de los jesuitas, entre ellos, varios e insignes criollos como el Padre Juan de Velasco notable historiador y el poeta Padre Juan Bautista Aguirre. Este hecho provocó un malestar generalizado en la población por la injusticia del acto y acrecentó el sentimiento de descontento. La pérdida de un gran número de propiedades agrarias regentadas por los jesuitas condujo al encarecimiento de la vida, la cual se agravó aún más con el cobro de nuevos tributos por órdenes de Carlos III para financiar las fortalezas de Santa Marta y Cartagena.

La clase criolla consideró que la responsabilidad de la quiebra en la economía y en las relaciones sociales se debía a una incorrecta administración de los

⁴⁰ “Entre 1728 y 1736 gobernó la Audiencia el presidente Dionisio Alcedo y Herrera, prototipo de funcionario borbónico que hizo esfuerzos por reformar la administración y controlar al poder privado y la Iglesia, especialmente el relajamiento del clero (...) Entre los sucesores de Alcedo estuvieron Félix Sánchez de Orellana, el único quiteño que llegó a ser presidente de la Audiencia (1745-1753), y Juan Pío Montúfar, primer Marqués de Selva Alegre (1753-1761). Después de esta administración se dio un vacío de poder por el crecimiento de la fuerza económica y política de los terratenientes criollos y de la Iglesia. El Estado acentuó, entonces, un esfuerzo de centralización. La medida más controvertida fue el establecimiento definitivo del “estanco” o monopolio de aguardientes, en 1764. Simultáneamente se decretó también un impuesto de aduana que racionalizaba el cobro de la alcabala. Esto afectó a productores de aguardiente y pequeños comerciantes. En 1765 se dio un alzamiento de los barrios de Quito con actos de violencia y protesta contra el gobierno. Esa fue la Rebelión de los estancos”. AYALA MORA, E.: *Resumen de historia del Ecuador*, Op. Cit., p. 20.

⁴¹ SÁNCHEZ ALMAZÁN, J.: “Pedro Franco Dávila, un personaje de la América española en el corazón de la Europa ilustrada”, *Naturalmente Museo Natural de Ciencias Naturales*, No. 4, 2014, p. 18.

peninsulares. En el siglo XVIII se desencadenó la revolución de los Estancos, como un augurio de la independencia que llegaría en el siglo XIX⁴². Algunos de los criollos que apuntalaron la gesta libertaria que llegaría con el devenir de los años fueron Miguel Tobar Ugarte, Miguel de Jijón y el Dr. Francisco Javier Eugenio Santacruz y Espejo. Todos ellos acusados y perseguidos por la corona española.

El más notable de los precursores de la independencia fue sin duda el Dr. Francisco Javier Eugenio Santacruz y Espejo⁴³. Este quiteño, nacido en 1747, pasó su vida sembrando las ideas de la gesta libertaria y haciendo frente a toda clase de persecuciones. A través de sus obras literarias que incluían panfletos, libros y alegatos, hizo frente a las autoridades españolas de la época. Tan profusa fue su labor que, en un fracasado intento de silenciarlo, fue desterrado a Bogotá. Esto lejos de aplacar su labor, acrecentó su fama en los próceres neogranadinos. A su regreso a Quito, se convirtió en el secretario de la “Sociedad Amigos del País”, cuya finalidad era difundir el conocimiento científico. Además, se convirtió en el editor del primer periódico de Quito, “Primicias de la Cultura de Quito” y el bibliotecario de la ciudad. Sus actos de profundo patriotismo incluyeron la colocación, el 21 de octubre de 1794, de banderines en las 7 cruces en las iglesias de la calle García Moreno con la leyenda “Al amparo de la cruz, sed libres; seguid la gloria y la felicidad”⁴⁴. La misma que germinó en la gesta libertaria del 10 de agosto de 1809.

⁴² “La revolución de los estancos fue tan brutal que los quiteños expulsaron de la ciudad a todos los españoles solteros, y exigieron que se aboliera la injusta ley de estancos y aduanas, cosa que consiguieron”. CAMPOS, L.M. *Insurgencia*, Manthra Editores, Quito, 2011, p.59.

⁴³ Fue un connotado hombre de raíz mestiza, que por su amor a la ciencia llegó a formarse como médico, canonista, abogado, teólogo, ensayista, traductor, panfletario, periodista, maestro, bibliotecario. Se convirtió en el literato con más conocimientos del reino de Quito especialmente en Derecho Público y Ciencia Social. De superioridad notoria en el ámbito de las ciencias por encima de sus contemporáneos. “En 1779 escribió, además del Nuevo Luciano de Quito, una sátira intitulada La Golilla, contra el régimen colonial y especialmente contra el Marqués de la Sonora. Don Juan José Villalengua, presidente de Quito, calificó esta sátira de sangrienta y sediciosa, y después de haberlo tenido preso por un año, lo remitió a Bogotá, donde el Virrey Don Francisco Gil y Lemos. Allí se extendió la reputación de Espejo y sus conversaciones con Nariño fueron la base sobre las cuales se construyó la revolución de 1809”. GONZALES, F.: *Escritos del Doctor Francisco Javier Eugenio Santacruz y Espejo*, Imprenta Municipal, Quito, 1912, p. 7.

⁴⁴ Frase independentista creada y popularizada por el Dr. Francisco Javier Eugenio Santacruz y Espejo. Secretaría General del Consejo del Distrito Metropolitano de Quito, *Acta No. 2015-81-E-conmemorativa*, Municipio de Quito, 10 de agosto de 2015, p. 3.

El Dr. Francisco Javier Eugenio Santacruz y Espejo, a causa de sus ideas libertarias, fue objeto de varios procesos penales impulsados y característicos del sistema predominante en Europa. En consecuencia, contó con una instrucción fiscal de naturaleza inquisitiva. Los procesos en su contra generaron su detención hasta días antes de su muerte, cuando se le concedió su liberación a fin de que pudiese fallecer en compañía de su familia.

Al finalizar el siglo XVIII en 1799, llegó a Quito el Barón Luis Héctor de Carondelet, a fin de ostentar la presidencia de Quito y remplazar a García León y Pizarro. A esa época Quito se encontraba en una situación de extrema miseria. A inicios del siglo XIX llegaron a Quito los ilustres Francisco José de Caldas y Alexander Von Humboldt, con el afán de investigar la riqueza de flora en el Ecuador, lo que los llevó a descubrir la geografía de las plantas⁴⁵.

Fueron inútiles los intentos del Barón de Carondelet para solventar la grave situación económica que enfrentaba la ciudad, puesto que, tras haber solicitado ayuda a la corona, nunca recibió una respuesta favorable. Quedó entonces el pueblo quiteño en la deriva y abandono de los monarcas, a pesar de haber aportado con grandes riquezas para su sustento y apogeo. Estos hechos fueron el perfecto cultivo para el surgimiento del primer estallido independentista, a comienzos del siglo XIX.

Los seguidores de Espejo continuaron la labor del prócer luego de su muerte y alentaron las ideas de independencia, en ese tiempo algunos de sus discípulos lograron hacerse de cargos de mediana relevancia en el gobierno, en la universidad y en el ejército. Con el paso del tiempo fueron reuniendo seguidores tanto del clero secular como regular. Uno de estos seguidores fue el capitán Juan Salinas quien había protegido con éxito a Panamá en 1806 de los ingleses que amenazaron América, tras haber desembarcado en Buenos Aires.

El ejemplo de la liberación de Estados Unidos de la tiranía inglesa, publicitado en Quito por el abogado Manuel Rodríguez de Quiroga, alentó en el pueblo la idea de

⁴⁵ ORTEGA Y MEDINA, J.: *Humboldt desde México*, Instituto de Investigaciones Históricas-Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Históricas Facultad de Estudios Superiores Acatlán, México D.F., 2015, p. 161.

que era posible liberarse del imperio español. De otro lado, los sucesos que acontecieron en España y en los que estuvieron presentes varios americanos en defensa del país ibérico, se conocieron gracias a José María Lequerica cuñado de Espejo, quien luchó en Madrid el 2 de mayo de 1808, así como de Carlos Montufar, hijo del Márquez de Selva Alegre y amigo íntimo de Espejo, quien luchó en Bailén. Como de otros muchos más quiteños. Efectivamente, la toma como prisioneros en Bayona de Carlos IV y de su hijo Fernando VII, a manos de Napoleón Bonaparte. Dejó en un estado de incertidumbre a la corona española, más aún cuando el Emperador Francés designó como Rey de la Península a su hermano José Bonaparte⁴⁶. No tardaron en llegar a América agentes napoleónicos quienes encontraron alianzas con las autoridades hispánicas. Así, surgieron en un primer momento las intenciones de defender la preponderancia del rey español en América, más con el devenir de los acontecimientos en Europa se avizoró la oportunidad de alcanzar la anhelada independencia.

Los discípulos de Espejo inmediatamente se reunieron en la hacienda de los Chillos en 1808 de propiedad de Juan Pío Montufar para elaborar una estrategia de autogobierno. Este plan no llegó a alcanzarse inmediatamente, por la traición ante las autoridades de uno de los asistentes. Se detuvo entonces a los próceres y poco tiempo después se los liberó gracias a la hábil defensa de sus defensores y la ayuda del fiscal. Sin perjuicio de ello, la conspiración continuó su rumbo hasta que el 10 de agosto de 1809⁴⁷ en casa de Doña Manuela Cañizares, se produjo el golpe emancipatorio con tanta certeza que transcurrió sin causar ni una sola muerte.

⁴⁶ SÁNCHEZ GÓMEZ, M.: "La invasión napoleónica ¿guerra de independencia o guerra civil?", *Monte Buciero*, No. 13, 2008, p. 77.

⁴⁷ "En la revolución del 10 de agosto de 1809 se desencadenó desde Quito el movimiento emancipador de las colonias hispanoamericanas. Tuvieron figuración, como insurgentes, varios personajes neogranadinos residentes a la sazón en esa capital, ora como funcionarios del gobierno, o ya como profesionales u hombres de negocios. Quito atraía entonces a los americanos de distintas regiones como ciudad progresista, acogedora, confortable, centro de actividades comerciales y de una sociedad exquisita, condiciones que hacían la vida amable y ofrecían posibilidades para todas las gentes. De dos de esos granadinos, hoy casi olvidados en su patria de origen, se ha escrito con verdad que fueron alma y brazo de ese primer gesto de rebeldía independiente que escandalizó a toda América: el doctor Juan de Dios Morales y el coronel Juan Salinas". ORTÍZ, S.: "Neogranadinos en la revolución de Quito de 1809", *Boletín Cultural y Bibliográfico*, Vol. 3, 1960, p. 645.

El ya enfermo presidente de la Audiencia de Quito, Conde Ruiz de Castilla, fue depuesto y las autoridades españolas detenidas en cuarteles. Inmediatamente se formó un nuevo gobierno compuesto por criollos, a quienes se los denominó Junta Soberana. El presidente de la junta fue el Marqués de Selva Alegre. Esta fue la primera vez que, en Hispanoamérica, el Rey perdió soberanía. La conmoción en la región fue generalizada y escandalizó a los Virreyes de Lima y Santa Fe y a las demás provincias. Incluso Cuenca y Guayaquil rechazaron a los revolucionarios quiteños.

Inmediatamente las tropas reales de Bogotá y Lima se dirigieron a Quito, para retomar el control del gobierno español reforzados por los ejércitos de Panamá. La novel junta soberana fue derrotada en Guaytara y Zapuyes, no quedándoles otra alternativa que pactar un acuerdo de devolución del gobierno al antiguo presidente español, quien juró no tomar represalias contra los independentistas. El conde Ruiz de Castilla, a pesar de su promesa, incumplió con el acuerdo y detuvo a los próceres. Dispuso medidas de represión más severas y tras un fraguado proceso acusatorio dispuso la muerte de 40 de los principales dirigentes y de 32 de los 160 soldados que prestaron su ayuda⁴⁸. El quebrantamiento del acuerdo enardeció al pueblo quiteño y rompió definitivamente con la confianza en el gobernante.

El 02 de agosto de 1810 ocurrió un hecho que marcaría la historia ecuatoriana. En Quito se recibió la noticia de que el coronel Carlos Montufar, hijo de Juan Pío Montufar aliado de Espejo, fue designado Comisionado Regio para el Reino de Quito⁴⁹. Esta designación atemorizó a las autoridades realistas y alegró profundamente al pueblo Quiteño. Ante lo cual varios provocadores animaron al pueblo a tomarse la cárcel y liberar a los presos independentistas. Se produjo el asalto al cuartel real y ante

⁴⁸ RODRÍGUEZ, J.: "Los Orígenes de la Revolución de Quito en 1809", *Proceso, revista ecuatoriana de historia*, No. 34, 2011, p. 122.

⁴⁹ La inestabilidad generada en América a consecuencia de los cambios políticos en la península puso en riesgo una latente posibilidad la emancipación. Por ello, el Consejo de Regencia consideró oportuno nombrar a un americano como comisionado del rey, con el objetivo de pacificar la región. El virreinato de Nueva Granada por lo sucedido en 1809 tenía gran interés. Con ese propósito se nombró a Carlos Montufar como Comisionado Regio del reino de Quito y a Antonio Villavicencio de Santa Fe. Esta designación se debió a la injerencia del Marqués de Selva Alegre. RODRÍGUEZ J.: "Las primeras juntas autonomistas. 1808-1812" en CARRERA DAMAS, G. (Edit.): *Historia de América Latina-crisis del régimen colonial e independencia*, Universidad Andina Simón Bolívar/libresa, Quito, 2003, p. 449; SOASTI TOSCANO, G.: *El Comisionado Regio Carlos Montufar y Larrea. Sedicioso, insurgente y rebelde*, FONSA, Quito, 2009, p. 117.

este hecho los soldados realistas aprovechándose del tumulto asesinaron cruelmente a los principales miembros de la revolución quiteña. Entre ellos a Morales, Quiroga, Salinas, Villalobos, en total a 32 personas. Esta masacre fue sin duda el motor final para acrecentar el deseo de independencia, que incluso fue destacada por el libertador Simón Bolívar, años más tarde⁵⁰.

Tras la muerte de los próceres el pueblo quiteño se enfrentó enardecidamente a las tropas realistas lo que provocó la muerte de al menos 300 personas. La lucha no cesó sino hasta la intervención del obispo Cuero y Caicedo. Hábilmente las tropas realistas impidieron la pronta llegada de Carlos Montufar a fin de impedirle que evite el asesinato de los próceres y de sus simpatizantes. A su llegada fundó una nueva Junta de Gobierno, presidida por el Conde Ruiz de Castilla y del Marqués de Selva Alegre como vicepresidente. Pronto estos dos renunciarían al cargo, y en su lugar quedaría Monseñor Cuero y Caicedo.

Este fue el inicio de las gestas libertarias las mismas que se consumaron con la intervención del Mariscal Antonio José de Sucre, designado por Simón Bolívar, el 24 de mayo de 1822. La liberación no implicó un perjuicio insubsanable a la organización administrativa del Ecuador, en vista de que la Colonia y las Leyes de las indias, no fueron un ejemplo de distribución equitativa, ni mucho menos un catalizador de la identidad cultural de una nación tan dispersa y segmentada. Contrario a ello su propósito perseguía la división para mantener el control a servicio del Rey⁵¹.

Luego de la independencia española, el territorio ecuatoriano se encontraba fragmentado no solo territorial, sino socialmente, a causa de una desarticulación

⁵⁰ “El carácter anticolonial y nacionalista del proceso independentista latinoamericano, tuvo en Quito un eje central, tal es así, que la temprana audacia libertaria emprendida por el pueblo quiteño fue rechazada en otras regiones y en la Real Audiencia en dos puntos geopolíticos claves: Cuenca y Guayaquil, lo que contribuyó a crear las condiciones para la escandalosa masacre del 2 de agosto de 1810, hecho que conmocionó la conciencia de los americanos y justificó la posterior declaratoria de ‘Guerra a Muerte’ anunciada por el Libertador Simón Bolívar, en el famoso “Manifiesto a las Naciones del Mundo”, suscrito en Valencia el 20 de septiembre de 1813, donde consta: “En los muros sangrientos de Quito fue donde España, la primera, despedazó los derechos de la naturaleza y de las naciones. Desde aquel momento del año 1810, en que corrió sangre de los Quiroga, Salinas, etc., nos armaron con la espada de las represalias para vengar aquéllas sobre todos los españoles...” Ese hecho y otros imposibilitaron cualquier arreglo político entre españoles y americanos, la única vía fue la guerra total.” RAMOS, M.: “jefes Militares de la Revolución Quiteña”, *Ecuador al debate*, No. 78, 2009, p. 170.

⁵¹ OTS CAPDEQUI, J.M.: *El estado español en las Indias*, Fondo de Cultura Económica, México, 1986, p. 50.

económica. Ni siquiera las campañas de liberación lograron unificar los territorios en los que estaba dividido el Reino de Quito, entre Guayaquil, Quito y Cuenca, como ejes centrales y políticos. Sin perjuicio de ello, tras la independencia se integró a la Gran Colombia, hasta el 13 de mayo de 1830, fecha en la que, promovida por la presión del distrito del sur, se impuso la Ley de la División Territorial de la Gran Colombia, que terminó con la separación y la adopción del nombre como nación de “Ecuador” y no el de “Quito”⁵².

Con la época republicana independiente, se mantuvo, y por qué no decirlo, se acrecentó la división étnica y social, especialmente entre los indios y criollos, sobre las bases del control político y capacidad económica. Lo dicho implicó una fragmentación étnica tutelada por la ausencia de políticas públicas. La idea del indio como ser inferior se mantuvo intacta, de la mano con el menosprecio de su cultura y sometimiento a la cultura occidental⁵³. No es sino hasta los tiempos contemporáneos que se implementó una política económica y jurídica bilingüe y pluricultural que guarda atención a las diversas formas de organización social, lenguas distintas y diferentes usos y costumbres⁵⁴.

2.1. La época colonial y el devenir de la justicia indígena

El desconocimiento del derecho indígena surgió en la colonia con las reformas borbónicas de 1700 a 1788 y se consolidó en la concepción liberal del estado. Tal como lo reconoce Gualberto Cusi Mamani⁵⁵, la idea que trajo consigo la colonización europea fue que las directrices de la convivencia social y jurídica deben regirse por el

⁵² TRUJILLO, C.: *Teoría del Estado en el Ecuador Estudio de Derecho Constitucional, Op. Cit.*, p. 32.

⁵³ KYMLICKA, W.: “Pensar el multiculturalismo”, *Íconos*, No. 10, 2001, p. 125.

⁵⁴ RUBIO ORBE, G.: *Los indios ecuatorianos evolución histórica y políticas indigenistas*, Corporación Editora Nacional, Quito, 1987, p. 165.

⁵⁵ “Desde la colonialidad, el que piensa es el ser y el que no piensa es el no ser, así es como los invasores colonizadores que llegaron al continente afirmaban que los indios no tienen alma. Los pensadores de ese tiempo decían: los pensadores son seres, los seres son los que piensan y hacen uso de la razón. Desde entonces, hasta la presente ¿Quién piensa? El hombre blanco y adulto europeo; la mujer, el niño, el negro y el indígena, no eran seres y por consiguiente no pensaban” CUSI MAMANI, G.: “Descolonizar el conocer-saber para materializar el pluralismo jurídico”, *Jurídica en red*, No. 2, 2014, p.11.

ser que “piensa”. Este juicio de valor que desconoció la diversidad cultural y difundió la idea exclusiva del pensamiento europeo y del hombre blanco. Como consecuencia de ello, exclusivamente los colonizadores podían dictar los parámetros de orden, administración económica y judicial.

En este punto merece la pena aclarar que no es lo mismo hablar de colonialismo que de colonialidad⁵⁶. La primera se relaciona a una dominación en la administración jurídica, política, cultural y económica de centros de poder por sobre sus colonias, el mismo que encuentra fin con la independencia. Mientras que la colonialidad es un proceso y modelo de dominación racial que surgió con la conquista, se impregnó en las ideas y conciencia sociales y continúa vigente hasta nuestros días.

La jurisdicción indígena sucumbió ante el europeísmo procesal del continente americano. No es sino siglos después, que, bajo el principio de pluralidad jurídica, la justicia indígena fue nuevamente reconocida en el territorio ecuatoriano. El procedimiento de solución de controversias indígena, a lo largo de los años, se ha asentado en los preceptos Quichuas Ama Killa = no ser ocioso, Ama Llulla = no mentir, Ama Shwa = no robar⁵⁷. Este modelo jurídico persistió a través de los años.

La mayor consecuencia de la resistencia cultural a la administración de justicia occidental se debía a que el sistema propulsado por los colonizadores fue utilizado como una herramienta de represión y explotación de los pueblos americanos, especialmente por “políticos, burócratas, terratenientes y comerciantes sedientos de riqueza”⁵⁸. Sin perjuicio de ello, gracias a esta resistencia en el Ecuador se ha logrado

⁵⁶ Término utilizado por primera vez por Aníbal Quijano, para el autor la “colonialidad del poder establecida sobre la idea de raza debe ser admitida como un factor básico en la cuestión nacional y del estado-nación. El problema es, sin embargo, que en América Latina la perspectiva eurocéntrica fue adoptada por los grupos dominantes como propia, y los llevó a imponer el modelo europeo de formación del Estado para estructuras de poder organizadas alrededor de relaciones coloniales. Así aún nos encontramos hoy en un laberinto donde el Minotauro es siempre visible, pero ninguna Ariadna para mostrarnos la ansiada salida”. QUIJANO, A.: “Colonialidad el Poder y Clasificación Social”, en CASTRO-GÓMEZ, S., GROSFUGUEL, R. (Eds.): *El Giro Decolonial Reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*, Pontificia Universidad Javeriana / Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2007, p. 93-94.

⁵⁷ COMISIÓN JUSTICIA INDÍGENA MICC, *Manual de Justicia Indígena*, CONAIE, Quito, 2018, p. 9.

⁵⁸ “Es manifiesta la discrepancia en el juicio sobre la legislación de Indias ejemplo de justicia y modernidad para unos, fuente de servidumbre y miseria para otros, mientras en España los teólogos y moralistas inspiraban y/o expedían leyes, sustentadas en principios de elevada moral y los monarcas las sancionaban de acuerdo con lo que convenía a sus designios de concentración de poder, en América las debían aplicar políticos y burócratas a encomenderos, terratenientes, comerciantes, etc.,

la depuración del sistema jurídico tomando en consideración la idea de vivir en comunidad.

Erróneamente se defendía que la justicia indígena carecía de una política legislativa motivada, bajo criterios técnicos de eficiencia desde la visión occidental. Si bien es cierto que la justicia indígena ecuatoriana no se ajusta a los preceptos europeos, esto no significa que resulte ineficiente o inapropiada. Su visión parte del alejamiento del entendimiento del titular de derecho subjetivo -ya vigente en la colonia- hacia el derecho colectivo. La perspectiva indígena contempla que los actos jurídicos que ameritan reproche lesionan la convivencia de todo el grupo social y por ende ameritan una sanción que se encamine no a la pena, sino al resarcimiento práctico del bien tutelado.

Precisamente, los principales argumentos de rechazo a la justicia indígena parten del desconocimiento del fin que profesa. Durante años se llegó a considerar que esta justicia sustenta sus decisiones en acciones contrarias a los derechos humanos (en su dimensión contemporánea), que se decantan en meros linchamientos y acciones de salvajismo. Más esta perspectiva es absolutamente errónea e implica un desconocimiento de la justicia restaurativa sujeta a normas propias y límites preconcebidos⁵⁹. La comprensión de estas características de la justicia indígena generó su reconocimiento constitucional, bajo un derecho propio sometido a un procedimiento ancestral con efecto de cosa juzgada.

La justicia indígena se rige por una autoridad con funciones jurisdiccionales, que es elegida en base a las tradiciones y costumbres propias de la organización. El debido proceso en esta administración de justicia se basa en el proceso asambleario y en la participación comunitaria. El procedimiento utilizado para el juzgamiento de infracciones, a pesar de las críticas coloniales que se mantuvieron en la época republicana, sí cuenta con características plenamente identificables: inicia con la

necesitados de nombradía y sedientos de riqueza, en un medio rudo y adverso, que daba ocasión y pretexto para toda clase de tropelías" TRUJILLO, C.: *Teoría del Estado en el Ecuador Estudio de Derecho Constitucional*, Op. Cit., p. 31.

⁵⁹ LUQUE GONZÁLEZ, A., ORTEGA ARMAS, T. y CARRETERO POBLETE P.: "La justicia indígena en Ecuador: el caso de la comunidad de Tuntatacto", *Revista Prisma social la investigación en la educación superior y su impacto social*, No. 27, 2019, p. 3; BREIDLID, A.: *Educación, conocimientos indígenas y desarrollo en el Sur global*, CLACSO, Buenos Aires, 2016, p. 227.

confrontación entre el acusado y el acusador. Este careo se desarrolla de forma directa y públicamente, sin la intervención de terceros.

En esta especie de audiencia pública se desarrolla la práctica de la prueba, esencialmente testimonial, al finalizar las autoridades de la comunidad resuelven el conflicto e imponen sanciones que incluyen las indemnizaciones pecuniarias, multas e incluso penas físicas como: baños públicos, azotes, y uso de plantas urticarias como la ortiga. Si bien estas prácticas son ajenas a los procedimientos europeos, más aún en la época colonial, para la población indígena son sanciones adecuadas y que respetan su idiosincrasia, encaminada al resarcimiento y ejemplificación preventiva colectiva. Tal es así que estas decisiones actualmente no pueden ser objeto de revisión por ninguna autoridad administrativa o judicial ordinaria sino exclusivamente por la Corte Constitucional de Justicia del Ecuador⁶⁰.

Las características de la justicia indígena en la solución de controversias son diversas y en ellas se destaca la rehabilitación, restauración, espiritualidad, celeridad, gratuidad y oralidad⁶¹. Es justamente sobre este último que se asientan todas las actuaciones procesales de la justicia indígena, pues la integralidad del trámite se desarrolla de forma oral con la intención de encontrar agilidad y transparencia de las resoluciones.

La oralidad es uno de los elementos fundamentales en las costumbres del pueblo indígena y en general de las sociedades aborígenes. A través de esta forma de expresión se han transmitido los conocimientos y valores que modulan las actuaciones de la comunidad. Los argumentos de los sujetos procesales son los que facultan la participación activa y pública de todos los integrantes de la comunidad quienes aportan

⁶⁰ “La persona que estuviere inconforme con la decisión de la autoridad indígena en ejercicio de funciones jurisdiccionales, por violar los derechos constitucionalmente garantizados o discriminar a la mujer por el hecho de ser mujer, podrá acudir a la Corte Constitucional y presentar la impugnación de esta decisión, en el término de veinte días de que la haya conocido. Se observarán los principios que, sobre esta materia, se encuentran determinados en la Constitución, instrumentos internacionales de derechos humanos de los pueblos y nacionalidades indígenas, demás instrumentos de derechos humanos, Código Orgánico de la Función Judicial y la ley”. Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional” Registro Oficial Suplemento 52 de 22-oct-2009, artículo 65

⁶¹ COMISIÓN JUSTICIA INDÍGENA MICC, *Manual de Justicia Indígena*, Op. Cit. p. 15.16.

soluciones restaurativas poco convencionales y mucho más eficientes⁶². A lo referido se agrega que la utilización de este mecanismo coadyuva al desarrollo de la legitimidad de la justicia. No cabe duda de que en el transcurso de los siglos y en épocas anteriores a la colonia, la oralidad, en la justicia indígena ya se constituyó en un elemento de gran connotación en la identidad del pueblo ecuatoriano. Todo ello a pesar de que inclusive hasta el siglo veinte ni siquiera se contaba con un reconocimiento pleno a la identidad indígena, todo ello derivado de la herida colonial que persiste en la idiosincrasia del pueblo.

Ventajosamente con el devenir de los años el aporte de la normativa supranacional se ha constituido en el camino reivindicatorio de los derechos de estos grupos históricamente segregados. Concretamente el convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo de 1989⁶³ exhortó a los estados miembros, entre ellos al ecuatoriano, el compromiso de garantizar a los pueblos indígenas el derecho de resolver sus conflictos internos en base a sus costumbres, tradiciones y derecho propio.

II. EVOLUCIÓN DEL DERECHO PROCESAL

Los poderes en un estado democrático sustentan su legitimidad en las garantías de las libertades y la defensa de los derechos. El poder Judicial dentro del ejercicio de su potestad acredita su existencia en la tutela de los derechos e intereses legítimos de las personas, no solo de sus ciudadanos. Esto se debe a que el

⁶² “Para el campo jurídico indígena el encarcelamiento no es un fin del ejercicio de hacer justicia; tampoco constituye la justicia y más bien es un medio o el primero de los mecanismos para lograrla. Si se cumple el fin de calmar los ánimos y hacer que el culpable o quien cometió un error asuma su responsabilidad, inclusive se le deja libre para hacer lo necesario y reparar el daño; de lo contrario se utilizan otros medios, como la amonestación pública y la suspensión de derechos, o incluso la expulsión. Para el derecho positivo, mantener a alguien en la cárcel no solo es el inicio del proceso de hacer justicia sino también su culminación” CRUZ RUEDA, E.: “Principios Generales del Derecho Indígena”, en HUBER, R. (coord.): *Hacia Sistemas Jurídicos Plurales. Reflexiones y experiencias de coordinación entre justicia estatal y el derecho indígena*, Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, 2008, p.37-38.

⁶³ TRUJILLO, J.C., GRIJALVA, A. y ENDARA, X.: “Propuesta de proyecto de ley de funciones de justicia de las autoridades indígenas en el Ecuador” en SALGADO, J. (comp.): *Justicia indígena aportes para un debate*, Aby-Ayala, Quito, 2022, p. 157.

acaparamiento del estado en la administración de justicia no consiste en la simple asunción del poder, sino desde la esencia del sometimiento al servicio de aquellos que dotan de vida al estado.

El acceso a la justicia resulta fundamental para la consecución de dos objetivos. El primero la realización de los derechos constitucionalmente garantizados y el segundo como instrumento para los fines de desarrollo y reducción de brechas sociales y económicas⁶⁴. Su dimensión normativa se vincula a los instrumentos internacionales de derechos humanos, entre ellos el derecho de igualdad, acceso a un recurso efectivo y tutela judicial efectiva. Todos los derechos enunciados tienen como propósito garantizar el acceso a un órgano jurisdiccional, independiente, imparcial y eficaz, dentro de un proceso que asegure el cumplimiento de las garantías procesales⁶⁵.

La función de la jurisdicción se concreta a través de la actividad de los administradores de justicia como garantes finales de los intereses legítimos del individuo. Con ello, el proceso goza de una doble dimensión; la primera como un instrumento de la potestad jurisdiccional y la segunda como instrumento del derecho de acción. Esta doble dimensión del proceso estuvo presente en el nacimiento de la división de los poderes que surgió por la desconfianza de los poderes públicos. Los fines del proceso encontraron cabida en las leyes, actualmente normas orgánicas, el mecanismo ideal que limite los abusos del poder. En los siglos XIX e inicios del siglo XX esta situación se alteró por la crisis de las instituciones del estado. En el siglo XX el proceso civil se reguló desde la perspectiva de los intereses públicos sobre los individuales, más el siglo XXI concentra su ejercicio en la garantía de los derechos de los individuos al amparo de la constitución.

En esa línea de entendimiento el estado democrático está obligado a garantizar el derecho de acción bajo consideraciones de igualdad y con la efectiva

⁶⁴ANDERSON, M.: "Acceso a la justicia y al proceso legal: creando instituciones legales más receptivas a los pobres en los países en desarrollo" en BIRGIN, H., GHERARDI, N. (Coord.): *La garantía de acceso a la justicia: aportes empíricos y conceptuales*, FONTAMARA, México D.F., 2012, p. 1.

⁶⁵DESPOUY, L.: "Acceso a la Justicia: impacto de la pobreza sobre los derechos humanos", en DEFENSORÍA GENERAL DE LA NACIÓN. (Comp.): *Defensa pública: garantía de acceso a la justicia*, Ministerio Público de la Defensa, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2008, p. 116-117.

realización del principio de celeridad. En palabras de Jean de la Bruyère “Una cualidad de la justicia es hacerla pronto y sin dilaciones; hacerla esperar es injusticia”⁶⁶.

1. Desarrollo histórico del derecho procesal en términos generales

Resulta imposible analizar la vida de un estado sin aceptar que de este emana una fuerza que rige todas sus actuaciones. Sin duda estos elementos forman parte de la política y por supuesto del ordenamiento jurídico que rige en él a manera de ser omnipotente. La pregunta que surge es: ¿Cómo se garantiza el derecho a la libertad de los ciudadanos frente a este ente? La respuesta sin duda no es sencilla y durante siglos ha recibido centenares de pronunciamientos. Aristóteles la explicó a través de su teoría *zoon polikon*⁶⁷ “animal político”, a través de esta teoría se resalta la capacidad del humano en la toma de decisiones en la *polis* y en su relación social de convivencia.

Otro de los autores que intentó desentrañar la naturaleza de las fuerzas que rigen la convivencia del estado es Jean-Jacques Rousseau en su célebre obra el contrato social⁶⁸. Para este autor la libertad juega un rol protagónico y debe ser valorada desde la perspectiva de la voluntariedad absoluta del hombre y su límite. El autor desarrolló su teoría en la que se reconoció que la libertad ilimitada no tenía cabida en la vida del estado y por tal, requería de un ser ficto encargado de modular su ejercicio. En ese sentido todos los hombres cedían parte de su libertad a cambio de la convivencia armónica de los individuos.

A lo largo de los años la convivencia pacífica ha adoptado varias denominaciones, que responden al mismo sustrato, paz social. En el caso ecuatoriano estos elementos se han ido vinculando a derechos difusos inclusive de la naturaleza, en conciencia de la responsabilidad sobre el manejo del entorno. Por ello podemos

⁶⁶ PALOMO TRIGUERO, E.: *Cita-logía*, Punto Rojo Libros S.L., Sevilla, 2013, p. 175.

⁶⁷ ARISTÓTELES.: *Política*, Tecnos, Madrid, 2011.

⁶⁸ ROUSSEAU, J.: *El contrato social*, Espasa Calpe, Madrid, 1981.

hablar desde la realidad latinoamericana del denominado “Buen Vivir”⁶⁹, constitucionalmente garantizado.

Lo que cabe indagar es cómo se alcanza la plenitud de este “pacto social”. En búsqueda de este propósito juega un rol protagónico el ordenamiento jurídico, especialmente las normas procesales encaminadas a resolver las controversias sociales. Podemos señalar que el proceso desde sus orígenes más incipientes estuvo vinculado a las capacidades propias del hombre, inclusive antes del desarrollo sólido de los sistemas escriturarios. Debemos entender al proceso como el conjunto de actos coordinados que persiguen un fin específico, esta idea extraída al mundo del derecho se vincula al “fin jurídico”. Ignacio Sierra Gil Cuesta define al proceso civil como “el cauce por el que se discurre una contienda judicial, en la que se dilucidan pretensiones que se enclavan en el área del derecho privado, y principalmente las relativas al derecho civil y mercantil”⁷⁰.

No existe una habilidad más connotada del hombre que su capacidad de comunicación verbal; a través de ella se ha producido el consenso y la reglamentación social, toda vez que la escritura y lectura, al inicio de la sociedad como hoy la entendemos, no era un elemento de acceso universal. Así las cosas, la oralidad fue el primer instrumento procesal encaminado a la resolución de conflictos. Sin perjuicio de ello, doctrinarios como Zuleta, en el estudio del avance histórico del proceso, inician sus pronunciamientos a partir de la edad media, siglos posteriores a la reglamentación del proceso en el sistema jurídico continental europeo⁷¹.

En estos estudios se ha dejado de lado el abordaje del derecho procesal en el periodo previo a la edad media, hecho que merece ser resaltado. En el periodo primitivo las manifestaciones del entendimiento de la justicia las encontramos desde

⁶⁹ El Buen Vivir, en el marco del derecho constitucional implica una lucha permanente por alcanzar el ejercicio pleno de los derechos de igualdad y justicia. Todo bajo el entendimiento de un nuevo modelo de pacto social. FIGUEROA VARGAS, S., CUJILEMA QUINCHUELA, K.: “El Sumak Kawsay desde la perspectiva del sistema jurídico ecuatoriano”, *Revista Justicia*, No. 33, 2018, p. 54.

⁷⁰ SIERRA GIL DE LA CUESTA, I.: “Principios del proceso civil”, *Aldaba revista del Centro Asociado a la UNED de Melilla*, No. 24, 1995, p. 81. Versión on line <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1706465>, último acceso 12-02-2021.

⁷¹ ZULETA HINCAPIÉ, N.: “Derecho procesal: teoría e historia del proceso civil en Colombia”, *Revista de derecho UNED*, No. 9, 2011, p. 472.

las antiguas civilizaciones hasta la era cristiana en el siglo XI. En este momento histórico podemos evidenciar los rezagos de un derecho procesal inmaduro, en el que resalta la injerencia griega y romana.

En Grecia aparecen los primeros “litigantes”, quienes se vieron en la necesidad de alejarse de la venganza privada ante el robustecimiento del poder público, para someter la decisión de controversias a los sabios ancianos en una suerte de árbitros. Este método de solución de controversias, con el paso de los años, tuvo tal preponderancia que inclusive dejó el espectro privado para convertirse en calidad de cosa pública⁷². Como apunta Barona Vilar, “explicar y entender el modelo procesal ateniense obviamente implica conocer la organización política del momento. Se ha dicho que hubo momentos en Grecia en que más que un sistema jurídico, convivían un conjunto de pensamientos filosóficos, de pronunciamientos y oratorias, de normas que no podían considerarse como propiamente jurídicas, y, por ende, con una enorme dificultad para conocer la norma a respetar en cada caso concreto, pero eran las que marcaban las relaciones, las reglas sociales y las consecuencias de la ruptura de las mismas. En esta etapa se da un salto cualitativo, se produce la transformación jurídica, el paso del derecho oriental al derecho occidental, asumiendo la participación directa de los ciudadanos en las tareas de acusar y juzgar, consecuencia de la visión política griega de que el poder residía en la soberanía popular”⁷³. No en vano la palabra “democracia” proviene del griego (*demos*, pueblo, y *kratos*, gobierno) y significa gobierno del pueblo, considerándose que su origen arranca de la Grecia antigua, especialmente entre los Siglos VII y IV a.C., en la polis de Atenas. Sin olvidar que esclavos y mujeres no eran ciudadanos de la polis. Y fue en esta etapa ateniense cuando se conforman las instituciones griegas y se incorporan al modelo jurídico romano, desde el que van penetrando en las legislaciones a lo largo de los tiempos⁷⁴.

Incluso más. Como señala Barona Vilar, “también esta aportación griega alcanza al proceso penal, dado que es en ese período cuando puede entenderse que se

⁷² WOLFF, H.: “El origen del proceso entre los griegos”. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, No. 247, 2007, p. 336-340.

⁷³ MAIER, J.B.: *Derecho Procesal Penal, I. Fundamentos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2 ed., 3 reimp., 2004, p. 269.

⁷⁴ BARONA VILAR, S.: *Proceso penal desde la Historia, Op. Cit.*, pp. 46-47.

conforma un verdadero modelo procesal y procedimental oral, público y contradictorio, en el que los individuos asumían el papel fundamental en cuanto al planteamiento de la acusación por la existencia de delitos –un modelo profundamente acusatorio privado-, en el que, sin embargo, se superaba la concepción puramente privada del delito (en el sentido de tratamiento privado del mismo). Se efectuó una delimitación entre delitos privados y delitos públicos. Se diferenciaban ambos y se consideraba que en el caso de los delitos privados eran los ofendidos o sus allegados los que planteaban la reclamación correspondiente y se permitía llegar a un desistimiento o a una transacción con el infractor, es decir, regía claramente la disponibilidad de los afectados”⁷⁵.

En cualquier caso, era un modelo con control a instancia “de partes”, en el que el juez o los jueces eran receptores pasivos. El rol principal lo asumían las partes, como destaca Barona. En esta época era indudable el valor de la oralidad. Prueba de la oralidad son los vestigios que de aquella época quedaron registrados incluso en obras literarias como los versos homéricos de la *Ilíada*.

La oralidad en la Grecia clásica no se subsumía exclusivamente a los actos de proposición y a los fallos, sino que era un conjunto de actos procesales que también estaban dominados por este método, que incluían las evacuaciones probatorias, cuya realización tenía lugar en las ágoras, a fin de que los órganos decisores tuvieran conocimiento de ellas directamente, previo a emitir su fallo⁷⁶.

En los países en los que domina el *civil law* también resalta la injerencia que tuvo Roma en la construcción del sistema procesal. En un inicio este fue de naturaleza privada, derivada de la tripartición de las: acciones, personas y cosas; y continuó hasta la época de la república, cuando el estado romano dispuso que los árbitros debían regirse al mandato estatal. De esta forma surgió la figura del *pretor peregrino* sobre quien recaía el *imperium* para resolver los procesos de los ciudadanos mediante un proceso oral, que con el paso del tiempo se tornaría formalista y escrito. Este proceso estaba compuesto de dos etapas plenamente identificables; la primera denominada *in*

⁷⁵ BARONA VILAR, S.: *Proceso penal desde la Historia*, Op. Cit., p. 47.

⁷⁶ WOLFF, H.: “El origen del proceso entre los griegos”, Op. Cit., pp. 336-340.

iurie cuyo impulso tenía lugar con la exposición de las pretensiones del actor “*editio actionis*”; acto seguido el demandado debía dar contestación a las alegaciones del actor “*listis contestatio*”. En este punto, le correspondía al pretor valorar las cuestiones previas (hoy entendidas como las excepciones previas) y, de encontrar procedente el pedido, enviar el proceso al juez para que, luego de escuchar a las partes y evacuar los medios probatorios, resolviera el proceso⁷⁷.

No cabe duda de que dentro de este tipo de procesos se podían constatar la oralidad y los principios de inmediación y publicidad⁷⁸. La connotación de la retórica y la Oratoria por los aportes de Aristóteles, Cicerón, Séneca y Quintiliano dejaron marcado el modelo a seguir por los abogados en el Foro, en especial en asuntos de carácter probatorio⁷⁹.

Sin desconocer los avances en la oralidad que Roma aportó, es meritorio puntualizar que también fue cuna para el sistema escriturario. Precisamente este cambio se produjo con el inicio de la época imperial. La variación del proceso se encaminó a solidificar la administración de justicia estatal, por lo que se tornó indispensable documentar los actos procesales ante el juez, eliminándose las dos audiencias orales y concentrándose las actividades en el expediente físico. Dicho cambio trajo como consecuencia la proliferación de causas y el surgimiento de negocios jurídicos complejos⁸⁰.

El aporte del derecho romano fue incalculable, considerándose como una de las grandes etapas para el mundo jurídico; una etapa en la que la organización y el conceptualismo jurídico surgieron para asentar algunos de los elementos del modelo jurídico moderno. Un paseo por la historia romana ofrece una interesante visión de la estrecha vinculación que concurre entre el régimen político vigente en cada momento, el modelo y sistema procesal que se diseña al efecto⁸¹.

⁷⁷ VÉSCOVI, E.: *Teoría General del Proceso*, Op. Cit., p. 25-26.

⁷⁸ PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L.: “Derecho Procesal Civil”, *Revista de Derecho Privado*, Vol. 1, 1968, pp. 264-266.

⁷⁹ ZULETA HINCAPIÉ, N.: “Derecho procesal: teoría e historia del proceso civil en Colombia”, Op. Cit. p. 473.

⁸⁰ VÉSCOVI, E.: *Teoría General del Proceso*, Op. Cit., p. 267.

⁸¹ BARONA VILAR, S., *Proceso penal desde la Historia*, Op. Cit., p. 52.

A todos estos aportes de absoluta influencia en los desarrollos jurídicos de Occidente se suma la injerencia germánica en el desarrollo del derecho procesal, si bien este derecho se presentó primitivamente mucho menos desarrollado que el romano. En sus orígenes era un sistema consuetudinario, aun cuando la influencia del derecho romano se hizo sentir. El proceso germano fue oral y formalista a causa de la ausencia del recurso escriturario y la incertidumbre en el derecho material. El proceso consistía en la realización de debates públicos frente a la asamblea de los “miembros libres del pueblo” sobre quienes recaía la jurisdicción. El trámite iniciaba con la petición del actor para citar al demandado para que acuda ante la asamblea. Allí se concentraban los actos de proposición (demanda y contestación) y se realizaban las actuaciones probatorias. Evacuadas las pruebas que incluían la aplicación de ordalías, la asamblea emitía su decisión la cual quedaba plasmada en un contrato suscrito por los litigantes⁸².

La fusión de la cultura procesal que surgió con la caída del imperio latino occidental provocó una radical transformación jurídica y política en las tierras ocupadas por el ejército visigodo, *Hispaniae provinciae Romanae*. Un ejemplo de esta mutación es la *lex visigothorum*, promulgada en el siglo VII, la misma que se mantuvo vigente en el conjunto de leyes visigodas de naturaleza territorial, civil, penal y eclesiástica; incluso en el *fuero juzgo*⁸³ mediante el cual durante la invasión visigoda en la península ibérica estableció una norma de justicia igualitaria para hispanorromanos y visigodos. El proceso instaurado en este periodo consistió en el fortalecimiento de un funcionario público como juez, de naturaleza permanente y quien recibía sueldo de los fondos públicos, contra quien se podía interponer recursos de recusación y de responsabilidad por los daños que pudiese provocar su ignorancia, así como por actos de corrupción.

La naturaleza de este proceso fue oral y pública. Tras la realización de la citación, las partes procesales expresaban sus alegaciones frente al juzgador y aportaban los medios probatorios ya sean documentales o testimoniales, luego de lo cual se resolvía la controversia. Del fallo que se dictaba existía la posibilidad de

⁸² GOLDSCHMIDT, J.: *Derecho Procesal Civil*, traducción de Leonardo Prieto Castro, Labor, Barcelona, 1936, p. 12-15.

⁸³ VILLADIEGO, A.: *Fuero Juzgo o Libro de los Jueces*, Valladolid, Maxtor, 2004.

interponer un recurso de apelación para que un juzgador superior o el rey, según el caso, revisen y corrijan la conclusión del inferior. En esta época la mayor atención del proceso se centraba en el tiempo de tramitación, más aún si el que querellaba carecía de recursos⁸⁴.

Estos no fueron todos los cambios suscitados en la época pues el periodo feudal promovió que la jurisdicción en la tramitación de las causas sea dependiente de los señores feudales y que por tanto operasen varios procedimientos jurisdiccionales, todos ellos, en su gran mayoría adherentes a la oralidad⁸⁵. Este motivo no era sino porque el modelo se asentaba en una sociedad feudal, donde el señor era el dueño de vidas y haciendas.

Con el paso de los años y con la consolidación del cristianismo que generó una sociedad teocéntrica, cuya ideología se apropió inclusive de las normas procesales, la oralidad poco a poco fue relegada. Este paso en la ciencia procesal surgió en el llamado proceso romano-canónico. Los actos pasaron a ser escritos con fases marcadas y regidas por el principio de preclusión. La ventaja que surgió es que se facultó al demandado a presentar excepciones previas y de fondo⁸⁶. El papa Inocencio III decretó que todos los actos procesales debían constar por escrito y ordenó que las controversias solo podían ser resueltas por los juzgadores sobre la base de esta documentación⁸⁷.

La implementación del sistema escrito provocó un estancamiento de causas y una desaceleración en la tramitación de los expedientes. Lo dicho debilitó el principio de celeridad cuyo fin se perseguía con la oralidad. La solución que se entregó por parte de la iglesia a través de bula *Clementina Saepe contingit* del papa Clemente V, para solventar el represamiento de causas, fue el apareamiento de un proceso breve al cual se lo denominó *sommario*⁸⁸. En este proceso la discusión procesal tenía lugar en una

⁸⁴ PRIETO-CASTRO, L.: "Derecho procesal civil", *Op. Cit.*, pp. 268-269.

⁸⁵ GOLDSCHMIDT, J.: *Derecho Procesal Civil*, *Op. Cit.*, p. 17.

⁸⁶ VÉSCOVI, E.: *Teoría General del Proceso*, *Op. Cit.*, p. 32.

⁸⁷ DE LA RÚA, F.: *Teoría General del Proceso*, Depalma, Buenos Aires, 1991, p.101.

⁸⁸ ROCCO, U.: *Teoría General del Proceso Civil*, Porrúa, México DF, 1959, p. 165.

sola audiencia. Este proceso encontró su madurez en el “tratado bartoliano sobre la constitución *ad reprimendum*”⁸⁹.

La figura del ente legislador del derecho canónico tuvo gran injerencia en el desarrollo del derecho procesal, especialmente a partir del siglo XII. Esta relación con la ciencia jurídica surge por los requerimientos de los prácticos de la materia. Los papas no realizaban simples sugerencias, sino que emitían órdenes abstractas encaminadas a simplificar las formalidades del proceso mediante la reducción en los tiempos de sustanciación de las causas, sin menoscabar la verdad.

El aparecimiento del proceso abreviado se constituyó en la base en la que se asentaría el derecho procesal moderno, pues su espíritu sirvió de inspiración para el desarrollo del principio de economía procesal. Hasta el siglo XV el derecho canónico recorrió la senda normativa de la mano de los ordenamientos jurídicos civiles, con los que compartió y moduló varias de sus instituciones desde un enfoque de simplificación del procedimiento⁹⁰.

Algunos eruditos del derecho procesal como Niceto Alcalá-Zamora, exponen que en la historia doctrinaria del derecho existió un segundo momento, al cual el autor denomina “judicialista”⁹¹. Esta etapa de la historia inicia entre el siglo XII-XIII y floreció especialmente de la mano de autores italianos tales como Tancredo⁹² o Guillermo Durantes⁹³. El estudio del derecho procesal se sujetó en los postulados del derecho común, conjugándolos con el derecho ítalo canónico y medieval italiano, en el que convergen las bases del derecho romano, germano y canónico.

⁸⁹ BELDA INIESTA, J. y CORETTI, M.: “Reflexiones doctrinales en torno a las Clementinas Dispendiosam y Saepe contingit: el proceso sumario a la luz del utriusque iuris”, *Glossae: European Journal of Legal History*, No. 13, 2016, p. 34.

⁹⁰ BELDA INIESTA, J. y CORETTI, M.: “Reflexiones doctrinales en torno a las Clementinas Dispendiosam y Saepe contingit: el proceso sumario a la luz del utriusque iuris”, *Op cit*, p. 34.

⁹¹ ALCALÁ-ZAMORA, N.: *Estudios de teoría e historia del proceso*, Iure Editores, México, 2005, p.63.

⁹² Autor de la obra *Ordo iudiciarius* PEREZ MARTÍN, A.: “El ordo iudiciarius 'ad summariam notitiam' y sus derivados”, *Historia. Instituciones. Documentos*, No. 9, 1982, p. 327.

⁹³ Autor del célebre *Speculum Iudiciale* SÁNCHEZ MARIANA, M.: “El libro en la Baja Edad Media. Reino de Castilla”, en ESCOBAR, H. (dir.): *Historia ilustrada del libro español*, Fundación Germán Sánchez Ruipérez, Pirámide, Madrid, 2 ed., 1996, p.177.

Estas ideas trascendieron y se dispersaron a lo largo de Europa, provocando que entre los siglos XIII y XV sean adoptadas por los diferentes estados europeos. El éxito de esta corriente se debía principalmente a tres factores.

1.- El primero la rigurosidad científica de la escuela de Bolonia a la que acudían a cursar sus estudios personas de varias partes de Europa, para luego aplicar su conocimiento en su tierra de origen.

2.- El segundo es el factor religioso de los tribunales eclesiásticos, que tenían presencia en la mayoría de los países europeos y aplicaban un derecho común, mayormente homogéneo.

3.- El tercero es el factor político pues este entendimiento del derecho procesal fue utilizado por los diferentes monarcas para resolver problemas nobiliarios, en el caso español lo encontramos con las Partidas de Alfonso X⁹⁴.

En España, merece una mención especial el profesor Jácome Ruiz, maestro de la Universidad de Murcia, quien, durante el Reinado de Alfonso el Sabio, y por su educación en Bolonia, amalgamó el derecho común con el derecho nacional castellano. Su obra se evidencia en la redacción del Código Alfonsino y tres textos procesales titulados: “Flores del Derecho”⁹⁵, “Doctrinal de los Pleitos”⁹⁶ y “Los nuevos tiempos de los Pleitos”⁹⁷. Flores del Derecho es una obra de marcada importancia, al ser el primer borrador de la Partida III, el mismo que sirvió de modelo para un sinnúmero de instituciones procesales de Hispanoamérica.

A este periodo le sigue una época en la que el estudio de la ciencia procesal se centró en sus aspectos meramente prácticos y comprende el siglo XVI hasta el siglo XIX, si nos referimos a España. En este punto de la historia se pensó en el derecho procesal como un arte y no como una ciencia. Esta consideración se debe a la

⁹⁴ Un cuerpo normativo promulgado en el reinado de Alfonso X cuya necesidad surgió con el afán de entregar uniformidad jurídica en el reino.

⁹⁵ RUIZ, J.: “Las flores del derecho”, *Cahiers de linguistique hispanique médiévale*, No. 22, 1998. pp. 247-270

⁹⁶ UREÑA Y SMENJAUD, R. BONILLA Y SAN MARTÍN, A.: *Obras del maestro Jacobo de las Leyes, jurisconsulto del siglo XIII*, Reus, Madrid, 1924.

⁹⁷ *Ibidem*.

elaboración de textos en castellano y al *styluscuriae*⁹⁸ en los que predominaban las consideraciones personales de los autores más que los preceptos legales.

A pesar de la evidente importancia del proceso en la reglamentación de la vida del estado y de la convivencia social, en la época, el derecho procesal fue infravalorado a causa de que la discusión giraba en torno a su visión práctica. Sin perjuicio de ello, la época dotó de varias de las figuras que se consideran frutos destacables del procesalismo, especialmente en torno al aporte de teóricos alemanes como Weismann y Wach con su doctrina de la acción declarativa. A esta concepción se suma la tesis de la naturaleza del proceso como cuasicontrato, desarrollada en el siglo XIX por el francés Arnault de Guenyveau aunque previamente discutida por varios autores españoles como Salgado de Somoza⁹⁹.

Efectivamente Salgado de Somoza en su obra titulada: “*Labyrinthus creditorum concurrentium ad litem, per debitorem communem, inter illos causatam*”¹⁰⁰, abordó la doctrina del concurso de acreedores y sentó las bases del principio de oficialidad¹⁰¹, que resultaba contrario al principio dispositivo propio de la doctrina italiana. A este jurista se suma el aporte de otros doctrinarios quienes impulsaron la figura de la instancia, la tercería y la apelación como el español Juan de Hevia Bolaños en la obra “*Curia Philipica*”¹⁰² y el alemán Johann Benedict Carpzov, con su obra “*Practica nova Imperialis Saxonica rerum criminalium*”¹⁰³, en la que se determinó la forma de actuación del tribunal de Schoppenstgul en Leipzig.

⁹⁸ El término *stilus* se utilizó después del concilio de Trento. Varios autores lo utilizaban para referirse a la forma de hablar y de llevar a cabo diferentes procedimientos. Con el paso del tiempo este término fue cada vez más utilizado para referir el mecanismo de resolución de conflictos que tenían lugar en los organismos de la curia Romana. “A finales del siglo XIX esta diferencia de significado se plasmó en una diversa denominación: al estilo formado por actos de procedimiento se le llamó “estilo formal”, y al que formaban las decisiones dictadas en un mismo sentido para resolver un tipo de asunto determinado, se le llamó “estilo material”” SCHULTE, J.: *Das katholische Kirchenrecht*, Giessen, 1863, p. 313, citado en SÁNCHEZ, A.: “*stilus et praxis curiae*, presupuestos para una visión actual del concepto”, *Cuadernos doctorales Navarra*, Vol. 11-20, 2002, p.87.

⁹⁹ ZULETA HINCAPIÉ, N.: “Derecho procesal: teoría e historia del proceso civil en Colombia”, *Op. Cit.*, p. 475.

¹⁰⁰ SALGADO DE SOMOZA, F.: *Un laberinto de acreedores concurrentes en un pleito, provocado entre ellos por un deudor común*, Anisson Laurent, Lugduni, 1672

¹⁰¹ Principio por el cual la iniciación, desarrollo e impulso de los procesos judiciales recae también en los órganos jurisdiccionales y no exclusivamente en la mera voluntad de las partes.

¹⁰² HEVIA BOLAÑOS, J.: *Curia Philipica*, Imprenta de Ulloa, Madrid, 1790.

¹⁰³ BENEDICT CARPZOV, J.: *Asuntos penales prácticos del nuevo imperio sajón, decisiones sobre cuestiones casi universales en materia de procedimiento penal*, Nabu Press, Málaga, 2012.

El procedimentalismo fue una fase de paso entre la concepción práctica y el derecho procesal científico. Este advenimiento se debe a la Revolución Francesa como causa política y a la codificación napoleónica como causa jurídica. Efectivamente, la doctrina de la prueba y el enjuiciamiento penal sufrieron repercusiones en la Revolución Francesa, en la que se forjó, entre 1789 y 1808, el proceso penal anglo-francés que moduló y reincorporó el sistema acusatorio inglés, al sistema inquisitivo predominante en Europa¹⁰⁴. Este sistema se caracterizó por contar con etapas claramente identificadas. La primera la instrucción fiscal de naturaleza inquisitiva y la segunda un juzgamiento con rasgos acusatorios.

Las modificaciones realizadas por Napoleón entre los años 1806 y 1808 permitieron dividir la rama civil de la penal y lo sustantivo de lo procesal¹⁰⁵, un punto de inflexión que se trasladó también a la Academia. De tal suerte que la doctrina que se avizoraba caduca recobró vitalidad ante las nuevas exigencias del derecho procesal de la época. El inglés, Jeremías Bentham¹⁰⁶, fue uno de los connotados doctrinarios a quién se le atribuyó la inspiración en la reforma napoleónica. A él se suman los franceses Bonnier y Fausto Hélie y el alemán Mittermater.

Por otro lado, en 1868 aparece la obra titulada “teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales” de Oskar von Bülow¹⁰⁷. Con ello surge otra etapa en el derecho procesal en la cual el carácter científico adquiere preponderancia. El procesalismo científico sentó sus bases en dos pilares: El primero entorno a la independencia del derecho procesal respecto del derecho material¹⁰⁸; el segundo, el

¹⁰⁴ ALCALÁ-ZAMORA, N.: *Estudios de teoría e historia del proceso*, Op. Cit., p.68.

¹⁰⁵ Sin duda esta separación no era nueva, pues se había intentado por varias ocasiones a lo largo de la historia, un ejemplo de ello es el libro II del *Liberludiciorum* en el siglo VII, o en la tercera partida de 1263 y en las ordenanzas de Luis XVI. *Ídem.*, p.69.

¹⁰⁶ Sus aportes se centraron en la política y el derecho, tuvo injerencia en la filosofía del derecho y en el surgimiento del utilitarismo. Las leyes de usura, la codificación del derecho y la reforma carcelaria, cobijaron sus teorías. Sin lugar a duda su obra titulada el “tratado de la prueba”, fue en materia procesal su más afamado aporte. En este documento se realiza un trazado a través del pensamiento jurídico y el proceso judicial en el avance de la humanidad y se encamina a evidenciar la relación que existe entre la prueba y la verdad. El sistema de prueba libre o la teoría racional de la prueba representó un avance en materia probatoria.

¹⁰⁷ VON BÜLOW, O.: *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, Ara Editores, Santiago de Chile, 2016.

¹⁰⁸ En esencia la independencia del derecho procesal partió desde las primeras consideraciones de la escuela de Bolonia y se consolidó en la codificación de Napoleón con su modelo de legislación separada.

estudio de los conceptos esenciales de la materia (acción, actuación de las partes, proceso y jurisdicción).

A partir del siglo XIX surge el nuevo entendimiento del derecho procesal. Son varios autores los que resaltan, tales como: Héctor Fix Zamudio y Castillo Larrañaga en México; Luis Loreto en Venezuela; Eduardo Couture en Uruguay; Alfredo Buzaid y Luis Machado Guimaraes en Brasil; y, Tomás Jofré, Hugo Alsina y Ramiro Podetti en Argentina. A esta lista se suman los europeos Francesco Carnelutti y Giuseppe Chiovenda en Italia; y, los españoles Francisco Beceña González y Niceto Alcalá-Zamora y Castillo.

Entre los años 1855 a 1937 surgió la figura de Lodovico Mortara y entre 1872 a 1937 Giuseppe Chiovenda. Mortara, si bien fue un connotado procesalista, centró su estudio en el derecho procesal exegético, igualando e incluso a veces superando a su maestro Martiroló. Por otro lado, Chiovenda en 1894 inició su prolífica actuación como procesalista. En este escenario optó alejarse de las bases de la exegética promovida exitosamente por Martiroló, Caravantes y Garsonnet y dirigió su labor al procesalismo alemán¹⁰⁹, especialmente inspirado por los afamados procesalistas, el alemán Adolf Wach y el austriaco Franz Klein¹¹⁰.

El éxito de Chiovenda se debe a que consiguió conjugar el liberalismo de Wach y el socialismo de Klein, en aras de construir un modelo propio con características que armonizaban tanto la tradición jurídica romana como el aporte germánico. Sus aportes dogmáticos influyeron de gran medida en los puntales en los que se asentó la reforma procesal que posteriormente realizarían sus discípulos entre ellos Francesco

¹⁰⁹ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N.: "La influencia de Wach y de Klein sobre Chiovenda", en ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N.: *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Autónoma de México, México D.F., 1 ed., 1992, p. 549.

¹¹⁰ Los elementos aportados rigen sobre los hechos notorios y su ausencia de necesidad probatoria, encaminada a la descongestión en la actividad procesal. En este trabajo el maestro logró adaptar y depurar una escuela italiana procesal pura. Por lo que resultaría injusto, calificar a Giuseppe Chiovenda como un mero traductor de las teorías alemanas, cuando su labor destaca de entre todas otras como una verdadera ciencia procesal. Tal como lo reconocieron sus múltiples discípulos como Piero Calamandrei o el catalán José Xirau en la obra a condena en costas. CHIOVENDA, J.: *La condena en costas / José Chiovenda; traducción de Juan A. de la Puente y Quijano; notas y concordancias con el derecho español por J.R. Xirau*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1928, p. 16-18; CALAMANDREI, P.: *En memoria de Giuseppe Chiovenda*, CEDAN, PADUA, 1938, p. 7-9.

Carnerlutti y Piero Calamandrei¹¹¹. Por ello no resulta extraño afirmar que sus ideas nutrieron de contenido el Código de Procedimiento Civil Italiano de 1940. Estas ideas en el continente americano serían difundidas especialmente por el famoso procesalista uruguayo Eduardo Couture¹¹².

Eduardo Couture, si bien reconoce que no existe un sistema oral y escrito puro, destaca la pertinencia de la oralidad, que emerge del derecho positivo, por medio del cual los actos procesales deben realizarse en audiencia de viva voz y el recurso escrito debe reducirse a lo estrictamente indispensable¹¹³, entendiendo que la realización de la justicia es el fin más caro que persigue el proceso¹¹⁴. Además, sostiene que la publicidad debe ser entendida como un instrumento de educación del pueblo, tal como lo sostenía Klein¹¹⁵.

El derecho procesal contemporáneo encuentra en la oralidad un aliado para el impulso del principio de celeridad, publicidad e inmediación¹¹⁶; todo ello en búsqueda de un perfeccionamiento en el tratamiento del proceso. Autores como Osvaldo Gozaíni, en su obra *Oralidad y Prueba*¹¹⁷, y Álvaro Mejía Salazar¹¹⁸ abordan a la oralidad desde una visión práctica y la vinculan a los principios que la regulan desde una dimensión general.

¹¹¹ Se evidencia principalmente en las transcripciones realizadas por Calamandrei en su obra instituciones del derecho procesal civil. CALAMANDREI, P.: *Instituciones del derecho procesal civil*, Librería el Foro, Buenos Aires, 1996. p. 5. Así como de sus múltiples menciones en la obra de las buenas relaciones entre los jueces y los abogados en el nuevo proceso civil CALAMANDREI, P.: *De las buenas relaciones entre los jueces y los abogados en el nuevo proceso civil*, Ediciones Jurídicas Olejnik, 2 ed., Santiago de Chile, 2020.

¹¹² Justamente en su conferencia dictada en Argentina el 25 de agosto de 1938 titulada “Oralidad y Regla Moral en el Proceso Civil” auspiciada por la Asociación Pro-Juicio Oral, se refirió a la obra de Klein y a la difusión de Chiovenda. En ella consideró que la oralidad no debe ser entendida como un espectáculo sino como una verdadera forma de solución de conflictos. SENTIS MELENDO, S.: “Couture y su obra procesal”, *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, No. 16, 1957, p. 64.

¹¹³ COUTURE, E.: *Fundamentos del derecho procesal civil*, Op. Cit., p. 19.

¹¹⁴ *Ídem.* p. 148.

¹¹⁵ CAPPELLETTI, M.: *Oralidad y las pruebas en el proceso civil. Proceso oral y proceso escrito*, ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2019, p. 29.

¹¹⁶ Véase como la oralidad actúa como un elemento coadyuvante de los principios y no como una *conditio sine qua non*, pues como se verá más adelante su presencia no se desconoce en el sistema escrito.

¹¹⁷ GOZAÍNÍ, O.: *Oralidad y prueba en el Código Orgánico General de Procesos*, Editorial Cevallos, Quito, 2018.

¹¹⁸ MEJÍA SALAZAR, A.: *La oralidad y los principios del procedimiento*, Ius e Historiae, Quito, 2018.

En el ámbito español, la oralidad ha sido estudiada desde su origen y características, por destacados doctrinarios como los profesores Silvia Barona Vilar¹¹⁹, Juan Montero Aroca¹²⁰, Fernando Gascón¹²¹ y Andrés de la Oliva¹²². Desde la perspectiva latinoamericana uno de los trabajos que sobresale es aquel elaborado por Álvaro Pérez Ragone en el cual se resaltan los aportes del austriaco Franz Klein y las observaciones del alemán Adolf Wach. El autor refiere que ambos doctrinarios a través de la oralidad transparentaron y objetivaron la gestión del proceso, sin la necesidad de anular o excluir responsabilidades y roles de las partes, pues estas aún mantienen la facultad demarcatoria del objeto litigioso.

A lo dicho se suma la concepción de Klein sobre el rol activo del tribunal y el límite en el trato equitativo de las partes. La interacción reglada de las partes, a través del juzgador, que permite o limita el accionar, no responde a un desconocimiento del carácter privativo del objeto de la causa, sino que se justifica en la interacción del órgano judicial estatal y en el principio de razonabilidad¹²³.

Sin duda la doctrina de Klein, elaborada hace más de 100 años, estuvo adelantada por mucho a su época y fue la primera “entre aquellas relativas a los ordenamientos procesales modernos en basarse efectivamente en el hecho de que el proceso es un fenómeno social de masas y que debe ser reglamentado como un instituto de bienestar”¹²⁴.

¹¹⁹ BARONA VILAR, S.: “Líneas generales y principios configuradores de la ley 1/200 de 7 de enero de enjuiciamiento civil”, *Revista De Derecho Universitat De València (Estudi General)*, No.1, 2002. p. 1-12. Versión on line <https://www.uv.es/revdret/archivo/num1/silvia.htm>, último acceso 12-02-2022.; BARONA VILAR, S.: “La vista oral”, en GÓMEZ COLOMER, J.L. y BARONA VILAR, S.(Coord.): *Proceso Penal: derecho procesal III*, Tirant lo Blanch, 2 ed., 2022, pp. 471-484

¹²⁰ MONTERO AROCA, J.: “La Nueva Ley De Enjuiciamiento Civil Española y la Oralidad”, *Derecho PUCP*, No. 53, 2000, pp. 583-668.

¹²¹ GASCÓN INCHAUSTI, F.: *Oralidad o Escritura como factores de eficiencia del proceso civil en España. Informe nacional presentado para la ponencia general del profesor Michele Taruffo*, Asociación Internacional de Derecho Procesal, Gandía-Valencia, 2008.

¹²² DE LA OLIVA SANTOS, A.: *Casación Oralidad y Nuevo Proceso Civil*, ediciones jurídicas Santiago, Santiago de Chile, 2009.

¹²³ PÉREZ RAGONE, A.: “El revisionismo garantista en el proceso civil a través de las ideas de Franz Klein y Adolf Wach Precisiones sobre eficiencia y derechos procesales”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, No. 42, 2014, p. 547.

¹²⁴ SPRUNG, R.: “Los fundamentos del derecho procesal civil austriaco”, *Revista de derecho procesal*, Vol.1, 1979, p. 38.

A diferencia de Klein, Adolf Wach, si bien estaba a favor de la oralidad, difería respecto al activismo judicial¹²⁵ y a las funciones ampliadas del juzgador. El autor consideraba que el dominio de las partes debía preponderar por encima de todo impulso oficioso del juzgador o de cualquier intromisión del Estado, en la solución de controversias judiciales sometidas al proceso civil¹²⁶. Sus opiniones, en todo caso, como las de cualquier integrante de la doctrina procesal, deben ser interpretadas en el contexto social en el que se vierten, a saber, atendiendo a la dicotomía existente entre sociedad y justicia como dos realidades que conviven y se retroalimentan mutuamente.

2. Desarrollo histórico del derecho procesal ecuatoriano

Tras el inicio de la época Republicana, que surgió con la independencia del Ecuador en 1830, resultó necesaria la creación de leyes propias que reglamente al naciente estado. En esta tarea se produjo una masiva creación normativa, que, si bien contenían inspiración de leyes españolas, se entendían ya como propias. El 08 de noviembre de 1831, mientras presidía la República Juan José Flores, el poder legislativo ecuatoriano emitió la primera ley procesal, bajo el título de Ley de Procedimiento Civil. Esta ley fue publicada en el Registro Auténtico Nacional, tras la sanción presidencial de 16 de noviembre de 1831¹²⁷.

¹²⁵ “La doctrina del activismo judicial se inspira, ya sea en el valor de la congruencia del derecho con la conciencia social; ya sea en una meta ética utilitarista (tarea de los jueces es favorecer la mejor distribución de los recursos); ya sea en el deber constitucional de los jueces de proteger los derechos de los ciudadanos (así como los derechos de las minorías) contra las mayorías políticas; ya sea en otros valores que es difícil identificar. Esta doctrina sugiere a los jueces una interpretación tendencialmente libre de todo vínculo textual: en otras palabras, favorece la libre creación del derecho constitucional por parte de los jueces, con la finalidad de adaptar los valores constitucionales a las necesidades de la vida real, que los jueces solo pueden identificar mediante sus sentimientos de justicia” GUASTINI, R.: *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Trotta, Madrid, 2008, pp. 64-65.

¹²⁶ DE BOOR, H.: *Litigios, incluida la ejecución hipotecaria*, Junker & Dünnhaupt, Berlín, 1940, p. 28.

¹²⁷ El primer código procesal civil ecuatoriano no estuvo ajeno a fuertes críticas, por ello autores como Vanesa Aguirre Guzmán y Álvaro Mejía Salazar recuerdan que el propio Congreso Constitucional de la República reconoció que se trataba de una norma incompleta que no abarcaba todo el procedimiento Civil. AGUIRRE, VANESA.: *Tutela Jurisdiccional del Crédito en Ecuador*, Ediciones Legales, Quito, 2012, p. 80; MEJÍA, A.: “Evolución Histórica de la oralidad y la Escritura en el Proceso Civil Español y ecuatoriano”, *Ius Humani Revista de Derecho*, Vol. 6, 2017, p. 84.

Tan solo 4 años tuvo de vigencia el primer código procesal ecuatoriano. En el mandato de Vicente Rocafuerte, el 15 de agosto de 1835, se promulgó un nuevo código de Procedimiento Civil, el mismo que entró en vigor el 22 de agosto de 1835¹²⁸. En 1848 mientras transcurría la presidencia de Vicente Ramón Roca, el 07 de diciembre, el Senado y Cámara de Representantes del Ecuador dictaron la nueva Ley de Procedimiento Civil, la misma que en 1863 sería nuevamente derogada en el mandato de Gabriel García Moreno, con la vigencia de una nueva norma procesal.

En este Código de Procedimiento Civil en su primer artículo se hace una enunciación expresa a las normas españolas y se reglamenta su aplicación en territorio ecuatoriano. A pesar de haber conseguido su independencia, a esa fecha, varias décadas después, aún se reconocía tácitamente la injerencia normativa española en el territorio ya independiente. Concretamente al referirse a las Pragmáticas, cédulas, ordenes, decretos y ordenanzas del gobierno español sancionadas hasta el 18 de marzo de 1808 que regían en el territorio ecuatoriano, la Recopilación de las Indias, Recopilación de Castilla, Las 7 Partidas y los sagrados cánones eclesiásticos; expresamente se determinó que regirían para negocios contenciosos que tuvieron origen hasta antes del primero de enero de 1861. Recién en esta normativa se derogan las leyes, cédulas, órdenes y decretos del gobierno español posteriores al 18 de marzo de 1808¹²⁹.

Con el afán de reglamentar de manera adecuada los procedimientos, en el año 1869, se dictó una nueva normativa que entró en vigor el 27 de mayo de 1871, bajo la denominación de Código de Enjuiciamiento en materia Civil. Esta normativa es una inspiración de la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855¹³⁰, que pasó a regular los ámbitos del derecho que en “el siglo XIX se encontraban en la Partida III y en el Libro XI de la Novísima Recopilación de 1805”¹³¹.

¹²⁸ Primer Registro Auténtico Nacional Ecuatoriano, No. 5, 1835, p. 2-36.

¹²⁹ MOSQUERA, M.: *Colección de Leyes y Decretos dados por el Congreso Constitucional de 1863*, Imprenta Nacional, Quito, 1864, p. 65.

¹³⁰ TROYA CEVALLOS, A.: *Elementos de Derecho Procesal Civil*, Pudeleco, Quito, 2002, p. 124; PEÑAHERRERA, V. M.: *Lecciones de derecho práctico civil y penal*, Editorial Universitaria, Quito, 1958, p. 50-51; CRUZ BAHAMONDE, A.: *Estudio crítico del Código de Procedimiento Civil*, Edino, Guayaquil, 1995, p. 16.

¹³¹ MONTERO AROCA, J.: “La Nueva Ley De Enjuiciamiento Civil Española y la Oralidad”, Op. Cit., p. 592.

La influencia española en la legislación ecuatoriana no entraña una rareza, sino, al contrario, es una tónica inherente a los estados que fueron colonias. Es meritorio resaltar que los estados del “nuevo mundo”, incluso después de conseguir su independencia continuaron fundando sus leyes en las adoptadas en España, aunque con un grado considerable de autenticidad. Todo esto, hasta conseguir un establecimiento más firme y un desarrollo como naciones libres.

Quizá, es por eso por lo que, Juan Montero Aroca citando a Alcalá Zamora definió a la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855 como “el código procesal más prolífico del universo”¹³². Resulta indudable que la injerencia española alcanzó a todo el territorio del continente americano, incluso aquellos estados que practican el denominado common law, un ejemplo de ello es el “Code of practice” del estado de Luisiana (EE.UU.).

El Código de 1871 fue derogado en el año 1983 por el Código de Procedimiento Civil que sufrió una serie de reformas y modificaciones como las desarrolladas en el 07 de febrero de 1953¹³³, 18 de mayo de 1987¹³⁴ y 12 de julio de 2005¹³⁵. Este último vigente hasta 22 de mayo de 2015, fecha en la que se publicó el Código Orgánico General de Procesos que entró en vigor el 22 de mayo de 2016, motivado por instaurar una reforma procesal integral. Además de la necesidad de modificar, por mandato constitucional, el sistema escriturario a la oralidad.

Una vez instaurada la Colonia y aún más, tras el inicio de la época Republicana, el sistema procesal ecuatoriano transitó por un modelo esencialmente escriturario, salvo escasos actos procesales orales como la etapa conciliatoria o las llamadas audiencias de estrados¹³⁶. Sin embargo, esta configuración normativa no

¹³² MONTERO AROCA, J.: “La Nueva Ley De Enjuiciamiento Civil Española y la Oralidad”, *Op. Cit.* p. 595.

¹³³ Registro Oficial Suplemento 133, 07 de febrero de 1953.

¹³⁴ Registro Oficial Suplemento 687, 18 de mayo de 1987.

¹³⁵ Registro Oficial Suplemento 58, 12 de julio de 2005.

¹³⁶ Esta actuación procesal consistía exclusivamente en brindar alegatos de cierre respecto de las pruebas practicadas en la causa. Por tanto, no se encaminaba a la presentación o evacuación probatoria, sino a un elemento de persuasión judicial previo a la emisión de la resolución que se debía conocer exclusivamente por escrito. Este ejercicio denota una clara intención del principio de inmediación, pero está lejos de considerarse un elemento de oralidad plena.

respondía al avance constitucional que ya en ocasiones previas demandó la implementación de la oralidad en la sustanciación de los procesos.

Efectivamente la oralidad en el Ecuador, desde el punto de vista práctico, surgió con el Código Orgánico General de Procesos, aun cuando el antecedente constitucional la demandaba con abundante anterioridad. La Constitución Política de 1945 bajo el gobierno de José María Velasco Ibarra, promovió la simplificación de los trámites que deberían adoptar en lo posible un “sistema verbal”¹³⁷. Lastimosamente esta Constitución únicamente tuvo un año de vigencia. El 31 de diciembre de 1946 fue remplazada por una nueva Constitución en la que se suprimió la necesidad del sistema oral¹³⁸.

En la Constitución de 1967¹³⁹ se retomó a la oralidad como el mecanismo esencial en la comunicación de las actuaciones procesales, especialmente se hace una enunciación a la materia laboral en la que se impuso la obligación de que se desarrolle mediante un juicio oral¹⁴⁰. Además de ello, se realizó una enunciación general de simplificación de trámites con la implementación facultativa del sistema oral, en cuanto fuera posible. El sistema oral fue ratificado en la Constitución Política de 1979¹⁴¹ y se le agregó la consecuencia de destitución de los jueces reincidentes en el retardo injustificado en la tramitación de las causas. Sin perjuicio de ello su implementación continuaba condicionada a aplicarse de forma discrecional a la mayor cantidad de actos posibles, sin imponerse una obligatoriedad generalizada de implementación en todos los procesos.

Las diferentes constituciones que existieron en el Ecuador realizaron enunciaciones a la oralidad, sin fuerza vinculante. A la par, existía ausencia de reformas procesales encaminadas a modular el uso de la oralidad en materia civil. No es sino hasta el año 1998 que el constituyente expresamente ordenó que la

¹³⁷ Registro Oficial 228, 06 de marzo de 1945.

¹³⁸ Registro Oficial 773, 31 de diciembre de 1946.

¹³⁹ Registro Oficial 133, 25 de mayo de 1967.

¹⁴⁰ El alcance de la oralidad dispuesto en el numeral catorce del artículo 64 de la Constitución de 1967 únicamente ordenaba la implementación del sistema oral en los conflictos individuales de trabajo. Por ello los conflictos colectivos aún debían someterse al sistema escriturario. La implementación promovió un desarrollo del principio de inmediatez, carente en el resto de las materias, como la rama civil.

¹⁴¹ Registro Oficial 800, 27 de marzo de 1979.

sustanciación de los procesos incluyendo la presentación y contradicción de las pruebas debía llevarse a cabo mediante el sistema oral y conforme los principios de inmediación, dispositivo y de contradicción¹⁴².

La última Constitución del estado ecuatoriano del año 2008 fue la que selló la suerte del sistema oral en materia procesal. En ella se prevé que el procedimiento debe ser oral en “todas sus fases e instancias”¹⁴³ y le otorga la característica de sistema adscrito a la administración de justicia, que impone la obligatoriedad que todas las materias, etapas, diligencias y estancias se lleven a cabo mediante el sistema oral¹⁴⁴.

Según lo observado la oralidad estuvo vigente en los textos constitucionales incluso antes de su existencia en la normativa procesal en las diferentes épocas del estado ecuatoriano. Cabe formularse la siguiente pregunta: ¿Cuándo la oralidad se desarrolló en el ámbito infra constitucional? Como lo referimos la norma que dio inicio al uso de esta forma de comunicación fue el Código Orgánico General de Procesos, sin embargo, este no fue el primer intento de modulación procesal.

Justamente motivados por las Cartas Políticas que promovían la reforma procesal, existieron intentos previos de expedir un nuevo Código. En 1980 el Congreso Nacional, a través de su Comisión legislativa reunió a un grupo de expertos juristas, entre los que destacaban Alfonso Troya, Celso Olmedo y Juan Lovato. Lastimosamente este proyecto no prosperó a pesar de que en él se recogían las recomendaciones hechas por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal¹⁴⁵, con ocasión de las Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, que tuvieron lugar en Quito en 1982.

¹⁴² Constitución Política del Ecuador de 1998, Registro Oficial 1, 11 de agosto de 1998, artículo 194.

¹⁴³ Constitución Política del Ecuador de 2008, Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008, artículo 86.

¹⁴⁴ *idem*, artículo 168

¹⁴⁵ CASCANTE, L.: “El reto para el proceso civil moderno: de la escritura a la oralidad”, *Iuris Dictio*, Vol. 4, 2003, p. 8, p. 7-11

En 1999 el programa Nacional de Apoyo a la Reforma de la Administración de Justicia del Ecuador “PROJUSTICIA”¹⁴⁶, reunió a un equipo conformado por juristas a fin de que elaboren un proyecto de nuevo Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano. Este trabajo estuvo a cargo de Edmundo Durán, Jorge Zabala y Ernesto Albán. El proyecto se desarrolló tomando como ejemplo el Código Procesal Civil Modelo presentado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (IIDP) en 1988, que ya había sido implementado en varios países de la región como Uruguay. Este fue otro de los proyectos que no rindió frutos a pesar de haberse fundado en el Código Modelo elaborado por connotados procesalistas como Enrique Véscovi, Adolfo Gelsi y Luis Torello¹⁴⁷, inspirados en los aportes de Eduardo Couture, quien calificaba al sistema Iberoamericano escrito como burocrático y lento.

Aprovechando la disposición prevista en la Constitución de 1998 que ordenaba la implementación de la oralidad, en 2007 PROJUSTICIA encargó al Instituto Ecuatoriano de Derecho Procesal (IEDP) la elaboración de un nuevo Código Procesal Civil¹⁴⁸. En diciembre de 2007 el proyecto emergió a la luz pública, sin embargo, tras la vigencia de la Constitución de 2008 y los cambios en la función judicial que trajo consigo, el proyecto se vio en la necesidad de readecuarse a los nuevos requerimientos constitucionales. El texto definitivo fue entregado por el IEDP al Ministerio de Justicia en el año 2009 y siguió los parámetros establecidos en el Código Modelo del IIDP.

El proyecto desarrollado por el IEDP jamás se implementó toda vez que por una decisión que no llegó a ser pública el Ejecutivo decidió encargar la reforma procesal a través de su órgano de administración de la función judicial¹⁴⁹ al Centro de Justicia para las Américas (CEJA)¹⁵⁰. El proyecto se desarrolló desde la visión procesal

¹⁴⁶ Este organismo se fundó con la intención de dirigir las reformas dentro de la administración de justicia, mejorando la capacidad del Sistema Judicial y administrando los recursos otorgados por los organismos bilaterales y multilaterales de asistencia técnico-jurídica.

¹⁴⁷ VIERA CUELLO, L.: *Audiencia preliminar-Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, Editorial Universitaria, Colonia del Sacramento, 1989, pg. 85

¹⁴⁸ AGUIRRE, VANESA.: *Tutela Jurisdiccional del Crédito en Ecuador*, Op. Cit., p. 86;

¹⁴⁹ El órgano encargado de velar por el orden administrativo y disciplinario de la función judicial es el Consejo de la Judicatura. Sin embargo, la máxima autoridad y representante del poder Judicial es el presidente de la Corte Nacional de Justicia.

¹⁵⁰ Esta organización tiene su sede en Chile y fue creada como un organismo internacional del sistema interamericano de la Organización de Estados Americanos el 15 de noviembre de 1999. Entre sus

chilena dado que los juristas participantes en su mayoría eran oriundos de este país. Lo dicho provocó que el proyecto resultase ajeno a la realidad y fines que perseguía el estado ecuatoriano y generó fuertes críticas por parte de los juristas nacionales. Sin perjuicio de ello, dentro de los 411 artículos que contenía el proyecto de CEJA, existían puntos a destacar.

Uno de ellos era la posibilidad de mantener un contacto directo con el juez mediante la práctica probatoria exclusivamente oral. No por ello el proceso perdería actos escritos fundamentales como la presentación de la demanda y la contestación.

Otro de los avances comprendía la existencia de un proceso heteróclito encaminado a solventar problemas de diversa complejidad. En el procedimiento declarativo existía la posibilidad de que un caso de mediana complejidad se resolviera en una sola audiencia a la que se le denominó “Juicio Simple”¹⁵¹. Lo dicho implicaba una herramienta sustancial en la reducción de tiempos de tramitación de las causas. Únicamente los casos de alta complejidad serían merecedores de una segunda audiencia a la que se le denominó “Audiencia de Juicio Oral”¹⁵².

Como no podía ser de otra forma en tiempos actuales, el proyecto contemplaba la posibilidad de incluir a las Tecnologías de la Información y la Comunicación en el ámbito judicial. Para ello se planteó la posibilidad de realizar requerimientos y peticiones entre ellas tercerías¹⁵³ a través de formularios on line de fácil comprensión para los usuarios de la administración de justicia, como resultado se obtenía un abaratamiento de los gastos judiciales y se evitaban dilataciones procesales innecesarias. Todo ello a través de una plataforma virtual intuitiva que incluía la presentación de demandas y la interacción con el tribunal que tramita la causa¹⁵⁴.

Además, promovía que las notificaciones con las providencias dictadas fuera de las audiencias se efectúen de forma telemática a través de los correos

funciones se encuentran la elaboración de estudios técnicos a los poderes judiciales y gobiernos de los estados miembros.

¹⁵¹ CEJA, Código Procesal Unificado, párrafo 6º del Título II del Libro III.

¹⁵² *Ídem*, párrafo 8º del Título II del Libro III.

¹⁵³ *Ídem*, art. 404

¹⁵⁴ *Ídem.*, art. 336.

electrónicos¹⁵⁵. Se incluía el ingreso de escritos a través de canales digitales. Con ello se promovía: la desaparición de los casilleros físicos, el uso de la firma electrónica y se limitaba el abuso indiscriminado de recursos como papel, que no es un problema de poca relevancia si tomamos en cuenta una política de protección medio ambiental y los altos costos que demandan estos insumos a la Judicatura Nacional.

En un intento por depurar el texto elaborado por CEJA, el Consejo de la Judicatura realizó varias modificaciones a su contenido incluyendo su denominación, que pasó de “Código Procesal Unificado” a “Código General de Proceso”. En estas “reformas” se mantuvo gran parte de la esencia del Código, los cambios trascendentales giraban en torno al proceso declarativo de carácter general con una audiencia y tres tipos de procesos especiales.

Los procesos especiales se subdividían en proceso declarativo, simplificado y de gestiones voluntarias. Toda la normativa se condensaba en 421 artículos divididos en seis libros en los que se agrupaban los procedimientos y gestiones especiales, principios básicos, vías de ejecución, disposiciones comunes, entre otros¹⁵⁶. En esta norma se aglutinó el proceso relacionado a materias no penales que involucraban al derecho civil, familiar, contencioso fiscal, contencioso administrativo, laboral.

A su vez ese proyecto mantiene la necesidad de contar con elementos escriturarios especialmente para constancia de las actuaciones. Por ello los escritos y la sentencia debían almacenarse de forma física generando un expediente del caso. La justificación de respaldo se evidencia útil, especialmente para la resolución de causas de apelación y casación limitando el uso de la retórica.

La norma continuó con el antecedente del Código de Procedimiento Civil del año 2005 y contempló la emisión de sentencias constitutivas, condenatorias y declarativas. Contrario a la propuesta de CEJA, estableció reglas especiales para las materias contencioso fiscal y administrativo. Sin perjuicio de que estas “nuevas” reglas no eran más que una transcripción de la antigua Ley de la Jurisdicción Contenciosa

¹⁵⁵ CEJA, Código Procesal Unificado, *Op. Cit.*, art. 91.

¹⁵⁶ Consejo Nacional de la Judicatura, Proyecto de Código General del Proceso.

Administrativa de 1968¹⁵⁷. Así las cosas, los plazos y términos de las acciones administrativas eran idénticos a los que durante años se venían desarrollando.

Si bien destacamos que la demanda y la contestación a la demanda debían constar por escrito, el proyecto determinaba que la teoría del caso, fase probatoria, alegatos finales denominados informe en derecho y sentencia serían orales¹⁵⁸, dentro de la audiencia.

Finalmente se conservó el procedimiento simplificado al que se podía comparecer sin la presencia de un abogado defensor, pero se lo circunscribió exclusivamente a la materia civil e inquilinato con una cuantía máxima de veinticinco remuneraciones básicas del trabajador en general¹⁵⁹. Se promovió la facultad de que las partes acuerden someterse a un procedimiento “simple” a través del cual se renunciaba a recurrir la sentencia y solo se facultaba un recurso de corrección ante el juzgador. Pese a todo, el Consejo de la Judicatura terminó por archivar la reforma.

La reforma procesal continuaba siendo una tarea pendiente. Ya en el año 2014 y sin concretarse aún una reforma procesal, el descontento social era generalizado a causa de la congestión judicial en la tramitación de las causas. La problemática había trascendido a un estado de incertidumbre de la eficacia de la administración de justicia. Lo usual era encontrara gran cantidad de usuarios en las unidades judiciales realizando peticiones de atención de las causas. El estado se veía expuesto ante la incapacidad de garantizar los derechos de los ciudadanos.

Según un informe de la Corporación Latinobarómetro¹⁶⁰, entre los años 1997 a 2015 la confianza en el poder judicial en Latinoamérica alcanzaba el 30% como media¹⁶¹, Ecuador no fue la excepción. De hecho, se convirtió en uno de los países

¹⁵⁷ Registro Oficial 338, 18 de marzo de 1968, derogada el 2 de mayo de 2015.

¹⁵⁸ Consejo Nacional de la Judicatura, Proyecto de Código General del Proceso, *Op. Cit.*, art. 233

¹⁵⁹ *Ídem*, artículo 287

¹⁶⁰ La Corporación Latinobarómetro es una ONG sin fines de lucro que fue la encargada del manejo de las bases de datos de las sociedades Latinoamericanas. Empezó su recolección de datos estadísticos en el año de 1995, ha realizado 18 olas de mediciones con un total de trescientas treinta y ocho mil sesenta y cuatro entrevistas. Para ello ha contado con el apoyo del Banco Interamericano de Desarrollo, Banco de Desarrollo de América Latina y los gobiernos de Ecuador, Estados Unidos, México, República Dominicana y Noruega.

¹⁶¹ LATINOBARÓMETRO OPINIÓN PÚBLICA LATINOAMERICANA, *Informe 1995-2015*, Santiago de Chile, p. 19. Versión on line www.latinobarometro.org Último acceso 09-04-2023.

latinoamericanos con mayor desconfianza en la administración de justicia. La preocupación llegó incluso a Human Rights Watch¹⁶² quien, a través de una misiva enviada al presidente del Consejo de la Judicatura, hizo llegar su descontento sobre la falta de cumplimiento en el proceso de reforma judicial, así como su preocupación sobre los procesos de destitución de jueces y magistrados, como incumplimiento de los estándares de independencia judicial¹⁶³. Todo ello desincentivó la inversión extranjera dada la falta de garantías de procesos eficientes.

Otro de los hechos que tuvo incidencia en el retraso de la administración de justicia es el crecimiento demográfico de las principales ciudades, que a su vez generó mayores índices de pobreza. La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos logró identificar un cúmulo de derechos humanos de pertinencia constitutiva e instrumental para la lucha contra la pobreza, entre los que destacan el “acceso a la justicia, derechos políticos y libertades”¹⁶⁴. Justamente esta categorización permite identificar aquellos derechos que habilitan (pertinencia constitutiva) o contribuyen (pertinencia instrumental) a los seres humanos a tomar decisiones libres e informadas.

A estas puntualizaciones se sumó la falta de capacitación de los funcionarios judiciales, quienes desconocían el uso de los recursos de descongestión procesal, así como la pertinencia de los métodos alternativos de solución de controversias. Todo ello desbordó la carga procesal de los juzgados y tribunales que, a través del sistema escriturario, lejos de encontrar respuestas, hallaban limitantes.

Los factores institucionales jugaron un rol fundamental. La excesiva cantidad de procedimientos e instancias generaron un sistema confuso y ajeno al entendimiento

¹⁶² Human Rights Watch es una organización no gubernamental de derechos humanos con presencia en todo el mundo que realiza una revisión periódica contenida en 100 informes anuales sobre las condiciones de los derechos humanos en 90 países. Participa activamente con grupos regionales de la Unión Africana y Unión Europea.

¹⁶³ HUMAN RIGHTS WATCH, Carta sobre independencia judicial en Ecuador, 29 de enero de 2014, Versión on line <https://www.hrw.org/es/news/2014/01/29/carta-sobre-independencia-judicial-en-ecuador> último acceso 09-04-2023.

¹⁶⁴ FERRER, M.: *La población y el desarrollo desde un enfoque de derechos humanos: intersecciones, perspectivas y orientaciones para una agenda regional*, Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía (CELADE) - División de Población, Santiago de Chile, 2005, p. 63.

de una tutela judicial efectiva¹⁶⁵, así como una carga económica de gran importancia para el estado tanto en la mayor cantidad de recursos humanos y materiales, como en la relación tiempo-dinero.

Con la intención de atacar esta problemática la Corte Nacional de Justicia el 21 de enero de 2014 presentó un nuevo proyecto de reforma, que fue denominado “Código Orgánico General de Procesos”, aprobado el 12 de mayo de 2015. En este código se implementó a la oralidad en la sustanciación de todos los procesos no penales, ya implementada por el Código Orgánico Integral Penal. Aunque esta ley procesal está lejos de implementar un sistema puro de comunicación oral de los actos procesales, puesto que en ella se conservaron actos de formulación escrita. Por lo que, lo correcto sería hablar de un sistema mixto o por audiencias.

A su vez el modelo procesal se decanta por el principio de justicia rogada, mediante un sistema de juzgamiento de naturaleza dispositiva para todas las materias, lo que afecta materias cuasi oficiosas como la tributaria, contencioso administrativo o incluso de niñez y adolescencia. A pesar de ello, a lo largo de su contenido ha conjugado diversos modelos al puro estilo de Wach y Klein. Justamente, las facultades de activismo judicial evidencian características de la doctrina promovida por Klein.

El Código apuesta por regular las materias: civil, laboral, fiscal, administrativa y familiar. En esta normativa procesal se reduce a 4 los procedimientos (Ordinario, sumario, ejecutivo y monitorio), contrario a los 84 de su predecesora. Se aleja del sistema escrito como método predominante de comunicación de los actos y lo reserva para unos pocos. También entrega potestades a los notarios para resolver causas que no ameritan oposición e incorpora la obligatoriedad de la resolución oral en audiencia.

El procedimiento ordinario se reserva para las controversias relativas a la privación del dominio, posesión o tenencia de inmuebles o cualquier derecho real de uso, usufructo, servidumbre y habitación, así como de aquellas demandas que no

¹⁶⁵ Santiago Basabe Serrano concuerda con este señalamiento y agrega que ante mayor número de procedimientos e instancias el sistema es más proclive a formas de corrupción judicial mediante pagos ilegítimos. Lo dicho va de la mano con un deterioro en la ética de los administradores de justicia donde la concentración de competencias jurisdiccionales y administrativas juegan un papel determinante. BASABE SERRANO, S.: "Explicando la corrupción judicial en las cortes intermedias e inferiores de Chile, Perú y Ecuador", *Revista Perfiles Latinoamericanos*, No. 42, 2013, p. 79 y 94.

tengan un trámite legalmente previsto¹⁶⁶. Este procedimiento se destaca por estar compuesto de 2 audiencias una preliminar y otra de juicio.

Los asuntos relacionados a materia laboral, de alimentos de niños y adolescentes, mercantiles, divorcios contenciosos y acciones posesorias están reservadas para el procedimiento sumario¹⁶⁷. Se caracteriza por poseer una sola audiencia dividida en dos fases la primera encargada del saneamiento de toda causa de nulidad que pueda afectar al proceso y la segunda probatoria, alegatos y resolución.

El procedimiento monitorio¹⁶⁸, de amplio desarrollo en países europeos tales como Italia¹⁶⁹, España¹⁷⁰ y Alemania¹⁷¹, resultó novedoso en las reformas procesales latinoamericanas¹⁷², entre ellas la implementada por el Ecuador que lo incorporó para perseguir el cobro de obligaciones pecuniarias que no excedan de cincuenta salarios básicos del trabajador en general y que no consten en algún título que la ley considere ejecutivo. Cabe destacar que este procedimiento tiene una dualidad que lo caracteriza y que es dependiente de la oposición del demandado. Si el demandado contesta formulando excepciones el procedimiento se torna sumario; de no existir oposición se inicia una etapa de ejecución forzosa directa.

En el caso de que la controversia gire en torno al cobro de deudas cuyo soporte se encuentre en documentos a los que la ley ecuatoriana les otorga la categoría de ejecutivos: letras de cambio, pagaré, testamentos, documentos privados legalmente reconocidos, entre otros; este deberá ser discutido mediante procedimiento ejecutivo respecto del cual el demandado únicamente puede formular 4 excepciones: “título no

¹⁶⁶ Código Orgánico General de Procesos (COGEP), Registro Oficial Suplemento 506, 22 de mayo de 2015, art. 290.

¹⁶⁷ Código Orgánico General de Procesos (COGEP), *Op. Cit.*, art. 332

¹⁶⁸ Su origen se remonta al *mandatum de solvendo*, propio del derecho medieval italiano, a través del cual se buscó dinamizar el tráfico mercantil evitando las demoras del juicio plenario. En él se prescindió de la etapa probatoria amparado en un documento de carácter ejecutivo. LUNA SALAS, F., NISIMBLAT MURILLO, N.: “El proceso monitorio: una innovación judicial para el ejercicio de derechos crediticios”, *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, No. 17, 2017, p. 156.

¹⁶⁹ Este procedimiento se encuentra regulado en los artículos 633 y siguientes del Código de Derecho Procesal Italiano.

¹⁷⁰ Considerado en la Ley de Enjuiciamiento Civil artículo 812 y siguientes. Todo ello a pesar de haberse incluido a penas en la Ley 1/2000, de 7 de enero.

¹⁷¹ Desarrollado en los artículos 688 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil Alemana.

¹⁷² Varios países latinoamericanos han decidido incorporar este procedimiento dentro de sus diferentes normas procesales. Entre estos países encontramos a Costa Rica, Perú, Brasil, Argentina, Uruguay, Chile.

ejecutivo, nulidad formal o falsedad del título, extinción total o parcial de la obligación exigida y existencia de auto de llamamiento a juicio por delito de usura o enriquecimiento privado no justificado, en el que la parte demandada del procedimiento ejecutivo figure como acusadora particular o denunciante del proceso penal y el actor del procedimiento ejecutivo sea el procesado”¹⁷³.

Pese a las diferenciaciones propias de cada uno de los procedimientos y la diversidad de pretensiones a los que están sujetos, guardan una estrecha homogeneidad en su tramitación, a causa de la injerencia de la oralidad y de los rasgos de concentración de los actos procesales y brevedad en la tramitación de sus fases¹⁷⁴. Por ello no resulta desatinado mencionar que todo el procedimiento, salvando la impugnación, se concentra en 5 momentos: demanda, calificación y admisión, citación, contestación, audiencia (única; preliminar y de juicio).

La dinámica de la oralidad en el proceso también ha generado repercusiones entre las relaciones del juez con las partes, entre las que destacan el principio de inmediación en la valoración probatoria. Lo dicho conlleva que la prueba testimonial gane preponderancia en el desarrollo de la audiencia que se desarrolla mediante el uso de un interrogatorio y contra interrogatorio. Otro de los principios que se ha visto potenciado es el de publicidad mediante el control externo de las acciones judiciales.

A pesar de estos aportes, y de la implantación del sistema oral, no ha existido un aumento en la credibilidad de la administración de justicia, al menos en los primeros años. Un informe realizado por la Fundación Carolina¹⁷⁵ reveló que con fecha de corte 2018 la desconfianza en el poder judicial ascendía al setenta y cinco por ciento¹⁷⁶. Sin

¹⁷³ Código Orgánico General de Procesos (COGEP), *Op. Cit.*, art. 353.

¹⁷⁴ GUERRA SAN MARTÍN, J.: “Fases y estados informatizados en el proceso y comunicabilidad entre las aplicaciones de gestión para la oficina judicial”, *Informática y derecho: Revista iberoamericana de derecho informático*, Vol. 1, 1996, p. 586.

¹⁷⁵ El 22 de septiembre de 2000 el Acuerdo de Consejo de Ministros de España, creó a la Fundación Carolina con la intención de fomentar las relaciones culturales entre España e Iberoamérica mediante un sistema de cooperación y ayuda en la investigación científica de todas las áreas del Conocimiento, además de promover el cumplimiento de los objetivos del milenio de la Organización de Naciones Unidas.

¹⁷⁶ ESTRELLA DE NORIEGA, A.: *Confianza institucional en América Latina: un análisis comparado*, Fundación Carolina, Madrid, 2020, p. 13.

perjuicio de ello no se puede desconocer los avances que trajo consigo la implementación del nuevo modelo procesal ecuatoriano.

Tanto la Constitución de la República en su artículo 168¹⁷⁷ como el Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ) en su artículo 18¹⁷⁸ catalogan a la oralidad como uno de los elementos en el que se asientan las bases para la realización de la justicia a través del sistema procesal. Es más, el COFJ le entrega a la oralidad la categoría de “principio” -esta denominación genera controversia por decir menos-. No obstante, la categoría de principio conlleva un análisis complejo, por lo que, en un primer momento, resulta erróneo considerarlo como tal, a la oralidad. Lo dicho para nada implica un desconocimiento de su relación con los principios de concentración e inmediación, tal como lo reconoce el maestro Devis Echandía¹⁷⁹. El Dr. Montero Aroca respecto a la consideración de la oralidad como principio menciona que “Realmente la oralidad, (...) no llega a constituir un verdadero principio del proceso, pues no pasa de ser una regla técnica de conformación de la forma de los actos, esto es, del procedimiento, y como tal debe ser considerada”¹⁸⁰.

Resulta imperativo remarcar que el proceso ecuatoriano no ha incorporado una oralidad “pura” o exclusivamente oral, sino más bien, un proceso mixto por audiencias. En él se conserva la necesidad de consignación por escrito de varias

¹⁷⁷ La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios: (...). La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo”. Constitución de la República del Ecuador, *Op. Cit.*, artículo 168.

¹⁷⁸ “SISTEMA-MEDIO DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, oralidad, dispositivo, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades”. Código Orgánico de la Función Judicial, Registro Oficial Suplemento 544 de 09 de marzo de 2009, artículo 18.

¹⁷⁹ “En lo oral, la concentración e inmediación operan de manera perfecta; el juez adquiere una mayor capacidad para juzgar, en razón del conocimiento y apreciación directa que hace de las personas y hechos sometidos a su examen y dispone, por último, de una mayor actividad y más amplias facultades”. DEVIS ECHANDÍA, H.: *Teoría General del Proceso*, Editorial Universidad, Bogotá, 1997, p.69.

¹⁸⁰ MONTERO AROCA, J.: “La oralidad en el modelo garantista del proceso civil”, en DE OLIVA SANTOS, A. y PALOMO VÉLEZ D. (Coord.): *Proceso civil hacia una nueva justicia civil*, editorial jurídica de Chile, Santiago, 2007, p. 257.

actuaciones procesales esenciales¹⁸¹, tales como la demanda y contestación a la demanda, sentencias, fundamentación del recurso de apelación y casación, por mencionar algunos.

III. “AFLUENTES” DE LA REFORMA PROCESAL ECUATORIANA

Como todas las normas que operan dentro del ordenamiento jurídico, las procesales persiguen propósitos preestablecidos derivados de las fuentes que dieron origen a su creación. La particularidad de estas radica en que en su ejecución actúa un tercero, llamado juez, a quienes las partes acuden para encontrar respuestas a sus necesidades de tutela. Una tutela “pública”, en todo caso, que se reclama al Estado, en el contexto del contrato social que rige las sociedades modernas. Ahora bien, algunos de los inconvenientes resultan de la ubicación de las normas procesales, que, si bien se encuentran en su gran mayoría recogidas en códigos de procedimiento, estas pueden estar presentes en normas constitucionales y en otras del ordenamiento jurídico.

Las normas procesales se rigen por el principio de territorialidad de la ley, que demarca sus efectos a los límites jurisdiccionales del estado. Sin embargo, lo dicho no impide que una norma extranjera tenga pleno reconocimiento dentro de una legislación nacional ya sea vía procedimiento del exequátur¹⁸² o a través de las normas vinculantes emitidas por las Cortes Internacionales de Derechos Humanos, bajo los mandatos de adecuación normativa a los que se hallan sometidas las naciones. Incluso si lo vemos desde la perspectiva del derecho internacional que se rige por la regla de *locus regit actum*, a través del cual, el acto procesal se somete por el lugar

¹⁸¹ “Preservando las bondades del sistema escrito únicamente en sus elementos imprescindibles, sino exclusivamente desterrando el proceso secreto sin intermediación y concentración en el debate probatorio”. DEVIS ECHANDÍA, H.: *Teoría General del Proceso*, Op. Cit., p. 51.

¹⁸² Al referirnos al reconocimiento vía exequátur u homologación, no implica una adopción o sometimiento a la legislación extranjera, sino que se limita a reconocer sus efectos jurídicos en la medida en que ellos se correlacionen con las normas nacionales. Por ello este tipo de normas no pierden su categoría de extranjeras sometidas al imperio de las normas internas del estado donde pretenden desplegar efectos jurídicos. GUASP, J.: *Derecho Procesal Civil*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1977, p. 65.

donde se ejercita, por medio de los procesos de globalización, ha resultado en una necesidad crear convenios o alianzas de cooperación procesal.

Es más, los procesos transformativos de la sociedad generados por la era de la globalización han permeado también al proceso, al derecho procesal y a la justicia en general. Esto ha supuesto que muchas identidades territoriales nacionales hayan cedido ante los movimientos interregionales (han aparecido organismos supranacionales, como la Unión Europea, el Mercosur, el Unasur, la Comunidad Andina de Naciones, ASEAN, el SICA, etc., que alienta una integración jurídica, favoreciendo la armonización, en unos casos, en otros, la desregularización, e incitando en materia de solución de conflictos hacia las vías no judiciales ni procesales¹⁸³.

En términos generales al hablar de las causas de la reforma abarcamos tanto los elementos dinamizadores que arriban del derecho positivo, como la conducta con sus arquetipos y valores. Estos elementos, en el ámbito de la construcción de un sistema procesal, resultan esenciales pues permiten determinar el origen y propósitos de las normas que guiarán la actuación judicial¹⁸⁴. Como bien lo señala Ángel Latorre, esta aspiración se alcanza no desde la consideración de la filosofía del derecho, sino del análisis individual de cada ordenamiento jurídico, especialmente de la forma cómo se producen las normas y de cómo se las da a conocer¹⁸⁵.

Con lo expuesto, en este acápite no planteamos dar respuesta al origen de las normas individuales que conforman en Código de Procedimiento, pues ello nos conduciría a una relación compleja de causalidad, contrario a ello, lo que se plantea es determinar los antecedentes esenciales que dieron origen a la nueva concepción y mutación del Código a través de sus principales corrientes.

¹⁸³ BARONA VILAR, S.: “Fundamento, evolución y contenido de la disciplina en el siglo XXI”, en GÓMEZ COLOMER, J. BARONA VILAR, S. (Coord.): *Introducción al Derecho Procesal I, Derecho Procesal I, Op. Cit.*, p. 36.

¹⁸⁴ KAUFMANN, A.: *Filosofía del Derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999, p. 209.

¹⁸⁵ LATORRE, A.: *Introducción al Derecho*, Ariel Derecho, Barcelona, 2002, pág. 50.

1. La Constitución Ecuatoriana de 2008 y el deber de adecuación

El análisis del sistema procesal ecuatoriano nos conduce irremediabilmente por la senda del derecho constitucional. Efectivamente los textos constitucionales reúnen los principios mínimos que obligatoriamente deben estar presentes en todo proceso. Junto a los principios, en la misma norma, se ubican reglas procesales y derechos. Todos ellos direccionan el actuar del legislativo. Por consiguiente, dentro de esta norma -en la legislación ecuatoriana- se localizan, por ejemplo, los derechos a la defensa, contradicción, juez natural e inclusive la imposición del sistema oral en la sustanciación de todas las instancias, materias, diligencias y etapas.

La Constitución Ecuatoriana promueve elementos imprescindibles del proceso y en consecuencia enlista una serie de garantías destinadas a corregir cualquier desviación del texto constitucional. En ese escenario conviene analizar tanto la naturaleza de la norma fundamental, como las garantías jurisdiccionales que habilitan el control de constitucionalidad, a través de un modelo concentrado¹⁸⁶ que recae en un órgano especializado denominado Corte Constitucional.

Un elemento para relieves en la construcción del texto constitucional del año 2008 es que no responde a los lineamientos de una sola teoría o autor, sino que aglutina la mayor cantidad de exigencias de los más diversos grupos sociales. Esta es una de las razones que justifican su volumen de contenido en materia de derechos.

El estado ecuatoriano a partir de la promulgación de la constitución del año 2008 adoptó la denominación de “estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico”¹⁸⁷.

¹⁸⁶ Desde una revisión rápida de Constitución entorno a los artículos 11.3, 425 y 428, se podría pensar que el modelo plantea un modelo con dos tipos de constitucionalidad, mixto por un lado y concentrado por otro. Por ello, la Corte Constitucional decidió tomar partido en torno a la polémica doctrinaria que generó el tema y mediante sentencia resolvió que: “En el Ecuador existe únicamente el control concentrado de constitucionalidad, por lo que le corresponde sólo a la Corte Constitucional la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma y su consecuente expulsión del ordenamiento jurídico. De este modo, si bien las juezas y jueces tienen la obligación de advertir la existencia de disposiciones normativas contrarias a la Constitución, siempre deben consultar a la Corte Constitucional para que sea ésta la que se pronuncie respecto a su constitucionalidad.” Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 005-13-SCN-CC, caso No. 0498-12-CN, 28 de febrero de 2013.

¹⁸⁷ Constitución Política del Ecuador de 2008, *Op. Cit.*, artículo 1.

Este cambio en su autodeterminación implicó evidentemente también variaciones en la administración de justicia y en las garantías jurisdiccionales que se crearon como herramientas de tutela directa de los derechos constitucionalmente garantizados, entre los que se incluyen aquellos que regulan el proceso. Uno de estos cambios implicó la imposición de elaborar normas procesales más efectivas en el ámbito del debido proceso y de los principios de inmediación y celeridad, a través del sistema oral. Este cambio significó una transformación de todo el entendimiento procesal ecuatoriano que incluía la actualización de todos los actores sociales.

La inspiración reformativa procesal a partir del modelo constitucional no es una relación extraña, sino más bien comprensible, pues con ella se busca correlacionar a la administración de justicia con los máximos fines estatales. Por ello similares acontecimientos han ocurrido en legislaciones territorialmente lejanas, pero culturalmente cercanas. Es precisamente una de las notas que ha acompañado al modelo procesal del siglo XXI, dada esa directa imbricación de la tutela de la ciudadanía con los derechos constitucionales y con las exigencias constitucionales de una Justicia adaptada a la sociedad del momento.

En el caso español, a partir de la Constitución de 1978, se dispuso concretamente en su artículo 102.2 que el procedimiento debía ser predominantemente oral¹⁸⁸. Este cambio vivificó una serie de reformas que previamente ya planteaban introducir a la oralidad y dar solución a los problemas que enfrentaba la administración de justicia. Silvia Barona Vilar refiere que algunas de las obras que se constituyeron en intentos de la reforma de la ley procesal civil, fueron la “Ley de Bases del Anteproyecto del Código Procesal Civil de 1966; el Borrador del anteproyecto de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de 1995, la aprobación de la Ley de Reforma Procesal 34/1984 o la Propuesta de Actualización y corrección de la LEC de 1970”¹⁸⁹.

¹⁸⁸ MEJÍA, A.: “Evolución Histórica de la oralidad y la Escritura en el Proceso Civil Español y Ecuatoriano”, *Op. Cit.*, p. 81.

¹⁸⁹ BARONA VILAR, S.: “Líneas generales y principios configuradores de la ley 1/200 de 7 de enero de enjuiciamiento civil”, *Op. Cit.*, p. 1.

Ecuador, tras la Constitución del año 2008, abandonó su condición de estado social de derecho, en el que la ley era concebida como un acto normativo irresistible e inoponible¹⁹⁰, fuente suprema del derecho¹⁹¹ y dividía al estado bajo la concepción clásica de Montesquieu; para situarlo como un estado de derechos. Justamente una de las principales críticas al estado ecuatoriano anterior al 2008, fue la deficiencia en el poder judicial que se veía rebasado en su capacidad de atención para dar soluciones a los conflictos y su consecuente lesión al debido proceso.

Pese al ideal montesquiano, la realidad demostró que la independencia del poder judicial respondía más a una falacia teórica que una realidad práctica. El problema esencial en la administración de justicia surgió de la mano de la incidencia de la burguesía que, a través de un exacerbado principio de representación, regía el poder ejecutivo y legislativo y por ende fijaba los límites del estado y las facultades normativas, con la injerencia de jueces boca de ley. El desarrollo de los derechos procesales se centró en la promulgación de leyes y no en el contenido constitucional y supranacional, que resultó relegado a normas de carácter subsidiario, carentes de aplicación y vinculación directa.

El cambio de modelo hacia un estado constitucional implicó ubicar a la constitución del año 2008 como norma fundamental para la reglamentación de la organización del estado. Con esta mutación la dinámica de sometimiento de los poderes del estado adquirió un nuevo sentido tras la inclusión de dos nuevas funciones: electoral y de participación ciudadana. La última de ellas de trascendental importancia para el sistema judicial, pues sobre ella recayó la tarea de elección de las máximas autoridades en la administración de justicia. Todo ello aprovechando las bondades de una carta magna compuesta de tres elementos: uno material, procedimental y orgánico.

Al referirnos al elemento material nos abocamos al contenido programático de los derechos contenidos en la norma, como mandatos de garantía y tutela estatal. A su vez, su dimensión procedimental hace referencia a los mecanismos de protección

¹⁹⁰ ZAGREBELSKY, G.: *El derecho dúctil*, Editorial Trotta, Madrid, 1997, p. 24.

¹⁹¹ FERRAJOLI, L.: *Democracia y garantismo*, Trotta, Madrid, 2008, p. 29

de los derechos constitucionales, así como los métodos de participación ciudadana. El elemento orgánico regula y determina las funciones del estado, a través de la delimitación de facultades, principalmente ante la diferenciación entre la concepción de legislador y constituyente, descartando cualquier contrapeso entre ellos. Con este propósito la constitución agregó un elemento de rigidez, que implica que el contenido esencial de los derechos, entre ellos los procesales, no puede ser alterado por procedimientos legislativos ordinarios.

La constitución ecuatoriana por disposición expresa de su texto es una norma jurídica de aplicación directa y vinculante para cualquier persona o autoridad¹⁹², inclusive judicial, en materia de derechos procesales esenciales, de rango constitucional. Esta característica de vinculación, como lo refiere Gerardo Pisarello, entre otras consideraciones, implica una garantía social indirecta de participación que permite una actuación en el proceso legislativo, precedido por grandes audiencias públicas previa a la promulgación de leyes por el parlamento que faculta a los ciudadanos hacer sentir su voz en la construcción del derecho¹⁹³. En ese escenario la sociedad se sitúa en el centro del debate político, en el camino de transformación de la justicia, del estado, de la sociedad y de los intereses de todos quienes la conforman¹⁹⁴.

Este mecanismo de vinculación directa de la constitución y el derecho de participación de los ciudadanos emplea una fórmula compleja que pretende equiparar dos lógicas de protección jurídica. Por un lado, la autonomía de los sujetos, por otro, los medios y requisitos de los procesos deliberativos. En ese entendimiento tanto los objetos tutelados como los sujetos de derecho deben contar con normativas claras y

¹⁹² ÁVILA SANTAMARÍA, R.: "Ecuador Estado constitucional de derechos y justicia" en ÁVILA SANTAMARÍA, R. (dir.): *Constitución del 2008 en el contexto andino*, editorial del Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, Quito, 2008, p. 22

¹⁹³ GERARDO, P.: *Los derechos sociales y sus garantías: por una reconstrucción democrática, participativa y multinivel*, Editorial Trotta, Madrid, 2007, p. 124; también Gustavo Zagrebelsky considera que la participación ciudadana en el camino de formación de leyes tiene como finalidad garantizar la supremacía de la fuerza normativa constitucional, a través de la exigencia de proyectos de ley que cumplan con los principios, valores y derechos constitucionales y supranacionales, garantizados a través de los instrumentos de derechos humanos, en aras de alcanzar una subordinación del derecho a una escala superior que deja atrás la concepción del derecho de los hombres para ubicar un derecho de las leyes. ZAGREBELSKY, G.: *El derecho dúctil*, Op. Cit., p. 34.

¹⁹⁴ TRUJILLO, J.: "Sociedad civil, Estado y participación", en ANDRADE, S., GRIJALVA, A. STORINI, C. (edits.): *La nueva Constitución del Ecuador. Estado, derecho e instituciones*, Corporación Editora Nacional / Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Quito, 2009., p. 35.

racionales acorde al texto constitucional, a fin de evitar el surgimiento de antinomias que terminen deslegitimando la ley, convirtiéndola en ineficaz¹⁹⁵.

Para efectos de precautelar la eficacia y legitimación de las normas creadas a partir del texto constitucional se le entregó a la Corte Constitucional facultades de máximo órgano interpretativo de control de constitucionalidad¹⁹⁶, que si bien no es un elemento reciente, lo que destaca es que la Corte evolucionó de ser simplemente un legislador negativo a contar con un amplio abanico de posibilidades que incluyen la modulación del ordenamiento y la creación de derechos progresivos mediante sus fallos. Todo en un sistema concentrado de control de constitucionalidad, por el cual,

¹⁹⁵ Los peligros de ineficacia y deslegitimación de las normas creadas a partir de los textos constitucionales, aplicando el trilema regulatorio de Günther Teubner y Habermas se desenvuelven en tres escenarios: el primero una regulación que no responde a la realidad se vuelve irrelevante; el segundo, regulación en falso, la norma que regula de forma excesiva produce efectos desintegrados en el ámbito que pretende regular; el tercero, autodestrucción, la regulaciones con sobrecarga de obligaciones que imposibilitan su cumplimiento al sistema jurídico. HABERMAS, J.: *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, traducción de Manuel Jiménez Redondo, Editorial Trotta, Barcelona, 1998, p. 467-468

¹⁹⁶ "Métodos y reglas de interpretación constitucional. Las normas constitucionales se interpretarán en el sentido que más se ajuste a la Constitución en su integralidad, en caso de duda, se interpretará en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos reconocidos en la Constitución y que mejor respete la voluntad del constituyente. Se tendrán en cuenta los siguientes métodos y reglas de interpretación jurídica constitucional y ordinaria para resolver las causas que se sometan a su conocimiento, sin perjuicio de que en un caso se utilicen uno o varios de ellos: 1. Reglas de solución de antinomias. Cuando existan contradicciones entre normas jurídicas, se aplicará la competente, la jerárquicamente superior, la especial, o la posterior. 2. Principio de proporcionalidad. Cuando existan contradicciones entre principios o normas, y no sea posible resolverlas a través de las reglas de solución de antinomias, se aplicará el principio de proporcionalidad. Para tal efecto, se verificará que la medida en cuestión proteja un fin constitucionalmente válido, que sea idónea, necesaria para garantizarlo, y que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional. 3. Ponderación. Se deberá establecer una relación de preferencia entre los principios y normas, condicionada a las circunstancias del caso concreto, para determinar la decisión adecuada. Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un derecho o principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro. 4. Interpretación evolutiva o dinámica. Las normas se entenderán a partir de las cambiantes situaciones que ellas regulan, con el objeto de no hacerlas inoperantes o ineficientes o de tornarlas contrarias a otras reglas o principios constitucionales. 5. Interpretación sistemática. Las normas jurídicas deberán ser interpretadas a partir del contexto general del texto normativo, para lograr entre todas las disposiciones la debida coexistencia, correspondencia y armonía. 6. Interpretación teleológica. Las normas jurídicas se entenderán a partir de los fines que persigue el texto normativo. 7. Interpretación literal. Cuando el sentido de la norma es claro, se atenderá su tenor literal, sin perjuicio de que, para lograr un resultado justo en el caso, se puedan utilizar otros métodos de interpretación. 8. Otros métodos de interpretación. La interpretación de las normas jurídicas, cuando fuere necesario, se realizará atendiendo los principios generales del derecho y la equidad, así como los principios de unidad, concordancia práctica, eficacia integradora, fuerza normativa y adaptación. Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional" *Op. Cit.*, artículo 3.

solo esta entidad se encarga de la revisión de los actos del poder público con efecto *erga omnes*¹⁹⁷.

Otro de los elementos a destacar es el contenido del artículo 84 de la Constitución, que dispone la adecuación al sistema jurídico interno de los tratados y convenios internacionales de derechos humanos, en los que se incluyen los derechos naturales del proceso. El contenido del artículo 84 de la Constitución, implica varios deberes de adecuación: 1) determina las autoridades obligadas a su cumplimiento; 2) señala su contenido; 3) detalla que normas deben ser adecuadas; 4) señala a que normas se direcciona su adecuación y 5) establece un límite.

El primero vincula a los deberes de adecuación normativa que recaen en las funciones legislativa y judicial. El segundo elemento versa en torno a la adecuación formal y material. La adecuación formal se refiere a los procedimientos establecidos en los instrumentos jurídicos, los cuales pueden ser más favorables en términos de protección de los derechos humanos. El espectro material aborda aquellas circunstancias en las que un instrumento internacional establece la inclusión de un derecho sustantivo a la normativa interna. Un ejemplo de esto es la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el juicio (Camba Campos Y Otros) versus Ecuador¹⁹⁸, en la que se exigió que se incluyera el derecho a la independencia judicial de los jueces como un derecho sustantivo.

El tercer elemento es la especificación de qué normas (leyes)¹⁹⁹ deben adecuarse. El cuarto elemento se refiere a las normas a las que hay que adecuar. En particular, el artículo 84 de la Constitución establece claramente que la adecuación debe ser a los derechos que se encuentran en sus tres fuentes: 1) los derechos

¹⁹⁷ En términos generales entre los años 1996 y 2008 en el Ecuador, existió un control mixto de constitucionalidad que combinó tanto el sistema difuso con el concentrado, en esencia por disposición del artículo 274 de la Constitución de 1988, cualquier juez de oficio o a petición de parte podía declarar inaplicable un precepto jurídico si este resultaba contrario a la Constitución a los tratados y convenios internacionales.

¹⁹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y Otros) versus Ecuador*, sentencia de 28 de agosto de 2013, párrafos 197 y 198.

¹⁹⁹ En este caso: “ley debe entenderse como una “norma jurídica de carácter general”, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Parte para la formación de las leyes” Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC6/86, 9 de mayo de 1986.

consagrados en el texto constitucional, que tienen un rango supremo sobre las leyes orgánicas y ordinarias y otras normas; 2) los tratados internacionales que contienen normas de protección más amplias que las contempladas en la Constitución; y 3) los derechos innominados que son esenciales para el ejercicio de la dignidad de las comunidades, nacionalidades y seres humanos en general.

Finalmente, la actividad de adecuación normativa debe tener límites claros para garantizar el orden estatal. Estos límites los encontramos en el artículo 84 de la Constitución, mediante los cuales se prohíbe la reforma negativa de los derechos constitucionalmente reconocidos (siguiendo el ejemplo de cláusulas como la del artículo 53 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea). Por lo tanto, la regresión es inadmisibles y siempre debe prevalecer la progresividad de los derechos. En general, este objetivo se logra mediante la acción de la Corte Constitucional como entidad activa y dinámica, encargada de llevar a cabo reformas positivas.

En el contexto latinoamericano el deber de adecuación no es solo una aspiración nacional, sino una obligación supranacional. Conforme lo dispuesto en el artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, reconocido en sus fallos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos²⁰⁰.

Según la Corte Interamericana, esta obligación se logra mediante la organización del aparato gubernamental completo y de las estructuras en las que se ejerce el poder público, de manera que puedan garantizar el pleno goce de los derechos humanos²⁰¹, así como mediante la aplicación del ordenamiento nacional bajo los estándares internacionales de derechos humanos²⁰², la supresión de cualquier

²⁰⁰ “En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional. debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas” Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Heliodoro Portugal versus Panamá*, sentencia de 12 de agosto de 2008, párr. 179; *Garrido y Baigorria versus Argentina*, sentencia de 27 de agosto de 1998, párr. 68 Versión on line https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_39_esp.pdf último acceso 26-10-2024.

²⁰¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-21114, párr. 201.

²⁰² Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Mendoza y otros versus Argentina*, sentencia de 14 de mayo de 2013, párr. 221.

norma que vaya en contra de principios de la convención americana²⁰³, y la aplicación práctica más allá de la adecuación formal²⁰⁴.

Si bien la garantía de vigencia del *ius cogens*, al amparo del artículo 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, mantiene su plena vigencia aún a falta de norma legal, la intervención representativa y democrática, como regla de tarifa legal, resulta necesaria cuando se emiten normas que limitan o restringen los derechos.

En este escenario corresponde analizar la categoría que adquieren las garantías del debido proceso consagradas en los artículos 8 y 10 de la Declaración de los Derechos Humanos de 1948, así como las garantías judiciales del artículo 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos²⁰⁵, respecto a la imposición de una regla de tarifa legal y un deber de adecuación.

²⁰³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Almonacid Arellano versus Chile*, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr. 121.

²⁰⁴ La Corte Interamericana acertadamente recuerda que “la presencia de una norma por sí sola no es suficiente para garantizar que su aplicación sea adecuada. Es imprescindible que tanto la aplicación de las normas como su interpretación, consideradas como prácticas jurisdiccionales y manifestación del orden público estatal, se ajusten al mismo fin que persigue el artículo 2 de la Convención”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Rodilla Pacheco versus México*, sentencia de 23 de noviembre de 2009, párr. 338. “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”. Convención Americana Sobre Derechos Humanos, suscrita en la conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos (b-32), San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969, art. 2.

²⁰⁵ “Garantías Judiciales 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada; c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. 3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza. 4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

La positivación del *ius cogens* se remonta a la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969²⁰⁶. El reconocimiento e identificación de las normas que gozan de la categoría de *ius cogens*, no es una tarea que entregue una respuesta homogénea e incontrovertible, por ello la función de las cortes internacionales de derechos humanos, se convierte en una necesidad latente. Existe un vacío entorno a identificar el catálogo de derechos que limita el accionar de los estados, bajo el claro entendimiento que no todas las normas del derecho internacional gozan de tal rigor, para identificarlas se debe considerar el bien tutelado²⁰⁷, bajo la noción de dignidad humana.

El sistema interamericano de derechos humanos conformado por sus dos órganos: la Comisión y la Corte Interamericana, empezó con la tarea de defensa de los derechos. En este ejercicio en varias ocasiones se ha referido al desarrollo de las normas *ius cogens* especialmente en referencia al debido proceso. Dentro del caso Roach y Pinkerton contra Estados Unidos²⁰⁸, la Comisión Interamericana señaló que para que una norma consuetudinaria adquiera obligatoriedad debe adquirir el estatus de *ius cogens*, que se derivan de una “orden superior”, de tiempos antiguos que no pueden contrariarse por las leyes de las naciones o del hombre.

En el caso Michael Domínguez contra Estados Unidos, la Comisión interamericana, complementando las puntualizaciones del caso Roach y Pinkerton, mencionó que las normas de *ius cogens* son aquellas que se derivan de valores

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia”. Convención Americana Sobre Derechos Humanos, *Op. Cit.*, artículo 8.

²⁰⁶ Art. 56. “Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”. Convención de Viena sobre el derecho de los tratados U.N. Doc. A/CONF.39/27 (1969)

²⁰⁷ La Carta de las Naciones Unidas proclama la idea ética de la dignidad de la persona, la cual ha sido fundamental para dar precisión y concreción jurídica a conceptos como *ius cogens* y obligaciones *erga omnes*. Estas categorías han sido adoptadas gradualmente en la doctrina y práctica internacional para establecer barreras objetivas, inspiradas en la idea de humanidad, en respuesta a la tendencia de algunos Estados de ejercer un poder absoluto en el Derecho internacional. CARRILLO SALCEDO, J.: *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en el Derecho Internacional Contemporáneo*, Tecnos, Madrid, 2 ed., 2001, p. 150. Así, en él se presupone que el Estado ejerce una soberanía limitada por el *ius cogens*.

²⁰⁸ Comisión Interamericana de derechos Humanos, *informe No. 3/87, caso 9647*, párr. 55.

fundamentales defendidos por la comunidad internacional. La violación de estas normas prioritarias conmueve la conciencia de la humanidad, por tanto, se obliga a la comunidad internacional, en su totalidad, a cumplirlas sin importar su objeción, reconocimiento o aceptación. Algunos han sugerido que un punto de partida útil para identificar estas prohibiciones jurídicas internacionales que han alcanzado la condición de *ius cogens*, es la lista de derechos que los tratados internacionales de derechos humanos consagran como inalienables²⁰⁹.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos a partir de los años 80 ha emitido una serie de sentencias y opiniones consultivas que han contribuido al desarrollo de los derechos humanos. La gran mayoría de estos pronunciamientos giran alrededor del artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, articulado en el que se abordan las garantías judiciales.

La primera enunciación de la Corte Interamericana referente al *ius cogens*, consta del caso Aloeboetoe y otros versus Surinam. En él realizó por primera vez un análisis similar al contenido del artículo 56 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, respecto a la validez del tratado celebrado con Países Bajos el 19 de septiembre de 1762 y concluyó que resulta nulo al ser contrario al *ius cogens superveniens*²¹⁰.

Gran parte de estos aportes se dieron a causa de los votos razonados del juez Cançado Trindade²¹¹, quien en el caso Constantine y Otros versus Trinidad y Tobago,

²⁰⁹ Comisión Interamericana de derechos Humanos, *informe No. 62/02, caso 12.285*, párr. 49. Este pronunciamiento fue dirimente para conocer y resolver de forma posterior varios asuntos sometidos a la consideración de la Comisión como el caso GARY T. GRAHAM, actualmente conocido como Shaka Sankofa versus Estados Unidos, allí “La Comisión concluyó que el Estado es responsable de violaciones de los artículos XVIII y XXVI de la Declaración Americana, cometidas en el juicio, declaración de culpabilidad y condena a muerte de Shaka Sankofa. La Comisión concluye también que al ejecutar al Sr. Sankofa basándose en esas actuaciones, el Estado se hizo responsable de la violación del derecho fundamental a la vida del Sr. Sankofa, infringiendo así el artículo I de la Declaración Americana. Además, el Estado transgredió una norma internacional de *ius cogens* enmarcada en el derecho a la vida previsto en el artículo I de la Declaración Americana al ejecutar al Sr. Sankofa por un delito que se concluyó que había cometido a los 17 años de edad” Comisión Interamericana de derechos Humanos, *informe No. 97/03, caso 11.193*, conclusiones.

²¹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Aloeboetoe y otros versus Surinam*, Sentencia de 10 de septiembre de 1993, párr. 57.

²¹¹ El juez dentro de su voto razonado emitido en el caso Blake versus Guatemala consideró que “El gran reto que se vislumbra en el horizonte consiste (...) en seguir avanzando resueltamente hacia la gradual humanización del derecho de los tratados (proceso ya iniciado con la emergencia del concepto

consideró que es momento de dejar a tras la falta de automatismo de la jurisdicción internacional, toda vez que los estados se encuentran ante un dilema, retomar la idea voluntarista del estado internacional, permitiendo que los intereses políticos se sitúen por encima del derecho o afianzar el ideal de construir una comunidad internacional a la luz de la búsqueda de la justicia, trasladándose definitivamente del *ius dispositivum* al *ius cogens*²¹².

El 17 de septiembre de 2003 la Corte Interamericana emitió la opinión consultiva No. OC-18/03, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, a través de la cual analizó la condición jurídica de los migrantes indocumentados. Este documento abordó el alcance y la importancia del *ius cogens*. Dentro de las interrogantes planteadas se discutió si el principio de no discriminación y protección igualitaria formaban parte de esta categoría, la respuesta que entregó la corte es que existe un consenso internacional sobre la prohibición de prácticas discriminatorias en general, de carácter *erga omnes*²¹³.

Con estos antecedentes la Corte consideró que el derecho de igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación pertenece al *ius cogens*, en atención a que sobre ellos descansa todo el ordenamiento jurídico. Dentro de esta opinión consultiva de carácter vinculante se resalta de forma expresa al debido proceso en el ejercicio de todo derecho de carácter dispositivo. La Corte reconoció que el debido proceso debe ser considerado dentro de todas las materias y debe ser aplicable a todas las personas²¹⁴, como la esencia del ordenamiento jurídico. Dentro del voto concurrente dictado por el juez Abreu Burelli se aclaró que el derecho al debido proceso jamás

de *ius cogens*), por persistir este capítulo del derecho internacional todavía fuertemente impregnado del voluntarismo estatal y de un peso indebido atribuido a las formas y manifestaciones del consentimiento” Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Blake versus Guatemala*, sentencia de 24 de enero de 1998, voto razonado del juez Cançado Trindade, párr. 3.

²¹² Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros versus Trinidad y Tobago*, sentencia de 21 de junio de 2002, voto razonado del juez Cançado Trindade, párr. 38.

²¹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *opinión consultiva OC-18/03*, 17 de septiembre de 2003, quinto punto resolutivo. Al referirse a la prohibición de discriminación la Corte ha considerado que esta no debe subsumirse exclusivamente a la condición racial, sino además a otros motivos que impliquen un trato diferenciador.

²¹⁴ *Idem*, séptimo punto resolutivo

debe estar subordinado a los objetivos de políticas²¹⁵ de los estados, de modo que permanezca indemne de toda circunstancia.

Aunando a esta argumentación, el juez Sergio García Ramírez resaltó que las garantías requieren de un acceso formal y material a la justicia, a través del debido proceso, que se constituye en el medio más avanzado de los derechos humanos²¹⁶. Este proceso debe ser guiado a través de un modelo garantista que sirva a los intereses sociales e individuales, así como a la justicia, como principio rector de los litigios de toda índole y como derecho primordial de todas las personas, ya sea mediante reclamaciones judiciales o administrativas, de la mano de la igualdad de armas.

Las garantías judiciales del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, implican un mandato de adecuación interna, a fin de ejercitar un modelo procesal que se ajuste de mejor forma a los requerimientos del debido proceso bajo los parámetros de los derechos supranacionales. Además de que su delimitación requiere de normas, que atiendan las necesidades procesales de igualdad, intermediación, celeridad y publicidad. Bajo estas circunstancias la oralidad emerge como el elemento diferenciador que mejor se adecúa a las necesidades contemporáneas. Esta fue una de las razones que contribuyeron a su inclusión en el texto constitucional.

Las garantías judiciales del artículo 8 de la Convención Americana están ligadas al derecho de prestación jurisdiccional que abarca tanto las garantías del debido proceso como las del recurso sencillo, rápido y eficaz del artículo 25

²¹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *opinión consultiva OC-18/03*. Op. Cit., voto concurrente del juez Alirio Abreu Burelli, acápite I.

²¹⁶ *Ídem*, Voto razonado concurrente del juez Sergio García Ramírez, párr. 26, 36, 37 y 38

*ejusdem*²¹⁷. Bajo este entendimiento las garantías del debido proceso forman un todo inseparable con las del recurso efectivo²¹⁸.

La Corte ha determinado que los estados están en la obligación de proporcionar recursos efectivos que deben ser sustanciados bajo las reglas del debido proceso²¹⁹. Precisamente dentro de estas reglas encontramos la garantía de “plazo razonable”²²⁰, de igualdad procesal²²¹ y el acceso a la justicia²²². A nivel americano se ha logrado importantes pasos encaminados al reconocimiento del debido proceso bajo la categoría de *ius cogens*, pero para alcanzar tal propósito aún se debe contar con una labor jurisprudencial mucho más profusa. Sin perjuicio de ello, lo que no admite duda es la consideración de la inclusión del proceso garantista como un mandato supranacional para los estados parte.

La consecución de un modelo procesal que cumpla los máximos estándares de justicia y debido proceso es uno de los propósitos que se plantean a través del texto constitucional ecuatoriano. En este propósito ha enlistado una serie de normas jurídicas²²³ directamente vinculantes en el ejercicio legislativo.

²¹⁷ “1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”. Convención Americana sobre Derechos Humanos, *Op. Cit.*, art. 25.

²¹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Castillo Páez versus Perú*, sentencia de 26 de noviembre de 2013, párr. 80-86; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Masacre de Pueblo Bello versus Colombia*, sentencia de 26 de noviembre de 2013, voto razonado del juez Cançado Trindade, párr. 14-15, 28. Bajo este escenario la mención de recurso efectivo debe entenderse desde la dimensión de acceso a la justicia y no exclusivamente al derecho de impugnación.

²¹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Castillo Páez versus Perú*, *Op. Cit.*, párr. 195.

²²⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Masacre de Pueblo Bello versus Colombia*, *Op. Cit.*, párr. 30.

²²¹ Comisión Interamericana de derechos Humanos, *opinión consultiva OC-16/99*, 1 de octubre de 1999, párr. 117.

²²² Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Goiburú y otros versus Paraguay*, sentencia de 22 de septiembre de 2006, párr. 131; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso La Cantuta versus Perú*, sentencia de 30 de noviembre de 2007, párr. 67.

²²³ Los elementos que conforman las normas jurídicas se encuentran divididas entre principios y normas jurídicas, a decir de Robert Alexy la diferenciación entre unas y otras son connotadas “Los principios son mandatos de optimización que implican una obligación de cumplimiento en la mayor medida posible, en el marco de las posibilidades jurídicas y reales existentes, mientras que las reglas son mandatos definitivos de normas que son o no cumplidas, forme su exigencia, ni más ni menos. Así las cosas, la

La inclusión del término "derechos" en la denominación del estado ecuatoriano es relevante porque implica la subordinación del estado a los principios constitucionales, que limitan el poder de todos los niveles. Estos derechos se consideran anteriores y de rango supranacional. Como lo refiere Manuel García Pelayo, este cambio implica una transformación en la noción del estado y contiene una idea de supremacía constitucional²²⁴.

De la nueva forma de sometimiento constitucional emanan varias implicaciones, las más trascendentales son: la protección, difusión y promoción de los derechos²²⁵ y la pluralidad jurídica. Esta última impone una superación del monismo jurídico y una redefinición de las fuentes del derecho²²⁶. La diversificación de fuentes conlleva la existencia de un pluralismo de origen externo, conformado por el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho comunitario y el derecho internacional humanitario²²⁷.

En el ámbito local, la pluralidad jurídica implica asimilar a los derechos, desarrollarlos, producidos e implementados por la jurisprudencia de las Cortes internacionales, dentro de la legislación nacional, a través de los procesos de adecuación normativa; que la autoridad constitucional emita precedentes nacionales a través de los cuales crea normas con fuerza de ley; y, el reconocimiento de las normas y procedimientos creados en la justicia indígena con carácter de sentencia²²⁸. Todo

diferencia entre principio y regla no es de grado, sino cualitativa" ALEXY, R.: *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 86-87.

²²⁴ GARCÍA PELAYO, M.: *La Transformación del Estado Contemporáneo*, Alianza Universidad, Madrid, 1995, p. 183. Luigi Ferrajoli sostiene que la Constitución no solo rige las formas de producción legislativa, sino que impone obligaciones de contenido y prohibiciones relacionadas unas a los derechos sociales y otras a los derechos de libertad, que al ser violentadas generan antinomias o anomias que una vez detectadas deben ser corregidas o eliminadas. FERRAJOLI, L.: *Derechos y garantías*, Editorial Trotta, Madrid, 2009, p. 192.

²²⁵ Véase el contenido de los artículos 3 y 11 de la Constitución ecuatoriana en los cuales expresamente se dispone como un deber del estado garantizar el goce de los derechos establecidos tanto en la constitución como en los instrumentos internacionales.

²²⁶ Miguel Hernández Terán referente al tema sostiene que esta modulación implica una ampliación en las fuentes pre autorizadas capaces de crear normas jurídicas vinculantes y válidas para una sociedad específica. HERNÁNDEZ TERÁN, M.: *Justicia Indígena, Derechos Humanos y Pluralismo Jurídico, Análisis, Doctrina y Jurisprudencia*, Editorial CEP, Quito, 2011, p. 123.

²²⁷ VELÁZQUEZ, S.: "¿Estado de Derechos?", *JUEES*, No.1, 2021, p. 19.

²²⁸ ÁVILA SANTAMARÍA, R.: "Del Estado legal de derecho al Estado constitucional de derechos y justicia ", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. No. 15, 2009, p. 787.

bajo los principios de cláusula abierta y progresividad²²⁹, Irrenunciabilidad²³⁰ y *pro homine*²³¹.

Bajo esta nueva perspectiva la ley pierde su característica de ser la única fuente del derecho a la luz tradicional del sistema formal²³² y en su lugar la moral adquiere relevancia en la comprensión de los textos jurídicos. Hans Kelsen distinguió y disgregó al derecho de la moral. En este ejercicio consideró que estos dos sistemas jurídicos tenían como semejanza la forma de enunciar las normas y la existencia de una autoridad que impute la obligación de estas. Sin embargo, diferenció a la moral por su concepto de validez. El autor consideró que una norma jurídica puede considerarse válida siempre que en ella converjan los elementos de un procedimiento reglado y que la autoridad encargada de emitirla sustente su actuación en normas previas. Concluyó que tanto el procedimiento como la autoridad que la aplica son verificables, mientras que la norma moral no lo es²³³.

El nuevo modelo constitucional al introducir valores fundamentales y principios implica una conjugación entre el positivismo y el iusnaturalismo. Evidentemente la valoración de los principios, ya positivizados, a causa de su contenido ambiguo, requieren de una interpretación moral²³⁴. La comprensión del alcance de un derecho requiere de la argumentación jurídica y de debates morales propios del iusnaturalismo racional. La argumentación moral que versa sobre normas reconocidas por la

²²⁹ Constitución Política del Ecuador de 2008, *Op. Cit.*, artículo 11, No. 7.

²³⁰ *Ídem.*, artículo 11, No. 6.

²³¹ *Ibidem.*

²³² Bajo este entendimiento la legislación es la fuente del derecho por excelencia y relega a otro tipo de normas y a la costumbre a una función de segundo plano que tiene cabida exclusivamente bajo mandato de la ley, en casos estrictamente puntuales. ALCHOURRÓN, C.: *Fundamentos para una teoría general de los deberes*, Marcial Ponce, Madrid, 2010, p. 159; AGUDELO GIRALDO, O. *et alrri: Lógica aplicada al razonamiento del derecho*, Universidad Católica de Colombia, Bogotá, 2 ed., 2019, p. 118. Esta es la idea del Código Civil ecuatoriano en el contenido los artículos 1, 2 y 3 “Art. 1. La ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite. Son leyes las normas generalmente obligatorias de interés común”. “Art. 2. La costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella”. “Art. 3. Sólo al legislador toca explicar o interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio.” Código Civil, *Op. Cit.* artículo 1, 2 y 3.

²³³ KELSEN, H.: *Teoría pura del derecho*, EUDEBA, Buenos Aires, 4 ed., 2009, p. 45-50.

²³⁴ GARCÍA FIGUEROA, A.: “La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo”, en CARBONELL, M. (Ed.): *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003, p. 45-50.

Constitución se ve favorecida por el iuspositivismo, a través de su entendimiento de vigencia o validez formal de la norma²³⁵.

Por implicación de la pluralidad jurídica los parámetros mínimos de las garantías judiciales y de protección judicial desarrolladas en los fallos de la Corte Interamericana, íntimamente relacionados a las garantías de debido proceso, plazo razonable e igualdad; son fuentes del derecho, a través del texto constitucional.

Con este análisis, no resulta equivocado asegurar que los precedentes internacionales fueron determinantes en el desarrollo de la Carta Magna del 2008, especialmente, respecto de la configuración de los artículos 76, 77, 86 y 168, entre los cuales se modulan las garantías mínimas del proceso para todas las materias e instancias, y de la administración de justicia. A lo referido, se suma el deber de adecuación que recayó sobre el estado bajo los parámetros del artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Si bien en los precedentes internacionales no encontramos una imposición del uso de la oralidad en la administración de justicia, pues su inclusión se somete al ejercicio de la autonomía de los estados, a través de la ley, en su sentido amplio que involucra el contenido constitucional y las actuaciones legislativas; el estado ecuatoriano encontró en esta forma de comunicación el elemento más apropiado para efectivizar los fines legítimos perseguidos por la jurisprudencia (interna y externa), la normativa internacional de derechos humanos y la Constitución. La oralidad fue el instrumento mayormente idóneo para garantizar los preceptos de tutela judicial efectiva y de los derechos que la complementan.

Sobre la base de estas consideraciones, nos inclinamos a pensar que el texto constitucional del año 2008, robustecido en su contenido dogmático por los instrumentos internacionales de derechos humanos, fue la principal razón de la reforma procesal ecuatoriana que entró en rigor en el año 2016.

²³⁵ Efectivamente un sistema normativo que desconoce a los valores se constituye en un sistema muerto, en este ejercicio la moral y el derecho se complementan, puesto que la moral sin derecho resulta una utopía, mientras que el derecho sin moral se constituye en un modelo restrictivo SERRANO, J.: *Validez y vigencia, la aportación garantista a la teoría de la norma jurídica*, Trotta, Madrid, 1999, p.118.

2. El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica

Una de las bondades de la doctrina como fuente del derecho, tal como lo expusimos, es la de contribuir al desarrollo de la ciencia. En el caso procesal esta es capaz de adelantarse a las reformas procesales mediante el entendimiento sistemático del derecho. Precisamente el contenido ideológico del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica cuenta con un gran contenido dogmático en el marco de su inspiración.

Muchas de las bondades de este código se las debemos a la transmisión de la obra excelentísima de Franz Klein, quien, si bien no colaboró en la elaboración, a través de sus propias codificaciones y la trasmisión de su conocimiento por medio del ejercicio doctrinario, contribuyó al derecho procesal contemporáneo. Franz Klein nació en Viena en 1854. Después de completar su formación en derecho y convertirse en juez y abogado, continuó su formación postdoctoral y recibió la *venia legendi* por su importante trabajo sobre la conducta procesal maliciosa de las partes²³⁶. Este fue el inicio de su connotada carrera en el derecho procesal. Francisco Cipriani, citando a Sprung, considera que “El gran mérito de Klein fue aquel de individualizar el aspecto sociológico–económico del instituto del proceso”²³⁷. Klein basa su pensamiento y proceso en dos grandes postulados que se centran en examinar de cerca las controversias entre los particulares.

El primer postulado se enfoca en que tales controversias son consideradas como “males sociales,” ya que causan pérdida de tiempo, aumentan el gasto de dinero, limitan la disponibilidad de bienes patrimoniales y fomentan la ira y el odio entre las partes involucradas, generando pasiones fatales para la convivencia en la sociedad. El segundo postulado señala que los procesos legales, al bloquear los bienes en espera de una decisión, afectan la economía nacional, ya que cualquier causa que interrumpa la pacífica colaboración, interrumpe los nexos económicos, bloquea valores

²³⁶ PÉREZ RAGONE, A.: “El revisionismo garantista en el proceso civil a través de las ideas de Franz Klein y Adolf Wach. Precisiones sobre eficiencia y derechos procesales”, *Op. Cit.* p. 523.

²³⁷ CIPRIANI, F. “En el centenario del reglamento de Klein el proceso civil entre libertad y autoridad”, *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, Vol. 27, 2001, p. 74.

y la saca de la circulación ordinaria. Por lo tanto, la sociedad tiene un gran interés en sanar rápidamente estas lesiones en el cuerpo social²³⁸.

La codificación de Klein además hacía gala de la oralidad, como un instrumento novedoso de comunicación de los actos procesales, que acortaron de forma sorprendente la tramitación de las causas. Estos avances acrecentaron la fama del procesalista austriaco y generó la divulgación de su obra por medio de sus partidarios.

Precisamente uno de los doctrinarios que compaginó con las ideas reformatorias de Klein, fue el italiano Chiovenda. Este se inspiró fundamentalmente en la obra de Klein y tuvo el valor de proclamarlo en su proyecto de reforma procesal, aun cuando se mantenían los ánimos de rivalidad entre los austriacos e italianos, provocada por el dominio de Trento y Trieste, lo que generó la crítica de sus opositores. A pesar de ello Chiovenda fue enfático en oponerse a la idea de la oralidad como fruto de la herencia germánica, pues destacó que esta no era contraria al modelo romano²³⁹. Las ideas impregnadas por la ideología de Klein en Chiovenda y mejoradas por este último al modificarlas a la tradición jurídica romana, fueron las que más difusión tuvieron en el sistema *civil law*. La tarea de difusión recayó directamente en los partidarios del maestro italiano, entre ellos, Piero Calamandrei y Eduardo Couture en Sudamérica²⁴⁰.

La doctrina de Klein, si bien no arribó de forma directa a tierras americanas, su difusión se logró por medio de afamados doctrinarios, quienes supieron adoptarla con grandes cuotas de autenticidad, pero manteniendo su contenido base, para incorporarlas a las diferentes realidades estatales y regionales. Couture en este ejercicio, como uno de los más grandes procesalistas americanos, contribuyó en el

²³⁸ CIPRIANI, F. "en el centenario del reglamento de Klein (el proceso civil entre libertad y autoridad)", *Op. Cit.*, p. 75.

²³⁹ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N.: "La influencia de Wach y de Klein sobre Chiovenda", en ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N. (Comp.): *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, *Op. Cit.*, p. 563.

²⁴⁰ Si hoy asociamos los nombres de los connotados procesalistas Calamandrei y Couture evidenciaremos que entre ellos existen sorprendentes coincidencias, una de ellas es la forma como Chiovenda gravitó sobre ellos de forma exclusiva en el derecho procesal civil. ALCALÁ-ZAMORA, N.: "Calamandrei y Couture", *Revista de la facultad de derecho de la Universidad Autónoma de México*, No. 24, 1956, p. 82-83.

establecimiento de las ideas reformativas de los códigos procesales latinoamericanos, en los que constan algunos de los aportes del procesalista austriaco, Klein, prueba de ello, es el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica. Con estos antecedentes corresponde evidenciar el camino que recorrió este código y cómo sus raíces germinaron en la reforma procesal ecuatoriana.

El encargado de elaborar este código que sirvió de base para las reformas procesales latinoamericanas fue el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, fundado en Montevideo, tras las primeras jornadas latinoamericanas de derecho procesal de 1957. Estas jornadas tuvieron como objetivo ser un homenaje al profesor Eduardo Couture, resaltando sus aportes al derecho procesal latinoamericano del siglo XX, quien falleció en 1956. Entre los diversos temas discutidos destacan el análisis de “las garantías procesales del proceso” y “el proceso y regla moral”²⁴¹.

En las segundas jornadas realizadas en febrero de 1960 se abordaron temas que apuntalaron las reformas. Puntualmente se discutió la situación y perspectivas de la oralidad en América y la unificación de los códigos procesales. En esta reunión se designó como presidente del IIDP al connotado procesalista Niceto Alcalá Zamora y Castillo quien se unió al Dr. Gelsi Bidart, quien desempeñaba el cargo de secretario.

En las cuartas jornadas llevadas a cabo en Venezuela que tuvieron lugar entre los meses de marzo y abril de 1967, se abordaron entre otros temas, aquellos vinculados al “despacho saneador” y “la iniciativa probatoria del juez”. Este estudio se vio complementado en las quintas jornadas que tuvieron lugar en Bogotá y Cartagena de Indias en el año 1970. Allí el estudio se centró en el análisis del problema que implicaba la lentitud de los procesos y las soluciones que se le podían brindar²⁴². En ese escenario se fijaron las bases para conformar reglas uniformes para la legislación procesal civil de los países latinoamericanos.

²⁴¹ El tema de las garantías procesales del proceso fue abordado en la jornada por el profesor uruguayo Juan Zeballos y tuvo como relator a un delegado de la Universidad de Buenos Aires. El tema del proceso y regla moral fue disertado por el Dr. Adolfo Gelsi Bidart, quien actuó a través del relator delegado de la Facultad de Río de Janeiro y al Dr. Jorge Lagarmilla como correlator. BRISEÑO SIERRA, H.: *Estudios de Derecho Procesal*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 1980, p. 567

²⁴² INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO PROCESAL, *Quintas Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, México D.F., 1970, p. 551-552.

En las jornadas realizadas en Guatemala en 1981, Quito en 1982, Madrid en 1985; el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal se enfocó en discutir el anteproyecto del Código modelo Iberoamericano, así como el saneamiento del proceso²⁴³, la audiencia preliminar, el poder judicial, la eficacia del proceso y el derecho a la intimidad personal. Allí se discutió el anteproyecto que finalmente sería presentado en la Onceava Jornada que tuvo lugar en 1988 en Rio de Janeiro. El trabajo de conformar este código modelo recayó en Adolfo Gelsi Bidart²⁴⁴ y Enrique Véscovi²⁴⁵, quienes tuvieron en mente elaborar las reglas necesarias para actualizar y mejorar el proceso.

La idea de formular este Código surgió como fruto del deseo de integración latinoamericana, que siempre está presente en las naciones que la conforman y que es fruto de un fenómeno derivado de la globalización²⁴⁶. Probablemente quienes mejor encarnan este modelo es la Unión Europea quienes tras el tratado de Roma de 1950, lograron fortalecer los lazos que los unen y trabajar de forma conjunta en el establecimiento de directivas que promueven la homogeneidad en la mayor medida posible de las relaciones sociales, económicas y jurídicas.

El derecho procesal latinoamericano forma parte del denominado *civil law* gracias a la herencia española en los territorios conquistados. Esta es la razón por la que en la mayor parte de naciones se cuenta con características bastante cercanas, como consecuencia de la injerencia procesal que trajo consigo la ley de enjuiciamiento civil de 1855 y las partidas, en especial la tercera, que aborda esta rama del derecho.

²⁴³ HUGO RENGEL, J.: *Memorias de las VIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, Corte Suprema de Justicia del Ecuador, Quito, 1983, p. 325- 334.

²⁴⁴ Eduardo Couture tuvo gran influencia dogmática en los autores del Código Modelo Procesal Iberoamericano. Adolfo Gelsi Bidart era un ferviente discípulo de Couture tal como el mismo lo expresó en su discurso de Ingreso a la Academia Nacional de Letras de Uruguay el 08 de abril de 1983, donde desatacó la obra de este célebre procesalista uruguayo.

²⁴⁵ Véscovi destacó la pertinencia del código modelo en aras de formular una teoría general del proceso civil latinoamericano, con la finalidad del mejoramiento de la justicia como valor esencial para la defensa de los derechos fundamentales del hombre sin desconocer las diferentes identidades de cada una de las naciones sino como un instrumento de “bases comunes”. VÉSCOVI, E.: *Elementos para una Teoría General del Proceso Civil Latinoamericano*, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México D. F., 1978, p. 6.

²⁴⁶ Estos deseos de integración promovieron la Unión Panamericana de 1899 y el nacimiento de la Organización de Estados Americanos de 1948, como ente independiente de las Naciones Unidas, así como la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Resulta evidente que la orientación procesal latinoamericana guardó perfecta armonía con aquella que se profesaba en tierras españolas de corte romano-canónico²⁴⁷. El Código de Procedimiento Civil de Venezuela de 1836, el Código de Enjuiciamiento en materia Civil Ecuatoriano de 1869 que entró en vigor el 27 de mayo de 1871 o el Código de Procederes de Santa Cruz de Bolivia de 1833, son una muestra de ello.

Esta herencia cultural procesal sin duda facilitaba la tarea de formar un derecho procesal común, en la que se incluyó a Brasil, aunque a diferencia de otros estados latinoamericanos a partir de 1939, ya implementó la oralidad inspirándose en los proyectos italianos y en las ideas promovidas por Chiovenda y sus discípulos. Esta idea de homogeneidad descarta a los países que, si bien se sitúan en el continente americano, cuentan con una tendencia de corte *common law* como Puerto Rico, Trinidad y Tobago, Surinam o Jamaica.

A diferencia de Brasil, las normas procesales latinoamericanas hacían uso, como medio de comunicación de los actos procesales, a la escritura y solo en casos extremadamente puntuales admitían el uso de la oralidad²⁴⁸, con una presencia vaga o incluso carente de los principios de publicidad, concentración e inmediación. La tónica en la tramitación de las causas era la dominación de las actas, aún en el caso de interrogatorios que eran meramente reducidos por escrito, en los que se dejaba constancia de las preguntas y respuestas brindadas. Las fases se desarrollaban con una baja consideración sobre la existencia del principio de contradicción, por lo que cualquier incidente en la causa ralentizaba su prosecución. De tal suerte que las contiendas judiciales alcanzaban tiempos de tramitación excesivamente largos, que estaban lejos de ser consideradas como una herramienta de resarcimiento de derechos o tutela judicial efectiva²⁴⁹.

²⁴⁷ El derecho Medieval que estuvo presente en España hasta la conquista es de naturaleza germano canónica con influencia germánica y es justamente el que fue introducido en tierras americanas. COUTURE, E.: *Trayectoria y destino del Derecho Procesal Civil hispanoamericano*, Depalma S.R.L., Buenos Aires, 199, p. 291

²⁴⁸ CAPPELLETTI, M.: *Oralidad y las pruebas en el proceso civil. Proceso oral y proceso escrito*, Op. Cit., p. 42-49.

²⁴⁹ Acertadamente Eduardo Couture consideraba que, si hablamos de tiempo en la tramitación, este debe entenderse como oro para la justicia, puesto quien dispone de tiempo seguramente tiene de su lado el triunfo y quien carece del mismo debe sentirse derrotado. Todo ello a causa de la ausencia del

El retraso generado en el sistema escrito fue sin duda el cambio trascendental del Código Modelo Procesal Iberoamericano y lo que dinamizó su surgimiento. A lo dicho se suma la ausencia del escrutinio público de las causas y el secretismo de los expedientes que resultaba en el cultivo idóneo para manipulaciones judiciales. Dentro de este escenario el juzgador desempeñaba un rol de mero espectador del proceso con poderes limitados, carentes de toda facultad oficiosa de prueba, bajo la figura de un principio dispositivo fosilizado; y de una mal entendida igualdad de las partes procesales.

Respecto al principio dispositivo el código modelo promovió algunas diferenciaciones en la aplicación de este. La primera es el impulso de oficio del proceso y la regla de la perentoriedad de los actos, dejando a salvo el derecho de las partes a suspender los plazos de común acuerdo²⁵⁰. La segunda es ubicar a la fijación del *tema decidendum* dentro de la audiencia “preliminar”²⁵¹, facultando la actuación del juez exclusivamente para la innovación del derecho (*iura novit curia*), siempre que no altere el principio de congruencia. La tercera se relaciona con la facultad amplia del juzgador para disponer pruebas de oficio y la última aborda la terminación anticipada del proceso por voluntad de las partes, a través del acuerdo directo o el alcanzado en la etapa conciliatoria de la audiencia preliminar o a través de la figura de abandono tácito.

Como lo referimos en líneas anteriores, la oralidad fue un instrumento ausente en la mayor parte de reformas procesales latinoamericanas, antes de su promoción en el código modelo. Incluso los códigos más avanzados de la época promulgados por México y Colombia reservaron este insumo a los procesos exclusivamente sumarios o

contacto de los magistrados con las partes procesales y con la practica probatoria. COUTURE, E.: *Exposición de motivos del Código de Procedimiento Civil Uruguayo*, Montevideo, 1945, p. 37.

²⁵⁰ Artículo 88 del Código Modelo.

²⁵¹ Couture consideró que el origen de la audiencia preliminar se remonta al sistema norteamericano y de la figura del *Pretrial Proceeding*, que constituye un procedimiento previo encaminado a aclarar puntos de hecho o de derecho previo al inicio del juicio. Por otro lado, Jaime Guasp la relacionó al derecho canónico a través de la *Concordantia Dubierum* y al despacho saneador que surgió en el Derecho Portugués. Si hablamos de Latinoamérica la figura de la audiencia preliminar se abordó por primera vez por Bidart y Véscovi en la tercera y cuarta jornada latinoamericana de derecho procesal, estos autores ubicaron a esta instancia como una necesidad para depurar el proceso. Sin perjuicio de ello, La tendencia generalmente aceptada en Latinoamérica es la de reconocer que esta etapa de saneamiento proviene del código elaborado por Franz Klein. VELÁSQUEZ RESTREPO, C.: “La audiencia preliminar”, *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana*, No. 87-88, 1990, p. 181.

aquellos de ínfima cuantía. Jaime Guasp consideró que lo dicho, lejos de ser una desventaja, podía aprovecharse para formar un coherente sistema procesal civil hispanoamericano²⁵².

A lo largo de los años, erróneamente se circunscribió a la oralidad como el medio exclusivo para otorgar celeridad y sencillez al proceso, pero esta no es su característica más trascendental²⁵³. Sus bondades destacan principalmente en su relación con los principios de inmediación, publicidad y concentración, en atención a que se adecúa a la forma de ser del proceso y los propósitos que en él se busca²⁵⁴, mediante el contacto directo de las partes en conflicto, con el tercero como órgano decisor.

El código modelo buscó tomar ventaja de esta relación de la oralidad con el principio de publicidad a través de las audiencias públicas. Hechos similares sucede con el principio de celeridad entendido más allá del mero transcurso del tiempo en la resolución de los expedientes, sino a través del rechazo de incidentes y la reglamentación de los efectos de los recursos devolutivos y deferidos. Todo ello sin sacrificar las garantías mínimas del debido proceso y el derecho de igualdad que les asiste a las partes procesales. La propuesta del código modelo buscó hacer uso de la oralidad para robustecer el principio a la igualdad como una de las bases de las garantías fundamentales del debido proceso de rango supranacional²⁵⁵ y constitucional; y como “derecho natural” del proceso²⁵⁶. Así mismo, complementó esta

²⁵² GUASP, J.: “El sistema de una ley procesal civil hispanoamericana”, *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, No. 1, 1956, p. 69. Este criterio fue compartido por Adolfo Gelsi Bidart y Enrique Véscovi, como elementos para formar las bases uniformes del derecho procesal iberoamericano. En él destacan los elementos esenciales que deberán tener las reformas procesales a fin de adecuarlas a las necesidades y realidades de cada uno de los estados. Estos aportes finalmente resultarían recopilados en el Código Modelo GELSI BIDART, A., VÉSCOVI, E.: *Bases uniformes para la reforma de la legislación procesal civil de los países latinoamericanos*, La Justicia Uruguay, Montevideo, 1974, p. 1.

²⁵³ *Ídem.*, p. 90.

²⁵⁴ VÉSCOVI, E.: *Elementos para una teoría general del proceso civil latinoamericano*, *Op. Cit.*, p. 18.

²⁵⁵ Conforme la inclusión de varios derechos procesales en los instrumentos internacionales de derechos humanos, tales como la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, artículos 7, 8 y 9; o en la Declaración de los Derechos Humanos de 1948, artículos “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”; “Art. 10. Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”;

²⁵⁶ VÉSCOVI, E.: *Elementos para una teoría general del proceso civil latinoamericano*, *Op. Cit.*, p. 18.

tutela con la ampliación de los poderes y obligaciones de los juzgadores a través de la imposición del principio de probidad y lealtad procesal, que propone moralizar el proceso²⁵⁷.

La reforma entre otras de sus virtudes proponía dejar atrás la característica del juez carente de facultades reales en la tramitación de los procesos. Esto a pesar de que esa fecha la mayor parte de códigos latinoamericanos ya incluían la figura de la prueba para mejor resolver por influencia del derecho español, que resultaba inservible dada su falta de aplicación. El código modelo promovió la injerencia del juez como un garante vivo del proceso con la ampliación de sus obligaciones y deberes, dejando a tras la concepción de lo que Niceto Alcalá-Zamora y Castillo consideraba el juez “espectador”, para convertirlo en un juez “director”²⁵⁸.

Lejos de lo que podría pensarse el Código Modelo no constituye un anteproyecto de código procesal destinado a transcribirse en las diferentes reformas procesales, admitir eso sería renunciar a la autonomía legislativa de los estados. Lo que plantea es proponer puntos de partida para el debate y reflexión supranacional sobre las posibles soluciones que se pueden brindar a los inconvenientes que se presentan en el proceso, en el marco de realidades cercanas, con características similares a causa de la influencia europea, localización e idioma.

La importancia de este aporte del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal se sitúa en la prolífica reforma latinoamericana de la que es parte el Ecuador. No cabe duda de que estas bases del Código Modelo fueron recogidas en la reforma

²⁵⁷ “Los ordenamientos procesales del siglo XIX impregnados del liberalismo individualista de la época, suprimieron las normas de moralización del proceso del sistema romano canónico. Obviamente, el derecho procesal actual, tanto el civil como el laboral, que responde a una concepción publicista, impuso deberes a las partes en el proceso y no meramente cargas entre ellos, el de ser veraces y de buena fe. Así, por ejemplo, el Art. 88 del Código procesal civil italiano de 1940 dispuso: deber de probidad. Las partes y sus defensores tendrán el deber de conducirse en juicio con lealtad y probidad; cuando los defensores falten a ese deber, el juzgador lo comunicará a las autoridades que ejercen el poder disciplinario”. Lo dicho implica unas normas de comportamiento como elementos de obligaciones procesales que, en caso de desviación, acarran sanciones. FÁBREGA PONCE, J.: *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Editora Jurídica Panameña, Ciudad de Panamá, Tomo I, 2 ed., 2004, p. 89.

²⁵⁸ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N.: “El antagonismo juzgador-partes”, en ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N. (Comp.): *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Autónoma de México, México D.F., 1 ed., 1992, p. 266; RODRÍGUEZ, J.: *Autoridad del juez y principio dispositivo*, Universidad de Carabobo, Instituto de Derecho Privado y Comparado, Valencia, 1968, prólogo de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo.

que entró en rigor en el año 2016. En ella se incluyeron los principios generalmente aceptados en el derecho procesal contemporáneo como la inclusión de la fase saneadora o preliminar oral, la aplicabilidad del principio de buena fe y lealtad procesal y la ampliación de las facultades del juez, todo ello en el marco de un sistema oral²⁵⁹.

²⁵⁹ Al hablarse oralidad deberá entenderse con mayor rigor académico en realidad un sistema mixto o por audiencias. Su enunciación como “oralidad” responde a su entendimiento procesal generalmente aceptado.

CAPÍTULO SEGUNDO II: VÍNCULOS Y CARACTERÍSTICAS DE LA ORALIDAD

La oralidad en el ámbito del derecho procesal implica el empleo de la palabra hablada en la comunicación de los actos procesales. Esta relación conlleva ocupar una posición preponderante de la audiencia -el escenario en el que se presenta el material probatorio y se discute la posición de las partes-. Como lo analizamos en el capítulo anterior, el origen de la oralidad se remonta varias décadas atrás. No obstante, más allá de su antecedente requiere de una evaluación minuciosa de su posición en la administración de justicia, así como del impacto que provoca su aplicación sobre los valores y normas del sistema jurídico.

La oralidad beneficia la interacción del juez y de las partes inmersas en el litigio. Como efecto promueve la concentración de la actividad procesal en un número reducido de audiencias en las que se cuenta con decisiones judiciales inmediatas. Contrario a la fragmentación procesal propia de los procedimientos escritos donde las valoraciones probatorias (documentales, testimoniales y periciales) tienen lugar en oportunidades independientes, separadas temporalmente, unas de otras.

En tal sentido, la presencia del juez en la audiencia resulta indispensable, no siendo posible, una delegación de su cargo, salvo excepciones estrictamente previstas en la ley. El grado de severidad que implica la presencia del juzgador, se rige por el camino que sigue el *iter* mental que le lleva a la convicción sobre los hechos del caso²⁶⁰ y que se construye con la percepción directa del material probatorio, especialmente con la prueba testimonial y con la interacción de las partes.

Todos estos rasgos característicos hacen que el análisis de la oralidad sea actuación obligatoria, dentro del sistema procesal vigente. Este grado de importancia a generado consideraciones doctrinarias que llegan a ligarla a un elemento *sine qua non* de vigencia de varios principios procesales, incluso llegando a considerarla capaz

²⁶⁰ FERRER BELTRÁN, J.: “*Apuntes sobre el concepto de motivación de las decisiones judiciales*”, ISONOMÍA, No. 34, 2011, p. 93.

de facilitar la aplicación de principios constitucionales y de las garantías que estructuran el proceso²⁶¹.

Todo adquiere mayor énfasis desde el fenómeno contemporáneo de constitucionalización del derecho, que revela un predominio constitucional en el ordenamiento jurídico. Esta preeminencia de las normas establecidas en la constitución por sobre otras del ordenamiento que ostentan un estatus jerárquico inferior, implica que la aplicación e interpretación de las normas procesales de corte constitucional moldeen el desarrollo de normas legales en consonancia a principios y valores superiores.

La constitucionalización de las normas procesales -además de su evidente supremacía-, promueve una transformación en la configuración de la administración de justicia. Esta transformación fundamenta su accionar en el debido proceso como “derecho fundamental contentivo de principios y garantías que son indispensables de observar en diversos procedimientos para que se obtenga una solución sustancialmente justa, requerida siempre dentro del marco del estado social, democrático y de derecho”²⁶² y en la tutela judicial efectiva²⁶³.

I. LA ORALIDAD ¿PRINCIPIO?

La oralidad desde tiempos remotos ha sido considerada tanto un instrumento de mejora para la justicia civil, como un elemento político para entender las relaciones

²⁶¹ RESTREPO PIMIENTA, J. L. y BOTERO COTES, J.G.: “El principio de oralidad en los procesos laborales colombo-venezolano en relación con la humanización y el derecho a la tutela judicial efectiva”, *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, No. 129, 2018, p. 622.

²⁶² AGUDELO RAMÍREZ, M.: “El debido proceso”, *opinión jurídica*, No. 7, 2005, p. 89.

²⁶³ La Corte Constitucional del Ecuador a partir de la sentencia 030 09-SEP-CC, caso 0100-09-EP, de 24 de noviembre de 2009, considera que: “la tutela judicial efectiva tiene tres componentes, que podrían concretarse en tres derechos: i) el derecho al acceso a la administración de justicia; ii) el derecho a un debido proceso judicial (la debida diligencia en la tramitación del proceso); y iii) el derecho a la ejecutoriedad de la decisión. La nominación de derechos, y no solamente momentos o elementos, cabe porque cada uno de ellos tiene titular, contenido propio, sujeto obligado y pueden ser exigibles; además denota la importancia que tiene cada uno de sus componentes para el sistema de administración de justicia y para las personas que requieren tutela efectiva de sus derechos.” Paréntesis fuera del texto. Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 889-20-JP/21, caso No. 889-20-JP de 10 de marzo de 2021.

de la sociedad y el individuo²⁶⁴. El mito de la oralidad como principio surgió en el siglo XX con Chiovenda con su nota al pie publicada en la *Saggi di Diritto Processuale Civile*, como lo puntualiza Álvaro Pérez Ragone²⁶⁵. Estas ideas fueron replicadas en la conferencia de Nápoles de 1906, donde centró su discurso en la reforma procesal y la corriente del pensamiento moderno²⁶⁶ y posteriormente en la primera edición de la insigne obra de Chiovenda titulada “principios del derecho procesal”²⁶⁷.

La visión de la oralidad de este insigne procesalista terminó por consumarse en la conferencia de 1909, en el círculo jurídico de Roma en el que se abordó el tema: “el estado actual del proceso civil en Italia y el Proyecto Orlando²⁶⁸ de Reformas Procesales”²⁶⁹, en los que resumió los principios esenciales del proceso alemán y austriaco. Estos trabajos dieron origen a la propaganda de que la reforma procesal italiana centraba sus pilares en la oralidad, concentración e inmediación.

Con ello se llegó a afirmar que la oralidad, para Italia y para todos los países cuyo idioma es el español, adquiriría un doble significado. El primero un proceso más rápido, eficiente y ordenado; el segundo un proceso más fiel a la búsqueda de los hechos y la valoración de la prueba con una metodología empírico-inductiva²⁷⁰. Referente a este segundo significado a la oralidad se le reconoce como dinamizador de la socialización del proceso y del derecho general. Franz Klein, al respecto, ya

²⁶⁴ Es suficiente revisar el contenido del artículo 1940 del Código Procesal Civil Italiano o el artículo 35 de los Principios Fundamentales de los Procedimientos Civiles de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas. Allí se resalta a la oralidad con los fines políticos del estado en aras de democratizar el proceso gracias a la percepción directa de los materiales probatorios.

²⁶⁵ “La oralidad no es más que un principio que se aplicará al Derecho procesal, pero principalmente un nuevo modo de entender el proceso. La aplicación de la oralidad en el proceso civil fue trazada por Chiovenda como una forma eficaz de optimizar al máximo la realización de la voluntad concreta de la ley, dejando de lado los formalismos típicos inherentes a los praxistas y legislaciones procesales que insistían en dar más importancia a la forma que en sí al contenido de la concreción de la ley”. PÉREZ RAGONE, A.: “Algunas reflexiones sobre Chiovenda y su legado para Latinoamérica: Laudatio”, *Revistas IUS ET VERITAS*, No. 55, 2017, p. 171.

²⁶⁶ MONTERO AROCA, J.: “La oralidad en el modelo garantista del proceso civil”, *Op. Cit.* p. 258.

²⁶⁷ CHIOVENDA, G.: *Principios del derecho procesal civil*, traducido por José Casais y Santaló, Reus, Tomo 2, Madrid, 1922.

²⁶⁸ Proyecto de reforma presentado por el ministro V. E. Orlando en el que se planteó la discusión de nuevas disposiciones de orden y formas de los juicios.

²⁶⁹ MONTERO AROCA, J.: “La oralidad en el modelo garantista del proceso civil”, *Op. Cit.*, p. 259.

²⁷⁰ CAPPELLETTI, M.: *Oralidad y las pruebas en el proceso civil. Proceso oral y proceso escrito*, *Op. Cit.*, p. 76-78.

consentía que el proceso civil era un instrumento social y así lo plasmó en el código austriaco de 1895.

A ello se suma la facilitación de una actuación más activa de los jueces. Este papel activo del juez orientado a la búsqueda de la verdad – en mayor forma posible-, dejó atrás la preconcepción del juez espectador y refleja intereses de orden público y no netamente privado. Todo ello llegó a sustentar, durante un periodo de tiempo prolongado, que la oralidad debía considerarse un principio. Conviene entonces analizar si este concepto reúne los requisitos característicos para ser considerado como tal.

Recordando brevemente el contenido del capítulo anterior, destacamos que la oralidad consta reconocida en el artículo 168 de la Constitución y el artículo 18 del Código Orgánico de la Función Judicial, esta última norma le atribuye el grado de principio. La verdad es que no compartimos tal distinción, a pesar de su innegable relevancia, como nos permitimos adelantar. Esta reticencia no es fruto del simple escepticismo, sino de aquellos fundamentos que se exponen en este epígrafe. Para resolver la inquietud, nos proponemos en primer término abordar qué se entiende por principio.

Etimológicamente “principio” implica una dualidad que involucra un fin o afianzamiento y un nexo que enlaza este fundamento con aquello que desea sostener. En latín, como lo refiere Ángel Sánchez de la Torre, el “principium” es una palabra compuesta formada por “pris” que hace referencia a lo valioso y antiguo y “cp” presente en el verbo “capere” que significa “tomar” “asir”²⁷¹. El equivalente griego de “principio” es “arch”²⁷² que implica “primacía” en lugar, rango y tiempo²⁷³. La Real Academia Española define al principio como “Base, origen, razón fundamental sobre la cual se procede discuriendo en cualquier materia; causa, origen de algo”²⁷⁴.

²⁷¹ SÁNCHEZ DE LA TORRE, A.: *Los principios del derecho como objeto de investigación jurídica Seminario de la Sección de Filosofía del Derecho de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Editorial Actas, Madrid, 1993, p. 17.

²⁷² FERRATER MORA, J.: *Diccionario de filosofía*, Barcelona, Ariel, 2001, p. 2907.

²⁷³ BALZ, H. y SCHNEIDER, G.: *Diccionario exegetico del nuevo testamento*, Barcelona, ediciones Sígueme, 1996, p. 485.

²⁷⁴ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA.: *Diccionario de la lengua española*, <https://dle.rae.es/principio?m=form>, último acceso 09-11- 2023.

En tales circunstancias, principio representa la correlación de valores esenciales atemporales con fines generales. La riqueza semántica del concepto incrementa su complicado encasillamiento dentro de la ciencia jurídica. La conceptualización del término “principio”, implica un desafío significativo a causa de su amplia difusión, que lo ha llevado a adquirir un sinnúmero de predicados a lo largo del tiempo. Desde el enfoque jurídico el concepto de principio ha sido inspiración de múltiples reflexiones, lo que revela su naturaleza multifacética. A causa de esta profusa doctrina, lo más conveniente es centrarse en aquella que resulta mayormente calificada, con un enfoque específico.

Entre la doctrina generalmente aceptada destacan las obras de Robert Alexy, Manuel Atienza y Ronald Dworkin, quienes han delimitado las perspectivas jurídicas contemporáneas. El abordaje desde las conceptualizaciones y perspectivas propuestas por estos eminentes juristas nos entrega una ventaja en la comprensión de los principios. Nos apresuramos en puntualizar que para Robert Alexy los principios poseen un carácter *prima facie* que impone que “algo debe ser realizado en la mayor medida posible”²⁷⁵ tomando en consideración las circunstancias fácticas y jurídicas, como mandatos de optimización²⁷⁶. Así las cosas, los principios están sujetos a juicios de ponderación.

Para Ronald Dworkin los principios implican un estándar normativo de cumplimiento y son concebidos como una exigencia moral. En ese sentido “sólo las normas imponen resultados, pase lo que pase. Cuando se ha alcanzado un resultado

²⁷⁵ ALEXY, R.: *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Op. Cit., p. 99.

²⁷⁶ La Corte Constitucional del Ecuador reconoció que: “Los autores con frecuencia, hacen una distinción dentro de las normas jurídicas: hablan de reglas, por un lado, y de principios, por el otro. Las reglas son aquellas proposiciones jurídicas en las que existe un antecedente (un hecho típico claramente definido) y un consecuente (una consecuencia jurídica expresa unida al hecho típico antecedente). Los principios, en cambio, son normas jurídicas en las que: a) no hay relación de subsunción entre hechos y consecuencias (entre antecedente y consecuente), y b) su contenido se expresa en lenguaje de alta abstracción, sin que se repita o especifiquen los casos o consecuencias de su aplicación. Es por esta razón que positivistas estrictos, incluyendo al mismo Kelsen, consideran que los principios no son derecho en sentido estricto; a lo más se tratarían de normas de optimización. Su indeterminación es tan alta que no cualificarían como normas jurídicas que restrinjan el arbitrio interpretativo. Esta opinión estricta, sin embargo, ha sido confrontada por una postura más contemporánea que acepta que el sistema jurídico contiene al mismo tiempo, reglas y principios y que los dos tipos de prescripciones son de naturaleza normativa”. Corte Constitucional del Ecuador, sentencia interpretativa No. 0001-09-SIC-CC, caso 0005-09-IC, de 13 de marzo de 2009.

contrario, la norma ha sido abandonada o cambiada. Los principios no operan de esa manera; orientan una decisión en un sentido, aunque no en forma concluyente, y sobreviven intactos aun cuando no prevalezcan”²⁷⁷.

Desde la perspectiva de Manuel Atienza los principios son “normas de carácter muy general que señalan la deseabilidad de alcanzar ciertos objetivos o fines de carácter económico, social, político”²⁷⁸, que pueden denominarse directrices o exigencias morales. La idoneidad de las apreciaciones doctrinarias de los autores aludidos amerita una evaluación de la coherencia y fundamentación de las posturas adoptadas. La adecuación de estas perspectivas conlleva el abordaje de las complejidades en la relación existente entre los principios y los otros elementos del orden jurídico.

1. La doctrina de Robert Alexy

Robert Alexy, dentro de su teoría de los derechos fundamentales enuncia que las categorías de normas están integradas por principios y reglas. Bajo esta clasificación los dos enunciados implican clases de mandatos. La diferencia entre unos y otros radica en reconocer que las reglas “son normas que solo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos”²⁷⁹ y solo admiten cumplimientos o incumplimientos absolutos; mientras que los principios pueden ser cumplidos en un diferente grado dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes²⁸⁰.

Este aspecto conlleva que, si nos encontramos frente a una regla válida, su mandato debe ejecutarse, sin margen de variación. Partiendo de esta perspectiva, la diferencia entre principios y reglas es cualitativa y no de grado. Es imprescindible en el abordaje de los principios, el cambio del paradigma subsuntivo tradicional a la teoría

²⁷⁷ DWORKIN, R.: *Los derechos en serio*, Barcelona, Editorial Ariel, 1984, p. 72-89.

²⁷⁸ ATIENZA, M.: *Tras la justicia*, Editorial Ariel, Barcelona, 2012, p. 27

²⁷⁹ ALEXY, R.: *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Op. cit., p. 87

²⁸⁰ CARRILLO, Y.: *Temas y problemas de la filosofía del derecho*, Editorial Doctrina y Ley, Bogotá, 2009, p. 147.

moderna del derecho que hace uso de la argumentación jurídica, en la que destaca la ponderación, particularmente en el contexto de los principios. La adopción de esta perspectiva conlleva que la decisión sobre la aplicabilidad de los principios requiera de un análisis opuesto a la fundamentación de la forma “todo o nada”²⁸¹ propio de las reglas.

Con ello, la colisión entre principios debe asimilarse a colisiones de valores²⁸². Frente a la imposibilidad de establecer un orden jerárquico de valores, nos vemos en el dilema de no ser capaces de establecer un orden específico de principios -Ni siquiera la constitución proporciona este tipo de jerarquía-. La razón subyacente de estas circunstancias radica en la no exclusividad intrínseca de los principios, en virtud de la cual, las circunstancias particulares los dotan de prevalencia frente a una colisión. La ponderación es el mecanismo esencial de aplicabilidad en la colisión de valores en el marco del Estado Constitucional.

Alexy plantea que cuando dos principios chocan, generan una situación, en la que puede ocurrir que uno de ellos prohíba determinada circunstancia o actuación, mientras que otro la faculta. En ese contexto uno de los principios inexorablemente deberá ceder frente a otro. Sin embargo, la consecuencia de relevo en el caso concreto no implica un desmedro en la validez jurídica del principio²⁸³, sino que demuestra su capacidad de actuar de forma diferenciada, adaptativa y flexible, evitando la rigidez de las reglas que exigen una aplicación inalterable.

La doctrina de Alexy tendiente a sopesar principios que colisionan busca responder una interrogante esencial: ¿Cuál de los dos principios prevalecerá en la resolución del conflicto? La respuesta a esta incógnita trasciende la dimensión de validez y se adentra en la dimensión del peso. Para ejemplificar este ejercicio, el autor hace uso de la ley de la colisión²⁸⁴ con ocasión de algunas causas sometidas a la decisión del Tribunal Constitucional Federal Alemán.

²⁸¹ BECHARA LLANOS, A.: “Estado constitucional de derecho, principios y derechos fundamentales en Robert Alexy”, *Revista Saber, Ciencia y Libertad*, No. 2., 2011, p. 65. Pp. 63-76.

²⁸² CARRILLO, Y.: *Temas y problemas de la filosofía del derecho*, Op. Cit., 148.

²⁸³ ALEXY, R.: *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Op. cit., p. 89

²⁸⁴ La ley de la colisión se presenta como una relación de precedencia condicionada frente al choque de principios jurídicos, que entrega una regla específica aplicable al caso concreto. En este contexto, el

En el fallo de Lebach, se aborda el desplazamiento de derecho fundamental por cuestiones singulares. Así las cosas, dentro del caso se discute la tensión existente entre la protección de la personalidad de un condenado por complicidad en el asesinato de los soldados en el depósito de municiones del Ejército Federal Alemán, cerca al poblado de Lebach, quien estaba a punto de cumplir su pena; frente a la libertad de información de una televisora que se disponía a emitir un documental que abordaba el crimen²⁸⁵. Dentro del caso el tribunal consideró que en un ejercicio de ponderación la protección de la personalidad goza de prevalencia, toda vez que la libertad de información no respondía a un interés actual y dejaba en peligro la resocialización del condenado.

En el fallo de “incapacidad procesal”²⁸⁶ en el que se analiza la imposibilidad de realizar una audiencia oral en contra de un acusado por la presión que ocasiona y que trae consigo el riesgo de sufrir un infarto. En el caso el Tribunal Constitucional Federal identificó la existencia de una relación de tensión existente entre dos imperativos jurídicos: 1) el deber del estado de asegurar la aplicación adecuada del derecho penal, y 2) el derecho a la integridad física y a la vida del acusado. Esta colisión no pudo ser resuelta desde la perspectiva de la prioridad absoluta de los deberes estatales²⁸⁷, sino mediante la asignación de pesos, que permite la reconciliación de intereses contrapuestos.

Como respuesta a esta interrogante se obtuvo una formulación general: "Si existe el peligro concreto, manifiesto, que el acusado en caso de llevarse a cabo la audiencia oral, pierda su vida o experimente graves daños en su salud, entonces, la continuación del proceso lo lesiona en su derecho fundamental del artículo 2 párrafo 2 frase 1 LF"²⁸⁸.

proceso de ponderación al que se someten los principios conduce a la emisión de una regla particular a la que se subsumirán las circunstancias del caso concreto. PORTOCARRERO QUISPE, J.: “Ponderación”, *Revista en Cultura de la Legalidad*, No. 12, 2017, p. 218.

²⁸⁵ ALEXY, R.: *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Op. cit., p. 95

²⁸⁶ *Ídem*, p. 90

²⁸⁷ BECHARA LLANOS, A.: “Estado constitucional de derecho, principios y derechos fundamentales en Robert Alexy”, Op. Cit., p. 66.

²⁸⁸ ALEXY, R.: *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Op. cit. p. 93.

En este caso la ponderación reveló la capacidad de atender el conflicto que surge entre los fines estatales y los derechos fundamentales en disputa. En este escenario en aras de prevenir la violación al principio de proporcionalidad²⁸⁹ en lo concerniente al derecho a la vida del acusado, se relega la realización de la audiencia oral, bajo la regla constitutiva para las ponderaciones: “Cuanto mayor es el grado de no satisfacción o afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”²⁹⁰.

Del análisis del fallo del Tribunal Constitucional Federal Alemán sobre incapacidad procesal, surgen algunas particularidades sobre la oralidad. Si bien Alexy sostiene que toda norma es o “bien una regla o un principio”²⁹¹, en el análisis de la realización de la audiencia oral no consideró a la oralidad como un principio propiamente dicho, sino que lo abordó como un elemento inherente al principio del funcionamiento adecuado del sistema penal que se origina del principio del Estado de Derecho²⁹².

Bajo esta perspectiva la oralidad no se constituye *per se* en un mandato de optimización cuya realización dependa de factores jurídicos y fácticos, sino un elemento característico del modelo de administración de justicia. Tampoco puede

²⁸⁹ “En el derecho constitucional alemán, la ponderación es una parte de lo exige un principio más amplio; este principio comprehensivo es el de proporcionalidad (Verhältnismäßigkeit). Éste se compone de tres partes: los subprincipios de adecuación (Geeignetheit), necesidad (Erforderlichkeit) y proporcionalidad en sentido estricto; todos estos subprincipios expresan la idea de optimización. Los derechos fundamentales son mandatos de optimización, como tales son normas de principio que ordenan la realización de algo en la más alta medida, relativamente a las posibilidades materiales y jurídicas. Los subprincipios de adecuación y necesidad se tratan de una optimización relativa a las posibilidades materiales.” ALEXY, R.: “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, No. 11, 2009, p. 8. En el ámbito latinoamericano el principio de proporcionalidad fue adoptado por diversos tribunales constitucionales. Expresamente la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional del Ecuador, la reconoce como un método de interpretación constitucional, en igual sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos la ha introducido dentro de sus sentencias. CAMINOS, P.: “El principio de proporcionalidad: ¿una nueva garantía de los derechos constitucionales?”, *Revista del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja*, No. 13, 2014, p. 53.

²⁹⁰ ALEXY, R.: *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Op. Cit., p. 161.

²⁹¹ *Ídem*, p. 87

²⁹² “La decisión del Tribunal Constitucional Federal sobre la incapacidad para recurrir al juicio (...) debe resolver esta colisión, estableciendo una relación de prevalencia entre dos principios relevantes, conforme las circunstancias del caso. El derecho fundamental a la vida y a la integridad física debe prevalecer sobre el principio del adecuado funcionamiento del sistema penal que se deriva del principio del Estado de Derecho” ALEXY, R.: *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*, Palestra, Lima, 2019, p. 57-58.

asimilarse como un mandato que debe ejecutarse, sin margen de variación. De hecho, la oralidad goza de un amplio grado de variabilidad, tal es así que resulta imposible hablar de un sistema oral puro²⁹³, en el que se prescindiera absolutamente de la escritura como un elemento de comunicación de los actos procesales. Por ello, al referirnos a los diferentes sistemas procesales, únicamente se puede hablar de aquellos predominantemente orales o escritos.

2. La doctrina de Manuel Atienza

Manuel Atienza, junto con Juan Ruiz Manero, han aportado desde la filosofía del derecho a la construcción de la ciencia argumentativa contemporánea. Su labor aborda de manera sustancial la naturaleza de las normas que integran el ordenamiento jurídico. A las normas las concibe como directivas, por tanto, enunciados encaminados a influir en el comportamiento de sus destinatarios. Esta contextualización insinúa que las normas actúan como instrumentos orientadores de la conducta. Dentro de esta conceptualización se abarca una categoría específica de directivas, que se caracterizan por ser más fuertes, a las que “se suelen llamar prescripciones”²⁹⁴.

Manuel Atienza distingue de forma notable las reglas de los principios. Considera que las reglas establecen pautas más o menos específicas de comportamiento. En contrapartida, los principios, adquieren una naturaleza de carácter general que indican la deseabilidad de alcanzar objetivos de índole política, económica o social -entre otros-, a los que denomina directrices; así como exigencias de tipo moral, considerados principios en sentido estricto²⁹⁵.

Los principios en sentido estricto son definidos en términos de alcance de aplicación de la norma²⁹⁶. La apertura en la aplicación del principio -contraria a la forma

²⁹³ COUTURE, E.: *Fundamentos del derecho procesal civil*, Op. Cit., p. 19; CHIOVENDA, G.: *Instituciones del derecho procesal civil*, Editorial Jurídica Universitaria, México D.F., 2002, p. 478.

²⁹⁴ ATIENZA, M.: *Introducción al derecho*, Fontamara, México D.F., 2007, p. 25.

²⁹⁵ ATIENZA, M.: *Tras la justicia*, Op. Cit., p. 27.

²⁹⁶ “En términos del alcance de aplicación de una norma: un principio define los casos a los que es aplicable «de forma abierta, mientras que las reglas lo hacen de forma cerrada»” PECZENIK, A.: “Los

cerrada de las normas-, evidencia una flexibilidad intrínseca que le permite operar más allá de límites predeterminados. Este enfoque posibilita ubicar el rasgo distintivo de los principios que opera de forma orientativa, a través de directrices generales que se extienden en un contexto jurídico dinámico.

Aunando a lo hasta aquí establecido, los principios poseen dos significados trascendentales. El primero en el sentido de norma programática o directriz que impone la obligación de perseguir determinados fines. El segundo como normas que enuncian valores superiores dentro del ordenamiento jurídico. Estos valores reflejan una específica forma de vida, de una institución específica, de un sector del ordenamiento²⁹⁷. En la obra *ilícitos* el autor agrega que: “los principios en sentido estricto incorporan valores que se consideran —que el ordenamiento jurídico considera— como últimos”²⁹⁸. Dicha perspectiva resalta la dimensión axiológica de los principios que los asimila como expresiones normativas que resguardan valores fundamentales.

Otra distinción que el autor aborda críticamente es la visión propuesta por Alchourrón y Bulygin, que se centra en diferenciar a los principios desde dos contextos, un sistema primario o sistema súbdito y uno secundario o sistema del juez²⁹⁹. Esto es aquellas pautas tendientes a orientar la conducta de los individuos, no involucrados a poderes normativos y aquellas que guían la producción jurídica. Manuel Atienza reconoce, que esta distinción no es excluyente, pues si bien existen principios que exclusivamente guían el ejercicio de los poderes normativos, no se identifican principios que guíen solo conductas no normativas, pues incluso estos de alguna u otra manera, guían la conducta normativa, aunque sea, de los órganos de aplicación.

Finalmente, la última distinción es aquella que se origina de los principios explícitos y los implícitos que surgen a partir de los enunciados ya presentes en el

principios jurídicos según Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 12, 1992, p. 327.

²⁹⁷ ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J.: “Sobre principios y reglas”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 10, 1991, p. 104. Pp. 101-120

²⁹⁸ ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, *Ilícitos atípicos*, Trotta, Madrid, 2000, p. 21

²⁹⁹ ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J.: “Sobre principios y reglas”, *Op. Cit.*, p. 106

ordenamiento jurídico. Sobre lo dicho, poco queda por decir, pues esta distinción resulta obvia y absolutamente excluyente.

Dentro de esta teoría existe una crítica a los fundamentos de Robert Alexy sobre los grados de cumplimiento de los principios. Manuel Atienza, se aleja de esta postura y señala que, si bien las directrices o normas programáticas pueden alcanzar diversos grados de cumplimiento, los principios en sentido estricto no lo facultan.

Para ello ejemplifica su postura conforme el texto del artículo 14 de la Constitución española³⁰⁰. Considera que en el caso de que pensemos en esta norma como un principio secundario, podría presentarse un enunciado condicional en virtud del cual si a un órgano jurídico le corresponde dictar o aplicar una norma y no existen circunstancias fácticas o normativas que desplacen al principio; al referido órgano le quedaría prohibido hacer prevalecer toda circunstancia discriminatoria (social racial, religiosa, etc.). De esta forma se establece que la característica de indeterminación de los principios se presenta exclusivamente en la configuración abierta de sus condiciones de aplicación, pero no en la determinación de la discriminación como conducta prohibida. Ahora bien, la diferencia entonces entre este principio en sentido estricto y una regla³⁰¹ es que esta última goza de condiciones de aplicación que se configuran de forma cerrada³⁰².

Sobre la base de lo expuesto se defiende la idea de que, si un principio en sentido estricto prevalece, una vez analizadas las particularidades del caso específico, frente a otros principios o reglas que se presentan como contrarios, esta prevalencia exige un cumplimiento absoluto del principio y no una modalidad gradual de cumplimiento³⁰³.

³⁰⁰ “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.” Constitución española año BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978, artículo 14.

³⁰¹ Esta afirmación Manuel Atienza la sustenta entre el análisis comparativo del artículo 14 de la Constitución española y el contenido del artículo 28 del Estatuto de Trabajadores de España que promueve una prohibición de discriminación en la prestación salariales por condiciones de sexo.

³⁰² ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J.: “Sobre principios y reglas”, *Op. Cit.*, p. 109.

³⁰³ Esta postura recibe críticas y oposiciones de autores como Aleksander Peczenik, quien considera que el error de Atienza y Manero radica en considerar al contenido del artículo 14 de la Constitución española en un principio bajo las consideraciones de Robert Alexy, cuando en realidad se trata de una “regla vaga”, por lo que sus conclusiones no llegan a desvirtuar la teoría del filósofo alemán. PECZENIK, A.: “Los principios jurídicos según Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero”, *Op. Cit.*, p. 330.

Estas características cambian si pasamos de los principios en sentido estricto a las directrices o normas programáticas. Para ello Manuel Atienza se vale del contenido del artículo 51 de la Constitución española³⁰⁴ y expresa que si estamos frente a un poder público y no se dan circunstancias fácticas o normativas que lo impidan, este poder debe utilizar los mecanismos más eficaces para defender la seguridad, la salud y los intereses legítimos de los consumidores. La diferencia entre los principios en sentido estricto y las directrices, radica en que el primero mantiene abierto exclusivamente sus condiciones de aplicación; mientras que el segundo mantiene también abierto el modelo de conducta prescrito³⁰⁵.

En el caso de los principios en sentido estricto la ponderación tiene cabida únicamente en la consideración de los factores relevantes del caso (principios y normas que se oponen), pero una vez lograda la prevalencia del principio, como lo destacamos previamente, su cumplimiento debe ser total; mientras que las directrices al contener la obligatoriedad de utilizar medios idóneos, estas pueden ser cumplidas en mayor o menor grado.

Bajo esta teoría, la oralidad, como término independiente, no puede ser sujeto de una valoración categórica que la ubique dentro de las concepciones de principios en sentido estricto, directrices o reglas. Su determinación dentro de alguna de estas categorías depende del contenido de la disposición jurídica que la alberga.

3. La doctrina de Ronald Dworkin

Ronald Dworkin, en su artículo titulado “El Modelo de las Reglas” que ahora forma parte de su obra “Los derechos en serio”³⁰⁶, retomó la discusión sobre los

³⁰⁴ “1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos. 2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la ley establezca. 3. En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales.” Constitución española, *Op. Cit.*, artículo 51.

³⁰⁵ ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J.: “Sobre principios y reglas”, *Op. Cit.*, p. 110.

³⁰⁶ DWORKIN, R.: *Los derechos en serio*, *Op. Cit.*

“principios”. En esta obra se cuestionó el criterio propuesto por Herbert Lionel Adolphus Hart³⁰⁷, en virtud del cual consideró que este último pasó por alto los estándares que no son normas.

Dentro de la fundamentación iusnaturalista uno de los pilares es la distinción entre normas y principios, especialmente como instrumento de resolución de problemas que surgen en la esfera de los derechos fundamentales, dentro de una dinámica de límites y colisiones. A la par permite la identificación de la localización que ocupan en el entramado jurídico.

Dworking considera que: “cuando los juristas razonan o discuten sobre derechos y obligaciones jurídicas (...) echan mano de estándares que no funcionan como normas, sino que operan de manera diferente, como principios, directrices políticas y otro tipo de pautas (...) Llamo “directriz” o “directriz política” al tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado; generalmente, una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad (aunque algunos objetivos son negativos, en cuanto estipulan que algún rasgo actual ha de ser protegido de cambios adversos). Llamo “principio” a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad”³⁰⁸.

Lo dicho implica un reconocimiento de un conjunto de principios en “sentido general”, dividido en tres categorías diferentes³⁰⁹. La primera de estas categorías es aquella que identifica a los principios (*stricto sensu*), que imponen estándares que deben ser seguidos ya que implican una exigencia en sentido de equidad, justicia u otros aspectos de moralidad.

En segundo lugar, encontramos a las directrices políticas que representan la consecución de fines específicos ya sea en sentido positivo o negativo, encaminados

³⁰⁷ HART, H.L.A.: *El concepto de derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2007.

³⁰⁸ DWORKIN, R.: *Los derechos en serio*, *Op. Cit.*, p. 72-73.

³⁰⁹ ISLAS MONTES, R.: “Principios Jurídicos”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, No. 17, 2011, p. 401.

a mejorar aspectos de índole social o económico. Este patrón ofrece una guía para alcanzar fines colectivos que resultan cruciales para el desarrollo y bienestar social.

Finalmente, el tercer grupo se lo concibe como "otro tipo de pautas"³¹⁰, que agrupa a los estándares que no pueden ser considerados normas, directrices o principios (stricto sensu).

Lo expuesto por Dworkin no puede ser comprendido en su totalidad si no se expone lo que el autor entiende por "norma". Entendemos para este caso, a la norma como aquellos "estándares que apuntan decisiones particulares a la obligación jurídica en determinadas circunstancias"³¹¹ a manera de disyuntivas.

Sobre la base de esta diferenciación los principios gozan de un nexo con aspectos de orden moral. Uno de los ejemplos que se propone es el principio en virtud del cual "nadie puede beneficiarse de sus propios actos ilícitos"³¹². Así, la diferencia entre principios y normas tiene un origen lógico, toda vez que pertenecen a diferentes pautas.

Las reglas en general operan con valores absolutos de todo o nada referente a su cumplimiento. Si la norma es válida, en consecuencia, debe ser acatada. En cuanto a la colisión de reglas, sigue las normas de resolución del propio sistema normativo (jerarquía, especialidad y temporalidad). Por otro lado, los principios gozan de mayor o menor peso moral que terminan por inclinar la decisión en una dirección, pero no de forma concluyente y sobreviven indemne, a pesar de no prevalecer.

A estas diferencias, bajo la doctrina que nos ocupa, se agregan otras:

1) Las normas son mandatos imperativos que organizan las relaciones sociales, mientras que los principios determinan el deber de efectuar algo en pos de alcanzar lo justo;

³¹⁰ ISLAS MONTES, R.: "Principios Jurídicos", *Op. Cit.*, p. 402.

³¹¹ Además, agrega que: "si los hechos que estipulan una norma están dados, entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión" DWORKIN, R.: *Los derechos en serio*, *Op. Cit.*, p. 75.

³¹² *Ídem*, p. 73.

2) Las normas encuentran su origen en la organización estatal que actúa por medio de una autoridad que determina su nacimiento y alcance; los principios provienen de la propia naturaleza del derecho y su contenido lo determina la naturaleza de las relaciones humanas;

3) Las normas se aplican de forma disyuntiva³¹³, los principios necesitan de un caso concreto y su aplicación es graduable³¹⁴.

Así las cosas, las diferenciaciones entre normas y principios se manifiestan en su esencia funcional. Una norma aporta la totalidad de la resolución, frente a la alineación de la conducta con el contenido de la ley. Por lo que se refiere a los principios si bien cumplen con una función orientadora en las decisiones ligadas a obligaciones en circunstancias específicas, carecen de consecuencias automáticas cuando las circunstancias son satisfechas.

Si analizamos a la oralidad como parte integrante en la administración de justicia, a la luz de la teoría propuesta por Dworkin, podría tenerse por una directriz que propone el alcance de un factor de índole social y económico.

4. La oralidad desde la Constitución

La oralidad, en los términos de cada una de las doctrinas analizadas, no puede ser considerada un principio en términos específicos. El análisis, como se anticipó, partió desde el entendimiento de lo que son los principios jurídicos -también principios generales del derecho-. Este abordaje no resulta extraño si consideramos que el concepto de “principio” ha sido un tema profusamente estudiado en las últimas décadas, más aún con el desarrollo del estado constitucional. Precisamente a la luz de la legislación ecuatoriana la oralidad goza de un rango constitucional.

³¹³ DWORKIN, R.: Los derechos en serio, Op. Cit, p. 75

³¹⁴ “Ante una regla escrita, debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos (en términos de Dworkin), en tanto los principios no proporcionan una solución disyuntiva de todo o nada, siendo susceptibles de ponderación, limitándose a enunciar una razón que discurre en una cierta dirección y prescribiendo actos relativamente inespecíficos.” YEDRO, J.: “Principios Procesales”, *Derecho y Sociedad*, No. 38, 2012, p. 270.

Si bien Dworkin reavivó la discusión contemporánea de los principios jurídicos en su crítica a Hart, de estos ya se hablaba en el Código Civil Austriaco de 1811 y luego posteriores legislaciones como el Código Civil Italiano de 1865, o el Código Civil de España de 1889 e incluso en el Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia de la Haya, en el artículo 38³¹⁵. Además, este estudio doctrinario ha sido objeto de análisis a lo largo del tiempo por Vecchio³¹⁶, Esser³¹⁷, Kelsen³¹⁸, Bobbio³¹⁹, Alchourrón y Bulygin³²⁰.

En el contenido del artículo 168.6. de la Constitución ecuatoriana consta que: “Art. 168. La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios: (...) La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo”³²¹. El contenido de esta norma jurídica, no le otorga una categoría de principio a la oralidad.

En este punto conviene clarificar que cuando nos referimos a una norma jurídica, la conceptualización de este término responde a las *proposiciones normativas* que representan el contenido de una *disposición jurídica*. Una disposición jurídica puede expresar varias normas jurídicas y en viceversa una norma puede no estar atada a una sola disposición. Pensemos a manera de ejemplo en la disposición que garantiza el derecho a la inviolabilidad de la vida, esta a su vez contiene varias normas

³¹⁵ ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J.: “Sobre principios y reglas”, *Op. Cit.*, p. 101.

³¹⁶ BELLOSO MARTIN, N.: “Justicia, derecho y moral en Giorgio del Vecchio”, *Estudios filosóficos*, No. 121, 1993.

³¹⁷ ESSER, J.: *La interpretación*, Olejnik, Santiago de Chile, 2020.

³¹⁸ KELSEN, H.: *Teoría pura del derecho*, *Op. Cit.*

³¹⁹ “(...) si hay normas constitucionales debe haber un poder normativo del cual se deriven y este poder es el poder constituyente (...) Determinado el poder constituyente como poder último debemos presuponer una norma que le atribuye al poder constituyente la facultad de producir normas jurídicas: esta norma es la norma fundamental (...). es una norma al mismo tiempo atributiva e imperativa, según la consideremos desde el punto de vista del poder al que da origen o de la obligación que impone (...). Toda la polémica sobre la norma fundamental proviene de no haber entendido su función (...). la unidad de un ordenamiento compuesto por normas de diverso origen exige que las normas que lo componen se reduzcan a la unidad. esta *reductio ad unum* no puede ser completa si por encima del sistema no se pone una norma única, de la cual se deriven todas las otras, directa o indirectamente”. RUIZ MANERO, J.: “Bobbio y los conceptos de norma jurídicamente última”, *Seqüência*, No. 64, 2012, p. 41.

³²⁰ ALCHOURRON, C. y BULYIN, E.: *Análisis lógico del derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

³²¹ Constitución Política del Ecuador de 2008, *Op cit.* artículo 168.6.

como: prohibido matar o el mandato de proteger la vida; pero estas normas a su vez no están ligadas a un único texto (disposición) ³²², puesto que sus formulaciones contextuales pueden variar: no matar, prohibido matar, quien mate será sancionado, etc.

Ante esta diferenciación conceptual resulta útil introducir el término *acto jurídico prescriptivo*, cuya finalidad es expedir, derogar, reformar disposiciones jurídicas, poniendo en vigencia o suprimiendo proposiciones normativas. Con ello, se emplea el término norma jurídica para referirse al acto jurídico prescriptivo y es “frecuente su uso para designar a las disposiciones jurídicas”³²³.

El contenido de la disposición jurídica del artículo 168 constituye varias normas jurídicas. En el numeral 6 precisamente encontramos a la oralidad en forma de un acto jurídico prescriptivo encaminado a derogar y reformar disposiciones jurídicas de la administración de justicia. Este acto jurídico prescriptivo a su vez se presenta en forma de regla procesal³²⁴, pues en ella tanto la determinación de la conducta como las condiciones de aplicación se configuran de forma cerrada.

Con lo dicho emerge a la luz un dilema. Lo cierto es que como se ha expuesto a lo largo de este capítulo, el reconocimiento de la oralidad en la Constitución ecuatoriana en forma de regla genera que su cumplimiento no pueda llevarse a cabo de forma gradual, sino que deba aplicarse de forma absoluta como parte integrante de la administración de justicia, más ello implica una exigencia de difícil consecución,

³²² LOZADA PRADO, A. y RICAURTE HERRERA, C.: *Manual de Argumentación Constitucional*, Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2015, p. 45.

³²³ *Ibidem*.

³²⁴ Tal como lo sostiene Manuel Aragón Reyes y Gustavo Medinaceli Rojas, la Constitución no se conforma exclusivamente de principios, sino como un verdadero cuerpo normativo que está conformado por principios, reglas y otros valores. ARAGÓN REYES, M.: *La Constitución y el control del poder. Introducción a una teoría constitucional del poder*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999, p. 75-80; MEDINACELI ROJAS, G.: *La aplicación directa de la constitución*, Corporación Editora Nacional-Universidad Andina Simón Bolívar sede Ecuador, Quito, 2013, p. 9-10. Este reconocimiento como regla procesal es compartida por Diego Palomo Vélez quien considera que: “En el derecho de las formas no hablamos de principios, esto es en la configuración externa del proceso y del procedimiento no existen imperativos, sino que existe opciones. Pues bien, la opción principal está dada por la dupla oralidad-escritura, y constituye función del legislador apostar por el predominio de una u otra. Las reglas procesales, entre ellas destacadamente la oralidad y la escritura, poseen un predominante carácter técnico; de allí que estén disponibles para el legislador que debe darles la mejor utilización posible”. PALOMO VÉLEZ, D.: “Las marcas del proceso oral y escrito diseñado en el anteproyecto de nuevo CPC chileno”, *Revista chilena de derecho*, No 3, 2009, p. 638.

pues como se ha sustentado reiteradamente no se puede hablar de un sistema procesal oral puro.

La consecuencia por derribo es que la configuración procesal ecuatoriana, termina por alejarse del mandato constitucional y ha instaurado un sistema procesal mixto por audiencias. A lo dicho se suma la frontal y excesiva limitación al poder legislativo y al principio de libertad de configuración legislativa por medio del cual está facultado para adaptar el derecho a las necesidades o exigencias económicas sociales y políticas, mediante la emisión de leyes³²⁵ dentro de las fronteras fijadas en la Constitución ³²⁶.

Algunos de los inconvenientes de la forma como se concibe la oralidad en el Ecuador, se evidencia en la norma procesal actual mediante la inclusión de etapas orales, que resultan innecesarias, una de ellas: la audiencia de fundamentación del recurso de apelación, que, bajo los términos del Código Orgánico General de Procesos, resulta inoperante y se reduce a la mera verbalización del recurso presentado de forma escrita.

Con ello se constata que la naturaleza de la oralidad se aleja de la concepción de principio, para resaltar sus dotes como aparato de conformación de los actos, que destaca su importante presencia dentro de las características de la administración de justicia. Esta afirmación contradice la hegemonía que se ha mantenido a lo largo de la historia a partir de las discusiones de Franz Klein en 1985³²⁷, hace más de 100 años. Sin perjuicio de ello, negar a la oralidad como principio no enerva su función determinadora de la forma de los actos procesales, sin que con ella se atienda al contenido de los actos.

³²⁵ SILVA GARCÍA, F. y VILLEDA AYALA, A.: “Libertad de configuración legislativa e irretroactividad de las leyes”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, No. 31, 2011, p. 179. Al respecto la Corte Constitucional Colombiana ha considerado que: “El legislador tiene libertad de configuración para crear y modificar (...) siempre y cuando respete los derechos, garantías, principios y valores contemplados en la misma Constitución y obre conforme a los principios de razonabilidad y proporcionalidad” Corte Constitucional de Colombia, sentencia No. C-736/02.

³²⁶ La Corte Constitucional Ecuatoriana ha reconocido en sus fallos que los límites del ejercicio del derecho de libre configuración legislativa se sitúan en el marco de los valores consagrados en la Constitución. Corte Constitucional del Ecuador, sentencia 34-19-IN/21, 28 de abril de 2021, párr. 104.

³²⁷ LORCA NAVARRETE, A.M. et alri: “La Oralidad en el Derecho Procesal Civil ¿Solución o Perjuicio?”, *Op. Cit.*, p. 330.

Esta última afirmación revela la exacta ubicación de la oralidad en el ordenamiento jurídico. Identificarla como precepto de las formas, es reconocerla como modelo del procedimiento³²⁸ y no del proceso. Cabalmente el procedimiento, ajeno a la exclusividad judicial, alude al “lado externo de la actividad procesal”³²⁹, concebida como la forma de sucesión de actos. Por otro lado, el proceso abarca “actos generales y abstractos que mantienen un orden preestablecido, y son propios de un trámite jurisdiccional”³³⁰.

El proceso es sinónimo de pleito y engloba las reglas que dirigen el ejercicio de una acción jurisdiccional; mientras que el procedimiento atiende las actuaciones que se presentan en el trascurso de la tramitación de las causas, sean jurisdiccionales o administrativas. Así las cosas, el proceso resulta en una suerte de continente y abarca al procedimiento, como contenido.

El insigne Juan Montero Aroca, resalta aún más las diferencias entre proceso y procedimiento, así tenemos que: “1. La función jurisdiccional se ejerce sólo a través del proceso; 2. Jurisdicción y el proceso son realidades correlativas e interdependientes; sin proceso no hay ejercicio de la función jurisdiccional; 3. Todo proceso se desarrolla formalmente a través de un procedimiento; 4. Existen procedimientos judiciales que no son la forma externa de un proceso (en aquellos casos en que el juez no actúa jurisdiccionalmente); y, 5. Un solo procedimiento puede ser la forma externa de dos o más procesos”³³¹.

Otro de los rasgos peculiares de la oralidad que ha nutrido su falsa concepción como principio es que, a través de su enunciación, de manera equivocada, se pretende abarcar a verdaderos principios como lo son la inmediación, publicidad y

³²⁸ De esta forma ha sido comprendida por la norma constitucional española que en su articulado hace constar que: “El procedimiento será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal”. Constitución española, *Op. Cit.*, artículo 120.2.

³²⁹ PRIETO-CASTRO, L.: *Tratado de derecho procesal civil*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 1985, p. 51.

³³⁰ PEÑAHERRERA TOAPAXI, D. y ABAD ARÉVALO, D.: “Los presupuestos procesales y materiales”, en CERVANTES VALAREZO, A. (Coord.): *Cuestiones actuales del derecho procesal*, editorial Cevallos, Quito, 2023, p. 190.

³³¹ MONTERO AROCA, J.: “Lección Duodécima: Naturaleza y clases de procesos”, en MONTERO AROCA, J., BARONA VILAR, S., GOMEZ COLOMER, J. (dirs.): *Derecho Jurisdiccional I Parte General*, Tirant lo blanch, Valencia, 27 ed., 2019, p. 231.

concentración; que en realidad actúan de forma independiente. Sin duda la oralidad se nutre de los principios aludidos, empero, este criterio no implica una mutación en su exacta definición como “regla técnica de conformación de la forma de los actos”³³².

Finalmente, la inclusión constitucional de la oralidad como “sistema”, implica otras consideraciones adicionales que involucran diseños legales, administrativos y económicos, que dinamicen su puesta en marcha. Desde esta perspectiva, no basta su incorporación en la normativa procesal, sino que debe estar acompañada de un diseño funcional del sistema. Las implicaciones descritas demandan un accionar del gobierno central mediante la creación de políticas públicas de promoción, socialización de los usuarios del sistema e infraestructura; así como de factores de actualización de conocimientos técnicos en litigio, a los operadores de justicia y abogados.

II. LOS PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO Y SU RELACIÓN CON LA ORALIDAD

Partiendo de la idea de Chiovenda sobre la imposibilidad de configurar un proceso enteramente oral³³³, el elemento dirimente en el procedimiento trasciende la mera calificación de su preferencia entre lo escrito y lo hablado. Es más adecuado centrarse en la forma de expresión y comunicación de los diversos actos entre los participantes. Así, la diferenciación del procedimiento escrito con el oral no debe constreñirse a la valoración de los actos de proposición. Entregar una calificación de oral o escrito, simplemente porque la demanda se presente usando cualquiera de estas formas, mientras que el resto de los actos se desarrollan de forma contraria, resulta insuficiente.

Aclarado este punto, la clave para distinguir la oralidad tampoco radica en la forma en la que se exponen los hechos al tribunal, sino en el abordaje global de la secuencia del procedimiento y de los actos inherentes al proceso judicial.

³³² MONTERO AROCA, J.: “La oralidad en el modelo garantista del proceso civil”, *Op. Cit.* p. 257.

³³³ CHIOVENDA, G.: *Instituciones del derecho procesal civil*, *Op. Cit.*, p. 478.

La predominancia de la oralidad en la comunicación de los actos no descarta la presencia de actos escritos. La oralidad entonces se extiende al conjunto de acciones efectuadas, sin que sea relevante el contenido de los actos. Descartamos la relevancia al contenido puesto que como se ha expuesto, la oralidad, como elemento asociado al procedimiento, no se ocupa del contenido de los actos, sino de su forma de presentación.

La mayor singularidad de la oralidad se devela en su presencia dentro de una audiencia ante el juez. En este ambiente la actividad del juzgador se ve enriquecida por el contacto directo de las pruebas testimoniales, periciales y las partes. La realización de esta vista no sería posible sin la presencia anticipada de varios actos escritos, los más importantes, aquellos que contienen las pretensiones y las defensas que se oponen.

El referido diseño se encuentra reflejado tanto en el Código Orgánico General de Procesos en el caso ecuatoriano, así como en la Ley 1/2000, de 07 de enero de Enjuiciamiento Civil, de España³³⁴. En estas normativas procesales, tanto la demanda como la contestación se formulan de forma escrita -así lo prevén los artículos 399 y 405 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y los artículos 142 y 151 del Código Orgánico General de Procesos-³³⁵. La siguiente etapa de relevancia significativa es la realización de una audiencia preliminar de saneamiento procesal -en el caso del juicio ordinario-, así como de la fijación del objeto del proceso y del debate. Acto seguido tiene lugar la

³³⁴ Esta referencia deberá entenderse a la luz del juicio ordinario. El verbal cuenta con regulaciones particulares.

³³⁵ “Artículo 399. La demanda y su contenido. 1. El juicio principiará por demanda, en la que, consignados de conformidad con lo que se establece en el artículo 155 los datos y circunstancias de identificación del actor y del demandado y el domicilio o residencia en que pueden ser emplazados, se expondrán numerados y separados los hechos y los fundamentos de derecho y se fijará con claridad y precisión lo que se pida.” “Artículo 405. Contestación y forma de la contestación a la demanda. 1. En la contestación a la demanda, que se redactará en la forma prevenida para ésta en el artículo 399, el demandado expondrá los fundamentos de su oposición a las pretensiones del actor, alegando las excepciones materiales que tuviere por conveniente. Si considerare inadmisibile la acumulación de acciones, lo manifestará así, expresando las razones de la inadmisibilidad. También podrá manifestar en la contestación su allanamiento a alguna o algunas de las pretensiones del actor, así como a parte de la única pretensión aducida”. Ley de Enjuiciamiento Civil, BOE núm. 7, de 8 de enero de 2000, art. 399 y 405. “Art. 142.- Contenido de la demanda. La demanda se presentará por escrito (...)” “Art. 151.- Forma y contenido de la contestación. La contestación a la demanda se presentará por escrito y cumplirá, en lo aplicable, los requisitos formales previstos para la demanda.” Código Orgánico General de Procesos (COGEP), Op. Cit., art. 142 y 151.

audiencia de evacuación probatoria en la que cobra mayor significado el contacto de las partes, la prueba y la actividad del juzgador.

Sin que resulte controversial, resulta lógico que la oralidad, para su correcta implementación, se sostenga en varios principios del procedimiento. Sin la presencia de estos, la comunicación de los actos pierde preponderancia y eficacia. Conviene entonces analizar particularmente a estos conceptos:

1. Oralidad e Inmediación

La oralidad en su estructura intrínseca requiere de la inmediación, a saber, que el juzgador tome contacto directo y sin intermediarios con las partes interesadas en el proceso. Esta característica adquiere mayor repercusión en la relación del juez con las pruebas. Es tal esta importancia que en diferentes legislaciones como la costarricense se ha llegado a defender la idea de que únicamente el juez que participó en la audiencia, en la práctica de la prueba, puede dictar sentencia³³⁶, bajo prevenciones de nulidad. Esta actividad involucra una participación del mismo juzgador de principio a fin en la causa.³³⁷

En el caso de la legislación española un similar criterio lo encontramos en la norma infra constitucional, concretamente en el artículo 137 de la Ley de Enjuiciamiento Civil³³⁸, por medio del cual se demanda la presencia del juzgador en

³³⁶ “Todas las audiencias serán realizadas por el tribunal que conoce del proceso, salvo disposición legal en contrario. Las sentencias deberán dictarse por el tribunal ante el cual se practicaron todas las pruebas. La utilización de medios tecnológicos que garanticen la relación directa con los elementos del proceso no implica ruptura del principio de inmediación.” Código Procesal Civil de Costa Rica No. 9342, Artículo 2.7. En idéntico criterio se ha pronunciado la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, mediante sentencia No. 1018-1997.

³³⁷ EISNER, I.: *El principio de inmediación*, Depalma, Buenos Aires, 1963, p. 33.

³³⁸ “Presencia judicial en declaraciones, pruebas y vistas. 1. Los Jueces y los Magistrados miembros del tribunal que esté conociendo de un asunto presenciarán las declaraciones de las partes y de testigos, los careos, las exposiciones, explicaciones y respuestas que hayan de ofrecer los peritos, así como la crítica oral de su dictamen y cualquier otro acto de prueba que, conforme a lo dispuesto en esta Ley, deba llevarse a cabo contradictoria y públicamente (...) La infracción de lo dispuesto en los apartados anteriores determinará la nulidad de pleno derecho de las correspondientes actuaciones”. Ley de Enjuiciamiento Civil, *Op. Cit.*, art. 137.

cuanto a las declaraciones de las partes y testigos³³⁹. Sobre esto último, aclaramos que la norma procesal española no ha determinado enunciados inflexibles y de extremos absolutos entorno a la presencia del juez en relación con la práctica de la prueba, pues admite excepciones, como el caso del auxilio judicial³⁴⁰, sin perjuicio de que su determinación debe responder a casos de extrema necesidad y no a una delegación frecuente de funciones en aras de garantizar la validez de la causa.

En un sistema oral el contacto del juez con las pruebas es, por un lado, un requisito en la motivación de la sentencia; y por otro lado un derecho de las partes como garantía de imposibilidad de cambios del órgano decisor. En este punto, el sistema procesal ecuatoriano, carece de una modulación completa que determine esta particularidad, causando una insuficiencia normativa entorno a la inmediación que promulga³⁴¹.

Lo puntualizado se asienta en el hecho de que dentro de un sistema oral el principio de inmediación debe entenderse desde su sentido estricto –sin descartar la figura del auxilio judicial- y no en sentido lato. El sentido estricto impone una misma identidad entre el juez de la prueba y el juez de la decisión; mientras que en sentido lato no existe esta imposición, sino que la presencia del juez únicamente adquiere un sentido de tutela pública y de garantía procesal³⁴².

³³⁹ Todo ello sin perjuicio de que en algún momento, han surgido en el seno del Tribunal Constitucional Español votos salvados en los que se ha defendido la idea de que “en un proceso escrito, como es el procedimiento ordinario regulado en el capítulo primero del título IV de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA), que es el contemplado en este recurso de amparo, si en el momento de dictar Sentencia el Juez que ha de hacerlo no es el mismo que ha intervenido en la práctica de la prueba testifical o pericial debe repetir su práctica”. Tribunal Constitucional español, sentencia No. 177-2014 de 3 de noviembre, BOE núm. 293, de 04 de diciembre de 2014, Voto particular del Magistrado don Ricardo Enríquez Sancho, FJ. 1.

³⁴⁰ Ley de Enjuiciamiento Civil, *Op. Cit.*, art. 169.

³⁴¹ Frente ello, la Corte Constitucional del Ecuador ha admitido incluso la posibilidad de que la fundamentación por escrito de la sentencia pueda ser elaborada por un juzgador diferente al que emitió el fallo oral, bajo la justificación de no sacrificar la celeridad de la justicia: “El principio de inmediación, por regla general, exige que aquella autoridad jurisdiccional que haya expresado su decisión en audiencia sea aquella que suscriba la sentencia a ser notificada a las partes procesales. De este precepto, cabe hacer al menos dos puntualizaciones que permitirían una comprensión no absoluta del mismo. En primer lugar, deben considerarse circunstancias externas y sobrevinientes al juzgador, por las que se vería privado de cumplir con la regla general de inmediación. Y segundo, los casos en que la celeridad procesal se vería comprometida por la ausencia justificada pero prolongada del juzgador.” Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 16-20-CN/21, Caso No. 16-20-CN, 24 de febrero 2021, p.6.

³⁴² HERRERA ABIÁN, R.: *La inmediación como garantía procesal*, Albolote, Comares, 2006, p. 4.

La intermediación así pasa de ser una regla en el sistema escriturario³⁴³ a un principio instructor en el sistema oral³⁴⁴. Actúa como un criterio orientador que persigue la adecuada formación de la organización judicial³⁴⁵. Como lo reconoce Clemente Díaz la intermediación promueve la comunicación personal de las partes en los actos de adquisición de las pruebas y como instrumento para llegar a la comprensión del objeto litigioso³⁴⁶.

Si bien la intermediación mantiene una estrecha relación con la oralidad, esto no es óbice para que su presencia tenga lugar también en actuaciones escritas, sin que, con ello, se invisibilicen absolutamente sus efectos. La falta de comprensión de estas peculiaridades ha provocado en la legislación ecuatoriana, como se ha dicho, la celebración innecesaria de audiencias. Contraria a esta actuación, la legislación española ha plasmado este alcance de la intermediación y concretamente en su reglamentación del juicio verbal ha establecido que: “El demandado, en su escrito de contestación, deberá pronunciarse, necesariamente, sobre la pertinencia de la celebración de la vista. Igualmente, el demandante deberá pronunciarse sobre ello, en el plazo de tres días desde el traslado del escrito de contestación. Si ninguna de las partes la solicitase y el tribunal no considerase procedente su celebración, dictará sentencia sin más trámites”³⁴⁷.

Desde los planteamientos del brillante Klein y su proceso social, que dejó atrás el liberalismo del Código Procesal Civil Napoleónico de 1806³⁴⁸, la intermediación siempre ocupó un lugar privilegiado. Para él la intermediación forma parte de la personalidad humana, esto es, hablar directamente y sin intermediarios con otra persona³⁴⁹. Klein transformó el derecho procesal común europeo por medio del

³⁴³ Andrés de la Oliva considera que la intermediación no es exclusiva de un sistema oral, puesto que también es compatible con el sistema escrito. DE LA OLIVA SANTOS, A.: *Curso de derecho procesal civil I parte general*, Editorial universitaria Ramón Areces, 2 Madrid, 2016, p. 237. Este criterio lo comparte Millar, quien, citando a Engelmann, afirma que este principio puede combinarse en los dos sistemas. MILLAR, R. W.: *Los principios formativos del procedimiento civil*, Ediar Editores, Buenos Aires, 1945, p. 170-175.

³⁴⁴ PALACIO, L. E.: *Manual de Derecho Procesal Civil*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1965, p. 139

³⁴⁵ EISNER, I.: *El principio de intermediación*, *Op. Cit.*, p. 33.

³⁴⁶ DIAZ C.: *Instituciones de derecho procesal*, *Op. Cit.*, p. 380.

³⁴⁷ Ley de Enjuiciamiento Civil, *Op. Cit.*, art. 438.4

³⁴⁸ GOZAÍN, O.: *Oralidad y prueba en el COGEP*, *Op. Cit.*, p. 39.

³⁴⁹ FAIRÉN GUILLÉN, V.: *El tribunal de las aguas de Valencia y su proceso*, Caja de ahorros de Valencia, Valencia, 1988, p. 505.

proceso concentrado o por audiencias, destacando el interés público del proceso. La diagramación de la audiencia concebida por el autor austriaco incentivó el principio de inmediación por medio de la oralidad. Esta decisión reformatoria no solo que revirtió el sistema escrito, sino que fue una auténtica decisión de política judicial.

Mauro Cappelletti, partidario de las ideas de Klein, sostuvo que esta concepción entrega al juzgador una función de control del juego limpio en el desarrollo del proceso, rápido y ordenado; además de un carácter asistencial de las partes, que permite el tratamiento de las demandas y las excepciones, teniendo como horizonte la búsqueda de la verdad³⁵⁰.

La jurisprudencia española y ecuatoriana³⁵¹ explica que el juzgador se beneficia de las bondades de la inmediación, por medio de tres postulados que aseguran la calidad de la administración de justicia³⁵², a saber:

1) La prevalencia de la identidad del juzgador que mantuvo contacto con las partes y quien resuelve el asunto³⁵³.

2) La presencia del juez en las fases en las que existiese la presencia de las partes, dirigiendo las alegaciones y la producción adecuada de la prueba³⁵⁴.

3) El procedimiento debe estar diseñado en forma de etapas en las que las partes y los terceros intervinientes se vean vinculados a participar activamente

³⁵⁰ CAPPELLETTI, M.: *Oralidad y las pruebas en el proceso civil. Proceso oral y proceso escrito*, Op. Cit., p. 81

³⁵¹ “A través de la inmediación se da una vinculación personal entre los juzgadores y las partes con la finalidad de poder conocer directamente todo lo correspondiente al proceso, desde su inicio hasta su conclusión, de tal forma que se tenga un conocimiento efectivo de los hechos planteados para su resolución por parte de los administradores de justicia, obteniendo los medios y elementos para que el proceso sea eficaz y la sentencia justa”. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 005-16-SEP-CC, Caso No. 1221-14-EP, 06 de enero de 2016, p.9.; “Según lo razonado en el fundamento jurídico anterior, la Audiencia Provincial, por impedírsele los principios de inmediación y contradicción, no podía por sí misma valorar dicha prueba, al no haberse producido ante ella”. Tribunal Constitucional español, sentencia No. 167/2002, 18 de septiembre, p. 41.

³⁵² MEJÍA SALAZAR, A.: *La oralidad y los principios del procedimiento*, Op. Cit., p. 50-51.

³⁵³ BERZOSA FRANCO, M.: “Los principios configuradores del procedimiento en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, en Barcelona”, en ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J. (Coord.): *Instituciones del nuevo proceso civil*, Economist & Jurist, Barcelona, 200, p. 594.

³⁵⁴ ARMENTA DEU, T.: *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, Marcial Pons, Barcelona, 2007, p. 169-170

mediante el diálogo personal en la presentación de sus argumentos y pruebas testimoniales y periciales³⁵⁵.

Referente a la intermediación Rosario Herrera Abián, considera que: “La prueba sigue siendo el aspecto donde la intermediación cumple su misión esencial, la de servir a la correcta valoración de los elementos probatorios. El valor de la presencia judicial en las declaraciones de los sujetos que intervienen en la prueba, como vehículo de comunicación de hechos, es evidente, como lo es respecto a objetos que por si portan una información necesaria para la emisión de un juicio justo”³⁵⁶.

Un tema que, tras los acontecimientos suscitados en los últimos años, ha adoptado relevancia es aquel que aborda a la intermediación y la tecnología. En la época actual denominada “cuarta revolución industrial”³⁵⁷, dominada por el uso de las herramientas de la información y las nuevas tecnologías de la comunicación, la administración de justicia ha enfrentado cambios que han puesto a prueba la adaptabilidad de los principios instructores del sistema oral.

La virtualización del proceso demostró que lejos de plantearse como una opción, constituyó una necesidad en la administración de justicia postpandemia. Si bien el principio de intermediación tradicionalmente ha sido asociado a un parámetro físico, no implica que no pueda desarrollarse mediante la utilización de otros mecanismos de comparecencia -videoconferencias-, más aún cuando su utilidad ha sido ampliamente aprovechada en otros mecanismos alternativos de resolución de controversias como lo son los Online Dispute Resolution. Es así como “las nuevas tecnologías de la informática y las telecomunicaciones han abierto posibilidades de cambios en las formas de realización de los actos procesales”³⁵⁸.

Si atendemos a los elementos nucleares de la intermediación, más allá de la presencia física, y los relacionamos con la oralidad podremos concluir que la

³⁵⁵ GIMENO SENDRA, J. V., MORENO CATENA, V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: *Derecho procesal civil*, COLEX Constitución y Leyes, Madrid, 1996, p. 39

³⁵⁶ HERRERA ABIÁN, R.: *La intermediación como garantía procesal*, Op. Cit., p. 26.

³⁵⁷ MARTÍN DIZ, F.: “Justicia digital post-covid19: el desafío de las soluciones extrajudiciales electrónicas de litigios y la inteligencia artificial”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, No. 2, 2020, p. 42.

³⁵⁸ ORTELLS RAMOS, M: *Introducción al derecho procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 360.

implementación de los juicios por medio de recursos telemáticos, en ningún modo implican un obstáculo para que las partes puedan efectuar sus alegaciones orales, los interrogatorios, y demás actuaciones, mediante la interacción con el juzgador. Como bien lo puntualiza Silvia Barona Vilar, los “textos europeos y españoles abrigan la posibilidad de que la videoconferencia se convierta en un instrumento a través del cual se puede practicar prueba, sin invalidarla, por el hecho de no estar presente física y corpóreamente el juez o magistrado y quienes actúan como parte, testigos, peritos, etc.”³⁵⁹.

Sobre este punto se ha pronunciado el Consejo de la Unión Europea y ha considerado que las tecnologías pueden ser utilizadas en los sistemas judiciales en favor del cumplimiento de las normas del Estado de Derecho y del respeto en el ejercicio de los derechos fundamentales³⁶⁰. Así también, su implementación genera ventajas asociadas a la economía procesal y la exclusión de eventuales dilataciones indebidas a consecuencia de imposibilidades en el desplazamiento físico, ya sea por condiciones de índole personal o social. Por su parte Lorenzo Bujosa Vadell considera que: “los medios electrónicos deben saber cumplir un rol relevante en la resolución de controversias en el siglo XXI, que coincide, digámoslo también, con un momento histórico de modernización de la justicia”³⁶¹.

En apego a lo expuesto la Ley de enjuiciamiento Civil³⁶² bajo los lineamientos de la Ley Orgánica del Poder judicial³⁶³, posibilita la implementación de realizar actos procesales por medio de una intermediación virtualizada a través de mecanismos de

³⁵⁹ BARONA VILAR, S.: *Algoritmización del Derecho y de la Justicia de la Inteligencia Artificial a la Smart Justice*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, p. 400. Sin perjuicio de ello agrega que su implementación en el marco jurídico se ha diseñado con un carácter subsidiario en la práctica probatoria.

³⁶⁰ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA.: “Acceso a la Justicia: aprovechar las oportunidades de digitalización”, *Diario Oficial de la Unión Europea*, 14 de octubre de 2020, apartado 6 de las conclusiones.

³⁶¹ BUJOSA VADELL, L.: “Mediación electrónica: Perspectiva europea”, *Revista Ius et Praxis*, Vol. 23, No. 2, 2017, p. 75. Versión on line https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/129003/De_iudicio_Variaciones_en_torno_a_la_pot.pdf;jsessionid=A24F353F13C81D528F9FB15C35983ED9?sequence=1 Último acceso 01-11-2024.

³⁶² Ley de Enjuiciamiento Civil, *Op. Cit.*, art. 129.4

³⁶³ Ley Orgánica del Poder Judicial, BOE núm. 157 de 02 de julio de 1985

comunicación a distancia. Lo que guarda perfecta concordancia con la previsión normativa ecuatoriana prevista en el Código Orgánico General de Procesos³⁶⁴.

Con ello queda claro que la inmediación es posible mediante el uso de nuevas tecnologías. El asunto entonces radica en los elementos básicos que dichas herramientas deben contar a fin de ejecutar el principio de forma efectiva. Entre ellos, los requisitos mínimos que se exige son: a) una comunicación bidireccional de transmisión simultánea entre el juez, las partes y los testigos, incluido el perito si el caso lo amerita para la fundamentación o aclaración del dictamen; b) que la comunicación incluya elementos básicos (visual, verbal y auditivo); c) que exista un distanciamiento espacial entre el lugar donde se encuentra el juzgador, la parte que deba presentarse y los testigos que se presenten a la audiencia o vista; d) que se promueva la eficacia del principio de contradicción de forma inmediata, de todas las actuaciones procesales, especialmente en el momento de la práctica probatoria³⁶⁵.

Una de las inquietudes que surge respecto a la implementación de la inmediación, gira en torno al contacto con la prueba testimonial. Resulta innegable que la presencia del testigo frente al juez en el momento del interrogatorio provoca en el común de los casos, un sentimiento de presión psicológica en el testigo, además de un limitante físico de no manipulación. Se ha llegado a sustentar que por medios telemáticos se corre el riesgo de que se genere una contaminación del material probatorio testimonial. Sin embargo, dicho argumento no presenta un grado de convicción, más aún cuando la norma ha previsto importantes estímulos tendientes a mantener la veracidad de la declaración, tales como las asignaciones de responsabilidades penales y aquellas asociadas a las transgresiones a la buena fe.

2. Oralidad y concentración

³⁶⁴ “Actuaciones procesales. Podrán realizarse a través de medios electrónicos, informáticos, magnéticos, telemáticos u otros producidos por la tecnología” Código Orgánico General de Procesos (COGEP), Op. Cit., art. 116.

³⁶⁵ BUSTAMANTE SEGOVIA, C. A.: “La inmediación procesal en el Ecuador”, Polo del Conocimiento, No. 57, 2021, p. 207.

Otro de los elementos integradores de la oralidad es la concentración. Incluso Alcalá-Zamora, consideró que la verdadera distinción del procedimiento, más allá de la verbalización de los actos es la concentración³⁶⁶. Entorno al desarrollo del proceso, de este principio emana una necesidad de que los actos procesales se lleven a cabo en una sola audiencia, y en el caso que esto no fuese posible, al menos la realización deberá tener lugar en varias audiencias entre las cuales no deben mediar excesivos tiempos.

Este requisito se proclama como una necesidad si hablamos de causas en las que el conglomerado probatorio recae en pruebas personales. Toda vez que aspira que los datos obtenidos se mantengan vigentes, claros y completos en la mente del juzgador en el momento de emitir sentencia³⁶⁷. En este punto la meta ideal que persigue es que la disertación de los argumentos de las partes, la prueba y resolución se materialicen en una misma comparecencia³⁶⁸.

El influjo de la concentración hace que, por un lado, se la tenga como la esencial característica externa de los procedimientos orales y, por otro lado, como la matriz de cambio en el camino destinado a acortar los tiempos de tramitación de las causas³⁶⁹. Siguiendo estos lineamientos doctrinarios la legislación procesal ecuatoriana busca la prevalencia de la concentración en todo su entramado jurídico³⁷⁰.

³⁶⁶ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N.: "Proceso oral y abogacía", en ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N.: *Estudios de teoría general e historia del proceso* (1945-1972) T. II, Op. Cit., p. 17-17.

³⁶⁷ PICÓ I JUNOY, J.: *Estudios sobre el proceso y la justicia*, Palestra editores, Lima, 2023, p. 368; DE LA OLIVA SANTOS, A., PEITEADO MARISCAL, P.: *Sistema de la tutela judicial efectiva*, UDIMA, Madrid, 2014, p. 257.

³⁶⁸ Sobre este punto como lo explica Calamandrei "un proceso enteramente concentrado, en el sentido de que, desde su inicio, continúe sin interrupción hasta el final, no existe en realidad" CALAMANDREI, P.: *Instituciones del derecho procesal civil*, Op. Cit., p. 278. En ese sentido la comparecencia deberá entenderse como un mismo acto procesal, pudiendo desarrollarse en varias reuniones, siempre que se realicen sin una intermitencia prolongada.

³⁶⁹ Por su importancia Alcalá-Zamora llegó a sustentar que dadas sus ventajas lo más adecuado sería referirse a la reforma procesal como proceso concentrado en lugar de oral. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N.: "Proceso oral y abogacía", en ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N. (Comp.): *Estudios de teoría general e historia del proceso* (1945-1972), Op. Cit., p. 17-17. Este argumento resultaría un tanto impreciso, si se piensa que la concentración no es consecuencia exclusiva de la oralidad.

³⁷⁰ "Se propenderá a reunir la actividad procesal en la menor cantidad posible de actos, para lograr la concentración que contribuya a la celeridad del proceso". Código Orgánico de la Función Judicial, Op. Cit., artículo 18

Idéntico caso ocurre en la legislación española bajo la reglamentación de la Ley de Enjuiciamiento Civil³⁷¹.

Víctor Fairén Guillén reconoce que la concentración guarda una estrecha relación de convivencia con la oralidad y con la inmediación, sin que esto constituya una negativa al reconocimiento de su presencia en otros modelos de sistemas procesales³⁷². Este dato, de no poca relevancia, tiene como implicación la desmitificación de que este principio no puede estudiarse de forma independiente sino como un elemento accesorio y exclusivo del sistema oral. Esta autonomía a su vez genera repercusiones en la “política legislativa”³⁷³ -más allá de todo diagrama oral-, cuyo fin ulterior es el diseño y reforma normativa tendiente al mejoramiento de la administración de justicia.

Autores como Fernando de la Rúa, sostienen que la inmediación y la concentración resultan complementarias, toda vez que, si bien la primera impone que el juzgador tenga contacto directo con las pruebas, la segunda impone que la resolución se entregue tan pronto se haya finalizado su evacuación³⁷⁴. Todo ello encuentra su justificación en el hecho de que no resulta útil que la prueba haya sido apreciada en conjunto por el juzgador, en presencia de las partes, si no se cuenta con una sentencia verbal en unidad de acto. Si bien consideramos valioso este pronunciamiento, no lo compartimos, puesto que la exigencia inflexiva de emisión inmediata de la sentencia conlleva el riesgo innecesario de pronunciamiento de sentencias precipitadas, lo que genera, salvo casos de baja complejidad, la emisión de sentencias inmotivadas y lesivas de las mínimas garantías procesales. Por ello, sostenemos que lo más adecuado, entorno a la fijación de la temporalidad de emisión de la sentencia, es la normativización de términos prudentes que no excedan en demasía el tiempo que transcurre entre la evacuación probatoria y la resolución.

³⁷¹ “la ordenación de los nuevos procesos civiles en esta Ley impone concentración de la práctica de la prueba y proximidad de dicha práctica al momento de dictar sentencia” “Artículo 290. Señalamiento para actos de prueba que se practiquen separadamente. Todas las pruebas se practicarán en unidad de acto.”. Ley de Enjuiciamiento Civil, *Op. Cit.*, exposición de motivos y artículo 290.

³⁷² FAIRÉN GUILLÉN, V.: *El tribunal de las aguas de Valencia y su proceso*, *Op. Cit.*, p. 512.

³⁷³ *Ibidem*.

³⁷⁴ DE LA RUA, F.: *Teoría general del proceso*, DEPALMA, Buenos aires, 1991, p.110.

De esta manera, creemos adecuado, -sin que implique una trasgresión al principio de concentración-, el procedimiento que se ha establecido en la legislación ecuatoriana y española. En el caso ecuatoriano la fijación de los tiempos en los que el juzgador puede resolver las controversias, dependiendo el grado de dificultad, abarca desde el momento mismo de realización de la audiencia y hasta por el término de 10 días³⁷⁵. En el caso español el tiempo para dictar sentencia abarca 20 días siguientes a la terminación del juicio³⁷⁶.

En este punto, resulta meritorio destacar el doble sentido del principio de concentración, esto es: 1) La concentración por lo que toca al contenido del proceso y 2) en consideración a la actividad procedimental³⁷⁷. Sobre este último sus características son aquellas que hemos sostenido en los párrafos que anteceden, esto es, la imposición de que los actos se desarrollen en una sola comparecencia -aunque esto implique varias reuniones, próximas entre sí-, especialmente la práctica de la prueba, puesto que su realización por partes “pone en peligro no pocas veces la averiguación de la verdad e impide el debido cotejo y la mejor apreciación”³⁷⁸. Todo ello con el ánimo de que el juez recuerde las alegaciones y el producto de las pruebas.

En cuanto al “contenido del proceso” promueve la concentración de las cuestiones prejudiciales, incidentales y previas dentro del mismo, rechazando toda discusión separada o que su impugnación en efecto suspensivo extienda excesivamente la finalización del proceso³⁷⁹.

Debemos entender que el tratamiento de las cuestiones previas, prejudiciales o incidentales dentro del mismo proceso no implica necesariamente que todas ellas deban, imperativamente, abordarse dentro de la misma audiencia junto con la resolución de fondo de la causa, pues ello, si bien puede aplicarse a los procesos de mesurada complejidad -verbales o sumarios-, no es factible en casos de mayor

³⁷⁵ Código Orgánico General de Procesos (COGEP), Op. Cit., art. 93.

³⁷⁶ Ley de Enjuiciamiento Civil, Op. Cit., art. 434.1

³⁷⁷ MEJÍA SALAZAR, A.: *La oralidad y los principios del procedimiento*, Op. Cit., p. 63-64.

³⁷⁸ DE SANTO, V.: *La Prueba Judicial*, Editorial Universidad, Tercera Edición, Buenos Aires, 2005, p. 209.

³⁷⁹ MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J. BARONA VILAR, S.: *Derecho jurisdiccional I Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 27 ed., 2016, p. 301-302; GIMENO SENDRA, J. V.: *Fundamentos de derecho procesal*, Op. Cit., p. 233.

dificultad. En estas circunstancias la discusión de estas cuestiones deberá tener lugar en una audiencia previa o preliminar. Una vez discutidos estos asuntos, si el proceso se declara válido, el señalamiento de la audiencia definitiva deberá responder a los criterios de concentración y por lo tanto su realización deberá tener lugar en un tiempo cercano.

El modelo de Klein, evitando los problemas derivados de la hiper concentración alemana del siglo XIX, optó por seguir este diseño y gracias a él, hoy en día se constituye en el modelo de mayor trascendencia en las diversas reformas procesales³⁸⁰. Estas bondades promueven que previo a ingresar a las consideraciones probatorias, el proceso se encuentre enteramente saneado y, por ende, no existan circunstancias que inviabilicen las etapas subsecuentes hasta la decisión de fondo³⁸¹.

En cuanto a la posibilidad de impugnación de las decisiones que se dicten sobre las cuestiones previas bajo los lineamientos de la concentración deberá realizarse junto a la impugnación de la resolución principal³⁸², siempre que hayan influido en la decisión de fondo. Así, la concentración implica una impugnación de las decisiones previas bajo condiciones de efecto diferido. De esta forma se le entrega al caso un tratamiento uniforme y se evitan dispersiones y demoras innecesarias.

Finalmente, no podemos dejar de pronunciarnos en cuanto a la inclusión de la tecnología y de los evidentes efectos que genera en la oralidad y en el principio de concentración. La incorporación de actuaciones telemáticas no conlleva un menoscabo en el ejercicio del derecho de concentración, sino al contrario, mediante la utilización de herramientas informáticas su vigencia se ve favorecida, en un entorno informático en el que tiene lugar los actos probatorios y depuratorios del proceso en una sola comparecencia. Lo mismo ocurre con la eventual inclusión de un modelo

³⁸⁰ MEJÍA SALAZAR, A.: *La oralidad y los principios del procedimiento*, Op. Cit., p. 65

³⁸¹ Para Víctor Fairén Guillen la discusión de las cuestiones previas e incidentales en una etapa anterior al análisis de fondo, tiene como beneficio que “al entrar al tracto probatorio, el proceso se halle, en lo posible, totalmente limpio de todo obstáculo que pudiera dificultar el desarrollo de la prueba y sus secuencias.” FAIRÉN GUILLÉN, V.: *Temas del ordenamiento procesal*, Editorial Tecnos, Madrid, 1969, p. 812.

³⁸² CHIOVENDA, G.: *Ensayos de derecho procesal civil*, Cía. Editores y Editorial Bosch, Buenos Aires, 1949, p. 257.; DEVIS ECHANDÍA, H.: *Compendio de derecho procesal*, ABC, Bogotá, 6 ed., 1978, p. 48.

computacional inteligente, puesto que como bien lo sostiene Silvia Barona Vilar: “La capacidad decisora de la máquina inteligente se prevé preparada para resolver cuantas cuestiones pudieren plantearse con carácter previo y de forma conjunta, amén de garantizando la no dispersión en la realización de los actos, todo y que los tiempos en el mundo digital si pueden ser reinterpretados, teniendo en cuenta sobre todo el cómputo del plazo y especialmente la determinación del *dies a quo* y *dies ad quem*, cuestión que no afectaría a la esencia del principio de concentración”³⁸³.

3. Oralidad y publicidad

En palabras de Carlos Bernal Pulido “si el procedimiento jurisdiccional ha de concebirse como un discurso en el que todos los interlocutores deben tener la posibilidad de participar mediante sus afirmaciones, argumentaciones, críticas, refutaciones y autocríticas sobre las pretensiones, las objeciones y las pruebas, necesariamente tal discurso debe ser público”³⁸⁴.

El principio de la publicidad es resultado de la conquista de la ilustración francesa de 1789 y del liberalismo. Usualmente algún sector de la doctrina³⁸⁵ tiende a realizar una diferenciación entre la publicidad de las partes y la publicidad en general -o publicidad en cuanto al procedimiento y en cuanto a las partes-³⁸⁶. Sin embargo,

³⁸³ BARONA VILAR, S.: *Algoritmización del Derecho y de la Justicia de la Inteligencia Artificial a la Smart Justice*, Op. Cit., p. 403.

³⁸⁴ BERNAL PULIDO, C.: *El derecho de los derechos escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, p. 371

³⁸⁵ CHIOVENDA, G.: *Instituciones del derecho procesal civil*, Op. Cit., p. 201.

³⁸⁶ Incluso la Corte Constitucional de Ecuador comete el error de intentar diferenciar a la publicidad con elementos denominados publicidad interna y externa. Esto resulta en una imprecisión pues dentro de su propia definición reconoce que la “dimensión interna” corresponde a un elemento del derecho a la defensa y contradicción. Lo dicho se observa en sus fallos, donde ha considerado que: “El principio de publicidad, tal como se ha establecido en las normas constitucionales referidas, debe entenderse en dos dimensiones: i) una dimensión externa, que determina que el proceso es público de forma tal que todos los ciudadanos puedan conocerlo, tener acceso al mismo y actuar como veedores, con ciertas limitaciones establecidas en la Constitución y la ley, que guardan relación con el derecho a la intimidad y privacidad de las personas, el honor o la seguridad; y, ii) una dimensión interna, que guarda estricta relación con el derecho a la defensa, de tal forma que las excepciones que podrían aplicarse en la dimensión externa, no afectan el acceso que deben tener las partes a todos los documentos y actuaciones del proceso” Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 36-16-IN y acumulados/22 de 08 de junio de 2022.

esta distinción constituye una equivocación o quizás una manera algo equívoca de presentarlas, puesto que la realidad es que la publicidad de las partes es una exigencia para el principio de contradicción³⁸⁷. Con ello, lo adecuado es referirse a la publicidad enfocada en el público en general³⁸⁸, ligada -no de forma exclusiva- a la oralidad.

Por lo tanto, la publicidad constituye un principio del procedimiento por medio del cual se permite a los ciudadanos tener libre acceso a la actividad judicial, en aras de vigilarla. Así también, como garantía para los contendores, dentro de un estado democrático³⁸⁹ y herramienta preventiva ante cualquier intento de autoritarismo.

La peculiar relevancia de la publicidad le ha hecho merecedora de un reconocimiento en una buena parte de textos constitucionales y en normas internacionales de derechos humanos³⁹⁰³⁹¹. La Constitución española, así como la ecuatoriana no son ajenas a esta influencia³⁹². Este reconocimiento constitucional deja abierta la posibilidad de restricción de la publicidad vía “excepciones normativas”. Estas competencias legislativas, lejos de percibirse de amplia configuración, deben contener absoluta coherencia con las excepciones previstas en la normativa internacional de derechos humanos, a fin de que no resulten arbitrarias.

A la luz del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1996³⁹³, se establecen fronteras al principio de publicidad, mediante la restricción -incluida la

³⁸⁷ MONTERO AROCA, J.: “La Nueva Ley De Enjuiciamiento Civil Española y la Oralidad”, *Op. Cit.*, p. 624.

³⁸⁸ TOMAS Y VALIENTE, F.: *Anuario de historia del derecho español*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1970, p. 704.

³⁸⁹ Juan Gabriel Rojas López, señala que este mecanismo de control tiene un origen de larga data, pues ya se encontraba presente en los tribunales públicos de Roma. Más, en la época contemporánea, ha adquirido una nueva connotación de la mano del resurgimiento de la oralidad. ROJAS LÓPEZ, J. G.: “Los principios de la oralidad”, en ROJAS LÓPEZ, J. G. *et altri.* (Dir.): *Oralidad y Proceso*, Universidad de Medellín, Medellín, 2009, p. 81.

³⁹⁰ Declaración Universal de los Derechos Humanos, resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948, art. 10. 5

³⁹¹ Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), art. 8.5

³⁹² “Las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento.” Constitución española, *Op. Cit.*, artículo 120.1. En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: “7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (...) d) Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento”. Constitución Política del Ecuador de 2008, *Op cit.* artículo 76.7. literal d.

³⁹³ “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente (...) a prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los

prensa- por consideraciones de seguridad nacional, intereses de las partes, orden público o moral, en aras de precautelar los intereses de la justicia. El Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950³⁹⁴, amplía estos parámetros restrictivos, a las causas en las que están involucrados intereses de menores.

Los tratados cumplen una doble función entorno a la publicidad. Por un lado, sirven como garantía de vigencia del principio, y, por otra parte, entregan parámetros que deben ser considerados dentro de la actividad normativa destinada a limitarla, con el objetivo de no afectar a la justicia negativamente. Precisamente entorno a la moral como condicionante del derecho de publicidad, el Tribunal Constitucional de España lo abordó y tomó en consideración, mediante sentencia No. 62/1982, de 15 de octubre³⁹⁵.

En el caso español el desarrollo normativo procesal de la publicidad lo encontramos en el artículo 138 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. A través de este articulado se establece que, las actuaciones de prueba, comparecencia y las resoluciones deben practicarse en una audiencia pública. No obstante, estas

juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia” Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1996, art.14.1.

³⁹⁴ “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que sea considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia”. Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, art. 6.1

³⁹⁵ “Este Tribunal ha de limitarse por tanto a abordar la cuestión planteada desde la perspectiva constitucional. Y desde ella debe afirmar, partiendo del art. 20.4 de la Constitución y de la legislación postconstitucional como es la Ley 1/1982, de 24 de febrero, que la pornografía no constituye para el Ordenamiento jurídico vigente, siempre y en todos los casos, un ataque contra la moral pública en cuanto mínimum ético acogido por el Derecho, sino que la vulneración de ese mínimum exige valorar las circunstancias concurrentes y, entre ellas, muy especialmente tratándose de publicaciones, la forma de la publicidad y de la distribución, los destinatarios -menores o no- e incluso si las fotografías calificadas contrarias a la moral son o no de menores, y el texto en la parte que se califique así trata de actuaciones o no de menores, pues no cabe duda que cuando los destinatarios son menores- aunque no lo sean exclusivamente- y cuando éstos son sujeto pasivo y objeto de las fotografías y texto, el ataque a la moral pública, y por supuesto a la debida protección a la juventud y a la infancia, cobra una intensidad superior.” Tribunal Constitucional español, BOE No. 276 de 17 de noviembre de 1982.

actuaciones pueden celebrarse a puerta cerrada siguiendo el contenido limitativo de los textos internacionales que fueron objeto de enunciación³⁹⁶. Un elemento que destaca es que, previo a resolver la celebración a puerta cerrada, se debe oír a las partes que se encuentren presentes en el acto, no siendo posible la interposición de ningún recurso sobre esta decisión, pero dejando a salvo el derecho de protesta. En el caso ecuatoriano la publicidad se recoge en el artículo 8 del Código Orgánico General de Procesos³⁹⁷. Allí se incluyen parámetros limitativos derivados del honor, la intimidad y seguridad de cualquier persona.

Como se observa los términos que utiliza la norma internacional y nacional se perciben ambiguos, por lo que, dado el carácter extraordinario de la restricción, obligatoriamente deben ser objeto de una motivación adecuada del juzgador frente a su invocación³⁹⁸, más aún, al tratarse la publicidad, como lo expusimos, de una garantía constitucional³⁹⁹.

Remarcamos que, la publicidad mantiene un vínculo sustancialmente estrecho con la oralidad. Esto se debe a que, incluso aunque en un sistema escrito se establezca la vigencia de este principio, dada la estructura en la forma de comunicación de los actos, resulta muy difícil de alcanzar⁴⁰⁰. En contraposición, la

³⁹⁶ Ley de Enjuiciamiento Civil, *Op. Cit.*, art. 138.3.

³⁹⁷ “Son reservadas las diligencias y actuaciones procesales previstas como tales en la Constitución de la República y la ley.” Código Orgánico General de Procesos (COGEP), *Op. Cit.*, art. 8

³⁹⁸ PICÓ I JUNOY, J.: *Estudios sobre el proceso y la justicia*, *Op. Cit.*, p. 369

³⁹⁹ PICÓ I JUNOY, J.: *Las garantías constitucionales del proceso*, Bosch, Barcelona, 1996, p. 116. Osvaldo Gozaini al respecto enfatiza que: “Si la inteligencia que se acuerde a la norma fundamental es demasiado amplia, podría llegarse a vulnerar aspectos importantes del secreto y confidencialidad que tiene el estado y los mismos particulares para que no revele información que es naturalmente confidencial”. GOZAINI, O.: *Derecho procesal constitucional-Habeas data*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2001, p. 156; GOZAINI, O.: *Oralidad y prueba en el Código Orgánico General de Procesos*, *Op. Cit.*, p. 34.

⁴⁰⁰ Los argumentos que defienden que la existencia del principio de publicidad en el sistema escrito se justifica en el acceso público a los expedientes, resultan equivocados. Esta forma de entender a la publicidad genera un ataque directo a sus elementos más básicos, anulando su efectividad. El ausente conocimiento jurídico del público en general, el aumento del tecnicismo de los argumentos jurídicos, así como los limitados recursos técnicos y personales de la administración de justicia -factores externos permanentes de este sistema-, además de la excesiva solemnidad del sistema escrito y las actuaciones procesales incomprensiblemente dispersas a lo largo de extendidos tiempos; generan que el control social del público general no se realice de forma completa y celeridad. Cosa contraria ocurre en el procedimiento oral gracias a los beneficios de la concentración de actos y a la realización pública de las audiencias. BERZOSA FRANCOS, M.: “Los principios configuradores del procedimiento en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, en Barcelona”, *Op. Cit.*, p. 602

materialización de la publicidad en una audiencia permite el control popular del funcionamiento de la administración de justicia.

Una de las mayores ventajas de la publicidad es su capacidad de adaptación a la modernización de la justicia. La presencia del público ya no se circunscribe a su comparecencia física al sitio de la vista, sino que puede hacer uso de otros medios de comunicación -incluso plataformas electrónicas- para ejercitar sus facultades de control. De hecho, esta forma de comparecencia, puesta a prueba en épocas de restricción de movilidad por causas sanitarias globales, demostró ser un valioso apoyo en la tramitación de las causas. Precisamente la digitalización del proceso judicial, la incorporación del expediente judicial electrónico, de las plataformas de justicia, de todo el andamiaje técnico y tecnológico, está arrojando un interesante movimiento para incorporar las medidas necesarias para garantizar la publicidad, pero también la transparencia digital. Para ello, se hace necesario configurar un sistema que permita tutelar la seguridad jurídica digital, a través de identidad digital, firma digital, acceso a la nube, etc.

En otro orden de ideas, la publicidad, conforme lo indicamos, también debe ser entendida desde el punto de vista político como herramienta de educación del pueblo, al menos con este propósito fue pensada por Klein⁴⁰¹. Mediante la participación directa, el público general adquiere conocimientos sobre sus derechos y sobre las manifestaciones del proceso y del procedimiento. Si bien podría afirmarse que este grado de aprendizaje puede generar un aumento de conflictividad, lo dicho resulta falaz, puesto que justamente la socialización del proceso permite un manejo adecuado de las controversias en tutela de los derechos individuales y colectivos⁴⁰².

Otra distinción doctrinaria de la publicidad se decanta por aseverar que este principio, en su forma de adquisición del conocimiento, opera de dos formas: mediata e inmediata. Mediata aquella que se desarrolla a través de los medios de comunicación

⁴⁰¹ CAPPELLETTI, M.: *Oralidad y las pruebas en el proceso civil. Proceso oral y proceso escrito*, Op. Cit., p. 29.

⁴⁰² Como lo señala Víctor Fairén Guillén, el principio de publicidad, contrario a lo que puede pensarse, no está encaminado a la tutela exclusiva de los derechos de las partes procesales; sino que mediante la salvaguarda de la administración de justicia se garantizan los derechos comunes de todos los ciudadanos. FAIRÉN GUILLÉN, V.: *El tribunal de las aguas de Valencia y su proceso*, Op. Cit., p. 535.

e inmediata aquella que ocurre frente a la asistencia personal a las audiencias. A esta clasificación puede agregarse otra visión, desde el papel que cumplen los asistentes, ya sea directa -partes procesales-, o indirecta -público general sin capacidades de interacción-⁴⁰³.

Por último, amerita referirnos sobre la conjunción entre la publicidad y la tecnología. El uso de mecanismos masivos de transmisión de información promovidas por la implementación de nuevas tecnologías de la comunicación ha generado que la publicidad abarque en su accionar al principio de transparencia. Por medio de este se busca acrecentar y favorecer la participación auténtica y efectiva de la ciudadanía. La transparencia según Ruiz Rico se constituye tanto en una condición como en una consecuencia de la democracia.⁴⁰⁴

A través de la transparencia se intenta aminorar el riesgo en la arbitrariedad en la que pueden estar inmersas las actuaciones de todas las instituciones estatales en general. Por aquél también tiene lugar la rendición de cuentas que está obligado el estado a brindar en relación con las actuaciones de sus entes públicos. De ahí que de su implementación se extraiga para cada uno de los ciudadanos un derecho a la información de todo aquello que envuelve la facultad jurisdiccional, dentro de los límites previstos en la ley

El uso de recursos telemáticos y electrónicos no genera menoscabo a la publicidad la que es perfectamente acoplable a este sistema. Empero, si pensamos en la aplicación de modelos computacionales inteligentes, las circunstancias encuentran una respuesta más compleja. La implementación de dichos modelos demandará una adopción de medidas de protección sobre los datos de carácter personal.

En tanto la publicidad no demanda necesariamente la presencia corpórea para su ejercicio, sus fines se ajustan a “la idea de transparencia y control, como componentes básicos del ciclo aplicativo de los sistemas de inteligencia artificial”⁴⁰⁵.

⁴⁰³ FAIRÉN GUILLÉN, V.: *Temas del ordenamiento procesal*, Op. Cit., p. 574-575.

⁴⁰⁴ RUIZ RICO, G. J.: “La dimensión constitucional del principio de transparencia y el derecho de información activa”, *Revista de Derecho Político*, No. 110, 2021, p. 50.

⁴⁰⁵ BARONA VILAR, S.: *Algoritmización del Derecho y de la Justicia de la Inteligencia Artificial a la Smart Justice*, Op. Cit., p. 405.

Por lo que en este caso se deberán elaborar medidas que habiliten a los sujetos públicos y privados conocer la operatividad en la recolección de datos e información y funcionamiento de dichos sistemas inteligentes⁴⁰⁶.

4. Oralidad y plazo razonable (celeridad)

El principio de celeridad forma parte del derecho fundamental al debido proceso⁴⁰⁷ que consta institucionalizado de forma generalizada en los textos constitucionales. La celeridad a su vez se manifiesta a lo largo del proceso en varias direcciones, estas son: el tiempo para la realización de actos procesales a cargo de las partes, el régimen de prueba⁴⁰⁸ y el tiempo que tiene el juzgador para emitir sentencia⁴⁰⁹.

En no pocas ocasiones se llega a confundir el principio de celeridad con otros que, si bien son cercanos, responden a motivos diferentes. Oportunamente hemos discernido que la inmediación tiene como objetivo el contacto del juez con las partes y la prueba, mientras que el principio de concentración busca agrupar la realización de los actos procesales en una sola comparecencia, los dos con sus matices propios, que no es meritorio replicar. Empero, ninguno de estos dos principios, a pesar de sus bondades, tiene como propósito primario dotar de rapidez al procedimiento. Justamente para abordar este ámbito descuidado por estos principios, surge el principio de celeridad.

⁴⁰⁶ BARONA VILAR, S.: *Algoritmización del Derecho y de la Justicia de la Inteligencia Artificial a la Smart Justice*, Op. Cit., p. 405

⁴⁰⁷ BERNAL PULIDO, C.: *El derecho de los derechos escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*, Op. Cit., p. 371

⁴⁰⁸ La Corte Constitucional de Colombia ha considerado que: “Las personas tienen derecho a que el proceso se adelante sin dilataciones injustificadas, pero igualmente que sea un debido proceso (...) lo cual supone que (...) tenga la posibilidad efectiva de preparar, con asistencia técnica de un abogado, sus estrategias de defensa, lo cual incluye obviamente la facultad. De solicitar y presentar las pruebas que juzgue pertinentes y conducentes” Corte Constitucional de Colombia, sentencia No. C-699-00, párr. 5.

⁴⁰⁹ PODETTI, R.: *Teoría y técnica del proceso civil y trilogía estructural de la ciencia del proceso civil*, EDIAR, Buenos Aires, 1963, p.35

Como lo reconoce Antonio Anzizu Furest el tratamiento legal del factor tiempo ha sido uno de los elementos que mayor preocupación genera entorno a la administración de justicia⁴¹⁰. En este punto el abordaje de este principio no debe asimilarse a la mera aceleración en los tiempos de tramitación, a cualquier costo. Contrario a ello, la discusión versa sobre su “plazo razonable”, acorde a las circunstancias fácticas de los casos y la realidad de los órganos jurisdiccionales, desterrando cualquier entorpecimiento injustificado o indebido⁴¹¹. Todo a la luz del artículo 6.1 del convenio Europeo de Derechos Humanos⁴¹², artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)⁴¹³ y el artículo 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales⁴¹⁴.

Este parámetro de plazo razonable forma parte de las garantías judiciales de todo proceso en el que se determinen obligaciones o derechos. Siguiendo los criterios jurisprudenciales⁴¹⁵, este principio garantiza que las partes puedan alcanzar una decisión sobre los temas que motivaron su comparecencia ante las autoridades judiciales, conforme los términos recogidos en las normas procesales, sin dilataciones indebidas, garantizando el equilibrio entre la duración del proceso y las garantías de las partes⁴¹⁶.

⁴¹⁰ ANZIZU FUREST, A.: “Aspectos sociológicos del proceso”, en RAMOS, F.(edit.): *Para un proceso civil eficaz*, Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, 1982, p.39-40. Este criterio lo comparte Silvia Barona Vilar, quien agrega que: “en esa búsqueda legislativa de la eficiencia del sistema, sea el que fuere, y especialmente cuando se trata de un sistema procesal (judicial o arbitral) esto se traduce en su mayor exponente: la celeridad del proceso”. BARONA VILAR, S., “A la búsqueda de la eficiencia y la celeridad claves de la Justicia Civil del Siglo XXI”, en ZAMORANO, A.A. (dir.): *Libro homenaje al Prof. Fábrega*, Instituto Colombo-panameño de Derecho Procesal, Panamá, 2019, p. 668. pp. 661-685.

⁴¹¹ FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTÓLOME, P.: *El derecho a un proceso sin dilataciones indebidas*, Civitas, Madrid, 1994, p. 78.

⁴¹² “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable”. Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, art. 6.1

⁴¹³ “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable”, Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), art. 8.1

⁴¹⁴ “Derecho a un proceso equitativo. 1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable” Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, art. 6.1

⁴¹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros versus Trinidad y Tobago, Op. Cit., párr. 145 y Caso Jenkins versus Argentina, sentencia de 26 de noviembre de 2019, párr.106.; Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 1828-15-EP/20, caso No. 1828-15-EP de 9 de septiembre de 2020, párr. 36.

⁴¹⁶ “Ese equilibrio es el que debe permitir conjugar la seguridad y la justicia, la celeridad y la reflexión, la eficiencia y las garantías. Lejos de ser conceptos antagónicos, deben convivir adecuadamente para

Un dato de no menor relevancia es que al referirnos al plazo razonable este no se agota con la emisión de la sentencia, sino que además involucra la fase de ejecución. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sus abundantes fallos, ha determinado que “los procedimientos de ejecución deben ser considerados como una segunda etapa de los procedimientos”⁴¹⁷. La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado en similar sentido y en sus fallos ha exteriorizado su criterio según el cual “para efectos de un análisis del plazo razonable, no puede considerarse culminado dicho proceso hasta tanto dicho fin no se materializará”⁴¹⁸.

La Corte Europea de Derechos Humanos dentro del estudio del plazo razonable, a través de su jurisprudencia⁴¹⁹, ha establecido una serie de parámetros que deben considerarse en la determinación de alguna infracción a este principio. De igual manera, estos parámetros han sido adoptados en el sistema interamericano, a través de la jurisprudencia de la CIDH⁴²⁰. Estos requisitos son claves para acotar la adecuación temporal del proceso judicial.

Los cuatro elementos previstos en la jurisprudencia son: “i) la complejidad del asunto, ii) la actividad procesal del interesado, iii) la conducta de las autoridades

precisamente ofrecer una tutela más equitativa, más igualitaria y solidaria, y más justa”. BARONA VILAR, S., “A la búsqueda de la eficiencia y la celeridad claves de la Justicia Civil del Siglo XXI”, *Op. Cit.*, p. 669.

⁴¹⁷ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 26 de septiembre de 1996, caso Di Pede versus Italia, No. 15797/89, párr. 24; Sentencia de 23 de marzo de 1994, caso Silva Pontes versus Portugal, No. 14940/89, párr. 33; Sentencia de 26 de septiembre de 1996, caso Zappia versus Italia, No. 24295/94, párr. 20, aquí se analizó el plazo dentro de un proceso civil por incumplimiento de un contrato de compraventa de un departamento; Sentencia de 29 de marzo de 2006, Caso Cocchiarella versus Italia, No. 64886/01, párr. 88, el Tribunal analizó la demora por la reparación solicitada a los tribunales italianos, en el marco de la Ley Nº. 89 de 24 de marzo de 2001 (Pinto Act); Sentencia de 23 de septiembre de 1997, caso Robins versus Reino Unido, No. 22410/93, párr. 28-29. En este último, el Tribunal analizó el plazo razonable dentro de un conflicto civil vecinal.

⁴¹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Furlan y Familiares versus Argentina, sentencia de 31 de agosto de 2012, párr. 151.

⁴¹⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 29 de enero de 1997, caso Genie Lacayo, No. 30, párr. 77; Sentencia de 19 de febrero de 1991, caso Motta, No. 195-A, párr. 30; Sentencia de 23 de junio de 1993, caso Ruiz Mateos versus España, No. 262, párr. 30.

⁴²⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Suárez Rosero versus Ecuador, sentencia de 12 de noviembre de 1997, párr. 72. Este mismo criterio ha sido aceptado por la doctrina por autores como Joan Picó I Junoy e Ignacio Díez-Picazo Giménez. PICÓ I JUNOY, J.: *Las garantías constitucionales del proceso*, *Op. Cit.*, p. 146; DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.: “Artículo 24 garantías procesales”, en ALZAGA VILLAMIL, O. (dir.): *Comentarios a la constitución española de 1978*, EDESA, Tomo 3, Madrid, 1996, p. 90.

judiciales⁴²¹, y iv) la afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso”⁴²².

4.1. La complejidad del asunto

La complejidad del asunto asume en su estudio la amplitud, intrincación y el escollo del objeto discutido en el juicio, así como sus implicaciones sociales y las actividades probatorias en él contenidas. Tanta más dificultad represente el caso, más tiempo se requerirá para elaborar una resolución con una estructura legal adecuada. Los factores de complejidad se manifiestan: en los volúmenes de prueba, la convergencia de temas legales dependientes de la resolución, el nivel de especialidad y experticia necesitada y el número de intervinientes, con posibles posturas diversas.

La evaluación de la dificultad goza de una relación, de causa y efecto, con el tiempo requerido por las autoridades judiciales para pronunciar la resolución. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional español ha reconocido que existe justificación de tiempos extendidos si el asunto resulta complejo⁴²³, en aras de asegurar la correcta apreciación de los elementos que lo envuelve. Por otro lado, no existe causa de justificación del retraso en aquellas circunstancias de moderada complejidad jurídica o fáctica.

4.2. La actividad procesal del interesado

⁴²¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Genie Lacayo versus Nicaragua-Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia de 29 de enero de 1997, Serie C No. 30, párr. 77; *Caso Díaz Peña versus Venezuela, excepción preliminar, Fondo reparaciones y costas*, sentencia de 26 de junio de 2012. Serie C No. 244, párr. 49. En esta sentencia la Corte realizó una enunciación específica al requisito de la “conducta de las autoridades” como parámetro del principio al plazo razonable.

⁴²² Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Montesinos Mejía versus Ecuador*, sentencia de 27 de enero de 2020, párr. 179; *Caso Valle Jaramillo y otros versus Colombia, Fondo Reparaciones y costas*, sentencia de 27 de noviembre de 2008, serie C No. 192, párr. 155.

⁴²³ Sentencia del Tribunal Constitucional español No. 31/1997 de 24 de febrero, fundamentos jurídicos 3 y 4; Sentencia No. 100/1996 de 11 de junio, FJ 2.

La actividad procesal del interesado implica la participación de las partes, especialmente de aquella que alega a su favor una indebida dilatación. Siguiendo las reglas del *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*⁴²⁴, la parte que haya provocado o sea la causante de la demora, no está habilitada para alegar tales circunstancias a su favor. Por ello, uno de los requisitos de procedencia se sitúa en las actuaciones previas diligentes y comprometidas de quien se asimila como perjudicado por el tiempo de resolución del conflicto.

Así las cosas, el comportamiento de las partes, si desarrollan una actitud proactiva, presentan sus argumentos oportunamente y de forma propicia, así como la incorporación y evacuación debida de la prueba frente al tribunal, ostentando colaboración con la justicia; coadyuva a la pronta solución de la contienda. Caso contrario, implica un retraso no atribuible a la administración de justicia y, por tanto, se imposibilita su queja. Ahora bien, si a pesar de este recto comportamiento, el trámite injustificadamente toma más tiempo del normalmente exigido, resultaría en una vulneración al principio de plazo razonable.

Finalmente, las alegaciones de indebida demora deben formularse de forma oportuna y no como consecuencia derivada de la emisión de resoluciones no favorables. Por ello se exige que, ante el surgimiento de tales circunstancias, el agraviado haya dejado por sentada su queja y procurado alguna solución ante el inconveniente de demora.

4.3. La conducta de las autoridades judiciales

A consecuencia de la relación recíproca que existe; tan sustancial es la actividad del interesado, como la conducta de las autoridades judiciales en la evaluación del plazo de cualquier procedimiento legal. Este elemento abarca el

⁴²⁴ “Por lo que se refiere al fundamento (...) bastará recordar una de las teorías más repetidas. Es la justificación de la indignidad procesal de quien basa su acción en un acto propio ilícito. La Justicia, se ha dicho, ante negocios infames, vuelve su rostro en un movimiento de cólera y asco”. REBOLLO PUIG, M.: “*“Nemo auditur propriam turpitudinem allegans” en la jurisprudencia contencioso-administrativa*”, *Revista documentación administrativa*, No. 263-264, 2003, p.189.

comportamiento que adoptan los administradores de justicia en el proceso judicial en concreto.

Sobre este punto la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos considera que existe una implicación para todo tribunal o juzgado, en virtud de la cual, deben procurar que los plazos judiciales se cumplan, tomando medidas suficientes tendientes a evitar toda paralización del proceso⁴²⁵. Además, a estas circunstancias debe sumarse la valoración de las características personales especiales de las partes, como, por ejemplo: la edad y discapacidades⁴²⁶, entre otras.

La imparcialidad, diligencia y eficiencia de las autoridades jurisdiccionales desempeña una valiosísima labor en la duración del caso. De ellas, junto con otros factores -aquí estudiados-, depende la pronta resolución del asunto. Una gestión inoperante, tiene repercusiones negativas directas y operan como germen de estancamiento de causas, mediante la prolongación innecesaria del trámite. Para identificar la presencia de dilataciones excepcionales, como actuaciones transgresoras, se debe partir de la duración media de procesos análogos, sin que aquí se agote su evaluación.

Adicional a lo expuesto, no podemos perder de vista que aparte de los factores individuales del juzgador, existen otros elementos relevantes que operan en el espectro externo del tribunal y que son consecuencia del carácter estructural de las sociedades⁴²⁷ y de las gestiones administrativas de la función judicial. Respecto a esta

⁴²⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Furlan y Familiares versus Argentina*, Op. Cit. párr. 186

⁴²⁶ *Ibidem*.

⁴²⁷ “Conoce el Tribunal que España ha tenido que superar graves dificultades durante la restauración de la democracia, y aprecia cómo se debe los esfuerzos hechos por las autoridades para mejorar el ejercicio del derecho a acudir a los tribunales y para reformar el sistema judicial del país. Reitera, sin embargo, que España, al ratificar el Convenio, se ha obligado a organizar dicho sistema de manera que cumpla las exigencias del artículo 6.1, especialmente en cuanto al «plazo razonable» (...) El Tribunal, a la vista del conjunto de las circunstancias de este litigio, considera excesiva la duración del procedimiento de que se trata. Las innegables dificultades con que se encontró España no podían privar a la sociedad demandante de su derecho a que su caso se oyera dentro de un «plazo razonable»”. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 07 de julio de 1989, caso Unión Alimentaria Sanders, S. A. versus España, No. 11681/85, párr. 38 y 42; “El Tribunal reconoce el valor del primer argumento. No puede ignorar que la restauración de la democracia a partir de abril de 1974 condujo a Portugal a transformar su sistema judicial en circunstancias problemáticas que no tenían equivalente en muchos de los otros países europeos y que ofrecieron mayor dificultad por el proceso de descolonización, así como por la crisis económica (...). El Tribunal no subestima en modo alguno los

última, una de las causas más usuales de retraso, tal como lo reconoce Carolina Rodríguez Bejarano⁴²⁸, es resultado de la complejidad y antigüedad del régimen procesal⁴²⁹, la escasez de personal y la abundante carga de trabajo, incluso en aquellos tribunales que cumplen -o intentan cumplir- de forma célere con sus funciones. Ninguno de estos factores, pueden alegarse como causas eximentes de responsabilidad, pues el análisis parte no desde los acontecimientos generales - administrativos o sociales- sino en un *cas d'espèce*⁴³⁰.

Conviene advertir que ante el surgimiento de “tiempos muertos” extendidos del proceso, no se requiere prueba de existencia del dolo del juzgador; sino que debe analizarse desde su grado de justificación o no justificación⁴³¹. Remarcamos que dicha justificación solo existe en casos “muy excepcionales”⁴³². Así las cosas, tampoco es necesario una resolución prejudicial que califique como tal, la conducta de la autoridad jurisdiccional. Este rasgo resulta beneficioso para el afectado, quien se ve relevado de alcanzar prueba de difícil adquisición.

A la luz de la citada sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 28 de junio de 1978, caso König, surge una función *ex-ante* dirigida a la

esfuerzos realizados para mejorar el acceso de los ciudadanos a la justicia y la administración de los tribunales, en particular después de la promulgación de la Constitución de 1976 (...). Con todo, el Tribunal debe en este asunto convenir con las opiniones de la Comisión y el demandante. Al ratificar el Convenio, Portugal garantiza «asegurar a toda persona dentro de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en la sección I» (art. 1). En particular, Portugal contrajo la obligación de organizar su sistema legal para asegurar el cumplimiento de las exigencias del artículo 6.1., que incluye un juicio dentro de un «plazo razonable» (...) El Tribunal, una vez más, llamará la atención”. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 10 de julio de 1984, caso Guincho, No. 8990/80, párr. 38

⁴²⁸ RODRÍGUEZ BEJARANO, C.: “El plazo razonable en el marco de las garantías judiciales”, *Memorando de Derecho*, No. 2, 2011, p.119.

⁴²⁹ “Sin duda el sistema actual puede parecer complejo a causa del número de las instancias y de los recursos, pero el Tribunal no ignora que esta situación se explica por la preocupación muy respetable de reforzar las garantías de los derechos individuales. Si el resultado llega a constituir un laberinto procedimental es el Estado el que debe de sacar las consecuencias”. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 28 de junio de 1978, caso König, No. 232/73, párr. 100

⁴³⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 6 de mayo de 1981, caso Buchholz Serie A, No. 42, párr. 49

⁴³¹ MEJÍA SALAZAR, A.: *La oralidad y los principios del procedimiento*, Op. Cit., p. 119.

⁴³² “El Tribunal concuerda, en principio, con la última opinión. Igualmente anotaré que los dos períodos de casi total inactividad hacen referencia a la realización de actos de procedimiento de carácter puramente rutinario, tales como la citación de los demandados y la comunicación de sus observaciones a los demandantes. Estos períodos podrían haber estado justificados sólo por circunstancias muy excepcionales” Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 10 de julio de 1984, caso Guincho, *Op. Cit.*, p. 36.

función legislativa, esto es, el diseño de normas procesales a través de las cuales se busque alcanzar, en la mayor medida posible, el cumplimiento de los plazos razonables⁴³³. Con ello su aplicación cumple un carácter previo al surgimiento de un retraso equivalente a la denegación de justicia y una afectación a la dignidad de la persona⁴³⁴.

4.4. La afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso

Hasta ahora nos hemos ocupado del estudio de los factores que inciden en una trasgresión del plazo razonable, sin embargo, para determinar su razonabilidad, se debe tomar en cuenta, el cómo la duración del procedimiento genera una afectación a la persona involucrada⁴³⁵, en el que se deberá tomar en cuenta, entre otras cosas, la materia objeto de la controversia⁴³⁶. Así, por ejemplo, si el tiempo del proceso incide de forma trascendental en la situación jurídica del individuo, se debe propender a otorgarle mayor diligencia, a fin de que el asunto se resuelva de en un tiempo breve⁴³⁷.

En este punto, el tiempo del procedimiento puede generar consecuencias en el fuero legal, social y económico de las personas integrantes del proceso judicial. Esta situación se convierte en el criterio dirimente en torno al plazo razonable. Consecuentemente, este elemento evalúa esta influencia, mitigando la aparición de perjuicios injustos y desproporcionados en los derechos y obligaciones de los intervinientes.

⁴³³ Véase como en este punto se habla de una medida tendiente a lograr el cumplimiento de plazos razonables, sin analizar, de momento, la conservación o no de los formalismos procesales. Esto se debe a que la supresión de los formalismos excesivos e innecesarios, son fruto de la aplicación del principio de economía procesal y no del principio de celeridad, como se expondrá más adelante.

⁴³⁴ DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.: "Artículo 24 garantías procesales", *Op. Cit.*, p. 90.

⁴³⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Valle Jaramillo y otros versus Colombia*, *Op. Cit.*, párr. 155.

⁴³⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Comunidad Indígena Xákmok Kásek versus Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia de 24 de agosto de 2010, serie C No. 214, párr. 136.

⁴³⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Furlan y Familiares versus Argentina*, *Op. Cit.*, párr. 194.

Sobre el tema objeto de estudio el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en múltiples ocasiones se ha encargado del análisis del plazo razonable desde su grado de afectación. En el Caso H. Vs. Reino Unido⁴³⁸, remarcó la importancia de lo que está “en juego” entorno a la dimensión de irreversibilidad, lo que impone que los juzgadores actúen con una “excepcional diligencia”. Con ello, se marca un antecedente imperativo de implicaciones para el tribunal, en virtud del cual, deben priorizar minuciosamente su actividad frente a circunstancias donde las implicaciones generan efectos de gran magnitud, en ocasiones definitivos.

En similares circunstancias, en el caso X. Vs. Francia⁴³⁹ el TEDH ponderó la diligencia que se espera de las autoridades judiciales, frente a las condiciones médicas del accionante quien padecía una enfermedad incurable. Allí se deja constancia que ante el riesgo de reducir la legítima expectativa de vida y ubicar en riesgo los derechos de salud e integridad personal, no resulta admisible ninguna demora en la resolución del proceso.

Otro de los ejemplos de afectación que podemos obtener de la generosa jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es aquella en la que centra su análisis en el hecho de que la avanzada edad de los demandantes -como grupo de atención prioritaria y de particular atención estatal-, genera como repercusión la reducción del tiempo del procedimiento, con el afán de precautelar la integridad personal. Lo dicho lo encontramos en las sentencias de los casos Codarcea Vs. Rumanía⁴⁴⁰, Styranowski Vs. Polonia⁴⁴¹, Jablonska Vs. Polonia⁴⁴² y Krzak Vs. Polonia⁴⁴³

Todos los elementos estudiados, implementados de forma conjunta, estructuran la naturaleza de la celeridad bajo el entendimiento del plazo razonable,

⁴³⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 8 de Julio de 1987, caso H. versus Reino Unido, No. 9580/81, párr. 85.

⁴³⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 31 de marzo de 1992, caso X. versus Francia, No. 18020/91, párr. 47.

⁴⁴⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 2 de septiembre de 2009, caso Codarcea versus Rumanía, No. 31675/04, párr. 89.

⁴⁴¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 30 de octubre de 1998, caso Styranowski versus Polonia, No. 28616/95, párr. 57.

⁴⁴² Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 9 de marzo de 2004, caso Jablonská versus Polonia, No. 60225/00, párr. 43

⁴⁴³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 6 de abril de 2004, caso Krzak versus Polonia, No. 51515/99, párr. 42.

que proscribe toda dilatación indebida⁴⁴⁴. Ahora bien, si nos detuviésemos en este punto, el principio carecería de efectos concretos, en ausencia de un elemento complementario que lo materialice. Bajo este entendimiento, la oralidad se convierte en la senda que debe recorrer la celeridad para lograr su cometido.

Así las cosas, no resulta extraño que las reformas procesales que se plantean el propósito de privilegiar la celeridad se valgan de la audiencia para aglutinar la mayor cantidad de actos, y que se decanten por la oralidad como mecanismo de preminencia por sobre la escritura. La oralidad pasa a ser la alternativa más simple y pragmática de aseguramiento de reducción de tiempo, al constituirse en el factor mejor posicionado para servir de coadyuvante en el establecimiento de garantías de acceso a una justicia célere y efectiva⁴⁴⁵.

Por último, en la época actual hemos presenciado que además de la oralidad, la inclusión de sistemas computacionales inteligentes, han mejorado el tiempo de tramitación de las causas. El éxito en la incorporación de estos sistemas radica en elegir aquellos procedimientos que sean aptos para automatizarse, beneficiando la formulación de las pretensiones de los litigantes que pueden ser resueltas en un tiempo breve⁴⁴⁶. Silvia Barona Vilar agrega que: “Es posible, ya en estos momentos, por tanto, hablar de máquinas que ayudan y complementan nuestras habilidades en el mundo jurídico, a través de la automatización de trabajos más básicos, que en el mundo de la Justicia pueden ser efectivamente favorables, siempre que supongan un fácil acceso a todos, y mucho más célere”⁴⁴⁷.

⁴⁴⁴ “La garantía constitucional de la defensa en juicio incluye el derecho de todo procesado a obtener un pronunciamiento que, definiendo su posición frente a la ley y a la sociedad, ponga término del modo más breve a la situación de incertidumbre y de restricción de la libertad que comporte el enjuiciamiento penal. Por lo tanto, es una necesidad lograr una administración de justicia rápida dentro de lo razonable, evitando así que los procesos se prolonguen indefinidamente”. JAUCHEN, E.: *Derechos del procesado*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2007, p. 318

⁴⁴⁵ Corte Constitucional de Colombia, sentencia No. C-124/11, párr. 16.

⁴⁴⁶ BARONA VILAR, S.: *Algoritmización del Derecho y de la Justicia de la Inteligencia Artificial a la Smart Justice*, Op. Cit., p. 414.

⁴⁴⁷ *Ídem*, p. 359-360

5. Oralidad y eventualidad

El principio de eventualidad también conocido como preclusión es inherente a un proceso dividido en etapas. En cada periodo corresponde identificar un término específico en el que las partes están habilitadas para realizar actuaciones, que correspondan al estadio del asunto⁴⁴⁸. Una vez superado la fase respectiva, la parte que optó por lo realizar la actuación -al tratarse de una carga y no una obligación procesal-, se ve obligada a asumir las consecuencias de su inacción, no siéndole posible el ejercicio posterior de esta facultad. De igual forma, en atención al principio de preclusión, una vez superada las etapas procesales le corresponderá al juez rechazar todo pedido que resulte extemporáneo⁴⁴⁹.

Con ello, en el ámbito procesal la preclusión conlleva el cierre progresivo y definitivo de cada una de las fases del procedimiento y se manifiesta de forma extintiva de las facultades procesales, no siendo posible su retroceso⁴⁵⁰. La rigidez en el cierre de las etapas responde a una lógica de preservación del equilibrio de las partes procesales⁴⁵¹ y seguridad jurídica.

Si bien el principio de preclusión es más evidente dentro del sistema escrito, no resulta ajeno a la oralidad⁴⁵². La causa de su clara evidencia en el primero se debe

⁴⁴⁸ AGUIRRE, VANESA.: *Tutela Jurisdiccional del Crédito en Ecuador*, Op. Cit., p. 421.

⁴⁴⁹ MORÓN PALOMINO, M.: *Derecho procesal civil cuestiones fundamentales*, MP, Madrid, 1993, p. 100.

⁴⁵⁰ PUIG BLADES, F., SOSPEDRA NAVAS, F.: *Tratado práctico del proceso civil*, Thomson Civitas, Tomo 1, Madrid, 2008, p. 52.

⁴⁵¹ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 031-10-SCN-CC, casos acumulados No. 0044-0-CN, 0045-10-CN, 0046-10-CN y 0047-10-CN, de 2 de diciembre de 2010, p. 6.; sentencia No. 226-15-SEP-CC, caso No. 1344-11-EP, de 15 de julio de 2015, p.13. El equilibrio de las partes procesales emana del principio de igualdad, mediante al cual se impone al estado una obligación de actuación de distribución equitativa entre los intervinientes de las ventajas y desventajas sociales.

⁴⁵² Devis Echandía considera que: "El principio de la eventualidad, también llamado de la preclusión tiende a buscar orden, claridad y rapidez en la marcha del proceso, es muy riguroso en los procedimientos escritos y solo muy parcialmente en los orales. Se entiende por tal la división del proceso en una serie de momentos o periodos fundamentales, que algunos han calificado de comportamientos estancos, en los cuales se reparte el ejercicio de la actividad de las partes y la actividad del juez de manera que determinados actos debe corresponder a determinado período fuera del cual no pueden ser ejecutados y si se ejecutan no tienen valor. Es una limitación que puede ser perjudicial para la parte que por cualquier motivo deja de ejercitar oportunamente un acto de importancia para la suerte del litigio, pero viene a ser como se ha observado, el precio que el proceso escrito paga por una relativa rapidez en su tramitación" DEVIS ECHANDÍA, H.: *Compendio de derecho procesal*, Op. Cit., p. 45.

a que, por su forma de estructura, las etapas se encuentran claramente diferenciadas por el tiempo de ejecución y su rastro documental. Sin embargo, la presencia de la preclusión en la oralidad se desarrolla en las sustentaciones verbales de la audiencia. Para entender lo mencionado resulta meritorio asimilar el desarrollo de la comparecencia, que mantiene un orden claro y predeterminado en la norma, organizado de forma secuencial para resguardar las oportunidades de defensa, y en consecuencia poseedora del principio de preclusión.

Existirá entonces en el procedimiento oral, un momento para realizar la fundamentación de la pretensión y otro para contradecirla, así como la oportunidad temporal de presentar prueba⁴⁵³. Lo dicho no resulta escandaloso si recordamos que, desde la antigüedad, en el proceso oral germánico y romano, ya se contaba con el principio de preclusión, que dictaba los momentos en los que podían tener lugar las diferentes etapas del procedimiento⁴⁵⁴.

Manteniendo coherencia con la doctrina, la legislación española en el contenido del artículo 136 de la Ley de Enjuiciamiento civil recoge el principio de preclusión⁴⁵⁵. Llama la atención que dentro de la norma procesal ecuatoriana no exista enunciación expresa al principio de preclusión, por lo que, para su práctica, debemos recurrir a la jurisprudencia nacional. La Corte Nacional de Justicia del Ecuador respecto al principio de preclusión considera que: “La realización de la justicia está pues, íntimamente enlazada en las garantías el debido proceso y una de estas garantías es la aplicación del principio de obligatoriedad de las normas procesales; en otras palabras, los actos procesales están reglados por la ley en cuanto al tiempo, al lugar y al modo. El requisito tiempo da origen al concepto de términos procesales que respecto de las partes produce la preclusión”⁴⁵⁶.

⁴⁵³ VÉSCOVI, E.: *Teoría General del Proceso*, Op. Cit., p. 59.

⁴⁵⁴ Robert Millar, agrega que incluso en el procedimiento romano oral, existía una diferenciación entre el *ius* y el *iudicium*. MILLAR, R. W.: *Los principios formativos del procedimiento civil*, Op. Cit., p. 99-100.

⁴⁵⁵ “Transcurrido el plazo o pasado el término señalado para la realización de un acto procesal de parte se producirá la preclusión y se perderá la oportunidad de realizar el acto de que se trate. El Letrado de la Administración de Justicia dejará constancia del transcurso del plazo por medio de diligencia y acordará lo que proceda o dará cuenta al tribunal a fin de que dicte la resolución que corresponda” Ley de Enjuiciamiento Civil, Op. Cit., art. 136.

⁴⁵⁶ Corte Suprema de Justicia del Ecuador, Resolución No. 137-99 publicada en el R.O. 185 de 6 de mayo de 1999, p. 7.

No podemos desconocer que la clausura de los espacios procesales es fundamental en la instauración de un proceso ordenado. Por ello, Eduardo Pallares, resalta las bondades de este principio, como integrante del diseño procesal moderno, por tres razones. En primer lugar, impide el ejercicio arbitrario de las partes, desterrando el uso indiscriminado de facultades sin límite temporal. En segundo lugar, permite que el proceso se forme por el conjunto de fases dedicadas a actividades específicas: la primera encargada de la formación de la Litis, la segunda de anuncio de pruebas, la tercera de evacuación probatoria, la cuarta de alegatos, la quinta de resolución y la sexta de ejecución. Finalmente, la preclusión determina las formalidades y los requisitos con los que deben llevarse a cabo los derechos, obligaciones y cargas procesales⁴⁵⁷.

De esta manera, a pesar de los matices que pueda adoptar la preclusión, según el sistema que ordene el proceso en cada legislación nacional, ya sea oral o escrita, es la base en la que de forma más adecuada se asienta la estabilidad del proceso. Esta idea no pretende desechar del todo, el antagónico sistema de “desenvolvimiento libre del proceso”⁴⁵⁸, en el que son las partes quienes pueden acordar fijar los límites de las actividades destinadas, entre otras, a la práctica de la prueba o argumentación de posturas; útil en los procedimientos arbitrales⁴⁵⁹. Sin embargo, consideramos a la preclusión como la más propicia dentro de la actividad jurisdiccional ordinaria.

En el caso de la legislación ecuatoriana, el Código Orgánico General de Procesos a pesar de no incluir a la preclusión expresamente dentro de su articulado - como ya lo destacamos- mantiene un sistema preclusivo rígido, lo dicho queda en

⁴⁵⁷ AGUIRRE, VANESA.: *Tutela Jurisdiccional del Crédito en Ecuador*, Op. Cit., p. 423.

⁴⁵⁸ VÉSCOVI, E.: *Teoría General del Proceso*, Op. Cit., p. 59. Sobre este sistema Enrique Vallines García destaca que en este modelo existe la posibilidad de poder retomar etapas ya cumplidas y ejercitar derechos procesales ya realizados. VALLINES GARCIA, E.: *La preclusión en el proceso civil*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, p. 35. Robert Millar denomina a este modelo como “principio de unidad de la causa”, con ello deja por sentado su criterio tendiente a negar la existencia de fases intraprocesales. Se inclina por considerar al espacio temporal que media entre la comparecencia hasta la resolución, como un todo en el que las actuaciones pueden tener lugar sin la secuencia de un orden inflexible. MILLAR, R. W.: *Los principios formativos del procedimiento civil*, Op. Cit., p. 98.

⁴⁵⁹ Esta afirmación responde a la posibilidad de las partes de resolver de común acuerdo la forma de resolución de controversias en la cláusula arbitral. En ella especialmente están facultadas para elegir la forma de desarrollo del procedimiento y formas de comparecencia.

evidencia si revisamos el contenido del artículo 75. Allí se deja constancia que los términos previstos en la ley son “irrenunciables e improrrogables”⁴⁶⁰. Esta regla únicamente admite una excepción, que faculta a las partes suspender, reducir o ampliar términos, sujeta a aprobación del juez, en los casos en los que la ley no prevea tiempo para la realización de una actuación judicial⁴⁶¹. Sin perjuicio de esta salvedad, no existe disposición que faculte la posibilidad de las partes para establecer “formas de las actuaciones o del procedimiento”⁴⁶².

Finalmente, en cuanto al principio de preclusión y su vinculación con los medios tecnológicos, hemos de mencionar que el surgimiento de las comparecencias telemáticas, no implican la anulación de los plazos y términos reglados en la ley, a consecuencia de que el ritualismo de la audiencia se mantiene incólume. Por otro lado, si hablamos de la automatización del procedimiento judicial, hemos de mencionar que si bien el proceso de resolución adquiere un rasgo mecanizado en el que se prescinden de varias etapas del procedimiento, esto no conlleva la desaparición absoluta de todos los tiempos reglados en la ley. Al contrario, “el mismo sistema, tras reconocer la pretensión, la petición y la causa petendi, podría proponer la aplicación de las normas oportunas con la interpretación de las mismas ofrecida por la jurisprudencia (...). En caso contrario, se abriría el acto de juicio o vista para la práctica de pruebas y, tras las alegaciones conclusivas, se pasaría al dictado de la sentencia, quizá también automatizada”⁴⁶³. Todo ello garantizaría el orden en la tramitación de la causa.

6. Oralidad y economía procesal

A lo largo de la doctrina procesal por muchas ocasiones se ha considerado que la economía cumple diversos fines y que por tanto engloba varias instituciones, como aquellas que regulan el abandono de la causa y principios como la celeridad,

⁴⁶⁰ Código Orgánico General de Procesos (COGEP), Op. Cit., art. 75.

⁴⁶¹ Código Orgánico General de Procesos (COGEP), Op. Cit., art. 76.

⁴⁶² GOZAINI, O.: *Oralidad y prueba en el Código Orgánico General de Procesos*, Op. Cit., p. 120.

⁴⁶³ BONET NAVARRO, J.: “Principio de ductilidad, juntas de dilatación y vías para minorar las dilataciones”, en MUINELO COBO, J. C. (Coord.): *Digitalización de la justicia: prevención, investigación y enjuiciamiento*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, p. 141.

preclusión, concentración⁴⁶⁴. Estas consideraciones han llevado a generar una desnaturalización de los factores esenciales de la economía procesal, sobre la base de la asociación semántica automática de todo aquello que implique “ahorro”.

Los rasgos evidenciados han afectado la consideración del principio desde sus verdaderos propósitos, al punto de, en ocasiones, haberse omitido su estudio, por considerarlo intrascendental en el abordaje del procedimiento. El descuido de la doctrina, provocado por la falta de una correcta asociación, ha dejado al borde de la inoperancia a este principio. Sin perjuicio de ello, si efectuamos un estudio minucioso seremos capaces de resaltar sus virtudes y diferenciarlo de aquellos elementos a los que incorrectamente se le asocia.

Así las cosas, varios autores al pronunciarse sobre la economía procesal enuncian que está conformado por tres elementos, a saber: ahorro de tiempo, ahorro de esfuerzo y reducción de dinero⁴⁶⁵. Resulta necesario el estudio de estas tres características para determinar su adecuada vinculación al principio o por el contrario la separación de este.

Referente al primero de estos rasgos, ahorro de tiempo, la doctrina defiende que involucra el aglutinamiento de actos, la supresión de vicios y defectos que alteren el recto entendimiento del proceso⁴⁶⁶; así como la abreviación del trámite. Este argumento es uno de los que mayor perjuicio le ha generado a la economía procesal, puesto que, bajo este entendimiento, su campo de acción fácilmente podría asociarse a la concentración, en cuanto a la realización de la mayor cantidad de actuaciones procesales en una misma audiencia o por el saneamiento del proceso.

En este mismo punto el ahorro del tiempo, entendido como la reducción de los términos de resolución de los asuntos sometidos a la justicia, no es germen del

⁴⁶⁴ DEVIS ECHANDÍA, H.: *Nociones generales de derecho procesal*, editorial Aguilar, Madrid, 1996, p. 59.

⁴⁶⁵ Osvaldo Gozaíni efectúa una clasificación, mediante la cual divide a la economía procesal en: “economía de tiempos, de gastos y de los esfuerzos” GOZAINI, O.: *Doctrina judicial procesal*, La Ley, Buenos Aires, 2012, p. 23. A su vez Jaime Guasp agrega que el proceso debe ser sencillo, barato y rápido. GUASP, J.: *Derecho procesal civil*, *Op. Cit.*, p. 26.

⁴⁶⁶ EISNER, I.: *Planteos procesales: ensayos y notas sobre el proceso civil*, La Ley, Buenos Aires, 1984, p.119-120.

principio de economía -al menos no de forma exclusiva-, sino del principio de celeridad o plazo razonable.

Para entender mejor este punto, recordemos momentáneamente que el fin que persigue la celeridad, es que las partes puedan alcanzar una decisión sobre los temas que motivaron su comparecencia ante las autoridades judiciales, conforme los términos recogidos en las normas procesales, sin dilataciones indebidas. La clave de este entendimiento es que a la celeridad le preocupa el establecimiento de tiempos razonables en la tramitación de la causa conforme los parámetros normativos procesales; mientras que a la economía procesal lo que le interesa no es la velocidad *per se* del trámite, sino la supresión de formalismos excesivos⁴⁶⁷. De esta forma queda claro que el ahorro del tiempo en la resolución del asunto, en términos llanos, no es una característica exclusiva de la economía procesal⁴⁶⁸.

Una vez que se ha abordado el primer elemento asociado doctrinariamente a la economía procesal, corresponde analizar el segundo de los elementos descritos. El ahorro de esfuerzo se encarga de la simplificación del trámite mediante: el diseño y conservación de reglas claras y eficaces; y la eliminación de normas innecesariamente formales⁴⁶⁹. Lo dicho se relaciona con lo expuesto en el párrafo precedente. Ciertamente este es uno de los propósitos que persigue la economía procesal.

En esta línea de análisis, si recordamos la resolución emitida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 28 de junio de 1978, caso König, podremos constatar que al mismo tiempo que impone una función *ex-ante*, vinculada

⁴⁶⁷ GOZAINI, O.: "El principio de economía procesal", *Op. Cit.*, 25

⁴⁶⁸ En el texto constitucional se realiza una separación entre los principios de inmediación, celeridad y economía procesal, operando todos ellos de forma autónoma dentro del sistema procesal. Textualmente consta que: "El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades". Constitución Política del Ecuador de 2008, *Op cit.* artículo 169. Este criterio lo comparte Álvaro Mejía Salazar, quien considera que "pretender que el principio de economía también se refiera a los tiempos del procedimiento sería una redundancia sin mayor aporte". MEJÍA SALAZAR, A.: *La oralidad y los principios del procedimiento*, *Op. Cit.*, p. 82.

⁴⁶⁹ Podetti considera que "como economía de esfuerzo, este principio no es menos importante y decisivo para la obtención de una buena justicia. La supresión de trámites superfluos o redundantes, aminorando el trabajo de los jueces y auxiliares de la justicia y simplificando cada proceso en particular, debe necesariamente incidir en forma decisiva sobre la justicia" PODETTI, R.: *Teoría y técnica del proceso civil y trilogía estructural de la ciencia del proceso civil*, *Op. Cit.*, p.141.

a la celeridad, también agrega una acción a la luz de la economía procesal. La primera de ellas involucra el diseño de normas procesales a través de las cuales se busque alcanzar, en la mayor medida posible, el cumplimiento de los plazos razonables. La segunda demanda una “simplificación del sistema”⁴⁷⁰. En virtud de este postulado, la actividad legislativa se deberá ocupar no solo de diseñar un proceso tendiente a respetar el plazo razonable (principio de celeridad), sino que además deberá eliminar formalismos caducos e inútiles de la norma procesal (principio de economía procesal).

El tercer elemento asociado a la economía procesal es la reducción de dinero que propone la idea de optimización de los recursos financieros tanto de la administración de justicia, cuanto de las partes. Es innegable que este parámetro reviste una esencial importancia, si examinamos que la administración de justicia fija la vigencia de la paz y el orden social. Por este motivo, requiere contar con abundantes recursos técnicos, humanos y tecnológicos. Estos recursos demandan un considerable flujo monetario permanente y prioritario que garantice su subsistencia.

Los fines que la economía procesal persigue, se reducen a dos objetivos específicos. El primero de ellos es que las partes no se vean impedidas de acceder a la justicia por cuestiones monetarias, derivadas del encarecimiento de las tasas judiciales o de los gastos que demanda el proceso en su trámite -honorarios por pruebas periciales, copias de documentos e instrumentos, entre otros-. El segundo aborda la eficiencia financiera de los fondos públicos que el estado aporta para el mantenimiento de los procesos jurisdiccionales. Estos fines se alcanzan mediante la eliminación de gastos que resultan inútiles y que no aportan en nada a la resolución de los asuntos.

Una de las críticas entorno al gasto público en la administración de justicia, gira entorno a los procesos cuya naturaleza resulta sustancialmente particular, una de ellas la materia civil, en la que esencialmente se discuten derechos patrimoniales subjetivos. No obstante, la lógica de esta erogación financiera se sustenta en el entendimiento del conflicto más allá de sus límites privados y lo acerca al

⁴⁷⁰ “Si el resultado llega a constituir un laberinto procedimental es el Estado el que debe de sacar las consecuencias, si fuera necesario simplificar el sistema” Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 28 de junio de 1978, caso König, *Op. Cit.*, párr. 100.

entendimiento del bienestar colectivo, conforme el entendimiento de Klein, que como expusimos en el primer capítulo, promulga que el proceso es un fenómeno social de masas y que debe ser reglamentado como un instituto de bienestar⁴⁷¹.

La emisión de tasas judiciales se encuentra regulado en la legislación española en la Ley 10/2012, de 20 de noviembre. Allí se regulan las tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses⁴⁷². Esta ley permanece vigente, a pesar de que fue declarada parcialmente inconstitucional⁴⁷³ mediante sentencia No. 140/2016, de 21 de julio, emitida por el Tribunal Constitucional español. Allí, se cuestionó la cuantía de las tasas más no su procedencia, la cual fue confirmada. En el ámbito de la jurisdicción ecuatoriana a partir de la constitución de 2008, todas las tasas judiciales fueron dejadas sin efecto, a pesar de ello esta decisión genera controversia, por decir menos, pues como lo sostiene Juan Monroy Gálvez, “un Estado (...) con fuerte dependencia externa -el caso de los países latinoamericanos, por ejemplo. No puede darse el lujo de tener una administración absolutamente gratuita”⁴⁷⁴.

Dos de los elementos integradores de la economía procesal (ahorro de esfuerzo y reducción de dinero) reciben implicaciones directas de la oralidad. El primero de los enunciados encargado de eliminar formalismos encuentra en el sistema oral, el escenario propicio para alcanzar su fin. Lo dicho gracias a la contienda verbal, en la que se facilita la resolución directa de elementos del proceso que lejos de ser complejos son tediosos. La discusión directa de las partes con el juez permite que el trámite, en audiencia, discurra sin mayores complicaciones.

Referente al segundo de los elementos, encargado de la reducción de costos, primero enunciamos que el sistema oral no necesariamente es el diseño procesal más

⁴⁷¹ SPRUNG, R.: “Los fundamentos del derecho procesal civil austriaco”, *Op. Cit.*, p. 38

⁴⁷² Ley de tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, Ley 10/2012, BOE núm. 280, de 21 de noviembre de 2012.

⁴⁷³ “Declarar la inconstitucionalidad y nulidad del art. 7, apartado 1, de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, en los siguientes incisos: “en el orden jurisdiccional civil: ... apelación: 800 €; casación y extraordinario por infracción procesal: 1.200 €”; “en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo: abreviado: 200 €; ordinario: 350 €; apelación: 800 €; casación: 1.200 €”; y “en el orden social: suplicación: 500 €; casación: 750 €””. Tribunal Constitucional español, sentencia No. 140/2016, de 21 de julio, decisión número 2.

⁴⁷⁴ MONROY GÁLVEZ, J.: *Teoría general del proceso*, *Op. Cit.*, p. 205.

económico, puesto que demanda adecuaciones físicas apropiadas para el desarrollo de la audiencia. A ello se acompaña mayores insumos tecnológicos que faculden el registro digital en audio y video de las comparecencias, conectividad a internet, entre otros. Además, a pesar de su naturaleza verbal, no se elimina el consumo material de insumos de oficina. Lo expuesto va de la mano con el aumento de los honorarios de defensa y de tasas judiciales -en los modelos procesales que cuentan con ellas-, tendientes a sopesar el costo que demanda el aumento de personal administrativo y de jueces.

Sin duda, la oralidad implica un aumento en el costo de cada trámite. No obstante, su implementación se justifica, en que, una vez puesta en marcha, de forma adecuada fáctica y normativamente, a futuro conlleva una reducción del estancamiento judicial, y por derribo, una reducción económica. En este punto resulta meritorio enfatizar que la administración de justicia, independientemente del modelo -oral o escrito- siempre demandará una considerable erogación financiera, no siendo posible una justicia absolutamente gratuita. Por lo que el factor económico no puede ser el voto dirimente a la hora de definir la forma procesal. El principio de economía procesal, en el aspecto que nos ocupa, no debe entenderse como la simple reducción de costos, sino que, dado el sistema procesal vigente, lo que busca es la optimización de recursos, independientemente del abordaje sobre si existen modelos más o menos económicos. Todo ello, en aras de reducir los costos en todo cuanto fuere posible, sin sacrificar los derechos de las partes y la calidad de la justicia.

Por último y como una mención especial, si hablamos de la incursión de la tecnología y la correcta implementación de modelos tecnológicos, podremos observar que la utilización de formularios normalizados permitiría un control más adecuado de los presupuestos procesales y una simplificación del trámite judicial. Así, por ejemplo, cuando se requiere la aportación de determinado documento como requisito de procedibilidad; en el formulario puede hacerse constar dicho requerimiento, imponiéndose un apartado que demande su incorporación⁴⁷⁵. El uso de estas

⁴⁷⁵ PÉREZ DAUDÍ, V.: "La transformación digital de la justicia civil", en MUINELO COBO, J. C. (Coord.): *Digitalización de la justicia: prevención, investigación y enjuiciamiento*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, p. 480.

herramientas, tal como lo enfatiza el Tribunal Constitucional español “cumple un papel accesorio, de facilitación de la comunicación electrónica”⁴⁷⁶, y agrega que: “La modernización de la administración de justicia mediante la generalización en el uso de las nuevas tecnologías (...) no constituye un fin en sí mismo sino un instrumento para facilitar el trabajo tanto del órgano judicial, como de los justiciables que actúan en los procesos a través de los profesionales designados o directamente por ellos cuando esto último es posible”⁴⁷⁷.

III. LA PUBLICIZACIÓN DEL PROCESO MÁS ALLÁ DE LA ORALIDAD

Durante mucho tiempo a la oralidad se la manipuló vinculándola a corrientes ideológicas determinadas, entre ellas el progresismo. Sin embargo, estos criterios no pueden profesarse en un sentido exclusivo, en una suerte de criterios absolutistas lejanos a las realidades que pretenden regular, reacios a todo tipo de argumento que los cuestione.

Tampoco es posible mantener una idea de que el sistema escrito es anacrónico frente a una especie de “vanguardismo” de la oralidad. Dichas calificaciones reflejarían un criterio simplista y distante de la realidad. Esta dicotomía ha sido fuertemente debatida a lo largo de las reformas procesales que se han decantado por uno o por otro, especialmente por la oralidad. En América Latina se asocia a la justicia civil oral con el progresismo procesal. Cualquier ataque a este “bloque progresista”, es considerado un estancamiento al avance de la ciencia y un “conservadurismo procesal”⁴⁷⁸.

Ventajosamente, en los últimos tiempos el discurso irreflexivo que promueve un entendimiento de la oralidad desde el rechazo de cualquier vestigio de escritura va regresando a su cauce, gracias a su pérdida argumentativa. Con ello se abre paso a

⁴⁷⁶ Tribunal Constitucional español, sentencia No. 55/2019, de 6 de mayo, BOE núm. 138, de 10 de junio de 2019, p. 60681

⁴⁷⁷ *Ibídem*

⁴⁷⁸ PALOMO VÉLEZ, D.: “Las marcas del proceso oral y escrito diseñado en el anteproyecto de nuevo CPC chileno”, *Op. Cit.*, p. 632.

planteamientos de posiciones más realistas y enfocadas en cuestiones prácticas que si bien resaltan las bondades del sistema oral e incluso remarcan su necesaria existencia, no rechazan la presencia en diferentes etapas del proceso de la escritura⁴⁷⁹. Desafían así a la visión egoísta de tomar uno de los dos modelos.

En todo caso, lo que se avizora son señales pacificadoras entre los dos modelos que buscan un equilibrio que supere mitos doctrinarios y que admita la necesaria convergencia entre estos dos elementos en una especie de coexistencia - que siempre estuvo allí, a pesar de sus detractores-. La ideal discusión cambia de sentido desde parámetros de exclusión y se acerca a cuestiones de predominio y coordinación de los actos procesales.

Para Manuel Ortells Ramos se trata de formar un “ecuación precisa: oralidad y escritura en un proceso civil eficiente. Se trata de reflexionar sobre la adecuación entre las formas del procedimiento y el logro de los fines del proceso civil, con un buen grado de calidad intrínseca en cuanto a este objetivo, pero con los menores costes de tiempo y económicos –directos sobre las partes y el erario público, e indirectos sobre el sistema socioeconómico de creación y distribución de la riqueza-”⁴⁸⁰.

La ecuación a la que hace referencia Ortells ha logrado convertirse en el modelo más apropiado -aún perfectible-, en el mejoramiento de la administración de

⁴⁷⁹ Uno de los doctrinarios que se ha ocupado de las reales dimensiones de la oralidad y sus alcances desde criterios prácticos, vinculados a la escritura es el profesor Nieva Fenoll de la Universidad de Barcelona. NIEVA, J.: “Los problemas de la oralidad”, *Revista Justicia*, No. 1-2, 2007, pp. 101-130. A su vez Michele Taruffo se ha decantado por desvanecer lo que para él son los dos mitos relacionados a la oralidad. “El mito positivo, según el cual la oralidad se considera un valor óptimo básico, una especie de panacea que debería resolver todas las dificultades del funcionamiento del proceso civil; y el mito negativo, por el que la escritura es esencialmente perversa y responsable de la mayoría de los problemas que surgen en un litigio civil, por lo que debería reducirse al mínimo indispensable, o incluso, posiblemente, anularse. No tengo nada contra los mitos en general: son parte de las culturas y, junto con las ideologías (y a menudo confundidos con ellas), nos proporcionan la base de todo tipo de constructos sociales y legales. No obstante, también pueden erigirse como poderosos óbices que entorpecen la comprensión adecuada de las maquinarias procesales.” TARUFFO, M.: “Oralidad y escritura como factores de eficiencia en el proceso civil”, *Oralidad y escritura un proceso civil eficiente*, Coloquio Internacional de la Asociación Internacional de Derecho Procesal, 2008. <https://www.uv.es/coloquio/coloquio/Ponenc.htm>, último acceso 30-12-2023.

⁴⁸⁰ ORTELLS RAMOS, M.: “Razones para un encuentro”, *Oralidad y escritura un proceso civil eficiente*, Coloquio Internacional de la Asociación Internacional de Derecho Procesal, 2008. <https://www.uv.es/coloquio/coloquio/Ponenc.htm>, último acceso 30-12-2023.

justicia. Un ejemplo de esta mixtura la encontramos en el modelo procesal español. El Ecuador siguiendo estos parámetros también a diagramado un modelo afín.

En esta línea de argumentación que se concentra en dotar al proceso de mejores elementos que permitan la tutela más eficiente y adecuada de los derechos de las partes, nos vemos en la obligación de analizar aquellos coadyuvantes que nutren los cambios que se espera para atender las necesidades de estos tiempos, de quienes integran el proceso.

En no pocas ocasiones se ha mencionado que una de las consecuencias de la oralidad vinculado a la publicización del proceso es el apareamiento de la inmediación, la concentración de las actuaciones procesales y la publicidad de los actos⁴⁸¹. Sin embargo, como quedó evidenciado, dichos principios no son exclusivos de esta forma de comunicación, sino que también aparecen -en mayor o menor medida- en los modelos procesales que optan por la escritura.

Por otro lado, habrá que preguntarse cuál es el real alcance de este movimiento que se mantiene vigente, al menos de momento. Recalcamos la temporalidad actual de la oralidad, toda vez que su presencia podría cuestionarse con el devenir de los años que traerá consigo el robustecimiento de la tecnología, que demandará repensar en un posible retorno al modelo escriturario que resulta más afín al ya existente expediente electrónico.

Al revisar brevemente algunas de estas implicaciones verificamos que la tecnología ha influido en los modelos y prácticas de todo origen. El derecho de la mano del avance en las relaciones interpersonales no ha sido ajeno a estos cambios, a tal grado que alrededor de él giran elementos de gestión, administración y de decisiones jurisdiccionales⁴⁸².

⁴⁸¹ RAMOS ROMEU, F.: "Forma del proceso y funcionamiento de la justicia: análisis de derecho comparado", *Oralidad y escritura un proceso civil eficiente*, Coloquio Internacional de la Asociación Internacional de Derecho Procesal, 2008. <https://www.uv.es/coloquio/coloquio/comunicaciones/cp20ram.pdf>, último acceso 30-12-2023.

⁴⁸² GARCÍA BARRERA, M. E.: "Justicia electrónica o ciber justicia el tribunal virtual y sus alcances en Nuevo León", en IBARRA SÁNCHEZ, E., ROMERO FLORES, R. (Coord.): Estudios en Homenaje a Julio Téllez Valdés por sus 30 años de labor académica en el derecho informático, Universidad Autónoma de León-Centro, México, 2010 p. 213; FALCÓN, E.: ¿Qué es la informática jurídica? Del ábaco al derecho informático, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, pp. 90-91.

Por medio de la justicia electrónica o *e-justice* se realiza un empleo inclusivo de las tecnologías de la comunicación que engloba la gestión documental, comunicación de actuaciones procesales y administración de expedientes electrónicos⁴⁸³. Además, por medio de su uso, se posibilita el ingreso de documentos -incluido demandas y contestaciones- y la práctica de prueba que consta en soportes electrónicos. En sistemas más desarrollados incluso se ha implementado y se continúa desarrollando el diseño de softwares especializados enfocados en la búsqueda de la *Smart Justice*.

Tal como lo señala Silvia Barona Vilar, para “la digitalización de los expedientes judiciales (EJE), así como del sistema de gestión de comunicaciones y notificaciones (LEXNET). Se presentan sistemas informáticos de gestión procesal, a través del programa MINERVA, o el de registros públicos administrativos de apoyo a la actividad judicial (SIRAJ)”⁴⁸⁴, de aplicación en el sistema español. En el caso ecuatoriano la implementación del expediente electrónico surgió en el año 1999 con la implementación del software E-Satje. Sin embargo, no fue sino hasta la pandemia del 2019 que demostró su innegable posición y necesidad en el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, en cuanto a la oralidad si bien la implementación del expediente electrónico no anula la prevalencia de los actos cuya verbalización es imprescindible en las audiencias de juicio; el tema deberá revalorarse si se implementa de manera general la denominada justicia predictiva, en vista de que esta forma de comunicación podría relevarse por completo.

Sin perjuicio de estas previsiones en el diseño de esta tecnología no se debe perder de vista que el mecanismo de aprendizaje de forma automática por medio del sistema *Machine Learning* o de las nuevas rutas de aprendizaje *Deep Learning*, no es

⁴⁸³ RICHARD GONZÁLEZ, M.: “La justicia electrónica en España: qué es, como se regula y cómo funciona”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, No. 269, 2017, p. 1035.

⁴⁸⁴ Además, agrega que: “convivimos, cada vez más, con herramientas algorítmicas que van minando los espacios de los juristas humanos, ofreciendo respuestas asentadas en el Big data para juristas. Sistemas analíticos computacionales, minería de datos, machine learning, deep learning, cyborgs, ciberespacio, etc., son conceptos que forman parte del paisaje actual de la justicia”. BARONA VILAR, S.: “De la justicia algorítmica a la smart justice en la sociedad digital del siglo XXI”, en BUSTAMANTE RÚA, M. M., HENAO OCHOA, A., TORO GARZÓN, L. O. (Coord.): *Justicia y Sociedad 5.0.*, Institución Universitaria de Envigado, 2022, pp. 26-27.

capaz de remplazar la habilidad humana de discernimiento⁴⁸⁵, que se hace presente ante la resolución de las variables imprevistas.

1. La publicización del proceso

Uno de los pilares en los que a lo largo de la historia se ha sentado el derecho procesal civil ha sido el principio dispositivo. Esto a causa de que en términos generales ha sido entendido como una materia regida por la voluntad de las partes. Este principio identifica sobre quien recae la posibilidad de iniciar el proceso, así como la fijación de su objeto. Partiendo de allí, dentro de su campo de influencia hallamos a las facultades procesales y materiales en la dirección del proceso⁴⁸⁶.

De esta manera, desde la concepción del siglo XIX se defendió la idea de que las relaciones privadas de los asuntos discutidos en materia civil, tenía como consecuencia un apropiamiento del proceso a cargo de las partes, a quienes se las tenía como propietarias de este. El fundamento del criterio surgió como respuesta a la mayormente homogénea desconfianza del liberalismo ante las actividades estatales y sus funciones, especialmente, frente a su más preponderante órgano -función jurisdiccional-.

El liberalismo consideró que la administración de justicia estaba sometida o regida a los tiempos y a las formas de solución que se dicten según los términos de las partes. En ese enfoque la justicia no era concebida más allá de un servicio ante los intereses particulares, caso por caso. Aquello ciertamente desconoce la presencia de algún interés general, que deba ser tutelado o representado a través de la actividad estatal, en el proceso.

Bajo esta línea de análisis, se justifica que el diseño procesal civil haya mantenido elementos de rigidez entorno a las actividades del juzgador, quien única y

⁴⁸⁵ BATTELLI, E.: "La decisión robótica algoritmos, interpretación y justicia predictiva", *Revista de Derecho Privado*, No. 40, 2021, p. 49.

⁴⁸⁶ MONTERO AROCA, J.: "La Nueva Ley De Enjuiciamiento Civil Española y la Oralidad", *Op. Cit.*, p. 632.

exclusivamente ostentaba funciones boca de ley. Así las cosas, el criterio generalizado bajo estas características, creía que la mejor ley procesal civil, era aquella que más reducía el campo de arbitrio judicial, pues cualquier limitación era contraria a las concepciones liberales⁴⁸⁷.

Frente a estos pronunciamientos a partir del siglo XX, emergió la discusión jurídica sobre la veracidad del dominio de las partes sobre el proceso. Cabe señalar que el estudio de este controversial tópico -tomando en cuenta la época y la doctrina contraria- surgió gracias a Klein y su ordenanza procesal civil austriaca de 1895. Surge entonces la idea de la “publicización del proceso”.

El sustrato doctrinario del legislador austriaco adopta rasgos motivacionales en el modelo autoritario del imperio austrohúngaro y en la influencia del socialismo jurídico de Antón Menger⁴⁸⁸. Varios han sido los juristas que a lo largo de los años han adoptado los fundamentos de Klein, tanto para impulsar su difusión, como en su análisis crítico. Los valores nucleares del proceso de Klein son:

a) Al proceso se le asigna una faceta negativa y perjudicial tanto de factores económicos y de pérdida de tiempo. Este mal conduce también a generar conflictos con fuertes incidencias en la sociedad⁴⁸⁹.

b) El proceso genera efectos adversos en las economías nacionales puesto que impide la rentabilidad y libre disposición de los bienes inmiscuidos dentro de él, mientras se dilucida judicialmente sobre su dominio⁴⁹⁰.

⁴⁸⁷ MANRESA Y NAVARRO, J.M.: *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil*, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1881, p. 10.

⁴⁸⁸ “Antón Menger sostenía que la “elaboración jurídica del socialismo (...) contribuiría a facilitar la realización, por procedimientos pacíficos, de las modificaciones indispensables de nuestra organización jurídica». Así, la idea de transformación jurídica se vehiculizará en la socialdemocracia alemana de Weimar a través de la categoría de «derecho social», que ya conocía una elaboración en Jean Jaurés, y aún más atrás. La reivindicación de lo jurídico encarna también la estrategia reformista del socialismo argentino, en donde esta problemática se desarrolla bajo la denominación de «nuevo derecho» o «derecho obrero». Como elemento constitutivo, lo jurídico «sobrevuela» los componentes socioeconómicos del partido, como el sindicato y la cooperativa, lo cual explica, en otro plano, el grado de autonomía del «hacedor de leyes» que es el parlamentario socialista”. HERRERA, C.M.: “Socialismo jurídico y reformismo político en Carlos Sánchez Viamonte”, *Revista de estudios políticos (Nueva época)*, No. 113, 2001, p.302.

⁴⁸⁹ SPRUNG, R.: “Los fundamentos del derecho procesal civil austriaco”, *Op. Cit.*, p. 38.

⁴⁹⁰ *Ibidem*.

Estos postulados relieves la necesidad de una resolución célere de las controversias que existen entre las partes. Para alcanzar estos fines se promueve un modelo que amplíe y desarrolle el rol del juez, dejando atrás su limitativa función de impartir justicia, contrario a ello se busca que se transforme en un verdadero gestor - activo y vivo- del proceso. Cabe clarificar que esta posición garantista no solo se direcciona a la tutela del derecho de las partes, sino especialmente, como resguardo de los valores de la sociedad en general.

Con ello, si bien se pretende dejar a tras los postulados rígidos individualistas del proceso que encontraban justificación en el principio dispositivo, debe tomarse esta dimensión con cierta tolerancia⁴⁹¹, toda vez que la instauración de la publicización no necesariamente debería implicar una desaparición o desconocimiento de las bondades del principio dispositivo, sino una modulación de su presencia -una convivencia de los intereses particulares con aquellos de interés social-.

Los planteamientos de Klein desencadenaron una metamorfosis del derecho procesal que, de formas por demás variadas, propende una función social del proceso. El cambio de postura conlleva un fenómeno social de masas, de ahí que adopta su denominación de “publicización”. En esta definición se pretende resumir sus efectos y sus destinatarios. Sin perjuicio de ello, no pocas veces, se ha considerado a este cambio como autoritario y anti-liberalista, incluso se ha llegado a asociarlo como una de las características de un estado totalitario o fascista⁴⁹².

⁴⁹¹ Desde una percepción errónea de la publicización, se ha llegado a defender la idea de que al juzgador le corresponde también la libre aportación de prueba, sin que esto cuente con algún fundamento de peso. Admitir lo dicho desencadenaría una afectación de las garantías de las partes, quienes son las únicas llamadas a ejercitar la aportación de la prueba, salvo excepciones previstas en el principio de aportación de parte.

⁴⁹² “Las repetidas alusiones a que el proceso es el medio para que las partes y sus abogados colaboren con el juez en la obtención de lo más justo, en el descubrimiento de la verdad o de la justicia material, sólo se comprenden en un contexto ideológico que parte de dar como sobreentendido que los ciudadanos no tienen derecho a ‘pelear’ por lo que crean que es suyo y a hacerlo con todas las armas que les proporciona el ordenamiento jurídico. Sólo el juez autoritario, fascista o comunista, lo mismo da, es el juez que se cree ungido, por no se sabe muy bien qué fuerza de la divinidad o del destino, para hacer efectivo el derecho positivo entre los ciudadanos, a aplicar la ley”. MONTERO AROCA, J.: *Los principios políticos de la nueva ley de enjuiciamiento civil los poderes del juez y la oralidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 106.

1.1. Los revisionistas

Han sido tan reiteradas y encarnadas las críticas a la publicización, que en ellas han germinado teorías destinadas a someter a una minuciosa revisión sus aportes. Las críticas de estas posturas se centran en la posible iniciativa ex officio iuditis; también en el control de la buena fe procesal de las partes⁴⁹³. Para este sector de la doctrina, tales manifestaciones implican rasgos de un modelo fascista en la que les son retirados los derechos de las partes para entregarlos a beneficio de un estado autoritario, a través de la actividad de los jueces.

Dentro de algunos defensores del revisionismo encontramos a Franco Cipriani quien consideraba que “la atribución al juez de poderes probatorios implica la asunción de una política antiliberal y sustancialmente autoritaria o incluso totalitaria”⁴⁹⁴. Con ello, el protagonismo que el juez puede tener en el proceso, se considera un atentado directo a las garantías.

A este criterio se adhiere Girolamo Monteleone, quien además agrega que la permisión de dirección material del proceso en manos del administrador de justicia se basa en una subordinación de las partes al juez. También menciona que esta sumisión, coarta gravemente el derecho de libertad de los ciudadanos y supedita el ejercicio autónomo de los derechos subjetivos procesales y materiales⁴⁹⁵.

Juan Montero Aroca, ha llegado a sostener que la entrega de vastos poderes discrecionales al juez, particularmente a aquellos que desarrollan sus actividades en países como: Austria, Italia, la antigua URSS o Alemania, en aquellos tiempos en los que dependían del poder del ejecutivo; solo tiene sentido si paralelamente se priva de estos poderes a las partes involucradas⁴⁹⁶.

⁴⁹³ PICÓ I JUNOY, J.: *Estudios sobre el proceso y la justicia*, Op. Cit., p. 369

⁴⁹⁴ CIPRIANI, F.: “El autoritarismo procesal y las pruebas documentales”, *Ius et Praxis*, No. 2, 2007, p. 48.

⁴⁹⁵ MONTELEONE, G.: “Principios e ideologías del proceso civil: Impresiones de un “revisionista”, en MONTERO AROCA J. ALVARADO VELLOSO, A. (coord.): *Proceso civil e ideología un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos: Moción de Valencia (2006), Declaración de Azul (2008)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 107.

⁴⁹⁶ MONTERO AROCA, J.: *Los principios políticos de la nueva ley de enjuiciamiento civil los poderes del juez y la oralidad*, Op. Cit., p. 106.

La misma doctrina se presenta como contraria al principio de buena fe procesal, puesto que el escenario en el que las partes colaboran con el juez para arribar a la justicia material no deja de ser un aspecto ideológico⁴⁹⁷. Se agrega que su grado de indeterminación puede desembocar en excesivas daciones coercitivas del juzgador, que impide a las partes la utilización de todas las armas que brinda la norma procesal para luchar por el derecho del que se sienten asistidos.

Un representante de esta doctrina en América Latina es Adolfo Alvarado Velloso, quien, a la luz del análisis crítico del garantismo procesal, ha sostenido que las normas procesales que demandan compromisos del juez con el argumento de proteger los intereses del pueblo no logran especificar a qué se refieren con la figura del juez director del debate, dejando abierta la intromisión en derechos subjetivos. Para este autor este modelo es germen de totalitarismos sin importar su inclinación de modelo económico. Destaca la similitud que existe entre el código procesal de la antigua Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y el Código Nazi de 1937, concluyendo que disponen “exactamente lo mismo, totalitarismo de izquierda, totalitarismo de derecha. Y esto cuaja en el código procesal italiano de 1940, donde el ministro que lo lleva al rey a este proyecto hace una relación que pasa a la historia”⁴⁹⁸. Finalmente resalta que estas concesiones no responden a criterios técnicos, sino, políticos plasmados en la norma⁴⁹⁹.

1.2. Análisis de los planteamientos revisionistas

Una vez que se han extraído los criterios revisionistas corresponde valorarlos de forma independiente para verificar la veracidad de sus argumentos. Partamos desde la visión que aduce que la publicización es un rasgo característico de los estados totalitarios o fascistas.

⁴⁹⁷ MONTERO AROCA, J.: *Los principios políticos de la nueva ley de enjuiciamiento civil los poderes del juez y la oralidad*, Op. Cit., p. 106.

⁴⁹⁸ ALVARADO VELLOSO, A.: “El Garantismo Procesal”, *Cartapacio de Derecho: Revista Virtual de la Facultad de Derecho*, No. 2, 2001, p.4. Versión on line <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5028454>, último acceso 30-12-2021.

⁴⁹⁹ *Ídem*, p.10.

Los argumentos que vinculan a la publicización con estados fascistas basan sus afirmaciones en que la mayor parte de códigos que han otorgado mayores competencias a los jueces coincide con aquellos estados en los que la independencia judicial es menor. Empero, lo dicho constituye un error puesto que resultaría injusto atribuirle -exclusivamente a la publicización- la existencia de intromisiones del ejecutivo a las decisiones de la administración de justicia, que lejos de ser un error del sistema, responde a una trasgresión de la democracia, división de funciones del estado y una pérdida de garantías procesales: igualdad y contradicción⁵⁰⁰.

Por otro lado, el reconocimiento del principio de buena fe tampoco vuelve al código procesal de naturaleza fascista⁵⁰¹. Esto se debe a que si consideramos los momentos históricos de los estados que mantuvieron gobiernos totalitarios o fascistas, corroboraremos que antes de adoptar este modelo ya incluían en sus normativas procesales a la buena fe procesal.

Así las cosas, conforme lo destaca Kaethe Grossmann, el citado principio ya había sido considerado en tres ocasiones⁵⁰² en 1923⁵⁰³, 1928⁵⁰⁴ y en 1931⁵⁰⁵. Por tanto, su incorporación tiene origen en una época muy anterior a la reforma procesal de 1993 y al establecimiento del “Tercer Reich”.

⁵⁰⁰ Se debe tomar en cuenta que en la labor de creación “el legislador no es absolutamente libre, dado que se encuentra limitado por el deber de respecto de varios principios sin los cuales no puede siquiera hablarse verdaderamente de procesos. Nos referimos -huelga decirlo- a lo que entre nosotros se denominan los principios del debido proceso, o garantías procesales (que en otras latitudes conocen bajo el nombre de principios jurídico-naturales): principio de audiencia (audiatur et altera pars), de igualdad y de contradicción. El proceso se deberá configurar por el legislador de modo que siempre sean efectivos y respetados determinados postulados elementales de justicia de allí su carácter necesario” PALOMO VÉLEZ, D.: “Las marcas del proceso oral y escrito diseñado en el anteproyecto de nuevo CPC chileno”, *Op. Cit.*, p. 637.

⁵⁰¹ PICÓ I JUNOY, J.: *El principio de la buena fe procesal*, Bosch, Barcelona, 2003, p. 14-15.

⁵⁰² GROSSMANN, K.: *El deber de veracidad de las partes litigantes en los juicios civiles: exposición de Derecho Comparado*, Jurisprudencia Argentina, Tomo 71, Buenos Aires, 1940, p. 11-12.

⁵⁰³ Proyecto de simplificación de la vía judicial alemana de 1923.

⁵⁰⁴ Proyecto de reforma del procedimiento alemán de 1928.

⁵⁰⁵ Nuevo código de procedimiento civil alemán de 1931.

A lo dicho se agrega que el principio de buena fe ha sido considerado también por estados democráticos contemporáneos⁵⁰⁶ e incluso en los Códigos Modelos⁵⁰⁷. Además, el carácter para la determinación de actuaciones contrarias a la buena fe, no son elementos de libre adopción por el juzgador. Concretamente la Ley de Enjuiciamiento civil exige su carácter “manifiesto”⁵⁰⁸. Por todo lo expuesto carece de justificación circunscribir a la buena fe como parte inherente de estados carentes de democracia, como sostienen los revisionistas.

El segundo criterio observado desde la teoría revisionista consiste en cuestionar la iniciativa probatoria de oficio del juez. A su entender estas actuaciones menoscaban el principio de aportación. Sin embargo, es jurídicamente viable fortalecer las facultades del juez bajo la idea del interés público; lo que resulta indebido es que estas herramientas sean utilizadas para pretender rebasar la autonomía de protección de los derechos subjetivos.

Bien entendido el sistema, el juez a pesar de gozar de mayores alcances, no suple la aportación probatoria –*iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam*⁵⁰⁹–, así como tampoco enerva los derechos de las partes a

⁵⁰⁶ “Respeto a las reglas de la buena fe procesal (...) 1. Los intervinientes en todo tipo de procesos deberán ajustarse en sus actuaciones a las reglas de la buena fe. (...)” Ley de Enjuiciamiento Civil, *Op. Cit.*, art. 247.1. “En los procesos judiciales las juezas y jueces exigirán a las partes y a sus abogadas o abogados que observen una conducta de respeto recíproco e intervención ética, teniendo el deber de actuar con buena fe y lealtad”. Código Orgánico de la Función Judicial, *Op. Cit.*, artículo 26.

⁵⁰⁷ El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica también contiene una enunciación de la buena fe.

⁵⁰⁸ “Los tribunales rechazarán fundadamente las peticiones e incidentes que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal” Ley de Enjuiciamiento Civil, *Op. Cit.*, art. 247.2.

⁵⁰⁹ Sobre este principio a lo largo de la historia se ha considerado que la máxima es *iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium*: (el juez tiene que sentenciar según lo alegado y probado por las partes). Sin embargo, compartimos el criterio defendido por Joan Picó I Junoy quien argumenta que la correcta construcción del término debería ser *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam* (el juez debe juzgar según las alegaciones y pruebas, no según la conciencia). Toda vez que, con él, no se limita la aportación oficiosa del juzgador (que no está destinada a suplir la negligencia probatoria de las partes, sino brindar insumos para la resolución de causa). La realidad de este término es que implica una prohibición al juez de utilizar su conocimiento privado de los hechos en la resolución de la causa. Así las cosas, constituye un respeto a los límites facticos y probatorios (hechos alegados y probados por las partes). PALOMO VÉLEZ, D.: “Reseña de “El juez y la prueba. Estudio de la errónea recepción del brocardo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam* y su repercusión actual de JOAN PICÓ I JUNOY”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, No. 2, 2008, p. 293.

iniciar el proceso *-nemo iudex sine actore*-⁵¹⁰, dada que esta potestad se mantiene en dominio del accionante. Así las cosas, el otorgarle al juez algún grado de iniciativa probatoria, no lo convierte en un juez fascista⁵¹¹.

Pensando en un contingente que desvanezca cualquier temor de totalitarismo, los códigos procesales han fijado límites a la iniciativa probatoria del juez, mediante una facultad condicionada, como medida de protección al principio dispositivo y de aportación de parte. El juez está obligado a ejercer su facultad dentro de tres límites imprescindibles⁵¹²:

1) La prueba cuya práctica sea ordenada por el juez debe respetar los hechos aportados y discutidos por las partes. En efecto, es obligación de los litigantes aportar el material factico en los que fundamentan sus pretensiones y oposiciones. Le esta proscrito al juzgador realizar actividades tendientes a investigar o aportar hechos que no fueron proporcionados por las partes ni resolver alterándolos, bajo preventiva del aparecimiento de vicios de incongruencia.

2) En el expediente deben constar las fuentes de prueba que sustenten la ulterior actividad probatoria del juez. De esta forma se impide que el juzgador utilice su conocimiento personal al margen de la prueba que ya constaba previamente en autos. Esta restricción garantiza la imposibilidad del juzgador de identificar fuentes probatorias ajenas a las presentadas por los litigantes. Este cometido respalda su grado de imparcialidad.

3) La iniciativa probatoria debe ir acompañada de un adecuado ejercicio de contradicción. Se debe permitir a los litigantes participar en la práctica probatoria, así como refutar e incluso, de ser necesario, ampliar la prueba inicialmente propuesta.

Estos requisitos los encontramos, a manera de ejemplo, en la Ley de Enjuiciamiento Civil: “Cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las

⁵¹⁰ Conlleva una prohibición al juez el inicio de una causa jurisdiccional de oficio, por ello se afirma que no es posible hablar de un juicio sin la presencia de un actor que la promueva. MONTILLA BRACHO, J.: “La acción procesal y sus diferencias con la pretensión y demanda”, *Cuestiones Jurídicas Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta*, No. 2, 2008, p. 102.

⁵¹¹ PICÓ I JUNOY, J.: *El derecho a la prueba en el proceso civil*, Bosch, Barcelona, 1996, pp. 267-271.

⁵¹² PICÓ I JUNOY, J.: “La iniciativa probatoria del Juez Civil”, *Revista Advocatus*, No. 18, 2008, p. 83-94.

partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria. Al efectuar esta manifestación, el tribunal, ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente. En el caso a que se refiere el párrafo anterior, las partes podrán completar o modificar sus proposiciones de prueba a la vista de lo manifestado por el tribunal.”⁵¹³.

En este punto una crítica que merece el sistema procesal ecuatoriano es que si bien en la normativa procesal admite la existencia de pruebas de oficio bajo la denominación de prueba para “mejor resolver”⁵¹⁴, dentro de su texto no se reglamenta la opción de contradicción de esta prueba creando un vacío normativo -que si bien puede ser llenado bajo el principio general de defensa-, incorrectamente utilizado puede ser utilizado de forma dictatorial.

Compartimos el criterio de Michele Taruffo quien respecto a este tema sostiene: “Evidentemente, los ordenamientos que han atribuido al juez un papel activo en la adquisición de las pruebas han supuesto que tales poderes son atribuidos a jueces capaces de realizar de manera correcta y racional su función de estímulo, control y de iniciativa probatoria, sin que ello pusiera en peligro los valores fundamentales del proceso civil. A partir de la experiencia de estos ordenamientos, no se advierte que esta hipótesis haya sido contradicha en la práctica: ello debería permitir reconducir el problema de los poderes del juez dentro de confines razonables, evitando caer en polémicas ideológicas carentes de fundamento”⁵¹⁵.

La tercera crítica de los revisionistas gira alrededor del carácter privado del objeto del proceso. Sobre la base de este argumento se sostiene que los litigantes deben gozar de libertad sobre el proceso civil. Por tanto, toda intromisión del juzgador

⁵¹³ Ley de Enjuiciamiento Civil, *Op. Cit.*, art. 429.1.

⁵¹⁴ “Prueba para mejor resolver. La o el juzgador podrá, excepcionalmente, ordenar de oficio y dejando expresa constancia de las razones de su decisión, la práctica de la prueba que juzgue necesaria para el esclarecimiento de los hechos controvertidos. Por este motivo, la audiencia se podrá suspender hasta por el término de quince días.” Código Orgánico General de Procesos (COGEP), *Op. Cit.*, art. 168.

⁵¹⁵ TARUFFO, M.: “*poderes probatorios de las partes y del juez en Europa*”, *DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 29, 2006, p. 271.

menoscaba los derechos de las partes. Esta idea resulta inaceptable pues parte de una superada concepción del proceso como negocio privado.

En la actual visión social del proceso, se asimila como el vehículo para que el estado desempeñe su función jurisdiccional. Resulta indudable que el estado mantiene un interés en el adecuado trámite de los asuntos jurisdiccionales -incluso en materia civil-, que sería un desgaste infructuoso contradecir este argumento. No por ello estamos a favor de deslegitimar la presencia de los derechos individuales -que se discuten desde los intereses, anhelos y defensas aportadas por las partes-, como erróneamente se ha intentado en varias latitudes.

La debida repartición de funciones al juzgador admite solo la emisión de las iniciativas imprescindibles para dotar de eficacia a su labor jurisdiccional. Este fenómeno remarca la diferencia que existe entre el proceso como herramienta de la tutela judicial efectiva y el objeto del proceso. Con ello, las partes mantienen su derecho de fijar el contenido de aquello que se discutirá en el proceso, mientras que al juez se le atribuye velar por el cumplimiento de los deberes estatales, esto es, la tutela jurisdiccional de derechos subjetivos⁵¹⁶. Por esa razón, la gran mayoría de naciones han preferido adoptar en sus normas procesales estas ideas socializadoras.

Finalmente destacamos que la publicización encuentra también su fundamento constitucional bajo el ideal comunitario de justicia⁵¹⁷, por medio del cual se demanda que las respuestas que se entregue ante el surgimiento del conflicto no persigan llanamente la resolución del caso, sino que además la respuesta que brinden

⁵¹⁶ Lo cual implica la exigencia de los ciudadanos y el deber estatal a brindar una tutela judicial efectiva que “es el derecho que garantiza a las personas el acceso a la justicia, sin que su pleno ejercicio se agote únicamente en la posibilidad de acudir a los órganos jurisdiccionales, pues implica también la obligación que tiene el operador de justicia de sustanciar la causa observando el procedimiento establecido por el ordenamiento jurídico para cada caso y en observancia de las garantías que configuran el debido proceso. Dicho de otro modo, la tutela judicial implica una serie de actuaciones por parte del Estado, a través de los órganos jurisdiccionales, que permiten asegurar el efectivo goce y cumplimiento de los derechos consagrados en la Constitución de la República para la obtención de una resolución judicial motivada”. Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 108-15-SEP-CC, caso No. 0672-10-EP de 8 de abril de 2015, p. 7.

⁵¹⁷ “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político” Constitución española, *Op. Cit.*, artículo 1.1. “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada”. Constitución Política del Ecuador de 2008, *Op cit.* artículo 1.

los tribunales se ajuste, a parámetros mínimos de un proceso justo. Tan elementales metas no son posibles de alcanzar si no se dota a los jueces de medios procesales que permitan desempeñar roles amplios, que lejos de violentar la igualdad de las partes, pretende adherirse de forma positiva en el trámite. Con todo lo aquí expuesto podemos concluir que las críticas a la publicización no han podido demostrar sus afirmaciones. A lo sumo, se presentan como una confusión entre los factores característicos de este sistema de socialización del proceso.

2. Principales implicaciones de la publicización del proceso

Como lo hemos observado a lo largo de la exposición de la publicización o socialización del proceso, este cambio en la forma en la que entendemos el derecho procesal ha implicado la redefinición de varios principios existentes dentro de las contiendas judiciales. El enfoque de la publicización se ha asentado, como no puede ser de otra forma, en postulados que reformulan la interacción de las partes entre sí, con la ley, el juzgador y la sociedad en términos del interés común.

Estas mutaciones del sistema van más allá de sus concepciones dogmáticas, al contrario, encuentran su mayor virtud en las evidencias prácticas de sus postulados. Esta revolución conlleva el aparecimiento de visiones innovadoras -a pesar de su origen histórico, adelantadas a su tiempo-, de cómo deben desenvolverse los procesos jurisdiccionales, incorporando principios que robustecen la búsqueda de la verdad⁵¹⁸,

⁵¹⁸ La justicia como valor supremo y la verdad forman un vínculo de dependencia, de tal grado que, una no puede vivir sin la otra. Nos adherimos al criterio de Norbert Bilbeny, quien sostiene que la justicia de cierta forma es el éxito de la verdad y de sus virtudes. BILBENY, N.: "La justicia y el derecho a la verdad", *Oxímora revista internacional de ética y política*, No. 10, 2017, p. 4. A criterio de Kelsen: "la justicia es (...) aquello bajo cuya protección puede florecer la ciencia y, junto con la ciencia, la verdad y la sinceridad." KELSEN, H.: "¿Qué es la justicia?", en TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL (Comp.): *Lecturas de filosofía del derecho*, México D.F., 2001, p. 44. Existen autores como Juan Montero Aroca quienes sostienen que dentro del proceso civil es necesario renunciar a la verdad, criterio que no compartimos. MONTERO AROCA, J.: "La Nueva Ley De Enjuiciamiento Civil Española y la Oralidad", *Op. Cit.*, p. 626-647. Justamente en aras de alcanzar un mayor grado de certeza de los hechos, ha surgido el principio de buena fe procesal y se le ha otorgado al juez mayores facultades en el proceso, siempre bajo los límites de las garantías procesales. Si bien estamos de acuerdo en el hecho de que los hechos aportados por las partes es la "verdad" en la que se desenvuelve el proceso, no pudiendo ser modificada por el conocimiento privado del juez, esto no quiere decir que el diseño abstracto del proceso deba inclinarse por desconocerla, sino al menos, en sus fines, debe

la colaboración de las partes con la administración de justicia, reformas de las ideas anticuadas de un juez pasivo⁵¹⁹, adaptabilidad y eficiencia ante las necesidades actuales de la sociedad -en términos globales, sin desconocer sus características propias y diversidades culturales-.

El sumergimiento en el tema pretende destacar aquellas transformaciones más significativas del proceso. El entendimiento de factores complejos no puede llevarse a cabo sin detenernos para indagar aquellas pequeñas partes que conforman un todo. Sin duda, la dinámica del proceso es uno de esos escenarios en los que requerimos conocer esas partes que lo conforman para encontrar en ellas su motivación y fines, así como para asimilar cuales son los nuevos roles del juez, los derechos y obligaciones de los litigantes, la dinámica actual de los actos procesales y la forma en cómo se debe ver al proceso, desde adentro, sin detenernos en las obviedades de su apariencia. Todo en pro de una justicia más accesible y cercana a los individuos desde sus realidades individuales, sin desconocer sus relaciones comunes desde el entendimiento del bienestar colectivo -fin máximo de todo orden social-.

2.1. Alcance del Principio dispositivo y aportación de parte

Como lo sostuvimos en líneas anteriores, el principio dispositivo respondía una garantía de vigencia liberalismo ante la desconfianza de los poderes estatales⁵²⁰. Con ello se rechazaba cualquier intento de restricción de los intereses privados objeto del

imponer la búsqueda de una verdad procesal más cercana a una verdad material -único fin que justifica la perfectibilidad del sistema-.

⁵¹⁹ “no existe el juez tabula rasa y absolutamente pasivo, ni tampoco puede existir en el curso del proceso, deberíamos concluir que el juez nunca es imparcial: con ello, sin embargo, cualquier discurso sobre el proceso resultaría carente de sentido. No se entiende, por otra parte, por qué el juez deviene parcial cuando ordena la adquisición de una prueba de oficio o sugiere a las partes la proposición de una prueba, y esto no sucede, por ejemplo, cuando admite o excluye una prueba propuesta, por una parte, o cuando reduce las listas de testigos o cuando cierra la instrucción probatoria de acuerdo con el art. 209 del codice di procedura civile”. TARUFFO, M.: “*poderes probatorios de las partes y del juez en Europa*”, *Op. Cit.*, p. 270.

⁵²⁰ Para Niceto Alcalá-Zamora y Catillo, resulta igual hablar de liberalismo y principio dispositivo como hablar de autoritario e inquisitivo. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N.: “Liberalismo y autoritarismo en el proceso”, en ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N. (Comp.): *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, *Op. Cit.*, p. 577.

proceso civil. La difusión desmedida de estas concepciones generó una confusión entre el dominio del proceso y la disposición del objeto litigioso. En esta misma línea se llegó a pasar por alto la existencia del principio de aportación⁵²¹.

Los primeros indicios de desenredo entorno a estos desconciertos, surgieron a raíz de la rica doctrina alemana que limitó el “principio dispositivo al dominio por los litigantes del interés privado y el de aportación de parte a la introducción y prueba de los hechos del proceso”⁵²². La referida distinción fue adoptada progresivamente en el derecho procesal europeo⁵²³. No así en la doctrina sudamericana, donde, en mayor medida, se abordó su estudio desde otras perspectivas.

Hugo Alsina, uno de los representantes del procesalismo sudamericano más notable, sostiene que dentro del principio dispositivo encontramos lo que él denomina “principio de presentación”⁵²⁴, que hace referencia aquellos límites, que en otras latitudes aborda el principio de aportación. Jorge Peyrano, considera que existen dos tipos de principios dispositivos uno material y otro procesal. El primero de ellos, hace referencia a la disponibilidad plena de los derechos subjetivos de la relación material plasmado en la posibilidad de petitionar la tutela jurisdiccional, o abstenerse de ello. El segundo como atribuciones de los litigantes en las que se incluyen la aportación de prueba y hechos⁵²⁵.

Osvaldo Gozaíni, acercándose a la doctrina europea sí distingue esta diferencia entre el principio dispositivo y el de portación de parte, considera que: “mientras uno se vincula al tiempo y las personas que pueden requerir la tutela jurisdiccional; el segundo se relaciona con la autonomía de las partes para llevar al

⁵²¹ Autores como Carnelutti sostenían que “la iniciativa de parte es indispensable no sólo para pedir al juez la providencia, sino también para poner ante su vista los hechos de la causa. ‘Sin este perro de caza’ el Juez no llegaría nunca a descubrirlos por sí mismo. Que aún en las rarísimas hipótesis en que podría lograrlo no lo deja la ley obrar por sí, depende no de la consideración de que en los procesos civiles la justicia sea un asunto de las partes”. CARNELUTTI, F.: *Estudios de derecho procesal*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Tomo 1, Buenos Aires, 1952, p.95.

⁵²² PICÓ I JUNOY, J.: *Estudios sobre el proceso y la justicia*, Op. Cit., p. 110.

⁵²³ ARAGONESES, P.: *Proceso y derecho procesal*, Aguilar, Madrid, 1960, p. 182-183; GIMENO SENDRA, J. V.: *Fundamentos de derecho procesal*, Op. Cit., p. 187-189.

⁵²⁴ ALSINA, H.: *Tratado Teórico y Práctico de Derecho Procesal civil y comercial*, Ediar Editores, Buenos Aires, 1941, p. 101-109.

⁵²⁵ PEYRANO, J.: *El proceso civil principios y fundamentos*, Astrea, Buenos Aires, 1978, p. 51-70.

proceso los hechos y las pruebas de las que intenten valerse”⁵²⁶. Finalmente, Monroy Gálvez aborda estos elementos mediante lo que él denomina principio de iniciativa de parte⁵²⁷ y el de dirección judicial del proceso⁵²⁸.

En vista de la variedad de aportes sobre los rasgos individuales de los principios de aportación y dispositivo, nos corresponde abordar sus contenidos, con el afán de indagar sobre su real alcance y adaptabilidad para dar respuesta a las necesidades del proceso judicial contemporáneo.

2.1.1. El principio dispositivo

El principio dispositivo que goza de fundamento constitucional⁵²⁹, recoge en su contenido el derecho que las partes poseen para acudir o no ante la administración de justicia para reclamar sobre sus intereses privados. En virtud de él, el inicio de la actividad jurisdiccional solo se admite bajo petición de parte. Tanto la ley procesal ecuatoriana como española reconocen dentro de su articulado dicha prerrogativa en cuanto al inicio de la demanda⁵³⁰, medidas cautelares⁵³¹, solicitud de ejecución,

⁵²⁶ GOZAÍN, O.: *Oralidad y prueba en el COGEP*, Op. Cit., p. 206. Este criterio es compartido Eduardo Oteiza con un matiz. Para el autor, el principio de aportación de parte delimita la eficacia del principio dispositivo. OTEIZA, E.: “El principio de colaboración y los hechos como objeto de la prueba O ‘provare o soccombere’ ¿Es posible plantear un dilema absoluto?”, en MORELLO, A. (Dir): *Los hechos en el proceso civil*, La ley, Buenos Aires, 2003, p. 83-85.

⁵²⁷ MONROY GÁLVEZ, J.: *Teoría general del proceso*, Op. Cit., p. 186-189.

⁵²⁸ *Ídem*, p. 194-195.

⁵²⁹ El enfoque económico de los estados se desprende del modelo constitucional que se adopte. Por lo que, la primacía del derecho a la propiedad privada combinada con un modelo económico liberal, ampara la libre disposición de los derechos subjetivos, incluso aquellos que se disputan en la palestra jurisdiccional, dentro de límites preconcebidos.

⁵³⁰ “Todo proceso comienza con la presentación de la demanda a la que podrán precederle las diligencias preparatorias reguladas en este Código.” Código Orgánico General de Procesos (COGEP), Op. Cit., art. 141. “El juicio principiará por demanda, en la que, consignados de conformidad con lo que se establece en el artículo 155 los datos y circunstancias de identificación del actor y del demandado y el domicilio o residencia en que pueden ser emplazados, se expondrán numerados y separados los hechos y los fundamentos de derecho y se fijará con claridad y precisión lo que se pida.” Ley de Enjuiciamiento Civil, Op. Cit., art. 399.

⁵³¹ “Procedencia. Cualquier persona puede, antes de presentar su demanda y dentro del proceso, solicitar el secuestro o la retención de la cosa sobre la que se litiga o se va a litigar o de los bienes que aseguren el crédito”. Código Orgánico General de Procesos (COGEP), Op. Cit., art. 124. “Bajo su responsabilidad, todo actor, principal o reconvencional, podrá solicitar del tribunal, conforme a lo dispuesto en este Título, la adopción de las medidas cautelares que considere necesarias para asegurar

conclusión voluntaria de la actividad jurisdiccional y respecto a la interposición de recursos.

La *causa petendi y petitum* -objeto del proceso⁵³², se encuentran determinados por el accionar de los litigantes. La clave en el tratamiento del principio dispositivo subyace en identificar la verídica extensión del objeto del proceso y sus repercusiones con otras instituciones. La *causa petendi* -hechos esenciales y enfoque jurídico de los hechos- involucra la razón de la pretensión, esto es, la justificación del derecho deducido en juicio⁵³³. El *petitum* -aquello que se solicita-, es “el efecto jurídico concreto que el demandante o el querellante persiguen con el proceso, efecto al cual se quiere vincular al demandado (si lo hay)”⁵³⁴.

Sobre la *causa petendi* merece la pena realizar algunas puntualizaciones. Este concepto está integrado por hechos esenciales que sirven de base para alcanzar las consecuencias jurídicas que se pretenden por la parte⁵³⁵. Sobre estos hechos el juez está únicamente habilitado para solicitar aclaraciones o explicaciones, no para modificarlas o agregar datos adicionales fruto de su propio conocimiento.

Las consecuencias jurídicas que se pretenden no deben confundirse con la calificación jurídica que se les da a los hechos. En la calificación jurídica de los hechos inciden, por un lado, el enfoque jurídico que se les otorga—parte integrante de la *causa petendi*- y que engloba las consecuencias jurídicas que el actor pretende alcanzar del ordenamiento, por lo que no puede ser objeto de modificación por el tribunal. Y, por otro lado, la concreta enunciación de la norma alegada como fundamento de la pretensión —no forma parte del objeto del proceso-. Así las cosas, solo la última, ante desaciertos en su enunciación, puede ser modificada por el juez, en atención al

la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictare”. Ley de Enjuiciamiento Civil, *Op. Cit.*, art. 721.1.

⁵³² AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, M.: “El principio dispositivo y su influencia en la determinación del objeto del proceso en el proceso civil chileno”, *Revista de derecho privado*, No. 32, 2017, p. 428; TAPIA FERNÁNDEZ, I.: “Sujetos y objeto del proceso civil”, *Anuario Jurídico de La Rioja*, No. 5, 1999, p. 19.

⁵³³ COUTURE, E.: *Fundamentos del derecho procesal civil*, *Op. Cit.*, p. 195;

⁵³⁴ DEVIS ECHANDÍA, D.: *Teoría General del Proceso*, *Op. Cit.*, p. 235. Couture sostiene que se trata de “la afirmación de un sujeto de derecho de merecer la tutela jurídica y, por supuesto, la aspiración concreta de que esta se haga efectiva” COUTURE, E.: *Fundamentos del derecho procesal civil*, *Op. Cit.*, p. 186

⁵³⁵ PICÓ I JUNOY, J.: *La modificación de la demanda en el proceso civil reflexiones sobre la prohibición de “mutatio libelli”*, Tirant lo Blach, Valencia, 2006, p. 26-35.

principio *iura novit curia*, sin que esto implique una trasgresión del principio dispositivo⁵³⁶.

El petitum es otro rasgo individualizador del objeto del proceso. Cuando nos referimos a él, podemos distinguir que mantiene dos facetas: la dirigida a la naturaleza de la tutela pretendida –ya sea declarativa, de ejecución, condena, cautelar, etc.-; y, el contenido de la decisión final que se solicita. Ninguna de estas dos facetas puede ser alterada por el juzgador, por ello, con el afán de un apropiado ejercicio jurisdiccional especialmente entorno a la “congruencia de la resolución” -conforme el principio dispositivo-⁵³⁷, se requiere que el *petitum* se formule de forma clara y completa.

El hecho de que el objeto del proceso gire en torno a la libertad de los litigantes, no implica que el juez no pueda solicitar las precisiones que estime oportunas respecto del *petitum*,⁵³⁸ –así lo establece la Ley de Enjuiciamiento Civil en su artículo 216 y someramente el Código Orgánico General de Procesos en su artículo 146, que solo se limita a calificar la claridad de la demanda *in limine*-.

En aras de consignar tanto la *causa petendi* cuanto el *petitum* de forma clara y completa, la forma de comunicación escrita adquiere mayor utilidad, especialmente en cuanto a la formulación inicial de los actos de proposición. No es sino hasta la realización de la audiencia, mediante la verbalización de los hechos y la práctica probatoria, que la oralidad toma partido entorno al objeto del proceso. Con ello se evidencia la necesaria interrelación entre estas dos formas dentro de la socialización del proceso y se desecha cualquier intento de exclusividad de la oralidad en los actos.

Finalmente, la libertad de las partes sobre el objeto decidido en juicio se expresa, también, en la disposición de la terminación del procedimiento, ya sea por

⁵³⁶ PICÓ I JUNOY, J.: *Estudios sobre el proceso y la justicia*, Op. Cit., p. 118-119.

⁵³⁷ Las sentencias que dictan los tribunales deben guardar congruencia con el proceso, tanto de la *causa petendi* como del *petitum*. De allí que remarcamos la máxima *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam*.

⁵³⁸ Eduardo Oteiza considera que ante una circunstancia que coloque el juez en un punto en el que requiera indagar solo, lo que realmente solicitan las partes; no genera que tome como propia a la petición, sino que supone un campo de flexibilidad para superar la falta de claridad del lenguaje y discutir con mayor libertad y coherencia las posiciones que ostentan las partes. OTEIZA, E.: “El juez ante la tensión entre libertad e igualdad”, en PALACIO, L.*et altri*. (Dir.): *Revista de derecho procesal (número extraordinario) poderes y deberes del juez (homenaje a J. Ramiro Podetti)*, Rubinzal-Culzoni editores, Buenos Aires, 2004, p. 226.

expresiones de allanamiento, desistimiento o mediante las formas de terminación extraordinarias propias del acuerdo vía transacción o conciliación⁵³⁹ y demás métodos alternos de solución de conflictos⁵⁴⁰.

2.1.2. El principio de aportación de parte

El principio de aportación constituye un instrumento de tutela judicial por medio del cual las partes están habilitadas para introducir y probar el material fáctico dentro del proceso⁵⁴¹, en dos ámbitos específicos:

Referente al primer ámbito, como se ha expuesto, la incorporación de los hechos que se discuten en el proceso recae sobre los litigantes. Empero, en cuanto al elemento fáctico debe discernirse entre el que forma parte del principio dispositivo y el que integra el principio de aportación. En el análisis del principio dispositivo, puntualizamos que la *causa petendi*, como parte integrante del objeto del proceso,

⁵³⁹ “Los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a mediación o a arbitraje y transigir sobre lo que sea objeto del mismo, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero” Ley de Enjuiciamiento Civil, *Op. Cit.*, art. 19.1. “La parte demandada podrá allanarse expresamente a las pretensiones de la demanda, en cualquier estado del proceso, antes de la sentencia. La o el juzgador no aceptará el allanamiento cuando se trate de derechos indisponibles.” “Las partes podrán conciliar en cualquier estado del proceso. Si con ocasión del cumplimiento de la sentencia surgen diferencias entre las partes, también podrán conciliar”. Código Orgánico General de Procesos (COGEP), *Op. Cit.*, art. 233 y 241.

⁵⁴⁰ Ha decir de Silvia Barona Vilar, sin duda, una de las expertas de mayor conocimiento del tema ADR; frente a diversos factores que inciden en el colapso de los tribunales y en consecuencia de los procesos judiciales, nos hemos visto en la necesidad de “buscar dentro y fuera de los tribunales otros medios, otros sistemas y otros cauces para plantear, discutir, resolver o gestionar las disputas, conflictos o litigios que pueden plantearse. En esta búsqueda, más allá del modelo de justicia tradicional -los tribunales-, se instaló poco a poco el movimiento de las ADR (que nacieron Alternative Dispute Resolution y en la actualidad se han convertido en Adequated Dispute Resolution), que recoge un conjunto de mecanismos o medios que permiten resolver o gestionar las disputas; habiendo sido alcanzados por la tecnología igualmente, al incorporarse en la actualidad las ODR (On line Dispute Resolution)”. BARONA VILAR, S.: “Importancia de los métodos alternos de solución de conflictos (ADR) en la sociedad global del Siglo XXI”, XIV Congreso Panameño de Derecho Procesal, Ciudad de Panamá, 2017, p. 125.

⁵⁴¹ FERNÁNDEZ TOLEDO, R.: *Las facultades y deberes del juez en materia probatoria en el proceso laboral análisis crítico*, Editorial PuntoLex -Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2011, p. 45. Sin perjuicio a lo expuesto, algunos autores como Faustino Córdón Moreno, limitan el alcance del principio de aportación a la incorporación y práctica de la prueba, criterio que no compartimos. CORDÓN MORENO, F.: “En Torno a los Poderes de Dirección del Juez Civil”, *Revista de Derecho Privado*, No. 8, 1979, p. 811; MONTERO AROCA, J.: *Los principios políticos de la nueva ley de enjuiciamiento civil los poderes del juez y la oralidad*, *Op. Cit.*, p. 63

abarca hechos esenciales. Sin embargo, en el proceso surgen hechos de carácter secundario o accesorio, que, si bien motivan la petición, no tienen un carácter esencial⁵⁴². Dentro de estos hechos accesorios, encontramos a los indicios probatorios que dan origen a las presunciones y aquellos que refuerzan la fiabilidad de los hechos esenciales probados⁵⁴³. Precisamente estos últimos hechos se encuentran cobijados por el principio de aportación.

Como consecuencia de la incorporación de los hechos accesorios al principio de aportación, el juez puede apreciarlos, aunque no hayan sido oportunamente alegados, siempre que su obtención no obedezca a un accionar particular del juez, sino que surjan del debate de las partes en el ejercicio de contradicción. Las consideraciones del juez sobre los hechos accesorios no afectarán a la congruencia del fallo puesto que esta solo despliega su alcance sobre los hechos esenciales⁵⁴⁴.

El segundo ámbito del principio de aportación se centra en la incorporación de la prueba de los hechos objeto de la controversia. Sobre este elemento se centran las mayores críticas en virtud de las cuales debe desterrarse cualquier intento de iniciativa probatoria del juez *ex officio iudicis*. Sin embargo, como lo hemos referido en párrafos anteriores estas críticas nacen de la falta de reconocimiento del campo en el que desarrolla este principio sus fines.

La iniciativa probatoria del juez *ex officio iudicis*, bajo el adecuado entendimiento del principio debe desplegarse bajo límites estrictos y no como una potestad ilimitada del juzgador. Los límites los encontramos en los hechos aportados, las fuentes de prueba que constan de los autos y el derecho de contradicción, con las características enunciadas en acápites previos. Así las cosas, con el propósito de alcanzar mayor grado de efectividad en la justicia, el derecho procesal amplió el abanico de posibilidades al juez, para que pueda arribar de mejor forma al convencimiento de los hechos que se discuten, más no como elemento lesivo del principio dispositivo. En este escenario la prueba ordenada de oficio por el juez no

⁵⁴² FERNÁNDEZ TOLEDO, R.: *Las facultades y deberes del juez en materia probatoria en el proceso laboral análisis crítico*, Op. Cit., p. 45.

⁵⁴³ PICÓ I JUNOY, J.: *La modificación de la demanda en el proceso civil reflexiones sobre la prohibición de "mutatio libelli"*, Op. cit., p. 110-112.

⁵⁴⁴ PEYRANO, J.: *Problemas y soluciones procesales*, Juris, Santa Fe, 2008, p. 308.

tiene otro propósito que llevarle al convencimiento de la real existencia de los elementos fácticos en litigio, siempre que esta no se obtenga de hechos no alegados por los litigantes o del conocimiento privado del juzgador.

Sobre este punto debemos destacar que, al igual que ocurrió con el principio dispositivo, dentro de la publicización del proceso se evidencia que el principio de aportación opera -según la forma de comunicación- en dos momentos y en base a la combinación de la oralidad y la escritura. Bajo el entendimiento de un adecuado anuncio probatorio, la prueba es incorporada de forma escrita, en los actos de proposición. En este punto, la actividad de los litigantes se centra en la expresión de todo el acervo probatorio encaminado a sustentar los hechos esenciales de la demanda -o contestación-. Empero, esta actuación resultaría insuficiente sin la necesaria intervención de la oralidad que verbaliza la prueba en audiencia frente al juzgador. No existe otra forma en la que el juez pueda verse favorecido en la adquisición de la certeza de los hechos. En este punto emerge la necesidad de convivencia y armonización de la escritura con la oralidad, en cuanto al anuncio probatorio y su posterior concreción.

En aquellos casos en los que la prueba en mayor medida resulta de la práctica testimonial, la oralidad se constituye en el vehículo en el que el juez adopta conocimiento -probado- de los hechos litigiosos. Por lo que, en pleno ejercicio del principio de aportación, el juzgador está habilitado para solicitar ampliaciones al testimonio que considere necesarias, sin que esto menoscabe el derecho dispositivo. Así mismo durante el debate probatorio pueden aparecer hechos de carácter secundario que el juzgador podrá apreciarlos como elementos que refuercen los hechos principales.

2.2. Principio de buena fe procesal

Si nos referimos al principio de buena fe notaremos que, según la materia, su tratamiento tiene un antecedente diferente, si bien en términos del derecho civil su tratamiento se remonta a la vigencia de la legislación romana, en el caso del derecho

procesal representa un síntoma casi novedoso como principio del proceso y entraña la relación que existe entre la moral y el derecho⁵⁴⁵.

El principio de buena fe procesal incorpora un parámetro de ética en el ordenamiento jurídico⁵⁴⁶ de todos quienes intervienen en el proceso, y especialmente respecto de las actuaciones desarrolladas por los litigantes⁵⁴⁷. Las reglas de conducta que emanan de este principio arrojan un imperativo jurídico de cumplimiento⁵⁴⁸. Sin duda su efecto subyace en contrarrestar que los litigantes se vean tentados a distorsionar su conducta en aras de alcanzar una resolución favorable⁵⁴⁹. A través de la buena fe se supera la percepción extremadamente formalista de la ley, adecuando las actuaciones de los juristas conforme a valores sociales.

Dentro del marco jurídico resulta necesario contar con normas que regulen las pautas éticas. En el caso del derecho civil privado estas pautas han sido estudiadas de forma profusa en las relaciones contractuales, de allí que su importancia haya terminado por germinar en el ámbito procesal⁵⁵⁰. En el proceso las consecuencias de este principio no se destinan a limitar la libertad del ejercicio de los derechos subjetivos, sino a prevenir y sancionar –si es necesario- aquellas desviaciones que se alejan de la buena lid, desechando cualquier menoscabo del proceso o alguna lesividad de los derechos de los otros sujetos involucrados en la *Litis*. Así también, se impone y orienta a las partes y a sus defensores.

Con ello, la calificación de la conducta, bajo el criterio de buena fe o contrario a ella, extrae un ejercicio de no poca dificultad⁵⁵¹. Este principio impone que la actuación de las partes, en el proceso, se circunscriba dentro de lo que es socialmente

⁵⁴⁵ GOZAINI, O.: *Temeridad y malicia en el proceso*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2002, p. 39

⁵⁴⁶ Wilhelm Kisch destaca que el valor de la buena fe alcanza la categoría de principio e impone en las partes procesales un deber de veracidad. KISCH, W.: *Elementos de derecho procesal civil*, Olejnik, Santiago, 2018, p. 121.

⁵⁴⁷ PICÓ I JUNOY, J.: *El principio de la buena fe procesal*, *Op. Cit.*, p. 66. Sobre este principio han recaído duras críticas por parte de autores como Montero Aroca, quien ha llegado a sostener que la buena fe se trata de un mito y un rasgo característico de un modelo en el que prima la presencia de un juez autoritario. MONTERO AROCA, J.: *Los principios políticos de la nueva ley de enjuiciamiento civil los poderes del juez y la oralidad*, *Op. Cit.*, p. 106-108

⁵⁴⁸ QUINTERO, B., PRIETO, E.: *Teoría general del derecho procesal*, Temis, Bogotá, 2008, p. 110-111.

⁵⁴⁹ CARNELUTTI, F. *Instituciones del proceso civil*, EJE, Tomo 1, Buenos Aires, 1959, p. 357.

⁵⁵⁰ GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *El principio general de buena fe en el derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 2000, p. 36-37.

⁵⁵¹ DIEZ PICAZO, L.: *La doctrina de los propios actos*, Bosch, Barcelona, 1963, p. 134-135.

aceptable⁵⁵². Con ello, si bien todas las personas están habilitadas para activar el ejercicio jurisdiccional en tutela de los derechos, esta facultad implica un elemento de colaboración con la administración de justicia y fidelidad de los actos procesales⁵⁵³, *ergo*, impone una regla de abstención del empleo de subterfugios o actitudes temerarias y maliciosas⁵⁵⁴.

En el caso de la legislación ecuatoriana la buena fe goza de reconocimiento tanto en los fundamentos de presentación del Código Orgánico General de Procesos, como en el contenido del artículo 26 del Código Orgánico de la Función Judicial: “en los procesos judiciales las juezas y jueces exigirán a las partes y a sus abogadas o abogados que observen una conducta de respeto recíproco e intervención ética, teniendo el deber de actuar con buena fe y lealtad. Se sancionará especialmente la prueba deformada, todo modo de abuso del derecho, el empleo de artimañas y procedimientos de mala fe para retardar indebidamente el progreso de la Litis”⁵⁵⁵. En el caso español este principio se localiza en el contenido del artículo 247 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como en el artículo 36 del Estatuto General de la Abogacía Española⁵⁵⁶. Este reconocimiento normativo impide el surgimiento de cualquier alegación que cuestione su vigencia en el ordenamiento.

⁵⁵² PICÓ I JUNOY, J.: *El principio de la buena fe procesal*, *Op. Cit.*, p. 69. En la misma línea se pronuncia Osvaldo Gozaíni, quien considera que: “En realidad cuando decimos que un individuo procede de buena fe, lo que se está haciendo es valorar su conducta social. Esta puede trasuntarse en la honestidad pura y simple que manifiesta; o también en la errada actitud que provoca una interpretación equivocada. En ambos casos el fondo ético es idéntico. Partamos entonces de una base: la buena fe se presume presente en todos los actos de los hombres. La presunción en *juris tantum* y se asienta en que la buena fe alude a un estilo moral de la persona que le recuerda la palabra empeñada y la hace fiel a los compromisos adquiridos, representando el espíritu de recíproca lealtad y positivo respeto a los intereses ajenos que es costumbre observar, y legítimo esperar, en las relaciones entre hombres de honor. Por eso decimos que la buena fe no es ya un puro elemento de un supuesto hecho normativo, sino que engendra una norma jurídica completa, que además se eleva la categoría de principio general del derecho. En suma, recíproca confianza y actuación conforme a la firme convicción de obrar asistido de derecho implican las razones en que se sustenta la presunción de buena fe.” GOZAÍNI, O.: *La Conducta en el Proceso*, Librería Editora Platense, La Plata, 1988, p. 78.

⁵⁵³ CIFUENTES, P.: “El deber de buena fe en los procedimientos laborales: noción, manifestación y problemática”, *Revista chilena de derecho del trabajo y de la seguridad social*, No. 2, 2010, p. 94.

⁵⁵⁴ GRECO FILHO, V.: *Directo processual civil brasileiro*, Saraiva, Sao Pablo, 2000, p. 106

⁵⁵⁵ Código Orgánico de la Función Judicial, *Op. Cit.*, artículo 26.

⁵⁵⁶ “En su intervención ante los órganos jurisdiccionales, el profesional de la Abogacía deberá atenerse en su conducta a la buena fe, prudencia y lealtad. La forma de su intervención deberá guardar el debido respeto a dichos órganos y a los profesionales de la Abogacía defensores de las demás partes”. Estatuto General de la Abogacía Española, BOE núm. 71, de 24 de marzo de 2021, art. 52.2.

Un hecho que no puede desconocerse es que, aún a pesar del concepto proporcionado, no estamos facultados para elaborar fundamentos preconcebidos de la buena fe, como consecuencia de su dependencia a un cúmulo de factores sociales e históricos y rasgos individuales de cada proceso. Es más, como lo reconoce Calamandrei, si bien en la ley se instauro un modelo de conducta basado en la lealtad y probidad de las partes, su contenido concreto u obligación, jamás podrá definirse⁵⁵⁷.

La perspectiva amplia del principio adquiere justificación en un propósito de progresividad, que le permite ajustarse a las necesidades de la sociedad, altamente cambiantes en un contexto histórico-social, bajo el límite mínimo de una actuación ética, honradez, rectitud y buen proceder en la defensa de sus intereses⁵⁵⁸. En segundo lugar, implica un respeto a la libertad de las facultades procesales de las partes, no siendo posible una privativa normativización apriorística de estas. En tercer lugar, el discernimiento de las conductas implica una relación estrecha con el análisis que la jurisprudencia realiza sobre la casuística, en ella se devela las conductas -en concreto-, que deben ser rechazadas por los juzgadores en el devenir del proceso. Lo último, es aquello que Franz Wieacker conoce como “máximas del arte jurisprudencial”⁵⁵⁹, en virtud de ellas la concisión y manifestaciones del principio de buena fe esta reglado por las decisiones judiciales.

En el campo procesal civil la conducta de las partes debe valorarse bajo dos criterios. Uno de ellos involucra salvaguardar la prevalencia de la conducta inspirada en la buena fe; esto es, suponer que los litigantes actúen con probidad y lealtad –presunción de buena fe-. El segundo involucra la calificación concreta de la actuación mediante el apercibimiento de las razones de los litigantes⁵⁶⁰, a saber, si su actuar se sitúa sobre una creencia sincera de encontrarse asistido por la razón y sin intenciones que responden a un interés maligno o doloso.

La calificación de los intereses que inspiran la ejecución de los actos, dada la obvia imposibilidad de indagación mental, involucra en general el discernimiento de

⁵⁵⁷ CALAMANDREI, P.: *Proceso y democracia*, Ejea, Buenos aires, 1960, p. 160.

⁵⁵⁸ BENÍTEZ RAMÍREZ, E.: “Reflexiones en torno a la propuesta de reforma al procedimiento civil chileno: II. Principios Procesales relativos a las Partes”, *Revista chilena de derecho*, No. 3, 2007, p. 592.

⁵⁵⁹ WIEACKER, F.: *El principio general de la buena fe*, Civitas, Madrid, 1977, p. 44.

⁵⁶⁰ GOZAINI, O.: *Oralidad y prueba en el Código Orgánico General de Procesos*, Op. Cit., p. 131-132.

presencia de actos temerarios –actuar a sabiendas de su sinrazón- y de mala fe –actos de obturación innecesaria del normal desarrollo del proceso- y aquellos destinados afectar la igualdad procesal, derecho a la defensa y tutela judicial efectiva. Verificada la existencia de estos elementos, corresponde que el juzgador despliegue sus facultades disciplinarias⁵⁶¹.

Con el afán de evitar valoraciones subjetivas de los juzgadores respecto de las actuaciones de las partes, las resoluciones destinadas a calificarlas como trasgresoras del principio de buena fe procesal, deberán, inexcusablemente, estar regidas por el principio de motivación en el que se exprese suficientemente las razones de su decisión en base a una estructura mínima de argumentación, que a criterio de la Corte Constitucional del Ecuador, al menos debe: “i) enunciar en la sentencia las normas o principios jurídicos en que se fundamentaron [los juzgadores]; ii) enunciar los hechos del caso; y, iii) explicar la pertinencia de la aplicación de las normas a los antecedentes de hecho”⁵⁶².

La disposición oratoria constituye una presencia ineludible dentro del proceso⁵⁶³. En atención a ella, dentro de la audiencia tiene una preponderancia significativa en el aporte de los hechos y de las pruebas que los sustentan. Con ello, las mayores o mejores virtudes de oratoria, en no pocas ocasiones, inclinan la balanza judicial. Sin embargo, aun a pesar de que estos dotes técnicos del profesional del derecho son lícitos, en virtud del principio de buena fe, no se tolera que mediante este recurso se pretenda generar deliberadamente fraude o engaño a la administración de justicia.

La verbalización de los actos también está ligada a la lealtad, probidad y al *honeste procedere*. Por tanto, al litigante le está vedada la utilización distorsionada de

⁵⁶¹ Como lo resalta Hernando López, si bien el principio de buena fe trastoca los aspectos éticos del ejercicio judicial y de los profesionales del derecho, este es aceptado en las normas procesales como elemento informador y en atención a ello, surgen las facultades disciplinarias a cargo del juzgador. LÓPEZ BLANCO, H.: *Procedimiento civil parte general*, Dupré, Tomo 1, Bogotá, 2002, p. 544.

⁵⁶² Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 1837-12-EP/20, de 29 de enero de 2020, párr. 16. En esta misma línea se ha pronunciado mediante en las siguientes sentencias: No. 1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021, párr. 59; No. 135-14-EP/20, de 27 de febrero de 2020, párr.32; No. 1286-16-EP/21, de 5 de mayo de 2021, párr. 24; No. 308-14-EP/20, de 19 de agosto de 2020, párr. 64; No. 756-13-EP/20, de 6 de febrero de 2020, párr. 29; No. 1128-15-EP/21, de 20 de enero de 2021, párr. 28.

⁵⁶³ GOZAÍNI, O.: *La Conducta en el Proceso*, Op. Cit., p. 78.

las normas procesales, en la medida en la que dificulten al juez entregar una tutela judicial efectiva a los derechos en conflicto, como también las exposiciones injuriosas, ofensivas o provocativas⁵⁶⁴.

2.2.1 La buena fe y el abuso del derecho

A lo largo de los años la doctrina no ha logrado realizar una definición irrefutable que zanje de una vez por todas las diferenciaciones que existen entre la figura de la buena fe y el abuso del derecho. Como lo hemos argumentado la buena fe involucra la bondad, integridad, honradez y rectitud en el obrar del proceso, desde el prisma de lo socialmente aceptado. El abuso del derecho surge frente al ejercicio anómalo de un derecho con la aspiración de generar un daño⁵⁶⁵.

Los límites entre estos dos principios son tenues y en varias ocasiones asimilados uno por otro, más si consideramos que cada uno adquiere variaciones según los diferentes sistemas legales de los estados⁵⁶⁶. Sin perjuicio de ello, la doctrina a sostenido 3 diferentes enfoques entorno al abuso del derecho⁵⁶⁷. El primero involucra una teoría subjetiva que defiende la idea que el abuso del derecho se sitúa en el *animus nocendi*, esto es en la intención de causar un perjuicio a un tercero. El segundo contempla una teoría objetiva que sostiene que el abuso del derecho se localiza en la efectiva concreción del daño, sin que entre en consideración la intención. Una última teoría funcional determina que el abuso del derecho surge cuando el ejercicio del derecho se lo ejerce de forma contraria a los valores y propósitos sociales o económicos que motivaron su existencia. En esta última teoría se logra diferenciar que en todo derecho converge tanto un interés individual y uno social.

⁵⁶⁴ Código Orgánico de la Función Judicial, *Op. Cit.*, artículo 130.13.

⁵⁶⁵ PICÓ I JUNOY, J.: *Estudios sobre el proceso y la justicia*, *Op. Cit.*, p. 314.

⁵⁶⁶ FRIEDMANN, W.: *Curso general en derecho internacional público*, Cursos recopilados de la Academia de Derecho Internacional de La Haya, Vol. 127, 1967, p. 153.

⁵⁶⁷ NOVAK, F.: "Los principios generales del derecho: la buena fe y el abuso del derecho", *Agenda Internacional*, No. 9, 1997, p. 131.

La doctrina del abuso del derecho tiene aplicación en materia procesal en relación con los poderes conferidos a los litigantes como herramientas de protección de sus derechos subjetivos⁵⁶⁸, que también pueden usarse abusivamente. En este punto relevamos que no se debe confundir el abuso del derecho que opera dentro de límites formales de la norma o de los derechos subjetivos, con el uso extralimitado de un derecho que, en el caso de presentarse, debe rechazarse por ilícito, no por abusivo.

Sobre este punto Enrique Cuentas Ormachea, relevando las diferencias entre el acto ilícito y el abusivo considera que: “a) El acto ilícito importa una violación de la ley, pues el que obra ilícitamente obra sin derecho o contra derecho; el acto abusivo importa el ejercicio de un derecho por el titular mismo. b) El acto ilícito implica dolo, culpa o negligencia como regla general; en cambio, para el abuso, no es de su esencia la existencia de tales elementos; la intención maliciosa es, a veces, elemento integrante del acto abusivo, pero no es elemento esencial como en el acto ilícito. e) El daño que produce el acto ilícito repercute en el tercero; en cambio, el daño que produce el abuso puede referirse a la misma persona o a la colectividad”⁵⁶⁹.

2.2.2. La buena fe y los actos procesales

Uno de los aspectos que debe considerarse en la valoración de las infracciones a la buena fe es el grado de obligatoriedad en la conducta esperada por parte de los litigantes. Según esta modulación, las consecuencias de la infracción conllevarán diferentes consecuencias -unas más graves que otras-. Así las cosas, según la teoría general de los actos procesales podemos distinguir dentro del sistema procesal la existencia de: deberes, obligaciones y cargas procesales⁵⁷⁰.

⁵⁶⁸ GUASP, J.: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, AGUILAR, Madrid, 1948, p. 23.

⁵⁶⁹ CUENTAS ORMACHEA, E.: “El abuso del derecho”, *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, No. 51, 1997, p. 466.

⁵⁷⁰ “El legislador entre otras potestades está facultado para definir los deberes, obligaciones y cargas procesales de las partes, los poderes y deberes del juez y aún las exigencias de la participación de terceros intervinientes, ya sea para asegurar la celeridad y eficacia del trámite procesal, proteger a las mismas partes e intervinientes o bien los deberes, obligaciones y cargas procesales se constituyen según la doctrina procesal como imperativos jurídicos, que imponen tanto al juez, como a las partes e incluso a los terceros intervinientes la observancia de ciertas conductas que son importantes dentro del

El deber procesal constituye una exigencia legal instaurada para asegurar la eficaz realización del proceso⁵⁷¹, por tanto, no se direcciona al interés individual de los litigantes sino al interés general de la comunidad⁵⁷², cuya omisión puede acarrear además la interposición de una multa. Una exigencia de este tipo la encontramos en el supuesto contenido en el artículo 28 del Código Orgánico General de Procesos que sanciona con una multa la interposición de una recusación infundada, cuando esta solo tiene como objetivo el retraso en el tratamiento de la *Litis*⁵⁷³. En idéntico sentido, la Ley de Enjuiciamiento Civil en el contenido del artículo 112.1. asigna una multa de 180 a 6.000 euros, adicional a la consideración de costas, a la parte quien pase por alto el deber de no presentar recusaciones maliciosas⁵⁷⁴.

Por obligación procesal entendemos aquella actuación impuesta por la ley procesal a las partes con motivo del proceso, cuya omisión involucra un perjuicio para el obligado y generalmente una condena en costas. Un ejemplo de este tipo, según la reglamentación ecuatoriana lo podemos leer en el contenido de los artículos 86⁵⁷⁵, 87⁵⁷⁶ y 286⁵⁷⁷ del Código Orgánico General de Procesos. Mediante los cuales se

proceso". VEGA PÉREZ, L. ARIZA MANTILLA.: "teoría del deber-obligación de las partes, en los procesos de responsabilidad médica", *Derecho y Realidad*, No. 34, p.124.

⁵⁷¹ DI GIULIO, G.: "Obligaciones, deberes y cargas del defensor en el procedimiento penal bonaerense", *Cartapacio*, No. 2, 2004, p. 2.

⁵⁷² RÚAY SÁEZ, F.: "Análisis crítico sobre la inclusión del principio de buena fe procesal en el proyecto de código procesal civil chileno", *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, No. 3, 2013, p. 63.

⁵⁷³ "Si la o el juzgador resuelve que la demanda de recusación tuvo por objeto retardar indebidamente el progreso de la litis, se impondrá la multa de un salario básico unificado del trabajador en general, en contra de la o el defensor, sin perjuicio de la condena de costas en caso de haberla". Código Orgánico General de Procesos (COGEP), *Op. Cit.*, art. 28

⁵⁷⁴ "El auto que desestime la recusación acordará devolver al recusado el conocimiento del pleito o causa, en el estado en que se hallare y condenará en las costas al recusante, salvo que concurrieren circunstancias excepcionales que justifiquen otro pronunciamiento. Cuando la resolución que decida el incidente declare expresamente la existencia de mala fe en el recusante, se podrá imponer a éste una multa de 180 a 6.000 euros" Ley de Enjuiciamiento Civil, *Op. Cit.*, art. 112.1

⁵⁷⁵ "Las partes están obligadas a comparecer personalmente a las audiencias". Código Orgánico General de Procesos (COGEP), *Op. Cit.*, art. 86

⁵⁷⁶ "En caso de inasistencia de las partes se procederá de acuerdo con los siguientes criterios: 1. Cuando quien presentó la demanda o solicitud no comparece a la audiencia correspondiente, su inasistencia se entenderá como abandono. Si comparece la parte actora sin su defensor, la o el juzgador suspenderá la audiencia y la volverá a convocar, por una sola vez, a petición de parte. 2. Cuando la o el demandado o la o el requerido no comparece a la audiencia que corresponda, se continuará con la audiencia y se aplicará las sanciones y efectos, entendiéndose siempre que pierde la oportunidad procesal de hacer valer sus derechos. Sin embargo, en caso de retraso, se admitirá su participación, tomando la audiencia en el estado en que se encuentre". Código Orgánico General de Procesos (COGEP), *Op. Cit.*, art. 87.

⁵⁷⁷ "La o el juzgador condenará en costas en los siguientes casos: 1. Cuando una parte solicite a la o al juzgador la realización de una audiencia y no comparezca a ella. Si la audiencia ha sido ordenada de

impone la obligación de comparecencia de las partes a la audiencia. En caso de no comparecencia del actor, sin causa legítima de justificación fundado en el deseo de retrasar el trámite de la causa, la sanción será considerar abandonado el proceso y la condena en costas. En caso de inasistencia del demandado pierde la oportunidad de hacer valer su contradicción y también se le impone una condena en costas. De igual forma la Ley de Enjuiciamiento Civil condena en costas al demandante que no asiste a la vista y además agrega una indemnización en favor del demandado que asistió, si así lo solicita y prueba los daños y perjuicios ocasionados⁵⁷⁸.

Finalmente, la carga procesal conlleva una necesidad o interés individual y facultativo de la parte de realizar una determinada actuación procesal en aras de prevenir un perjuicio en su contra⁵⁷⁹. En la Ley de Enjuiciamiento Civil esta carga se diagrama, por ejemplo, en la comparecencia de los litigantes frente a una declaración de parte. La omisión maliciosa de esta carga genera como consecuencia que el tribunal pueda “considerar reconocidos los hechos en que dicha parte hubiese intervenido personalmente”⁵⁸⁰. En el caso ecuatoriano si la parte omite la carga de comparecencia a la declaración de parte, para evitar el esclarecimiento de los hechos, la consecuencia será forzar su presencia a través de la fuerza pública⁵⁸¹. Otro de estos ejemplos se puede corroborar en la omisión maliciosa de presentación, hasta la audiencia, de prueba documental de una de las partes, cuando se encuentran en su poder, que, conforme el contenido del artículo 220 del Código Orgánico General de Procesos, acarrea una sanción por trasgresión al principio de buena fe⁵⁸².

De esta forma quedan evidenciados los diversos factores que se generan como consecuencia de las omisiones del principio de buena fe en los diversos actos

oficio por la o el juzgador, la condena se impondrá a la parte ausente”. Código Orgánico General de Procesos (COGEP), *Op. Cit.*, art. 286.

⁵⁷⁸ Ley de Enjuiciamiento Civil, *Op. Cit.*, art. 442.1.

⁵⁷⁹ GOLDSCHMIDT, J.: *Teoría general del derecho*, Labor, Barcelona, 1936, p. 91-98.

⁵⁸⁰ Ley de Enjuiciamiento Civil, *Op. Cit.*, art. 304.1.

⁵⁸¹ Código Orgánico General de Procesos (COGEP), *Op. Cit.*, art. 177.2

⁵⁸² “La parte que requiera un documento privado que se encuentre en poder de la contraparte, podrá pedir a la o al juzgador que ordene su presentación hasta la audiencia. Si el que se presume tenedor del documento confiesa que se halla en su poder, estará obligado a presentarlo. De no cumplirse la orden judicial o demostrar que el documento no existe o no está en su poder, la o el juzgador sancionará la mala fe y deslealtad procesal de quien incurra en ella, conforme con la ley”. Código Orgánico General de Procesos (COGEP), *Op. Cit.*, art. 220

procesales. Según la omisión maliciosa, se asigna un efecto diferente que va desde la ineficacia de los actos, hasta las sanciones pecuniarias, además se habilita el ejercicio de la función disciplinaria del juzgador. El surgimiento de las facultades disciplinarias del juzgador no responde a un sistema judicial autoritario, sino que, de la mano de la publicización, se vale de este principio para garantizar el recto desenvolvimiento del proceso.

2.3. Principio de imparcialidad

Uno de los pilares en los que descansa la supremacía de todo estado democrático, se localiza en el grado de confianza de sus ciudadanos en las funciones que desempeña las autoridades jurisdiccionales. Resulta lógico que la presencia del estado a consecuencia del sometimiento voluntario de las personas, mediante la cesión parcial de sus libertades individuales, como garantía de bienestar colectivo, encuentre su razón de ser en la solvencia del estado en la resolución de conflictos. Así desde el punto del “deber ser”, el parámetro de confianza colectiva otorgado por la sociedad demanda la presencia de jueces honestos, justos y sobre todo imparciales.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha resaltado la imprescindible necesidad de contar con la presencia del principio de imparcialidad en el ejercicio judicial. Con ello, al juzgador que se le encomienda la resolución de una controversia, está llamado a prescindir de prejuicios, que comprometan su labor resolutoria⁵⁸³. Todo de la mano de una entrega de garantías que despejen cualquier indicio de parcialidad.

Ahora bien, la idea de una imparcialidad y neutralidad absoluta no deja de ser un ideal de difícil -o imposible- realización, por ser un fin superior a la naturaleza humana. Indubitadamente los juzgadores poseen un cúmulo de factores -sociales,

⁵⁸³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Acosta versus Nicaragua*, sentencia de 25 de marzo de 2017, párr. 172. En este mismo sentido la CIDH ha considerado que en: “el desarrollo de la legislación y de la jurisprudencia internacionales ha permitido el examen de la llamada “cosa juzgada fraudulenta” que resulta de un juicio en el que no se han respetado las reglas del debido proceso, o cuando los jueces no obraron con independencia e imparcialidad”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Carpio Nicolle y otros versus Guatemala*, sentencia de 22 de noviembre de 2004, párr. 131.

económicos, psicológicos, entre otros-, que moldean tanto su idiosincrasia como la perspectiva con la que abordan la controversia. Conocedora de estas falencias, la ley ha diseñado mecanismos dirigidos a garantizar en el mayor grado posible la objetividad del juzgador. Estos mecanismos funcionan como instrumentos de denuncia ante la carencia de ecuanimidad y operan desde una doble dimensión; una atribuible al propio juzgador vía mecanismo de excusa y otra en manos de los litigantes, la recusación.

La recusación se instituye como una garantía de las partes por medio de la cual se busca fortalecer la credibilidad en la función jurisdiccional. Para ello los litigantes están facultados a solicitar la separación del conocimiento de la causa del juez, cuando más allá de la conducta, aparecen hechos demostrables o convincentes que produzcan sospechas legítimas y fundadas de parcialidad; en favor de precaver que la decisión judicial resulte “motivada” por razones impropias al derecho⁵⁸⁴. Con estas consideraciones “la recusación no debe ser vista necesariamente como un enjuiciamiento de la rectitud moral del funcionario recusado, sino más bien como una herramienta que brinda confianza a quienes acuden al Estado solicitando la intervención de órganos que deben ser y aparentar ser imparciales”⁵⁸⁵.

Teniendo en cuenta su connotación la imparcialidad goza de reconocimiento supranacional, en la medida en que varios instrumentos internacionales de derechos humanos la reconocen. El Convenio Europeo de Derechos Humanos en el artículo 6.1. garantiza que toda persona tiene derecho a ser escuchada por un tribunal independiente e imparcial⁵⁸⁶. En idéntico sentido encontramos esta garantía en el contenido del artículo 8.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Con estos reconocimientos en la normativa internacional, una vez que el estado ratifica estos instrumentos, asume un deber de respeto a la imparcialidad y además se obliga a diseñar mecanismos de promoción, protección y garantía de los

⁵⁸⁴ “No se pueden realizar distinciones arbitrarias dentro de un proceso, razón por la cual el resultado del litigio solo puede derivar de la correcta aplicación del Derecho y no de otros factores ajenos a la juridicidad, como es el favoritismo, que resultan irregulares”. OYARTE, R.: *Derecho Constitucional Ecuatoriano y comparado*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2014, p. 734

⁵⁸⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Apitz Barbera y otros versus Venezuela*, en sentencia de 5 de agosto de 2008, párr. 63.

⁵⁸⁶ Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, *Op. Cit.*, art. 6.1

derechos de todo ser humano. Del lado americano esta obligatoriedad emana del contenido del artículo 1 de la Convención⁵⁸⁷.

Dentro de la legislación española no existe una enunciación expresa de la imparcialidad en su norma constitucional, por tanto, su contenido se localiza en la jurisprudencia. En ella se ha relacionado a la imparcialidad⁵⁸⁸ con el contenido del artículo 24.2 de la constitución española⁵⁸⁹, en tanto asimila que forma parte del derecho a un proceso con todas las garantías⁵⁹⁰.

Bajo este entendido, la imparcialidad como una garantía orgánica cuyo destinatario es el órgano jurisdiccional mantiene una estrecha relación con las garantías procesales, en tanto las vulneraciones que se generan, en mayor medida, involucran ambas calidades. Gracias a su carácter autónomo, el rasgo diferenciador implica que en el primer enunciado la potestad en la resolución sea otorgada a un órgano en quien confluyan cualidades específicas, mientras que el segundo aborda los derechos en cuanto al modo en el que el órgano debe actuar⁵⁹¹.

El reconocimiento de la imparcialidad en el Convenio Europeo de Derechos Humanos revela un desacierto que amerita ser observado, a costa de su indeterminación, toda vez que en su texto no se logra definir expresamente en qué consiste este derecho de toda persona frente a las obligaciones de las partes contratantes. Con ello, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en un intento

⁵⁸⁷ “Los Estados Parte en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.” Convención Americana Sobre Derechos Humanos, *Op. Cit.*, artículo 1.

⁵⁸⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional español No. 7/1997 de 14 de enero, fundamento jurídico 3; No. 85/1992 de 8 de junio, FJ 2; No. 55/1990 de 28 de marzo, FJ 7.

⁵⁸⁹ “Todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia” Constitución española, *Op. Cit.*, artículo 120.1.

⁵⁹⁰ CALDERÓN CUADRADO, P.: “El derecho a un proceso con todas las garantías”, *Cuadernos de Derecho Público*, No. 10, p.166.

⁵⁹¹ *Ídem*, p. 167.

clarificador, dentro de sus fallos ha logrado identificar al menos dos etapas de la imparcialidad⁵⁹².

En la primera denominada etapa tautológica, se defiende la idea de la imparcialidad como ausencia de prejuicios. En ella se distinguen dos supuestos, el primero “subjetivo” al que se le encomienda la indagación de la convicción personal del juez en el caso en concreto, y una objetiva que se encarga de la valoración sobre si el juzgador ofrece las garantías suficientes que excluyan toda duda razonable al respecto. Así las cosas, frente al surgimiento de dudas legítimas que coloquen en duda su ecuanimidad debe abstenerse de conocer la causa⁵⁹³.

En la segunda etapa “actual”⁵⁹⁴ el TEDH ha variado sus conceptos entorno a la imparcialidad y sus denominadas facetas “subjetivas” y “objetivas”. Respecto a la primera agrega que la imparcialidad está dotada de una presunción que no desaparece sino hasta que se demuestre lo contrario⁵⁹⁵. La prueba en este punto debe evidenciar si el juez por ejemplo a dado muestras de hostilidad o mala voluntad por razones personales⁵⁹⁶. Empero, el hecho de que un juez no haya sido excluido del conocimiento de un recurso de apelación en materia civil por haber participado

⁵⁹² MONTERO AROCA, J.: “La imparcialidad judicial en el Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en FERRER MAC-GREGOR, E. y ZALDÍVAR LELO DE LARREA, A. (coord.): *La ciencia del derecho procesal constitucional estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador de derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México/Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional/Marcial Pons, Tomo 9, México D.F., 2008, p. 784.

⁵⁹³ Así lo ha hecho constar en sus fallos el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: “El Tribunal precisa, en primer lugar, el doble aspecto subjetivo y objetivo con el que debe analizarse la imparcialidad de los Tribunales. Subjetivo en cuanto a la convicción personal de un juez concreto en un caso concreto. Objetivo en cuanto a que un juez ofrezca garantías suficientes para excluir cualquier duda legítima sobre la imparcialidad de su actuación. No basta que el juez actúe imparcialmente, sino que es preciso que no exista apariencia de imparcialidad; «en esta materia incluso las apariencias tienen importancia», ya que «lo que está en juego es la confianza que los Tribunales deben inspirar a los ciudadanos en una sociedad democrática»” Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Piersack, sentencia de 1 de octubre de 1982, FJ 1.

⁵⁹⁴ MONTERO AROCA, J.: “La imparcialidad judicial en el Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *Op. Cit.*, p. 784

⁵⁹⁵ “El Tribunal sostiene que la imparcialidad personal de un juez debe ser presumida hasta que haya pruebas de lo contrario” Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 15 de octubre 2009 caso Micallef versus Malta, No. 17056/06, párr. 94. En igual sentido Sentencia de 28 de junio de 1981, caso Le Compte, Van Leuven y De Meyere versus Bélgica, No. 6878/75, párr. 58.; Sentencia de 13 de noviembre de 2007, caso Driza versus Albania, No. 33771/02, párr. 75.

⁵⁹⁶ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 16 de septiembre de 1999, caso Buscemi versus Italia, No. 29569/95, párr. 67-68.

previamente en otro recurso relacionado al primero, no es prueba suficiente para anular la presunción⁵⁹⁷.

En relación con la objetividad, defiende la idea de que indistintamente de la actitud personal del juzgador, consiste en determinar la existencia de hechos comprobables que habiliten dudar sobre la imparcialidad⁵⁹⁸ o bien asegurar que existen garantías suficientes para desestimar cualquier duda legítima sobre la imparcialidad⁵⁹⁹. En este punto, si bien la perspectiva del afectado se toma en consideración, no es determinante para su calificación de imparcialidad, el elemento concluyente será entonces saber si el reparo de las partes puede considerarse objetivamente justificado⁶⁰⁰.

Esta clasificación proporcionada por el TEDH, a decir de algún sector de la doctrina, resulta errónea en tanto que la imparcialidad hace referencia a la apreciación del juzgador como un ente ajeno a lo que se discute en el proceso y a los litigantes, por lo que su imparcialidad siempre es subjetiva⁶⁰¹. Es así como partiendo de esta subjetividad la ley procura objetivar las causas que inciden en desconfigurar la

⁵⁹⁷ “En cuanto a la prueba subjetiva, el solicitante no aportó ninguna prueba para refutar la presunción de que el juez D.M. era imparcial. En este sentido, el Tribunal reitera que el hecho de que el juez D.M. no se retirara de tratar la acción civil en apelación después de su participación anterior en otro conjunto de procedimientos civiles relacionados, no constituye la prueba requerida”. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 27 de febrero 2013, caso Golubović versus Croacia, No. 43947/10, párrafo 52.

⁵⁹⁸ “Por lo tanto, queda la apreciación objetiva. Consiste en preguntarse si, independientemente de la conducta personal del juez, ciertos hechos verificables permiten sospechar la imparcialidad de este último. En este sentido, incluso las apariencias pueden ser importantes. Se trata de la confianza que los tribunales de una sociedad democrática deben inspirar a los justiciables”. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 17 de junio de 2003, caso Pescador Valero versus España, No. 62435/00, párr. 23; en idéntico sentido, Sentencia de 06 de junio del 2000, caso Morel versus Francia, No. 34130/96, párr. 45-50; Sentencia de 21 de julio de 2009, caso Luka versus Rumania, No. 34197/02, párr. 40.

⁵⁹⁹ MONTERO AROCA, J.: “La imparcialidad judicial en el Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *Op. Cit.*, p. 786

⁶⁰⁰ “Por último, hay que tener en cuenta que, para pronunciarse sobre la existencia, en un caso determinado, de razones legítimas para temer que no se cumplan estos requisitos, la óptica de una parte entra en juego, pero no juega un papel decisivo. El elemento determinante es saber si las aprehensiones del interesado pueden pasar por objetivamente justificadas”. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 22 de junio de 2004, caso Pabla Ky versus Finlandia, No. 47221/99, párr. 30. Igual consideración en la Sentencia de 21 de diciembre de 2000, caso Wettstein versus Suiza, No. 33958/96, párr. 44.

⁶⁰¹ DÍAZ CABIALE, J. A.: *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad judicial*, Comares, Granada, 1996, p. 408. En idéntico sentido se pronuncia Juan Montero Aroca que indica “La influencia o no en el juicio de circunstancias ajenas al cumplimiento de la función es subjetivo, de modo que no cabe constatar objetivamente la imparcialidad o parcialidad”. MONTERO AROCA, J.: *Principios del proceso penal*, Tirant lo Blanch, 1997, p. 87.

imparcialidad del juez, pormenorizando una serie de circunstancias que lo deslegitiman para conocer la causa ante la sospecha de parcialidad, más allá de que sea o no capaz de cumplir con su rol jurisdiccional. Sobre la base de estas puntualizaciones, son las causales de excusa o recusación las que pueden clasificarse según su calidad subjetiva u objetiva, más no la imparcialidad⁶⁰².

Finalmente, la consideración de la imparcialidad y su impacto en la resolución de la causa adquiere relevancia dentro de la publicización, al ser uno de los puntos en los que se sitúa el riesgo en el tratamiento del proceso. Con ello, bien entendida la exacta naturaleza del principio de imparcialidad y su pleno significado con las garantías procesales, juntas diagraman una convivencia necesaria en la construcción de un proceso equitativo. En este contexto, la imparcialidad se mantiene incólume dentro del modelo procesal en el que se le otorga al juez mayores facultades de dirección, pues aun a pesar de estas ampliaciones, se conserva el rechazo a toda actuación jurisdiccional parcial y para ello se otorga a los litigantes y al juzgador de mecanismos que garantizan su efectividad -excusa y recusación-, frente a hechos fundados que la pongan en duda.

2.3.1. Dirección judicial del proceso

En el estudio de la imparcialidad judicial, resulta meritorio identificar el contenido exacto de otro principio que, a pesar de su autonomía, en ocasiones puede

⁶⁰² Las causales subjetivas se circunscriben a los hechos que vinculan al juez con los litigantes, que podrían generar que a consecuencia de esta relación el juez pierda imparcialidad. Ya sea de forma positiva mediante la concesión de mayores beneficios o negativa desfavoreciendo a alguno de los contendientes. Por otro lado, las circunstancias objetivas engloban las particularidades en virtud de las cuales el juez se ve relacionado con el objeto del proceso, lo que condiciona su desempeño ecuánime. PICÓ I JUNOY, J.: *Estudios sobre el proceso y la justicia*, Op. Cit., p. 171. Siguiendo esta línea doctrinaria, la norma procesal ecuatoriana ha enumerado como causas subjetivas de recusación: “2. Ser cónyuge o conviviente en unión de hecho de una de las partes o su defensora o defensor. 3. Ser pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad de alguna de las partes, de su representante legal, mandatario, procurador, defensor o de la o del juzgador de quien proviene la resolución que conoce por alguno de los medios de impugnación”; como causas objetivas se presentan: “4. Haber conocido o fallado en otra instancia y en el mismo proceso la cuestión que se ventila u otra conexa con ella. 6. Haber sido representante legal, mandatario, procurador, defensor, apoderado de alguna de las partes en el proceso actualmente sometida a su conocimiento o haber intervenido en ella como mediador”. Código Orgánico General de Procesos (COGEP), Op. Cit., art. 22.

resultar inadecuadamente involucrado dentro de otros factores, que, si bien inciden en él, no lo hacen de forma determinante en su ejercicio y vigencia. El principio de dirección judicial también conocido como principio de autoridad del juez, surge como límite al sistema privatístico y permite dejar atrás la función pasiva de la autoridad jurisdiccional en el devenir del proceso⁶⁰³, sin que con ello menoscabe, en ningún grado, la eficacia de la imparcialidad.

En virtud del principio de dirección, se busca privilegiar el análisis del proceso desde una visión pública, del cual se sirve el estado para hacer efectivo el valor máximo de paz social. Al respecto Chiovenda sostiene que: “En el proceso civil moderno el juez no puede conservar la actitud pasiva que tuvo en el proceso de otros tiempos. Es un principio del derecho civil público moderno que el Estado hallase interesado en el proceso civil; no ciertamente en el objeto de cada pleito, sino en que la justicia de todos los pleitos se realice lo más rápidamente y lo mejor posible (...). El juez, por lo tanto, debe estar provisto también en el proceso civil, de una autoridad que careció en otros tiempos”⁶⁰⁴.

Este principio aporta a los juzgadores facultades tendentes a direccionar y orientar las actividades de las partes y su importancia ha sido reconocida incluso en países del sistema *common law*, que poseen un carácter dispositivo más rígido que el *civil law* vigente en la mayor parte de Europa y América latina⁶⁰⁵.

Conjuntamente al principio de dirección judicial, además de las facultades señaladas a lo largo de este capítulo, podemos ubicar al impulso de oficio como una manifestación expresa de las prerrogativas conferidas a la autoridad jurisdiccional. Se concibe como la aptitud del juez para hacer -salvo limitaciones expresas de la ley-, progresar el proceso de forma autónoma, aún sin el pedido de las partes, con el afán de alcanzar sus fines.

⁶⁰³ MONROY GÁLVEZ, J.: *Teoría general del proceso*, Op. Cit., p. 194.

⁶⁰⁴ CHIOVENDA, G.: *Principios del derecho procesal civil*, Op. Cit., p. 136.

⁶⁰⁵ Dentro de las reformas procesales de los años 90 en los países anglosajones se ha buscado incluir la figura de un juez con mayores facultades de dirección. Así tenemos el ejemplo de Estados Unidos de Norteamérica en su reforma procesal de 1990, Inglaterra en 1995 y Australia en 1997. LÓPEZ MEDINA, D.E.: *Nuevas tendencias en la dirección del proceso*, Consejo Superior de la Judicatura/ Escuela judicial Rodrigo Lara Bonilla, Bogotá, 2004, p. 32-33.

El cambio de este paradigma va más allá del decadente monopolio cerrado de los litigantes respecto al avance del proceso, que situaba en una posición de impotencia al juzgador frente a las demoras injustificadas en el trámite de las causas, que a su vez provocaban el derroche de insumos económicos y de esfuerzo. Sin perjuicio de ello, lo expuesto no implica una disminución en el papel preponderante de las partes en el impulso del proceso, en tanto sobre ellas reposa principalmente esta carga, contrario a ello esta prerrogativa conlleva una labor de vigilancia del juzgador, que debe desarrollarse desde el inicio hasta el fin de la contienda, como garante de su desarrollo en los términos concebidos en la ley; mientras que expulsa los escollos que obstaculizan el ejercicio pleno de los derechos de las partes y de los fines de la administración de justicia ⁶⁰⁶.

⁶⁰⁶ EISNER, I.: *Planteos procesales: ensayos y notas sobre el proceso civil*, Op. Cit., p.63.

CAPÍTULO TERCERO III: EL PROCESO Y SUS IMPLICACIONES EN EL JUICIO ORAL

Para entender el modelo procesal civil, de forma obligatoria se requiere caracterizar las instituciones que conforman el proceso, especialmente por medio de las fases que lo integran y que constan apuntaladas en el sistema oral. Entendido el proceso como el medio o instrumento por el que se ejecuta la jurisdicción⁶⁰⁷, se realizará un acercamiento a las circunstancias especiales que en él se desenvuelven, pues más allá de su autodefinición, solo por medio de estas, se logra asimilar su real enfoque y naturaleza.

El proceso constituye una serie de actos generales encaminados a resolver una controversia que posea alcance jurídico. A consecuencia de la finalidad que persigue, sus actuaciones se encuentran jurídicamente reguladas y escapan del espectro de la libre voluntad de las partes. Lo dicho no implica un desconocimiento de aquellas específicas circunstancias en las que la ley entrega algún grado de discrecionalidad a los litigantes respecto a la realización de aspectos puntuales del proceso⁶⁰⁸. Teniendo en cuenta que estas facultades dependen de su preconcepción y permisión de la ley.

El proceso opera de forma vinculada tanto a la jurisdicción como a la acción. Respecto a la primera desde la visión de la teoría objetiva⁶⁰⁹, esto es, entender a la

⁶⁰⁷ BANACLOCHE PALAO, J. CUBILLO LÓPEZ, I.: *Aspectos Fundamentales de Derecho Procesal Civil*, La ley Wolters Kluwer, Las Rozas, 2014, p. 83

⁶⁰⁸ Un ejemplo de las facultades que entrega la ley procesal ecuatoriana a las partes sobre la realización de los actos procesales, lo encontramos en el contenido del artículo 76 del Código Orgánico General de Procesos, en virtud del cual los litigantes están habilitados para, de común acuerdo, suspender o ampliar términos judiciales. En el caso español un ejemplo de lo dicho lo podemos ver en el contenido del artículo 415.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que habilita la suspensión del proceso, si las partes de común acuerdo lo solicitan para someterse a la mediación, o aquella mediante el cual las partes de común acuerdo pueden convenir que se suspendan el curso de las actuaciones hasta que se resuelvan las cuestiones prejudiciales no penales “por la Administración pública competente, por el Tribunal de Cuentas o por los Tribunales del orden jurisdiccional que corresponda”. Ley de Enjuiciamiento Civil, *Op. Cit.*, art. 42.3

⁶⁰⁹ Esta teoría es la que mayor aceptación posee en la ciencia procesal contemporánea y con ella se deja a tras a la teoría subjetiva que defiende la idea que la jurisdicción tiene como fin la tutela de los derechos subjetivos de las partes. KISCH, W.: *Elementos de Derecho Procesal Civil*, *Op. Cit.*, p. 12.

jurisdicción como la actuación del derecho objetivo (normas) a un caso concreto⁶¹⁰, el ordenamiento jurídico se presenta como un conjunto de mandatos que regulan la vida colectiva, pero desde una visión dinámica mirando hacia el sujeto en el momento de la aplicación, muestra en ocasiones su fracaso como programa de convivencia; es entonces cuando se faculta a un individuo solicitar su acción concreta, frente al surgimiento de ineficacia en la satisfacción de un interés que se reputa legítimo, ya sea por oposición de un tercero, por insuficiencia de previsión normativa o porque aún situándose en los supuestos de la norma no puede alcanzarlo por sí mismo⁶¹¹. Sobre este punto, Andrés De La Oliva manifiesta que la función jurisdiccional es aquella que “teniendo como contenido genérico la tutela del derecho objetivo, se desarrolla mediante un proceso para el logro de distintos resultados jurídicos, plasmados en la declaración de la voluntad de un órgano público, imparcial, independiente y objetivamente desinteresado”⁶¹².

Por otro lado, la acción se concibe como el acto inicial -el sendero- que deben transitar los litigantes y el juzgador. Precisamente el conglomerado de los actos que tienen origen en el derecho de acción, tendientes a la resolución jurisdiccionales es lo que se conoce como proceso⁶¹³. A este último se le han asociado un sinnúmero de conceptos, pero en un primer acercamiento se observa que uno de sus rasgos diferenciadores radica en su dimensión temporal, a través de la cual dinámicamente se concatenan de forma irreversible, ordenada y sucesiva diferentes actos.

⁶¹⁰ GIMENO SENDRA, J. V.: *Fundamentos de derecho procesal*, Op. Cit, p. 122

⁶¹¹ MARTÍNEZ BERNAL, A.: “Sobre el concepto del derecho procesal”, *Revista de Derecho Privado*, Vol. 28, 1944, p. 607-608.

⁶¹² DE LA OLIVA, A.: “Sobre conceptos básicos del derecho procesal”, *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, No. 1, 1976, p. 200. En esta misma línea Ignacio Díez-Picazo Giménez considera que. “Si no hay interés objetivo, no hay jurisdicción (...). La jurisdicción es la función estatal consistente en la tutela y realización del Derecho objetivo, mediante la satisfacción de pretensiones y resistencias, de manera potencialmente irrevocable y a través de órganos que actúan con desinterés objetivo, independencia y sometimiento exclusivo al derecho”. DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.: “Un recorrido por algunas cuestiones básicas del derecho procesal como disciplina jurídica”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, No. 12-13, 1994-1995, p. 272.

⁶¹³ Niceto Alcalá-Zamora ha elaborado un profundo análisis del proceso y citando a Gelsi Bidart sostuvo que la naturaleza del proceso es “un medio de determinar el derecho de fondo, que se presenta como una estructura u organización de sujetos y actos predeterminados, según la cual se ejercen la jurisdicción y los derechos procesales fundamentales de las partes (acción y excepción)”. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N.: “Concepciones menores del proceso”, en ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N. (Comp.): *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Autónoma de México, México D.F., 1 ed., 1992, p. 447.

Resulta meritorio destacar aquellos componentes propios del proceso como integrante del derecho procesal que lo diferencian del término genérico “proceso”. El primero de estos lo encontramos entorno al cause que transita desde su origen hasta su extinción, que no se desenvuelve de forma libre –como un proceso natural-, sino que recorre la senda preconcebida por el derecho. El segundo se ciñe a su ámbito de aplicación, que en este caso corresponde al juicio jurisdiccional, en tanto, el proceso que aquí nos interesa es aquel que se discute en juicio en aras de obtener una resolución. El tercero implica un elemento subjetivo –las partes y el juez-. La continuidad del proceso no se ejecuta de forma automática, sino que depende de la actividad de los litigantes y del órgano resolutor. El accionar de las partes procesales encamina el derecho de acción, mientras que la función del juzgador conduce a la jurisdicción⁶¹⁴.

I. ¿LA NATURALEZA DEL PROCESO?

La definición del proceso ha alcanzado cierto grado de consenso, lo que armonizado su consideración como instrumento para conseguir una sentencia. No obstante, el punto que ha generado controversia doctrinaria y debate es aquello que gira alrededor de la naturaleza jurídica que se le atribuye⁶¹⁵. Como resultado, han emergido divergentes posiciones que han defendido interpretaciones opuestas sobre este punto, que paulatinamente han sido superadas.

⁶¹⁴ PICÓ I JUNOY, J.: *Estudios sobre el proceso y la justicia*, Op. Cit., p. 71.

⁶¹⁵ Estos debates han sido estudiados por Devis Echandía, quien considera que. “Algunos consideran que el proceso no configura una relación sino una situación jurídica. Esta es la tesis de Goldschmidt. Contra esta teoría se han pronunciado Chiovenda, Rosenberg, Von Bülow, Kohler, Rocco, Calamandrei, Hugo Alsina, Rafael de Pina, Manuel de la Plaza, y muchos otros, quienes consideran que el proceso es una relación jurídica de derecho público. Para Carnelutti el proceso origina relaciones jurídicas, pero no es propiamente una relación jurídica. También se ha presentado la idea de que el proceso es una institución, que aceptan Guasp y Viada y acogió en un tiempo Couture; pero como éste observa en su última obra, la multiplicidad de aceptaciones de la palabra suscita un cúmulo de equívocos y malentendidos, pues se la puede tomar como establecimiento, fundación, creación, etc., y en ese sentido son instituciones la familia, la empresa, el Estado, todo lo que sea una organización y el proceso también por eso mismo; pero no define ni puntualiza su naturaleza propia”. DEVIS ECHANDÍA, H.: *Teoría General del Proceso*, Op. Cit. p.169.

Todas las posiciones doctrinarias que se han propuesto el estudio de la naturaleza del proceso, si bien han coadyuvado al mejoramiento en el tratamiento del derecho procesal y su reconocimiento como una categoría jurídica autónoma, no han sido científicamente concluyentes. A causa de lo que se ha dicho, resulta importante analizar algunas de estas posturas, para que, sin desconocer su grado de aporte, nos permita indagar de forma crítica sobre sus rasgos diferenciadores y controversial necesidad.

Este propósito nos permitirá examinar si el derecho procesal ecuatoriano se adhiere o no a alguna de estas posturas. En términos genéricos podremos clasificar a estas dos teorías partiendo del vínculo esencial de su formulación, ya sea desde el derecho privado o el derecho público. La visión privatista abarca la teoría del contrato y del cuasicontrato; mientras que la postura publicista engloba a las teorías de la relación jurídica, de la situación jurídica, de la institución jurídica y como procedimiento contradictorio.

1. Teoría del contrato

Esta doctrina fue elaborada durante el siglo XVIII Y XIX, la misma que se originó a partir del estudio del derecho romano⁶¹⁶. En virtud de esta teoría se consideró al proceso como un acuerdo existente entre el actor y el demandado para someterse a la decisión de un tercero que resuelva el conflicto y que esta decisión tenga carácter vinculante. El hecho es que al menos a lo largo de la *legis actiones*⁶¹⁷, las partes tenían el control sobre el contenido y el alcance de la *Litis contestatio*. Sin embargo, esta

⁶¹⁶ MONROY GÁLVEZ, J.: *Teoría general del proceso*, Op. Cit., p. 234.

⁶¹⁷ "En Roma, en época arcaica, y todavía en el momento inicial de las *legis actiones*, el Derecho sustancial y el Proceso forman una unidad inescindible. No es que los ritos formales creen el Derecho, pero dichos ritos, que para los investigadores modernos son aspectos procesales, para el romano de aquella época serían una forma o medio de afirmar su derecho; este no sería un dato preexistente a probar, sino que, precisamente, existía en cuanto podía someterse a la prueba del rito afirmativo (lo que hoy llamaríamos Proceso)." FUENTESECA DÍAZ, P.: "Las "legis actiones" como etapas del proceso romano", *Anuario de historia del derecho español*, No. 34, 1964, p. 211

actividad tanto en “el formulario como en la *legis actiones*”⁶¹⁸, se parecía - especialmente la última-, más al arbitraje que a un proceso judicial⁶¹⁹.

El desarrollo de esta teoría se le atribuye a la doctrina francesa, que trató de entender al proceso desde la perspectiva de las categorías civiles, concretamente desde las relaciones convencionales y de la existencia de acuerdos implícitos, como, por ejemplo, sobre los efectos de la cosa juzgada⁶²⁰, dotándola de validez y eficacia. Ahora bien, el apogeo de esta postura se explica en el contexto histórico de Europa, en dicha época la preminencia era justamente afirmar que el orden social poseía un fundamento contractual⁶²¹.

Esta postura ha enfrentado algunas oposiciones. Una de ellas remarca la incompatibilidad entre un supuesto acuerdo de las partes, cuando la propia controversia revela la presencia de posturas divergentes. Otra de ellas critica el hecho de que esta postura no contempla la prosecución del proceso en rebeldía, que ocurre aún en ausencia del demandado, quien en ejercicio de sus derechos subjetivos está facultado de abstenerse de ejercitar voluntariamente su derecho a la defensa, sin que, por tal circunstancia, se pueda cuartar la realización del proceso⁶²². Por otro lado, resulta inadecuado pensar que la contienda judicial el actuar del demandado sea el resultado de un deseo espontáneo y premeditado de participar en ella, sino que responde prescindiendo, incluso, de su voluntad.

2. Teoría del cuasicontrato

A consecuencia de las críticas a la teoría contractual del proceso, que sellaron irremediablemente su suerte, a la par emergieron nuevas variantes a su consideración.

⁶¹⁸ Estas son las dos primeras manifestaciones procesales del derecho romano, por medio de las cuales las partes guiaban sus pretensiones.

⁶¹⁹ COUTURE, E.: *Fundamentos del derecho procesal civil*, Op. Cit., p. 126.

⁶²⁰ “Pothier afirmó que el efecto entre partes de la cosa juzgada no era otra cosa que la consecuencia lógica del principio de que las convenciones sólo afectan a los contratantes, y que la fuente de la *res judicata* era, justamente, el contrato judicial”. COUTURE, E.: *Fundamentos del derecho procesal civil*, Op. Cit., p. 127.

⁶²¹ ROUSSEAU, J.: *El contrato social*, Op. Cit., p. 4

⁶²² PICÓ I JUNOY, J.: *Estudios sobre el proceso y la justicia*, Op. Cit., p. 73.

Precisamente el nacimiento de esta teoría surge en 1859, en la obra de Arnault de Guenyveau, titulada: Del cuasicontrato judicial. A él le siguieron De La Serna y Caravantes en España ⁶²³.

Surge entonces la teoría del cuasicontrato con el afán de superar el reproche que embargaba a la anterior teoría, sobre todo frente al hecho de que el proceso surge aún sin que medie el libre consentimiento de ambas partes. Con este propósito se buscó otra fuente de las obligaciones que expliquen la naturaleza del proceso. Este sector de la doctrina explicó que el proceso no podía considerarse como un contrato, tampoco como un delito o cuasidelito, por lo que, por descarte, se lo situó dentro de los cuasicontratos⁶²⁴.

Uno de los grandes defectos de esta teoría se sitúa en el hecho de que la figura del cuasicontrato no es una categoría civil firme⁶²⁵. Lo cierto es que como lo reconoce Couture el surgimiento de esta teoría, nace de una lectura equivocada del Digesto de Justiniano al que supuestamente se le atribuye la referencia *in iudicio quasi contrahimus*. Sin embargo, esta frase en su texto original hacía alusión al proceso como contrato y no al cuasicontrato⁶²⁶: “nam sicut in stipulatione contrahitur cum filio, ita iudicio contrahi, proinde non originem iudicii spectandam sed ipsam iudicati velut obligationem” ⁶²⁷.

Si bien esta teoría subsana en parte el hecho de que el proceso continúa sin depender del consentimiento del demandado. Tal como ocurrió con la teoría del contrato, en ambas existe un error en la enumeración de las fuentes de las obligaciones. Las dos consideraron únicamente 4 de ellas y omitieron una quinta: La ley. Esta última explicaba de mejor forma la naturaleza jurídica del proceso.

⁶²³ RÍOS MUÑOZ, L. P.: “Revisitando la naturaleza jurídica del proceso”, *IUDICIUM Revista de Derecho Procesal de la Asociación Iberoamericana de la Universidad de Salamanca*, No. 09, 2020, p.30.

⁶²⁴ Sin perjuicio de ello, esta teoría pasa por alto a la fuente principal de las obligaciones: La Ley, en tanto goza de carácter público. GIMENO SENDRA, J. V.: *Fundamentos de derecho procesal*, Op. Cit., pp. 154-158

⁶²⁵ MONROY GÁLVEZ, J.: *Teoría general del proceso*, Op. Cit., p. 239

⁶²⁶ COUTURE, E.: *Fundamentos del derecho procesal civil*, Op. Cit., p. 131

⁶²⁷ “Porque, así como en la estipulación se contrata con el hijo, así se contrata en el juicio”. GARCÍA DEL CORRAL, I.: *Cuerpo del derecho civil romano a doble texto, traducido al castellano del latín Primera parte, Instituta-Digesto*, Consejo de Ciento, Barcelona, 1889, p. 787.

Lamentablemente dicha omisión conllevó a sustentar imprecisamente que respondía a un origen contractual o cuasi contractual⁶²⁸.

No existe duda de que las posiciones privatistas en esta época están absolutamente superadas, de la mano de la autonomía científica del derecho procesal. Con ello, el sistema procesal ecuatoriano, de ninguna forma se ajusta a sus postulados. Corresponde entonces esbozar las teorías que conforman las doctrinas publicistas.

3. Teoría de la relación jurídica

La inadecuada consideración de criterios privatísticos en torno al proceso, conllevó a diferentes sectores de la doctrina a buscar otros factores que entreguen una mejor respuesta a la naturaleza jurídica del proceso. En esta actividad resalta especialmente la doctrina alemana.

La noción de la teoría de la relación jurídica surgió de la Pandectística alemana del siglo XIX⁶²⁹, salvo algunas excepciones como las de Wach que ubica el antecedente de esta teoría en los aportes de Sassoferrato y Azo⁶³⁰. Bajo esta

⁶²⁸ Para Gimeno Sendra resulta muy difícil encontrar una similitud entre las figuras típicas cuasicontractuales: gestión de los negocios ajenos y el pago indebido con la naturaleza del proceso. GIMENO SENDRA, J. V.: *Fundamentos de derecho procesal*, Op. Cit., p. 157

⁶²⁹ “Del genio inigualable de Savigny parten dos corrientes que rigen los destinos del Derecho romano en Alemania a lo largo del siglo XIX y, a pesar de las reticencias mostradas por los seguidores de la Escuela histórica a las construcciones abstractas y las elaboraciones doctrinales especulativas, más propias del molde del iusnaturalismo racionalista, surge una vertiente de la Escuela histórica del Derecho que pretende alcanzar una construcción dogmática adaptada a su tiempo para resolver los problemas del momento sobre la base de las fuentes romanas justinianas. Es lo que se conoce como el movimiento de la Pandectística, Escuela histórica moderna o jurisprudencia de conceptos, que revitaliza el estudio del Derecho romano para, a partir de sus fuentes, pergeñar una visión dogmática del Derecho privado. El término que da nombre al movimiento –Pandecta- deriva de la voz griega homónima (por derivación de pandectai), que traduce la voz latina Digesto, e indica muy claramente que los discípulos de Savigny son los últimos exponentes de juristas que estudian directamente las fuentes romanas justinianas, fundamentalmente el Digesto, para crear una ciencia jurídica actualizada al servicio de los problemas nacionales del momento, que asombrará por su rigor, ingenio y agudeza”. BERNAD MAINAR, R.: “La pandectística alemana: columna vertebral imperecedera del iusprivatismo moderno”, *RIDROM: Revista Internacional de Derecho Romano*, No. 17, 2016, p. 39-40. Pp. 1-80

⁶³⁰ “la vieja definición de los italianos que nos fuera transmitida hace ya mucho tiempo: iudicium est legitimus actus trium personarum, scilicet iudicis actoris et rei (el juicio es un acto legítimo de tres

concepción la relación existente entre varias personas ocurría en el marco de regulación del derecho. Si debemos mencionar un nombre en el aporte de esta teoría, hay que referirse a Oskar von Bülow y a su obra titulada: La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales, publicada en Giesen en 1868.

La obra de Bülow marcó el punto de partida del procesalismo científico, toda vez que desarrollando los aportes de Hegel ⁶³¹, definió al proceso como: “una relación jurídica que se desenvuelve gradualmente, con tres lados, esto es, que tiene lugar entre las partes y el juez, el esqueleto de la cual está constituido por la obligación del juez de emanar la sentencia (*necessitas cognoscendi et iudicandi*), por el derecho de las partes a tenerla y por la obligatoriedad del resultado del proceso para las partes: relación de derecho público, que es fundada por la demanda judicial, y que tiene naturaleza formal, de donde el derecho de las partes en la relación procesal tiene a la sentencia, pero no a una determinada sentencia”⁶³².

A la luz de esta teoría, desde que se les entrega a los funcionarios públicos y a los ciudadanos derechos y obligaciones; así como se les asigna a estos oficiales públicos funciones en las que se toma en cuenta a las partes, solo desde su vinculación y cooperación con la actividad judicial, esta relación jurídica pertenece al derecho público.

Sobre estas posturas surgieron varios pronunciamientos que intentaban explicar la compleja relación que existía entre los sujetos intervinientes del proceso. Para algunos autores como Kohler la relación jurídica era meramente lineal⁶³³, en la que solo se establecían vínculos entre las partes. Para otros como Hellwing, las partes únicamente gozaban de derechos y obligaciones frente al juzgador⁶³⁴. Sin embargo,

personas, a saber, del juez, del actor y del demandado” WACH, A.: *Manual de derecho procesal civil*, traducción de Tomás Banzhaf, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1977, p. 70.

⁶³¹ CHIOVENDA, G.: *Ensayos de derecho procesal civil*, Op. Cit., p. 12

⁶³² BRISEÑO SIERRA, H.: “Bülow, Oskar von, la teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales”, Revista de la Facultad de Derecho de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, No. 56, 1964, p. 1179.

⁶³³ GIMENO SENDRA, J. V.: *Fundamentos de derecho procesal*, Op. Cit., p. 161

⁶³⁴ PICÓ I JUNOY, J.: *Estudios sobre el proceso y la justicia*, Op. Cit., p. 74.

para Bülow la relación jurídica era de carácter triangular y enlaza a las partes y al juez⁶³⁵.

Wach quien en su obra *Hadbuch des Deutschen Civilprozessrechts* de 1885⁶³⁶, distinguió a la relación jurídico procesal “como uno de los principales pilares de la ciencia procesal, sosteniendo su integración total, a diferencia de Kohler y Hellwig (el primero establecía que únicamente existía entre las partes y el segundo entre el juez y las partes). El maestro señalaba que la relación jurídica procesal circundaba alrededor del juez con las partes y de las partes entre sí y con el juez, formando una relación total integral, esquematizada por una relación triangular”⁶³⁷.

Esta doctrina alemana fue acogida por varios autores italianos entre ellos Chiovenda⁶³⁸ y Calamandrei. Este último en su obra: *Instituciones*, al abordar el proceso consideró que existía connotada relevancia en reconocer al menos tres rasgos. La primera, que la relación jurídico procesal, es la fórmula que expresa la unidad e identidad del proceso, toda vez que la progresión compleja de actos que lo conforman circula entorno a una relación jurídica única. La segunda es que esta relación procesal permite concebir la continuidad del proceso, sin que tenga importancia sus transformaciones, a consecuencia de su carácter dinámico cuyo objetivo es alcanzar una decisión jurisdiccional final, siempre que no se termine anticipadamente por causas legalmente previstas. El tercero, radica en su capacidad

⁶³⁵ VON BÜLOW, O.: *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, Op. Cit., p. 293.

⁶³⁶ Adolf Wach, ha expuesto que “Los sujetos de las relaciones procesales son por lo menos tres: el actor, el demandado y el tribunal (...) Las relaciones de estas personas entre sí sólo muestran las diversas facetas de una misma relación jurídica”. WACH, A.: *Manual de derecho procesal civil*, Op. Cit. p. 70.

⁶³⁷ BRODERMANN FERRER, L. A.: “La unidad de la relación jurídico Procesal”, en GÓMEZ FRÖDE, C., BRISEÑO GARCÍA CARRILLO, M. E. (Coords.): *Nuevos paradigmas del derecho procesal*, Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Autónoma de México, México D.F., 2016, p. 258.

⁶³⁸ Este autor sostiene que: “la idea es inherente al concepto romano de que *judicium est actus trium personarum, iudicis, actoris et rei*. Por ello, la relación procesal es una relación autónoma y compleja que pertenece al derecho público. Autónoma en cuanto tiene vida y condiciones propias, independientes de la existencia de la voluntad concreta de ley afirmada por las partes, puesto que se funda en otra voluntad de ley, en la norma que obliga al juez a proveer a las demandas de partes [...]. Compleja, en cuanto no comprende un sólo derecho u obligación, sino un conjunto indefinido de derechos [...]. Perteneciente al derecho público, porque derivase de normas que regulan una actividad pública.” CHIOVENDA, G.: *Principios del derecho procesal civil*, Op. Cit., p. 124

diferenciadora que permite discernir entre proceso y causa, entre derecho material y procesal⁶³⁹.

El proceso, bajo el enfoque de esta teoría, es un abanico infinito de relaciones entre individuos que poseen facultades y deberes, con funciones privadas y públicas, con papeles e intereses distintos; pero con un fin común. Además, promueve la existencia de una relación autónoma que es diferente a cualquier otra relación previa entre las partes, que haya surgido antes del proceso.

Esta teoría contribuyó significativamente en la ciencia jurídica procesal. Estos conceptos se presentaron como oposición a las doctrinas privatísticas y condujo al nacimiento autónomo del derecho procesal. Además, evidenció que el proceso poseía sujetos, presupuestos y enunciados diferentes a la relación jurídico-material que se discute en el proceso⁶⁴⁰. No obstante, existen algunas objeciones que se plantean en su contra. Una de ellas se basa en el hecho que la obligación del estado de amparar los derechos e intereses legítimos de las partes no surge de la relación jurídico procesal si no de la potestad jurisdiccional, exclusiva del estado. Otra de ellas, es que en el momento en el que el juez interviene en el proceso, únicamente se debe al cumplimiento de los deberes que emanan de su cargo y no a causa de la relación jurídica con las partes.

Sobre este punto, Rocco considera que una cosa es la obligación que el órgano jurisdiccional tiene de brindar su actividad en favor de las partes, que se deriva del derecho de los ciudadanos a que se les otorgue dicha prestación, y otra es la obligación que tiene de cumplir con las funciones de su oficio frente al estado. La primera de ellas es una relación procesal y encuentra su origen en las leyes procesales, que regulan las relaciones que surgen en el proceso civil, así como de la modulación en el ejercicio de la jurisdicción. La segunda no es una relación procesal, sino un deber de servicio público judicial⁶⁴¹.

⁶³⁹ CALAMANDREI, P.: *Instituciones del derecho procesal civil*, Op. Cit., p. 342-345

⁶⁴⁰ MONTERO AROCA, J.: *Ensayos de Derecho Procesal*, Bosch, Barcelona, 1996, p. 145-166

⁶⁴¹ ROCCO, U.: *Tratado de derecho procesal civil*, traducción de Santiago Sentís Melendo y Máximo Ayerra Redín, Depalma, Buenos Aires, 1983, p. 287.

4. Teoría de la situación jurídica

La difusión de la teoría del proceso como situación jurídica surgió de los aportes de James Goldschmidt⁶⁴², quien criticó la teoría de la relación jurídico procesal⁶⁴³, pues a su entender los vínculos existentes entre las partes procesales no pueden tenerse como verdaderos deberes y derechos jurídicos. En consecuencia, el autor propone entender al proceso no como una relación, sino como una situación. Ello implica el apareamiento de nuevas categorías procesales: cargas, expectativas y posibilidades⁶⁴⁴.

A la luz de esta teoría, el proceso es una combinación de estas nuevas categorías procesales, donde los actos pueden ser: adecuados o inadecuados, procedentes o improcedentes, fundado o infundados y generan un estado de incertidumbre después de la presentación de la demanda. El cúmulo de estos actos están orientados a obtener una “cosa juzgada”. Por lo expuesto, existen “posibilidades”

⁶⁴² GOLDSCHMIDT, J: *El proceso como situación jurídica, una crítica al pensamiento procesal*, traducción de Jacobo López Barja de Quiroga, Marcial Pons, Madrid, 2015. Sin perjuicio de ello, “Goldschmidt dice que el concepto de situación jurídica fue introducido por Kohler, quien la comprende como una situación o elemento decisivo para que surja el derecho a partir de una cosa jurídica. Agrega que el concepto de situación jurídica es puramente procesal. En sus palabras la situación jurídica es “el estado del asunto de un parte contemplado desde el punto de vista de la sentencia que se espera conforme a la medida del derecho”, o también “la expectativa jurídicamente fundada a una sentencia favorable o contraria y, consecuentemente, la expectativa al reconocimiento judicial de la pretensión ejercitada, como jurídicamente fundada o infundada” RÍOS MUÑOZ, L. P.: “Revisitando la naturaleza jurídica del proceso”, *Op. Cit.* p.30.

⁶⁴³ “El concepto de situación jurídica se diferencia del de relación procesal, en que este no se halla en relación alguna con el derecho material que constituye el objeto del proceso, mientras que aquel designa la situación en que la parte se encuentra respecto a su derecho material, cuando lo hace valer procesalmente. Es erróneo creer, por esto, que el concepto de situación jurídica no es distinto del de relación procesal, y por ello es imposible admitir que esta se desenvuelva hasta llegar a ser una situación jurídica; esto no es una mera situación de la relación procesal, sino del derecho material que constituye el objeto del proceso. Resulta por ello innecesario recurrir al concepto de relación procesal, para asegurar la unidad del proceso, ya que tal unidad viene predeterminada por el derecho material, objeto de referencia de las situaciones jurídicas que surgen en el proceso. Las situaciones jurídicas, son situaciones de expectativa, es decir, esperanzas de la conducta judicial que haya de producirse y, en último término, del fallo judicial futuro. En una palabra: expectativas, posibilidades y cargas. Sólo aquellas son derechos en sentido procesal, las últimas –las cargas– “imperativos del propio interés”, ocupan en el proceso el lugar de las obligaciones”. GOLDSCHMIDT, J.: *Derecho Procesal Civil*, *Op. Cit.*, p. 96-97.

⁶⁴⁴ RAMOS MÉNDEZ, F.: *Derecho y Proceso*, Bosch, Barcelona, 1978, p. 34-35.

de que el derecho reclamado por cualquiera de las partes sea reconocido en la sentencia, teniendo ambas partes la “expectativa” de alcanzar este reconocimiento, siempre supeditado al cumplimiento de “cargas procesales” derivadas de los intereses individuales de las partes, que les permitan obtener dicho resultado. Por lo que, en síntesis, a diferencia del derecho material que resulta estático, el derecho procesal es dinámico⁶⁴⁵.

Para esta postura, no existe una conexión directa ni entre las partes, ni con el juez⁶⁴⁶. El juez emite la sentencia, porque este es su obligación, a consecuencia de su rol como funcionario público que ejecuta el poder estatal de jurisdicción. Este deber, entonces, no se sustenta en una relación procesal, sino en una obligación estatal que acarrea responsabilidades de índole penal y/o civil para el administrador de justicia. Así mismo, defiende que las partes no están relacionadas entre sí, sino que están ligadas a consecuencia de su relación con el Estado, en su calidad de ciudadanos.

Por consiguiente, mencionan que las partes no tienen obligaciones que se deriven de una relación jurídico procesal, lo que sí tienen son: cargas procesales, expectativas y posibilidades. Lo dicho se explica, por ejemplo, por medio de la facultad que tiene el demandado de comparecer o no al proceso, siendo esta una carga y no una obligación, bajo pena de sufrir las consecuencias de su omisión voluntaria, que bien podría disminuir sus posibilidades y expectativas de lograr una sentencia favorable. Así las cosas, los lazos jurídicos entre las partes proceden de situaciones jurídicas cambiantes. Los derechos son para esta teoría expectativas de una ventaja durante el proceso, con la posibilidad de alcanzarlas mediante la realización de determinados actos procesales.

Autores como Gimeno Sendra han realizado planteamientos similares a Goldschmidt. Para este autor el proceso es el “conjunto de posibilidades, cargas y obligaciones que asisten a las partes como consecuencia del ejercicio de la acción, cuya realización, ante el órgano jurisdiccional, origina la aparición de sucesivas

⁶⁴⁵ GOLDSCHMIDT, J: *El proceso como situación jurídica, una crítica al pensamiento procesal*, Op., Cit., p 278.

⁶⁴⁶ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Aranzadi, Navarra, 2014, p. 202.

situaciones procesales desde las que, en un estado de contradicción, examinan sus expectativas de una sentencia favorable y, con ella, la satisfacción de sus respectivas pretensiones y resistencias”⁶⁴⁷.

Las críticas a esta teoría radican en el hecho de que no describe al proceso como tal, sino que da cuenta de las deformaciones que en él se pueden presentar, por lo que no puede hablarse de una situación sino de un conglomerado de situaciones diversas. Precisamente cuando las partes comienzan a cambiar sus estados, con dichas variaciones, surgen nuevas situaciones. Más allá de ello, la crítica a esta teoría no pretende desconocer el aporte de GOLDSCHMIDT, tal como anota Juan Monroy Gálvez⁶⁴⁸.

5. Teoría de la institución jurídica

Como crítica la teoría de la relación jurídica, Guasp difundió sus propias ideas⁶⁴⁹. El sustento de sus objeciones se localiza en dos cuestiones insuperables. La primera es que, a su criterio, no existen verdaderas obligaciones y derechos

⁶⁴⁷ GIMENO SENDRA, J. V.: *Fundamentos de derecho procesal*, Op. Cit., p. 175. Otros partidarios de Goldschmidt definen al proceso como: “la ordenación jurídica que se desarrolla de situación en situación, con el fin de obtener una resolución judicial con validez de cosa juzgada, sobre una relación jurídica de derecho material” LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Op. Cit., p. 202. A su vez Víctor Fairén Guillén considera que “actualmente, reconocidos los méritos de GOLDSCHMIDT (póstumamente), somos muchos los que compartimos en general estas ideas. Y vemos el remedio en la «creación de un nuevo tipo de proceso», profundizando previamente en sus facetas sociológicas y económicas, como tempranamente hizo el pragmático jurista austriaco KLEIN, Franz”. FAIRÉN GUILLÉN, V.: *Doctrina General Del Derecho Procesal*, Bosch, Barcelona, 1990, p. 45.

⁶⁴⁸ “Nos parece que el aporte más significativo de la teoría de GOLDSCHMIDT está en advertir que el proceso, como método de resolución de conflictos, debe estar más comprometido con el contexto histórico-social en donde se desarrolla y donde va a producir eficacia lo que se resuelva y, no con las concepciones, a veces abstractas o metafísicas, referidas al valor justicia (...) No hay procesalista contemporáneo que no reconozca el mérito y la necesidad de contar con el concepto de cargas procesales (...) Advertase que nos estamos refiriendo a la noción de carga procesal, no a la de carga de la prueba, concepto que es mucho más antiguo, tanto que, como lo anota Micheli, se le puede encontrar en el derecho romano, también en el germánico e inclusive en los juristas de Bolonia” MONROY GÁLVEZ, J.: *Teoría general del proceso*, Op. Cit., p. 249-251.

⁶⁴⁹ “Inicialmente Couture respondió a esta tesis, pero posteriormente la abandonó por la multiplicidad de acepciones que tiene el vocablo “institución”, confundiendo la figura y proyectándola a imprecisiones que la priven de eficacia. La misma crítica le asignó Prieto Castro, y otras de mayor encono fueron de Allorio y Alcalá Zamora” GOZAÍN, O.: *Tratado de derecho procesal Civil*, Editorial Jusbares, Buenos Aires, 2020, p. 259

procesales. La segunda es que, en el supuesto que existiesen estas obligaciones y derechos, al ser múltiples, exigen la formulación de un concepto superior que los condense y que sirva para designar esta unidad. Referente a la primera objeción surgió la teoría de la situación jurídica; para la segunda de las objeciones, el autor la analiza a la luz de la que denominó teoría de la institución jurídica⁶⁵⁰.

Guasp entiende por institución “no simplemente el resultado de una combinación de actos tendentes a un fin, sino un complejo de actividades relacionadas entre sí por el vínculo de una idea común objetiva, a la que figuran adheridas, sea esa o no su finalidad específica, las diversas voluntades particulares de los sujetos de quien procede aquella actividad. La institución se compone, pues, de dos elementos fundamentales, que son como la trama y la urdimbre de un tejido: la idea objetiva, que está situada fuera y por encima de las voluntades de los sujetos, y el conjunto de estas voluntades se adhieren a esta idea para lograr su realización. Entendida de esta manera, no es difícil aplicar el concepto de institución al proceso: la idea objetiva común que en él aparece es la actuación o denegación de la pretensión; las voluntades adheridas a esa idea son las de los diversos sujetos que en el proceso figuran, entre las que la idea común crea una serie de vínculos de carácter jurídico también”⁶⁵¹.

La vaga concepción de Guasp sobre la idea de “institución”, nos obliga a tratarla desde lo que se conoce como “institucionalismo”, al amparo de la doctrina francesa⁶⁵².

En toda institución se logran identificar dos elementos: La idea objetiva que la conceptualiza y las voluntades particulares que se anexan a ella. En el proceso la idea común y objetiva sería la de satisfacer una pretensión. Por otro lado, las partes y el juez someten sus voluntades a esta idea común, el juez en su fallo, el actor en su pretensión y el demandado en su oposición. Así las cosas, si observamos con detenimiento, mientras que la teoría de Goldschmidt se centraba en la cosa juzgada, la teoría de Guasp se enfoca en el concepto “pretensión”, desarrollado por él.

⁶⁵⁰ GUASP, J.: *Derecho Procesal Civil*, Op. Cit., p. 20.

⁶⁵¹ *Ídem.*, p. 22-23.

⁶⁵² RAMOS MÉNDEZ, F.: *Derecho y Proceso*, Op. Cit., p. 32.

Desde la postura institucional del proceso Guasp concluye que es una realidad de duración continua, con un carácter objetivo cuya realidad se define por la idea objetiva en la que los sujetos no gozan de igualdad jerárquica sino desigualdad y sumisión. Si bien esta teoría acertadamente prescinde de construcciones del derecho privado para definir al proceso que forma parte del derecho público, las críticas entorno a ella, como lo reconoce Ríos Muñoz, giran en torno a la ambigüedad del concepto “institución”⁶⁵³.

6. Teoría del proceso como procedimiento contradictorio

La teoría del proceso como procedimiento contradictorio es la postura más “reciente” dentro del estudio de la naturaleza jurídica del proceso⁶⁵⁴. Esta teoría fue propuesta por Carlo Furno, mediante estas formulaciones se intentó dejar de lado las categorías iusprivatistas que se atribuían al proceso. Para ello describió este fenómeno, entendiendo al proceso simplemente como un acto⁶⁵⁵.

Furno mencionó que: “No tenemos necesidad de construir el sistema del Derecho procesal sobre los conceptos tradicionales (...) podemos pasar sin más a construir la teoría del proceso sobre un único concepto, sobre el concepto de procedimiento; podemos, en otras palabras, construir la teoría del proceso como acto... y si queremos encontrar para el acto-proceso la categoría técnica adecuada, debemos buscarla en la noción de procedimiento”⁶⁵⁶.

El criterio de Furno fue completado por Elio Fazzalari, quien defendió que la postura de la teoría del procedimiento se resuelve en una progresión de comportamientos valorados por la norma y que tienen lugar uno detrás de otro, de tal

⁶⁵³ “Las críticas que a esta teoría se hacen, son que el concepto de institución es demasiado ambiguo, tanto así que se llega a incurrir en una tremenda tautología al querer explicar la institución del Proceso indicando que es una institución. Fuera de ello, sus críticos se quedan más en la expectativa de la dirección que la teoría pudo tomar a futuro y que nunca llegó”. RÍOS MUÑOZ, L. P.: “Revisitando la naturaleza jurídica del proceso”, *Op. Cit.* p.36.

⁶⁵⁴ RAMOS MÉNDEZ, F.: *Derecho y Proceso*, *Op. Cit.*, p. 34.

⁶⁵⁵ GOZAÍNI, O.: *Tratado de derecho procesal Civil*, *Op. Cit.*, p. 260.

⁶⁵⁶ FURNO, C.: *Actas del congreso internacional de Derecho Procesal Civil*, Padua, 1953, p. 11.

suerte que cada uno de sus componentes presupone a los que lo preceden, condicionando a estos últimos⁶⁵⁷.

Sobre el diagrama lógico propuesto en esta teoría, Álvaro Velloso, considera que: “para que un proceso sea tal y no otra cosa, debe estar constituido siempre e inexorablemente por la totalidad de los elementos enunciados y colocados en el orden lógico: afirmación - negación - confirmación - evaluación. De consiguiente, todo proceso supone la existencia de muchos actos realizados por las partes y por el juez”⁶⁵⁸.

Las críticas que emanan de esta teoría radican en el hecho de que con ella llega a confundirse el proceso con el procedimiento⁶⁵⁹. Dos instituciones que, como lo vimos en los capítulos anteriores, son diferentes, con rasgos y principios diferenciadores. Con ello, la incorporación de un elemento temporal al proceso podría ser válido simplemente como un rasgo técnico, pero no como un elemento esencial.

7. Conclusiones de la naturaleza jurídica del proceso

Si bien las teorías publicistas contribuyeron al avance del derecho procesal; no por ello podemos afirmar que sean concluyentes en su tratamiento sobre una supuesta “naturaleza jurídica del proceso”. Lo cierto es que cada una de ellas afrontan críticas. Esta imposibilidad argumentativa surge a consecuencia de pasar por alto el hecho de que el proceso es una institución jurídica única, no asimilable a otras categorías jurídicas.

⁶⁵⁷ FAZZALARI, E.: *Notas sobre derecho y proceso*, Cedam, Milán, 1957, p. 112.

⁶⁵⁸ ALVARADO VELLOSO, A.: *Introducción al estudio del Derecho Procesal*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1989, p. 237

⁶⁵⁹ GOZAÍNI, O.: *Tratado de derecho procesal Civil*, Editorial Jusbares, *Op. Cit.*, p. 261. En idéntico sentido se ha pronunciado Joan Picó I Junoy, quien considera que: “El problema que plantea esta doctrina es que al intentar centrar el concepto de proceso en el de procedimiento, a menudo, la noción de proceso queda absorbida por la de procedimiento. Ambos conceptos no deben confundirse pues, como destaca Ramos Méndez, son distintos: el procedimiento es el cauce por el que se desarrolla el proceso y está formado por normas técnico-jurídicas; y el proceso se concibe como sucesión de actos en el tiempo”. PICÓ I JUNOY, J.: *Estudios sobre el proceso y la justicia*, *Op. Cit.*, p. 79.

Con sustento él lo expuesto, en términos generales el proceso en la legislación ecuatoriana no asimila ninguna categoría jurídica de rango superior, sino que lo asume como una categoría autónoma, simplemente como un “medio para la realización de la justicia”⁶⁶⁰. Sobre este punto compartimos el criterio de Juan Montero Aroca, en virtud del cual “el proceso no tiene naturaleza jurídica porque no es una especie que se pueda encuadrar en un género; el proceso es por sí mismo un género, no encuadrable en otro superior (...) el proceso constituye por sí solo una categoría autónoma, y por ello no importa ya buscar su naturaleza jurídica en sentido clásico, no tiene sentido buscar una categoría más general”⁶⁶¹.

Aunando a lo expuesto, resulta conveniente extraer a la luz el objetivo que persigue la asignación de una naturaleza jurídica de cualquier institución. El objetivo de esta labor no es meramente clasificatorio o enunciativo, sino que persigue un fin práctico. El propósito es identificar las normas que resultan supletorias ante el surgimiento de una laguna legal⁶⁶². Con ello el encuadre que plantea la doctrina, persigue evidenciar el género de la especie en estudio, con el afán de dotar al ordenamiento jurídico de una impermeabilidad capaz de solventar las diversas circunstancias que puedan presentarse.

Teniendo en cuenta esto, las teorías estudiadas que intentan abordar la naturaleza jurídica del proceso pierden relevancia como herramienta de búsqueda e identificación de las normas supletorias que aporten soluciones a las anomias. Más aún, cuando en los ordenamientos procesales contemporáneos, como es el caso ecuatoriano, las normas procesales regulan diversas materias. En ese caso de qué serviría asignarle al proceso alguna de las teorías privatistas o publicistas, si con ello no se solventa el silencio de la ley.

La aludida independencia del derecho procesal no deberá entenderse como un aislamiento con el resto de los componentes que integran el ordenamiento jurídico.

⁶⁶⁰ Constitución Política del Ecuador de 2008, *Op cit.* artículo 169.

⁶⁶¹ MONTERO AROCA, J.: “Lección Duodécima: Naturaleza y clases de procesos”, en MONTERO AROCA, J., BARONA VILAR, S., GOMEZ COLOMER, J. (dirs.): *Derecho Jurisdiccional I Parte General, Op. Cit.* p. 228-229. En términos similares DE LA OLIVA SANTOS, A. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, M.A.: *Derecho procesal civil*, Promociones y Publicaciones Universitarias PPU, Barcelona, 1988, p. 290.

⁶⁶² *Ídem*, p. 228

De hecho, las diversas ramas del derecho procesal se relacionan en mayor o menor medida con los principios que inspiran las diferentes ramas del derecho sustantivo. En el caso del Código Orgánico General de Procesos del Ecuador, este al abarcar la práctica Civil, Laboral, Familia, entre otras. Cada una de estas tendrá un vínculo diferente con principios de normas sustantivas diversas. A manera de ejemplo en el caso del proceso civil, se rige por el principio dispositivo como manifestación de la autonomía de la voluntad de los litigantes. Mientras que el derecho procesal de niñez se regirá por el principio del interés superior del niño, como una expresión de tutela ampliada en favor del menor de edad⁶⁶³. Esto sin perjuicio de que, en el Ecuador, ambas circunstancias están reguladas en un mismo proceso.

II. EL PROCESO POR AUDIENCIAS

Cada sistema procesal presenta características que permiten diferenciarlos y subdividirlos en grupos. Dicha distinción agrupa sus particularidades en referencia a sus estructuras y principios rectores. Esta diversidad conlleva el diseño de normativas procesales específicas acorde a las necesidades de la sociedad que regulan. La asimilación de estos modelos permite identificar la forma en la que estos sistemas actúan.

En el sistema anglosajón predomina el modelo oral que entrega amplias facultades a las partes y escaso campo de acción al juzgador durante el proceso. Este modelo diagramó un proceso por audiencias en las cuales las primeras etapas tienen

⁶⁶³ La Corte Constitucional del Ecuador reconociendo la interpretación que da el Comité de los Derechos del Niño ha clasificado los tres enfoques del principio al interés superior: “a) Como derecho sustantivo, el niño tiene derecho a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y se tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño. b) Como principio jurídico interpretativo fundamental, si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. c) Como norma de procedimiento, siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño, el proceso deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) que puede tener para el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requiere garantías procesales”. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 239-17-EP/22, caso 239-17-EP, 12 de enero de 2022.

relevancia entorno a la elaboración probatoria. En él existe amplia predisposición de la negociación que elimine la disputa. Las facultades del juzgador se ven ampliadas entorno a la ejecución de las sentencias para las cuales el tribunal goza de importantes prerrogativas. El *common law* centra su doctrina en los precedentes jurisprudenciales⁶⁶⁴, lo que conlleva el estudio organizado de casos, por encima de las normas. Su explicación, si siguiéramos los parámetros históricos anteriormente expuestos, se halla en su origen, como un sistema sencillo, ágil y manejado por la comunidad, lo que impedía tecnicismos y complejidades, y, por ende, a la inexigibilidad de normas que configuraren el modelo estático.

El sistema soviético, hoy aplicable con algunas variaciones en estados como Rusia, cuyo origen se remonta a la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas⁶⁶⁵, mantiene una fuerte influencia del Estado por medio de los órganos jurisdiccionales quienes gozan de potestades y deberes intensificados⁶⁶⁶. Este modelo encuentra cobijo además en los sistemas de influencia geográfica de la antigua URSS.

El *civil law* o derecho continental se divide en dos grandes grupos, aquellos que han decidido instaurar un modelo escriturario -predominante hasta hace unos años

⁶⁶⁴ “El objetivo de la predictibilidad se logra en el sistema de common law por la práctica de obedecer precedentes. El comportamiento de los ciudadanos debe tomar forma según los términos de las decisiones judiciales. Esto tiene que ver con las partes y el resto de la sociedad, que observa las decisiones judiciales y ajusta su comportamiento a lo que éstas determinan (...) Los autores ingleses comentan que el sistema de precedentes vinculantes se aplica en Inglaterra en su versión más rígida. Los precedentes deben ser seguidos, de no ser así, habría que abandonarlos. Es común que el juez, incluso sin estar de acuerdo íntimamente con la regla que consta en el precedente, decida de acuerdo con él, por apego a la necesidad de preservar la igualdad”. ALVIM WAMBIER, T. A.: “La uniformidad y la estabilidad de la jurisprudencia y el estado de derecho- Civil Law y Common Lay”, *THEMIS: Revista de Derecho*, No. 58, 2010, p. 75.

⁶⁶⁵ “En las tareas de la ciencia soviética del Derecho Procesal Civil se incluye también la lucha en contra de las influencias burguesas, que penetran en la teoría del Derecho Soviético, así como en contra del dogmatismo ajeno al espíritu creador del marxismo-leninismo y de la aceptación ciega de ideas extrañas”. GURVICH, M. A.: *El derecho procesal civil soviético*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, México D.F., 1971, p. 26.

⁶⁶⁶ “El Poder Judicial, además, interactúa enormemente con el Poder Ejecutivo y con el presidente de la Federación Rusa. El gobierno prepara el presupuesto que abarca a todas las autoridades estatales, incluyendo a los tribunales (artículo 114 de la Constitución rusa). El presidente propone a los candidatos para el Consejo de la Federación, para el nombramiento de los jueces de los tribunales superiores, y nombra a los jueces del resto de tribunales federales (artículo 83 de la Constitución de Rusia). En segundo lugar, los jueces que deciden los casos no deben solo guiarse por las leyes, sino también por los actos normativos del presidente y de los organismos del Poder Ejecutivo”. ARKHIPOV, V. et altri: “La judicatura en el sistema constitucional ruso”, *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, No. 71, 2013, p. 562.

en casi toda Latinoamérica- y aquellos que optaron por un modelo predominantemente oral. En los procedimientos escritos las facultades del juez se ven atrapadas en limitadas etapas procesales. A ello debe agregarse que la abierta posibilidad de interposición de recursos ralentiza la eficacia del proceso.

En los sistemas orales y públicos del derecho continental lo que se busca es la aplicación del derecho positivo. Por tanto, el juez hace uso de la ley en la resolución de las causas más que del precedente jurisprudencial que, en este caso, tiene como función fiscalizar la aplicación de las normas, esencialmente constitucionales. Con este propósito, se estableció un proceso por audiencias que otorga potestades tanto a las partes como al juzgador en su desarrollo para ordenar, dirigir y resolver. A lo dicho se suma un control de constitucionalidad de dos tipos. Uno concentrado propio del sistema tradicional europeo y otro difuso.

Como vemos cada modelo tiene sus propios lineamientos. El caso es que, sin perjuicio de estas diferencias, en las últimas décadas, fruto de la intensificación de las relaciones comerciales y políticas entre estados, surgió una tendencia de unificación normativa procesal. En América Latina esta tendencia se plasmó con el Código Procesal Civil Modelo⁶⁶⁷.

Sin perjuicio de esta tendencia unificadora en América Latina, no ha podido ejecutarse de forma completa. En atención a las diferencias marcadas de legislaciones como la argentina, donde el estado federal entregó potestades de configuración normativa procesal a sus provincias⁶⁶⁸. La solución a este imprevisto ha sido

⁶⁶⁷ En Europa podríamos nombrar el proyecto de modelo procesal civil uniforme elaborado entre 1990-1993. El proyecto estaba conformado por un miembro representante de cada estado que a esa fecha formaba la Comunidad Europea, siendo presidido por el profesor Marcel Storme. Tenía como objetivo la aproximación, no la unificación, de los aspectos procesales entre los Estados miembros, por lo que la idea no era, ni de cerca, emitir un código completo que remplace los códigos nacionales; sino elaborar un corpus de reglas comunes que debían estar presente solo en materias, en las que la armonización de las legislaciones procesales civiles pudiera ser necesaria para el buen funcionamiento del mercado único. TARZIA, G.: "Modelos europeos para un proceso civil uniforme", *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, No. 53, 2000, pp. 735-736.

⁶⁶⁸ En el caso argentino la facultad entregada a las provincias de dictado de normas procesales encuentra fundamento en el contenido del artículo 5 de la Constitución de la Nación Argentina, en virtud del cual se reservó la competencia de la administración de justicia a estas. Lo dicho además ha sido corroborado mediante sentencia dictada por el Superior Tribunal de Justicia de Santiago del Estero, que además agregó: "El Congreso de la Nación ni aún por vía de reglamentación de Tratados Internacionales que gozan de garantía constitucional, puede legislar sobre materia provincial ni sobre

solventada mediante el razonamiento de principios que cobijan la armonización de los modelos, cuyo origen surge de las reglas morales y de las garantías constitucionales que aseguran el derecho a la defensa, la celeridad y las sentencias fundamentadas. Así como de las convenciones supranacionales que incluyen normas de cooperación entre los estados y la ejecución de sentencias emitidas en suelo extranjero.

En el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, dentro de su exposición de motivos se dejó constancia que: “La oralidad, por la cual se han inclinado la mayoría de los procesalistas iberoamericanos, no sin alguna discrepancia, es entendida en el sentido general, aunque, en puridad, se plantea un proceso mixto, porque no se trata de perder los beneficios y virtudes de la escritura. Y es así como, fuera de la prueba documental, cuyo valor resultará tan esencial como establecen los Derechos de fondo, en el proceso planeado, son escritos, la etapa de proposición y la de recursos. Es así como es escrita la demanda, la contestación (en sentido amplio de contradicción, excepciones y defensas) y la reconvencción en su caso, ‘la interposición y fundamentación de los recursos y la contestación a la expresión de agravios (etc.)”⁶⁶⁹.

No solo se trató de promover un cambio en la forma como se debe llevar el proceso, sino que su incorporación debía conllevar una tarea más compleja, que genere un cambio de los roles que cumplen todos aquellos que participan en la contienda judicial. Esta evolución implicaba el surgimiento de un proceso colaborativo⁶⁷⁰.

El sistema de justicia civil está compuesto por varias materias, cada una de ellas reviste particularidades, pero que, son aptas para ser reguladas por un proceso por audiencias. Así, la mayor cantidad de Estados optó por estructuras que si bien mantienen un tronco común, difieren en algunos caracteres, en armonía con sus rasgos geográficos, políticos y humanos. De este modo, la mayor cantidad de legislaciones organizaron su procedimiento conforme al Código Modelo, que, recapitulando brevemente, divide al proceso en dos audiencias una inicial o preliminar

las potestades jurisdiccionales destinadas a regir en el territorio provincial” Superior Tribunal de Justicia de Santiago del Estero, 2 de Julio de 1996, Nro. Interno: 20321, Id. SAIJ: SUZ0002606.

⁶⁶⁹ Anteproyecto de Código Procesal Civil Modelo Para Iberoamérica, exposición de motivos.

⁶⁷⁰ GOZAÍNI, O.: *Oralidad y prueba en el Código Orgánico General de Procesos*, Op. Cit., P. 217.

y otra de juicio o “vista de la causa”⁶⁷¹. La primera de estas dos audiencias se centra en una fase de saneamiento, conciliatoria, seguida de una de fijación del objeto de la prueba y finalmente un anuncio probatorio. La segunda se encarga del diligenciamiento de la prueba, alegaciones de cierre y emisión de una sentencia oral.

Los valores que se persiguieron con este cambio fueron dejar atrás el concepto liberal, en virtud del cual la contienda judicial buscaba el éxito de una de las partes, para promulgar valores superiores de eficacia y seguridad. Además, que los jueces persigan resoluciones con un mayor grado de eficacia⁶⁷². Esta reforma revolucionó el sistema procesal latinoamericano⁶⁷³. Se debe tomar en cuenta que, si bien en este modelo por audiencias, se aumentan las facultades del juez, ello no implica un desconocimiento a las reglas de buena fe, la prohibición del abuso del derecho, el derecho de contradicción y las cargas que demandan probar las afirmaciones a quien las alega.

La oralidad es un rasgo característico del proceso por audiencias⁶⁷⁴. Todo ello se evidencia en la interacción directa y verbalizada entre las partes y el juzgador para contraponer sus pretensiones sobre la *litis* que impulsa el proceso. Además, promueve que el juzgador tenga un contacto directo, no solo con las alegaciones constantes en sus actos de proposición, sino además con su desenvolvimiento psicológico en la

⁶⁷¹ PEREIRA CAMPOS, S.: *Presente y futuro del proceso por audiencias en Iberoamérica*, XXIV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Panamá, 2014.

⁶⁷² Jairo Parra Quijano sostiene que el juez pasa de ser un espectador a un “asistente social”. PARRA QUIJANO, J.: *El futuro del Proceso Civil*, Ponencia para las XV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Bogotá, 1996, p. 453.

⁶⁷³ “El proceso latinoamericano es en su mayoría escrito, lento y formalista, con varias características que lo distinguen y que generalmente aparecen relacionadas: la escritura expresada en el principio lo que no consta en un acta no existe en el proceso (“quod non est in actis non est in mundo”); la distancia entre los sujetos del proceso que se comunican a través de memoriales; el tributo a las formas, importantes rezagos de tarifa legal y la exagerada demora en los trámites. Además, partidas presupuestales insuficientes, creciente desconfianza en la justicia y en mayor o menor grado intervención de los políticos en los cargos de la magistratura, circunstancia que corrompe y aniquila”. CANOSA SUÁREZ, U.: “El proceso civil por audiencias”, *revista Novum Jus: Revista especializada en sociología jurídica y política*, No. 1, 2003, p.68.

⁶⁷⁴ “Un sistema procesal es oral cuando el material de la causa, a saber: las alegaciones, las pruebas y las conclusiones, son objeto de la consideración judicial solamente si se presenta de palabra” PETIT DA COSTA, F. CHOCANO NÚÑEZ, P.: *Teoría de la Prueba*, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 2006, p. 44.

audiencia⁶⁷⁵. Todo ello coadyuba en un acercamiento de mayor calado a la verdad histórica.

Otro rasgo característico de este modelo se sitúa en la aplicación del derecho a ser oído en audiencia consagrado en diferentes instrumentos internacionales de derechos humanos como el artículo 8.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esto se debe a que, si bien en un sistema tendencialmente escrito se pueden leer los escritos presentados, esto no garantiza el derecho de las partes a expresar pública y equitativamente⁶⁷⁶ sus alegaciones.

El modelo procesal ecuatoriano adoptó un proceso por audiencias, ante la ya evidente imposibilidad de instaurar un sistema oral puro, conforme los fundamentos del Código Orgánico General de Procesos. Allí se ha dejado expresa constancia que los pilares del modelo se asientan en la inmediación, celeridad, oralidad, seguridad jurídica, tutela judicial efectiva, eficacia, economía procesal y acceso gratuito a la justicia.

1. El proceso por audiencias en el Código Orgánico General de Procesos

El proceso judicial es en sí una garantía de los derechos y libertades contenidos en las leyes fundamentales. En el sistema procesal ecuatoriano existe un sometimiento al principio dispositivo, en todo cuanto comprende, a saber: el actor es quien impulsa el inicio del proceso y determina la identidad del demandado; el juez está impedido de aportar al proceso hechos que no fueron proveídos por las partes; no está permitido modificar las pretensiones ni cambiar las excepciones opuestas;

⁶⁷⁵ RODRÍGUEZ MUÑOZ, I.: “La prueba en la oralidad civil en Colombia”, *Revista Justicia Juris*, No. 12, 2009-2010, pp. 31.

⁶⁷⁶ La audiencia equitativa constituye un desarrollo de la normativa internacional como parte de una audiencia justa, que por las condiciones específicas de los litigantes se puede ver condicionada. Un ejemplo de ello es la Convención Internacional de los Derechos del Niño que determina que frente a alegaciones que impliquen que un niño ha infringido alguna ley penal se debe garantizar una causa célere en una audiencia equitativa, teniendo en cuenta el interés superior del niño, su edad y situación.

salvo los casos excepcionales previstos en la norma procesal⁶⁷⁷ y bajo el irrestricto respeto del derecho de contradicción.

Otra de las garantías presentes en el sistema procesal ecuatoriano es la inmediación conforme el artículo 81 del Código Orgánico General de Procesos. En esta norma se asegura la comparecencia ininterrumpida del juez en las audiencias, bajo sanción de nulidad no subsanable en caso de no comparecencia injustificada. Con ello se modula la regla común que faculta a las partes procesales subsanar las nulidades, cuando no acusan su irregularidad en el momento procesal oportuno.

Una crítica de la aludida reglamentación se sitúa en el término “injustificado”. El prenombrado artículo 81 en su segundo inciso menciona que por salvedad la audiencia puede reiniciarse con un juez distinto, cuando se demuestre fuerza mayor o caso fortuito. Empero, en todo el resto de los articulados no consta referencia alguna que aporte una definición de los casos a los que se pueda acreditar dicha categoría. En este caso se deberá hacer uso de la definición genérica del Código Civil Ecuatoriano: “Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”⁶⁷⁸.

El inconveniente de la definición contenida en esta norma de derecho sustantivo es que el grado de calificación de lo que puede considerarse como “imprevisto o imposible de resistir”, ingresa en un amplio espectro de discrecionalidad del ente calificador. En este caso la Corte Provincial frente a la interposición de un recurso de apelación, a pesar de que las partes no aleguen una causa de nulidad por esta razón, de percatarse el tribunal de dicha circunstancia está facultado a declarar de oficio la nulidad de la causa por violación al principio de inmediación.

⁶⁷⁷ Sin perjuicio de que el sistema procesal ecuatoriano al igual que el español -conforme el artículo 412.1 LEC-, manejan un sistema rígido de modificación a la demanda, en una especie de símil con el contenido del artículo 286 de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española, el artículo 148 del Código Orgánico General de Procesos, faculta reformar la demanda siempre que el demandado no la haya contestado. Además, se permite la reforma hasta antes de la audiencia preliminar -en el caso de procesos diseñados con dos audiencias- o hasta la audiencia única, siempre que haya ocurrido un hecho nuevo del que no se haya tenido conocimiento previamente y que se permita al demandado contestar la reforma en igualdad de oportunidades.

⁶⁷⁸ Código Civil, *Op. Cit.* artículo 30.

En el contenido del artículo 79 del Código Orgánico General de Procesos se describen los actos procesales que deben estar presentes en la realización de la audiencia⁶⁷⁹. De aquí podemos extraer los fines que persigue la norma procesal: el conocimiento de los intervinientes, la intervención oral, la contradicción, conciliación, el idioma.

1.1. El conocimiento de los intervinientes

Uno de los fines más relevantes del Código Orgánico General de Procesos se sitúa en la obligación del juez de identificarse frente a todos los asistentes, dirigir la audiencia y lograr que todos los presentes comprendan todo lo que en ella tiene lugar. Este cambio, frente al derogado modelo procesal ecuatoriano, deja atrás el hecho de que por muchos años el acceso a la justicia ocurría de forma extremadamente secretista e innecesariamente confusa, lo que generaba, en no pocas ocasiones, que la gente desconozca sobre los derechos y garantías que posee⁶⁸⁰.

⁶⁷⁹ “Las audiencias se celebrarán en los casos previstos en este Código. En caso de que no pueda realizarse la audiencia se dejará constancia procesal. Al inicio de cada audiencia la o el juzgador que dirija la misma se identificará, disponiendo que la o el secretario constate la presencia de todas las personas notificadas. La o el juzgador concederá la palabra a las partes, para que argumenten, presenten sus alegaciones y se practiquen las pruebas, cuidando siempre que luego de la exposición de cada una, se permita ejercer el derecho a contradecir de manera clara, pertinente y concreta lo señalado por la contraria. Iniciará la parte actora. Durante la audiencia, la o el juzgador puede autorizar que las partes intervengan personalmente. En ese caso, la o el defensor se debe limitar a controlar la eficacia de la defensa técnica. Las partes tendrán derecho a presentar de forma libre sus propuestas, intervenciones y sustentos. La o el juzgador concederá la palabra a quien lo solicite y abrirá la discusión sobre los temas que sean admisibles, El idioma oficial es el castellano, de no poder entender o expresarse con facilidad, las personas intervinientes serán asistidas por una o un traductor designado por la o el juzgador. Las personas intervinientes, en caso de no poder escuchar o entender oralmente, serán asistidas por un intérprete designado por la o el juzgador, quien podrá usar todos los mecanismos, medios y formas alternativas de comunicación visual, auditiva, sensorial y otras que permitan su inclusión. Lo anterior no obsta para estar acompañados por un intérprete de su confianza. Se resolverá de manera motivada en la misma audiencia. Las personas serán notificadas con el solo pronunciamiento oral de la decisión. Para la interposición de recursos, los términos se contarán a partir de la notificación de la sentencia o auto escrito. Cualquier solicitud o recurso horizontal presentado por alguna de las partes antes de la fecha de audiencia, no suspenderá su realización. La o el juzgador resolverá dichas peticiones en la misma audiencia”. Código Orgánico General de Procesos (COGEP), Op. Cit., art. 79

⁶⁸⁰ Osvaldo Gozaíni, citando a Cappelletti considera que “los derechos deben explicarse para ser conocidos, porque de otro modo no se pueden ejercer” GOZAÍNÍ, O.: *Oralidad y prueba en el COGEP*, Op. Cit., p. 230.

En Ecuador la norma propende a que los diálogos que ocurren en la audiencia se presenten en un lenguaje de fácil comprensión, donde no exista omisión de las reglas de caballerosidad mutua, impidiendo cualquier manifestación de violencia propia de un proceso en el que convergen el choque de fuerzas o posiciones generalmente contrarias.

En tal sentido, la audiencia abandona la imagen de escenario de riña, con alegaciones toscas y poco creíbles; para adoptar una figura de un lugar en el que se garantiza las intervenciones pacíficas. Para lograrlo es imprescindible que los litigantes entiendan el desarrollo de la audiencia y que esta esté presidida por una intervención solemne del juzgador, quien deja de ser un miembro inerte para convertirse en un facilitador del desarrollo de las etapas y un promotor del recto entendimiento de la comunicación de los actos procesales.

En aras de alcanzar estos fines, el juzgador, en su primera intervención realiza una breve explicación de su identidad, de las partes que actúan y de los actos que ocurrirán en la audiencia, identificando los momentos en los que sucederán.

1.2. La intervención oral

Para Dante Barrios de Angelis entre los contenidos de la audiencia preliminar encontramos: la renuncia unilateral o bilateral de las pretensiones de las partes y la fijación del proceso, en base a la discusión de dos especies: objeto y causa⁶⁸¹. En la realización de la audiencia el Código Orgánico General de Procesos obliga a las partes a presentar de forma oral los argumentos y pretensiones que constan en la demanda y contestación. No se trata de una mera verbalización de los actos escritos, sino un verdadero ejercicio de síntesis y trascendencia.

⁶⁸¹ BARRIOS DE ANGELIS, D.: *Audiencia preliminar: sistema y método*, Lex, Buenos Aires, 1988, p. 23.

En estas intervenciones si bien se debe respetar la *causa petendi y petitum* - objeto del proceso-⁶⁸² de los actos de proposición, se pueden remarcar los hechos que dotan de mayor relevancia tanto a la demanda como a la contestación. Esta actividad no debe entenderse como una posibilidad de mutación de sus contenidos, pues reconocer tal hecho resultaría en una lesión a los principios de preclusión, dispositivo y defensa; sino como una función práctica y simplificada de su contenido.

Adicional a ello, se prevé la posibilidad de que en la participación oral surja la renuncia de pretensiones⁶⁸³ y anuncios probatorios, ya sea de forma expresa o mediante la abstención en la fundamentación. Este acto tampoco debe entenderse como una reforma a la demanda o contestación; sino tan solo la aplicación del derecho subjetivo de los intervinientes.

1.3. La contradicción

El proceso por audiencias es un sistema que cuenta con etapas concatenadas y consecutivas que da espacio en cada una de ellas a la alegación y réplica al contradictor. Empero, en cada paso que avanza se clausuran las posibilidades de expresión, sin que exista posibilidad de retorno.

El orden formal no resulta del todo continuado a causa de que se ve fraccionado por fases con un inicio y final propios, asemejándolo a lo que Calamandrei concebía como un drama dividido en varios episodios unidos por el “hilo de las vicisitudes”⁶⁸⁴. Cada uno de estos episodios está gobernado por el principio de

⁶⁸² AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, M.: “El principio dispositivo y su influencia en la determinación del objeto del proceso en el proceso civil chileno”, *Op. Cit.*, p. 19.

⁶⁸³ “En cualquier estado del proceso antes de la sentencia de primera instancia, la parte actora podrá desistir de su pretensión y no podrá presentar nuevamente su demanda. La o el juzgador se limitará a examinar si el desistimiento procede por la naturaleza del derecho en litigio y por no afectar a intereses de la contraparte o de terceros. La parte demandada que haya planteado reconvención igualmente podrá desistir de su pretensión o renunciar al derecho, para lo cual se procederá en la forma señalada en el inciso anterior”. Código Orgánico General de Procesos (COGEP), *Op. Cit.*, art. 237

⁶⁸⁴ CALAMANDREI, P.: *Instituciones del derecho procesal civil*, *Op. Cit.*, p. 326.

preclusión⁶⁸⁵, que para lo que nos interesa en la descripción de la audiencia, incide en la exposición de los hechos, de los derechos que fundamentan los pedidos de las partes y sobre todo en el anuncio probatorio. En este caso el principio de preclusión genera que una vez anunciada la prueba cuya producción se requiere, no se podrá incluir otra prueba, puesto que ello sería regresar las etapas ya fenecidas⁶⁸⁶.

Los hechos de la proposición se practican en tres momentos. El primero, en la introducción de las pretensiones y defensas que fijan el objeto del proceso. En segundo lugar, se debe probar la veracidad de las alegaciones. Finalmente, se deberá argumentar la consecuencia jurídica que emana de la concatenación de los hechos, la prueba y la razón jurídica que les asiste. La demostración de los hechos con el derecho invocado forma parte del sistema de cargas -interés individual de los litigantes-⁶⁸⁷.

La audiencia no es un acto neutral que permita discutir desordenadamente sobre la cuestión litigiosa, sino que ocurre de forma reglada y coherente con el principio de buena fe, analizado previamente. Con base en ello, la contradicción también resulta útil en la búsqueda de la verdad de los hechos discutidos y como insumo para la resolución de la causa.

1.4. Conciliación

En la audiencia preliminar o en la primera fase de la audiencia única, existe un solo momento en el que, una vez fijado el fondo de la controversia, obligatoriamente

⁶⁸⁵ Ricardo Nugent, citando a Alsina considera que: "El proceso es un organismo sin vida propia que avanza justamente en -virtud de los actos de procedimiento. Esta fuerza externa que los mueve se llama impulso procesal, que vinculado con la institución de los términos los cuales ponen un límite en el tiempo a los actos procesales, y con el principio de la preclusión, que establece un orden sucesivo, hace posible el desenvolvimiento progresivo del proceso". NUGENT, R.: "El Impulso y la Preclusión Procesales", *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, No. 13, 1953, pp. 81.

⁶⁸⁶ Salvo el caso de prueba nueva que, únicamente en los procesos de doble audiencia, podrá ser anunciada hasta antes de la audiencia de juicio, conforme el artículo 166 del Código Orgánico General de Procesos. Para el resto de los procesos la prueba nueva solo puede anunciarse hasta la audiencia única, por lo que ya estando en el desarrollo de esta, no es posible su ocurrencia.

⁶⁸⁷ Se exceptúa la actividad oficiosa otorgada al juzgador en casos específicos, para mayor detalle véase las "Principales implicaciones de la publicización del proceso".

debe presentarse la oportunidad de la conciliación⁶⁸⁸. En este punto se faculta actuar al juzgador como acompañante de las partes orientándolas para encontrar soluciones pacíficas que den respuestas que les permitan superar la crisis que se discute en la causa⁶⁸⁹.

Sobre este punto Cappelletti considera que: “la tercera y más reciente, pero también más compleja y tal vez, potencialmente más grandiosa «oleada» en el movimiento mundial por un derecho y una justicia accesibles (...) se traduce en múltiples tentativas tendientes a obtener fines diversos, pero conectados entre ellos de diferentes modos. Entre estos fines surgen: a) el de adoptar procedimientos más accesibles en cuanto más simples y racionales, más económicos, eficientes y especializados para cierto tipo de controversias; b) el de promover y hacer accesible un tipo de justicia que en otro lugar hemos definido como “coexistencial”, es decir basada sobre la conciliación y mediación y sobre criterios de equidad social distributiva, allí donde sea importante «mantener» situaciones complejas y duraderas de relaciones entre individuos y grupos, en lugar de zanjar una relación aislada, con rígidos criterios jurídicos de «razón» y «sinrazón» esencialmente dirigidos al pasado; c) el de someter la actividad pública a formas, (...) más ensanchadas y accesibles, de control, y más en general de crear formas de justicia más accesibles en cuanto más descentralizadas y “participatorias”, (...) en particular, de miembros de aquellos mismos grupos sociales y comunidades que están directamente interesados en la situación o controversia en cuestión”⁶⁹⁰.

⁶⁸⁸ “La audiencia preliminar se desarrollará conforme con las siguientes reglas: (...) 4. La o el juzgador, de manera obligatoria, promoverá la conciliación conforme a la ley. De darse la conciliación total, será aprobada en el mismo acto, mediante sentencia que causará ejecutoria. 5. En caso de producirse una conciliación parcial, la o el juzgador la aprobará mediante auto que causará ejecutoria y continuará el proceso sobre la materia en que subsista la controversia”. Código Orgánico General de Procesos (COGEP), *Op. Cit.*, art. 294.

⁶⁸⁹ Si hablamos de una justicia coexistencial -en términos de Cappelletti-, la solución del conflicto puede surgir gracias a la guía del juzgador. No pudiendo alegarse por ello falta de imparcialidad del órgano actuante. Para ello varias reformas procesales como la ecuatoriana han incluido una fase de conciliación obligatoria.

⁶⁹⁰ CAPPELLETTI, M. GARTH, B.: *El acceso a la justicia, la tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*, Fondo de Cultura Económica, Mexico D.F., 1996, pp. 165-166.

Este tipo de justicia participativa entrega una nueva forma de enfrentar los conflictos entre los litigantes⁶⁹¹, por mandato de ley y con ayuda de la administración de justicia. Además, en este modelo destaca el hecho de que en caso de que el accionar del juez resulte insuficiente para la resolución por medio de la conciliación, se pueda derivar a un centro especializado de mediación. Con tal efecto el Consejo de la Judicatura emitió un Instructivo de Derivación de Causas Judiciales a Centros de Mediación. Allí se facultó al juzgador a derivar de oficio o petición de parte las causas mediante auto de sustanciación al que las partes pueden oponerse en el término de tres días. Vencido este tiempo se considera una aceptación tácita y por lo tanto vinculante⁶⁹².

Las bondades de la conciliación y de otros métodos alternativos de resolución de conflictos, entregan a la justicia formal tradicional elementos de apoyo en la “descongestión”⁶⁹³ y “justicia restaurativa”⁶⁹⁴. Por otra parte, implica un cambio a una cultura que desalienta los excesivos formalismos y prioriza la comunicación libre de los intervinientes, al menos en la primera etapa de la audiencia, sin consideración de los limitantes probatorios. Por añadidura el rol de los abogados patrocinadores también sufre cambios hacia una visión mediadora, en la que deberán considerarse otras técnicas de negociación.

Como bien señala Roberto Berizonce, el profesional del derecho actualmente posee difíciles tareas a la hora de replantearse las tradicionales formas de laborar. Hoy por hoy está en la obligación de buscar una composición del conflicto con una óptica

⁶⁹¹ El conflicto entendido como un conjunto de conductas o propósitos divergentes, en el cual el grado de diferencia marca el nivel de seriedad, duración y fija la probabilidad de éxito en su resolución. FOLBERG, J. TAYLOR, A.: *Mediación resolución de conflictos sin litigio*, Editorial Limusa, México D.F., 1992, p. 32

⁶⁹² Instructivo Derivación de Causas Judiciales a Centros de Mediación, Resolución del Consejo de la Judicatura 145, Registro Oficial Suplemento 855, 05 de octubre de 2016, art. 4 y 5.

⁶⁹³ PEÑAHERRERA TOAPAXI, D.: “Tendencias y transformaciones en la resolución de conflictos: un enfoque global de la mediación, capítulo Ecuador”, en BARONA VILAR, S. (Edit.): *Mac, to be or not to be?*, Tirant lo blanch, Valencia, 2024, p. 329-330.

⁶⁹⁴ “Los Métodos Alternos de Solución de Conflictos (MASC) tienen un papel importante en la sociedad porque son promotores de la paz social, llevando los conflictos a niveles de reparación del daño y en algunos casos al perdón, lo que subsana el tejido social, y permite que la población tenga acceso a la justicia con rapidez, flexibilidad y menos costo”. GORJÓN GÓMEZ, F. SÁNCHEZ VÁZQUEZ, R.: “Los métodos alternos de solución de controversias como herramientas de paz”, en SÁNCHEZ GARCÍA, A. (Coord.): *Métodos alternos de solución de conflictos, herramientas de paz y modernización de la justicia*, Dykinson-Universidad Rey Juan Carlos 2011, p. 29.

conciliatoria, antes que buscar la contienda judicial. Deberá dejarse de lado actitudes confrontativas inútiles y buscar alternativas razonables, concretas y negociadas. Estas nuevas capacidades no constituyen una renuncia a la defensa de los intereses del defendido ni de sus derechos legítimos, sino que, desde su posición obviamente parcial, deberá trabajar para alcanzar resultados justos y realistas⁶⁹⁵.

En idénticos términos los juzgadores deberán orientar sus máximos esfuerzos para abandonar la clásica postura de entes ajenos al conflicto -al menos en este momento procesal- para emplear una metodología que favorezca el acuerdo de las partes. Otro rasgo destacable, es que en el caso de que no fuese posible conciliar, por las posiciones que adopten los litigantes o por peculiaridades del conflicto; el proceso deberá continuar con las etapas subsecuentes, pero conservando intacta la posibilidad de alcanzar un acuerdo, a petición de parte, en cualquier instancia del proceso⁶⁹⁶.

1.5. Idioma

Según las disposiciones procesales ecuatorianas, toda la audiencia debe desarrollarse en idioma castellano. Este rasgo resulta relevante en varios factores, uno de ellos es las implicaciones en el derecho de defensa de los extranjeros sometidos a procesos jurisdiccionales. Por ello, a pesar de esta disposición, la norma incluye el derecho a contar con un traductor para quienes no pudieran darse a entender o simplemente no conocieran el idioma. Como vemos esta garantía en la audiencia, es una aplicación directa de las garantías procesales mínimas contenidas en las normas internacionales de derechos humanos⁶⁹⁷, así como en la Constitución de la República del Ecuador⁶⁹⁸.

⁶⁹⁵ BERIZONCE, R.: *Derecho procesal civil actual*, Librería Editora Platense-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999, pp. 699-700.

⁶⁹⁶ Código Orgánico General de Procesos (COGEP), *Op. Cit.*, art. 233.

⁶⁹⁷ En las normas internacionales de derechos humanos se garantiza el derecho a toda persona a “ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella” Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1996, art.14.3.

⁶⁹⁸ Se garantiza como parte del derecho a la defensa el “ser informada, de forma previa y detallada, en su lengua propia y en lenguaje sencillo de las acciones y procedimientos formulados en su contra, y de

La inclusión de la comunicación como modelo de entendimiento del proceso, que en mayor medida gozaba de atención en los procesos penales, se ve incluida dentro del espectro de acción de la justicia civil, no como un mero formalismo sino como una verdadera garantía de los derechos de los litigantes. Adicional a ello, busca eliminar las desventajas que puede producir el desconocimiento del sistema legal. Este derecho incluye garantizar la presencia de un intérprete de confianza en el caso de que la persona presente una supresión o disminución de las capacidades visuales, auditivas, sensoriales u otras.

Igualmente cumple con un propósito social y de reconocimiento de diversidad cultural⁶⁹⁹. Toda vez que el proceso por audiencia no suprime la comunicación escrita de los actos procesales, en la norma se ha incorporado la necesidad de comunicación escrita en el idioma de la comunidad indígena. Por ello al amparo del artículo 95, se garantiza la emisión de la sentencia, a petición de parte, en idioma “kichwa o shuar”. Lo mismo ocurre con la citación con la demanda, conforme el contenido del artículo 59.

Esta muestra del reconocimiento de la interculturalidad en la administración de justicia, la encontramos en la sentencia No. 112-14-JH/21, de 21 de julio de 2021, dictada por la Corte Constitucional del Ecuador, donde dispuso al Consejo de la Judicatura “la implementación de un programa específico para incrementar el número de peritos interculturales que permitan la comprensión e intercambio entre los sistemas de justicia.”⁷⁰⁰. Fruto de este fallo además se promulgó el Protocolo de Diálogo

la identidad de la autoridad responsable de la acción o procedimiento”. Constitución de la República del Ecuador, *Op. Cit.*, art. 77.7

⁶⁹⁹ “El castellano es el idioma oficial del Ecuador; el castellano, el kichwa y el shuar son idiomas oficiales de relación intercultural. Los demás idiomas ancestrales son de uso oficial para los pueblos indígenas en las zonas donde habitan y en los términos que fija la ley. El Estado respetará y estimulará su conservación y uso” “Construir y mantener organizaciones que los representen, en el marco del respeto al pluralismo y a la diversidad cultural, política y organizativa. El Estado reconocerá y promoverá todas sus formas de expresión y organización.” *Ídem.*, art. 2 y 57.15 La Corte Constitucional del Ecuador considera que la interpretación intercultural “no es otra cosa que la obligatoriedad de poner en marcha una nueva lectura, una nueva forma de interpretar las situaciones y las realidades nacionales, con un enfoque sustentado en la diversidad cultural, más aun tratándose de pueblos indígenas” Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 000S-09-SAN-CC, 09 de diciembre del 2009, p. 26.

⁷⁰⁰ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 112-14-JH/21, 21 de julio de 2021, p. 64.

Intercultural entre Justicia Indígena y Ordinaria⁷⁰¹. Allí se amplió la obligación de los operadores de justicia de tomar todas las medidas necesarias para “garantizar la comprensión de las normas, procedimientos, y consecuencias jurídicas de lo decidido en el proceso en el que intervengan personas y colectividades indígenas”, para ello deben disponer entre otras medidas de “la intervención procesal de traductores, peritos antropólogos y especialistas en derecho indígena”⁷⁰².

Como se puede observar el paradigma ha sido diseñado mediante la concentración y simplificación de las formas. Con ello se busca un entendimiento más sencillo para todos los participantes del proceso -legos y profesionales del derecho-. El fin ulterior de haberse decantado por un modelo de proceso por audiencias refiere una intención de lograr optimización, agilidad y eficiencia.

2. La audiencia preliminar en el Código Orgánico General de Procesos

El procedimiento ordinario contempla la realización de dos audiencias: preliminar y de juicio. Al procedimiento ordinario le corresponde abordar todas aquellas acciones que no tienen un trámite especial conforme el contenido del artículo 289 del Código Orgánico General de Procesos. Además de las acciones colusorias que priven del dominio, tenencia o posesión de algún derecho real de uso, usufructo, servidumbre, habitación, anticresis, entre otros. Para el resto de los casos la ley ha dividido los procedimientos en: ejecutivos, monitorios, de ejecución y sumarios. Todos ellos tienen en común la realización de una audiencia única.

Concluido el término para la contestación, con o sin ella, el juzgador debe convocar a la realización de una audiencia -preliminar o única- que solo puede diferirse por una ocasión y de común acuerdo. El surgimiento de esta audiencia responde al modelo procesal instaurado que se ocupa de todas aquellas circunstancias que de una

⁷⁰¹ Protocolo de Diálogo Intercultural entre Justicia Indígena y Ordinaria, Resolución del Consejo de la Judicatura No. 53, Registro Oficial Suplemento 285, 06 de abril del 2023.

⁷⁰² *Idem*, capítulo uno.

u otra forma pueden llegar a constituirse óbice para la consecución final que atienda las necesidades e intereses de las partes.

Así las cosas, el desarrollo de esta audiencia preliminar en esencia se centra en dos actividades puntuales encaminadas al saneamiento de la causa⁷⁰³. La primera que tiene que ver con las excepciones previas y la segunda con la ausencia de nulidades. Conforme el orden preestablecido en el Código Orgánico General de Procesos, únicamente atendidas estas circunstancias se podrá resolver el fondo de la controversia en una posterior etapa dentro de la misma audiencia, o en una audiencia de juicio; más allá de esta diferencia, las actuaciones que en ellas se discute serán idénticas, por lo que resulta procedente referirnos genéricamente a la audiencia preliminar.

2.1. Las excepciones previas

Las excepciones previas enlistadas en el artículo 153 del Código Orgánico General de Procesos⁷⁰⁴ están compuestas por una mezcla entre presupuestos materiales y procesales⁷⁰⁵. Por lo que para efectos diferenciadores su estudio se realizará conforme a esta clasificación. Estas excepciones a su vez están subdivididas entre subsanables e insubsanables.

⁷⁰³ “La función saneadora de la audiencia previa aparece como protagonista del proceso civil con el fin de evitar una posible sentencia meramente procesal por falta de impedimentos procesales”, MARTÍNEZ GARCÍA, E.: “Algunas reflexiones acerca del posible control de oficio de la existencia de convenio arbitral en la Audiencia Previa en la LEC”, *revista de derecho*, No. 1, 2002, p. 5. Versión on line <https://www.uv.es/revdret/archivo/num1/elena.htm> último acceso 01-11-2024.

⁷⁰⁴ En el caso de la Ley de Enjuiciamiento Civil española encontramos estas excepciones bajo la denominación de excepciones procesales, y se encuentran articuladas a lo largo de la norma procesal. “Contestación y forma de la contestación a la demanda. (...) 3. También habrá de aducir el demandado, en la contestación a la demanda, las excepciones procesales y demás alegaciones que pongan de relieve cuanto obste a la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo” Ley de Enjuiciamiento Civil, *Op. Cit.*, art. 405.3.

⁷⁰⁵ “Solo se podrán plantear como excepciones previas las siguientes: 1. Incompetencia de la o del juzgador. 2. La incapacidad o falta de personería de la parte actora o su representante. 3. Falta de legitimación en la causa o incompleta conformación de litis consorcio. 4. Error en la forma de proponer la demanda, inadecuación del procedimiento o indebida acumulación de pretensiones. 5. Litispendencia. 6. Prescripción. 7. Caducidad. 8. Cosa juzgada. 9. Transacción. 10. Existencia de convenio, compromiso arbitral o convenio de mediación”. Código Orgánico General de Procesos (COGEP), *Op. Cit.*, art. 153.

En caso de encontrarnos con aquellas que pertenecen al primer subgrupo, el juez debe conceder 6 o 10 días según -sea el caso-, para que el actor subsane el defecto de la demanda, luego de lo cual se continuará con la audiencia. En caso de encontrarnos frente a aquellas que integran el segundo subgrupo, el proceso finalizará de forma anticipada.

Así las cosas, la resolución de las excepciones previas generará que el proceso encuentre su fin, sea suspendido o en caso de resultar infundadas, se continúe con las etapas procesales subsiguientes. Sobre la decisión que atienda estas excepciones surgirá la posibilidad de interponer recurso de apelación. Con esto en mente analicemos el contenido de dichas excepciones y los efectos que generan en el desarrollo de la causa.

2.1.1. Los presupuestos procesales

La corriente más destacada concibe a los presupuestos procesales como los elementos relativos a la validez⁷⁰⁶, en tanto con ellos se forma una relación jurídico-procesal válida. Héctor Fix Zamudio considera que: “pueden mencionarse como los más importantes, los relativos a la competencia del juzgador, al igual que a la capacidad procesal, representación o personería, legitimación”⁷⁰⁷.

Como se ha expuesto, la teoría de los presupuestos procesales surgió de los aportes de Oskar von Bülow⁷⁰⁸. En su magnífica obra se menciona que el proceso se nutre de requisitos de validez⁷⁰⁹, en forma de condiciones indispensables para su

⁷⁰⁶ LÓPEZ OLVERA, M. A.: “Los presupuestos procesales y la tutela judicial efectiva”, en FERNÁNDEZ RUIZ, J. OTERO SALASF. (Coord.): Justicia contenciosa administrativa congreso Internacional, Universidad Autónoma de México, México D.F., 2013, p.713.

⁷⁰⁷ FIX ZAMUDIO, H.: *Nuevo diccionario jurídico mexicano*, UNAM-Porrúa, México D.F., 2001, p. 3002. Al respecto Mario Pesci Feltri considera que los presupuestos procesales son los requisitos o condiciones que permiten obtener un pronunciamiento del tribunal favorable o desfavorable de la demanda. PESCI FELTRI, M.: “Presupuestos procesales y requisitos constitutivos de la acción en el proceso de amparo”, *Revista de Derecho Público*, No. 50, 1992, p. 34.

⁷⁰⁸ VON BÜLOW, O.: *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, Op. Cit., 1964.

⁷⁰⁹ VÁZQUEZ SOTELO, J.: “El proceso civil y su futuro”, *Derecho PICP: Revista de la Facultad de Derecho*, No. 56, 2003, p. 176.

tramitación⁷¹⁰. Con ello, se concluye que los presupuestos procesales permiten el correcto desenvolvimiento y culminación del proceso.

Tal es el grado de importancia de los presupuestos procesales, que escapan de la esfera exclusiva de las partes para ubicarse dentro de las actuaciones de la propia administración de justicia. Sin perjuicio de ello y a pesar de que existe una aceptación unánime sobre su existencia, no existe un consenso generalizado sobre su clasificación, singularmente por la dificultad para discernir entre los presupuestos y los obstáculos procesales⁷¹¹.

i. Los presupuestos procesales relativos al órgano jurisdiccional

La peculiaridad de que todos los órganos jurisdiccionales provengan de una misma estructura y desempeñen potestades análogas -administrar justicia-, no implica que cada uno de ellos, no requiera una especialización conforme a los sectores del ordenamiento jurídico. Esto se debe a que cada rama del derecho está integrada por numerosas y complejas normas, por lo que a lo largo de la historia ha sido correcto dividir a los órganos jurisdiccionales atribuyendo a cada uno de ellos “una parcela del ordenamiento jurídico”⁷¹².

En todo orden jurisdiccional no existe un solo tribunal que conozca respecto de todos los asuntos, sino que estos se redireccionan a diversos órganos que pueden

⁷¹⁰ PEÑAHERRERA TOAPAXI, D. y ABAD ARÉVALO, D.: “Los presupuestos procesales y materiales”, en CERVANTES VALAREZO, A. (Coord.): *Cuestiones actuales del derecho procesal*, Op. Cit., p. 196.

⁷¹¹ “Aunque la noción de “presupuestos procesales” es de aceptación común, no existe acuerdo en la doctrina para señalar, en forma unánime, cuáles son concretamente. El problema de su determinación se produce por la dificultad que surge, en algunos casos, para distinguir entre presupuestos procesales y los óbices, impedimentos u obstáculos procesales. En rigor, en la práctica se dan situaciones en las que el juez queda impedido de pronunciar una sentencia de fondo, no obstante, encontrarse presente todos los presupuestos procesales. Los ejemplos más típicos se dan cuando se acoge una excepción de litispendencia, de cosa juzgada o el beneficio de excusión.” ROMERO SEGUEL, A: “El control de oficio de los presupuestos procesales y la cosa juzgada aparente: la capacidad procesal”, *Revista Chilena de derecho*, Vol. 28, 2001, p. 782.

⁷¹² BANACLOCHE PALAO, J. CUBILLO LÓPEZ, I.: *Aspectos fundamentales de derecho procesal civil*, Op. Cit., p.43

ser de dos tipos unipersonales o colegiados. Esta distribución se la realiza por medio de la competencia.

Con esto en mente, los presupuestos procesales relativos al órgano jurisdiccional abordan a la potestad de administrar justicia y los criterios que utiliza para fijar la competencia, que en el Ecuador se divide en: territorio, grados, personas y materia e incluye la cesión voluntaria de jurisdicción, ante la existencia de un convenio arbitral o de mediación. Este elemento encuentra sustento en la garantía a ser juzgado por un juez natural, esto es, por quien cuya competencia se encuentre legalmente prevista en la ley⁷¹³.

Como regla general la falta de competencia vicia el proceso de nulidad insubsanable y en ese sentido ha sido concebida como una excepción previa en el proceso civil ecuatoriano. Sin embargo, esta regla admite una modulación, conforme el artículo 129.9 del Código Orgánico de la Función Judicial, en el que se contempla que, frente al hecho de una excepción previa de incompetencia del juzgador debido al territorio, grados o fuero personal, no es necesario declarar la nulidad sino únicamente suspender la tramitación de la causa y remitirlo al competente para que lo continúe sustanciando o lo resuelva.

La Ley de Enjuiciamiento Civil Española es más clara en su determinación, en ella se fija un tiempo perentorio en el que el letrado de la administración de justicia puede examinar de oficio la competencia debido al territorio, esto es: “después de presentada la demanda y, previa audiencia del Ministerio Fiscal y de las partes personadas”⁷¹⁴. A ello se adhiere que esta legislación procesal discierne entre la competencia funcional⁷¹⁵ y objetiva⁷¹⁶.

⁷¹³ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 028-15-SEP-CC, 04 de febrero de 2015, p. 8.

⁷¹⁴ Ley de Enjuiciamiento Civil, *Op. Cit.*, art. 58.

⁷¹⁵ “Competencia funcional por conexión. Salvo disposición legal en otro sentido, el tribunal que tenga competencia para conocer de un pleito, la tendrá también para resolver sobre sus incidencias, para llevar a efecto las providencias y autos que dictare, y para la ejecución de la sentencia o convenios y transacciones que aprobare”. *Ídem*, art. 61

⁷¹⁶ “Corresponde a los Juzgados de Primera Instancia el conocimiento, en primera instancia, de todos los asuntos civiles que por disposición legal expresa no se hallen atribuidos a otros tribunales. Conocerán, asimismo, dichos Juzgados de los asuntos, actos, cuestiones y recursos que les atribuye la Ley Orgánica del Poder Judicial”. *Ídem*, art. 45.

La amplitud del tiempo otorgado por la norma procesal ecuatoriana para la revisión de oficio de la competencia genera una grave lesión al principio de inmediación. Pensemos el caso en el que, si el juzgador que previno el conocimiento de la causa advierte una incompetencia debido al territorio, el fuero personal o el grado, una vez realizada la audiencia única o de juicio; y, por tanto, una vez evacuadas las pruebas, al remitir el expediente -sin declarar la nulidad-, para que un tercer juzgador emita la sentencia, genera una desconexión de las partes, las pruebas y el individuo resolutor.

Finalmente, frente a la alegación vía excepción previa de la incompetencia del juzgador, de ser admisible, deberá ser declarada mediante auto interlocutorio. Como argumento ampliatorio, si al demandado no le ha sido posible alegar el vicio de incompetencia como una excepción previa a causa de no haber comparecido a juicio de forma oportuna, el Código Orgánico General de Procesos ha establecido como remedio procesal -bajo parámetros preestablecidos-, la interposición de una acción autónoma cuyo objeto sea la declaratoria de nulidad de sentencia ejecutoriada. Todo al amparo del artículo 112.1.

ii. Los presupuestos procesales relativos a las partes

Dentro de esta clasificación está contenida la capacidad procesal y la de representación. Esta capacidad de los accionantes debe valorarse tanto de las personas naturales en la aptitud de comparecer a juicio por sí mismas⁷¹⁷, como de las personas jurídicas⁷¹⁸, como sujetos con capacidad de adquirir derechos y cumplir obligaciones⁷¹⁹. La capacidad en la legislación ecuatoriana ha sido estudiada por la doctrina y la jurisprudencia bajo la figura de la *legitimatío ad processum*.

⁷¹⁷ “Toda persona es legalmente capaz, excepto las que la ley declara incapaces” Código Civil, *Op. Cit.*, artículo 1462.

⁷¹⁸ “Se llama persona jurídica una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente” *ibid*, artículo 564.

⁷¹⁹ “A las personas jurídicas, por su parte, se les aplica otro régimen para establecer si pueden ser consideradas como partes procesales, porque ellas tienen capacidad de goce en tanto se la otorga el Estado, y por tanto, su creación y extinción no están representadas por hechos naturales, sino por actos

Eduardo Pallares define a la *legitimatio ad processum*, como la facultad de actuar como actor, demandado, tercero o representante de ellos, en el proceso⁷²⁰. Bajo los términos de la legislación procesal ecuatoriana, la alegación de falta de legitimación en el proceso del accionante debe presentarse en forma de excepción previa y ocurre en los siguientes casos:

a) Cuando quien concurre al proceso es una de aquellas personas que la ley considera como incapaces⁷²¹, salvo excepciones de los incapaces relativos, como el insolvente al que la ley le entrega “capacidad para comparecer por sí mismo en lo que se refiere exclusivamente a derechos extrapatrimoniales o en las diligencias permitidas en la ley”⁷²².

b) El que alega ser representante sin ostentar tal calidad o con poder insuficiente⁷²³. Sobre este punto vale la pena mencionar que la Corte Nacional de Justicia, en goce de sus facultades jurisprudenciales, mediante resolución 12-2017, le entregó a este caso y al anterior, la categoría de excepción subsanable, por lo que de presentarse se otorga al accionante el término de 10 días para enmendar dicha falta, bajo prevenciones de tener la demanda por no presentada. En similares circunstancias la Ley de Enjuiciamiento Civil en su artículo 418.1 entrega la posibilidad de subsanar los defectos de la capacidad y representación en la audiencia y hasta un término no mayor de 10 días.

jurídicos, y éstos están sujetos a los requisitos que determine la ley”; así, a los efectos de la capacidad de goce, habrá que analizar si existe jurídicamente, la persona jurídica que pretende comparecer a juicio” Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Laboral, sentencia de 20 de noviembre de 2014, No. 886-2014, pp. 1-5. Este criterio además fue compartido por la Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, sentencia de 22 de octubre de 1999, No. 157-99, p. 13.

⁷²⁰ PALLARES, E.: *Diccionario de derecho civil*, Porrúa, México D.F., 1960, p. 467

⁷²¹ “Son absolutamente incapaces las personas con trastornos mentales, los impúberes y la (sic) persona sorda que no pueda darse a entender de manera verbal, por escrito o por lengua de señas. Sus actos no surten ni aún obligaciones naturales, y no admiten caución. Son también incapaces los menores adultos, los que se hallan en interdicción de administrar sus bienes, y las personas jurídicas. Pero la incapacidad de estas clases de personas no es absoluta, y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes. Además de estas incapacidades hay otras particulares, que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos.” Código Civil, *Op. Cit.*, artículo 1463.

⁷²² Código Orgánico General de Procesos (COGEP), *Op. Cit.*, art. 35.

⁷²³ Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, sentencia de 22 de octubre de 1999, No. 157-99, p. 13.

Un dato destacable es que la legislación española es mucho más completa en su reglamentación de la capacidad para comparecer a juicio. Especialmente se evidencia la deficiencia procesal ecuatoriana si revisamos los artículos 418.3 de la LEC, que reglamenta los defectos de capacidad y representación que surge de la legitimación pasiva⁷²⁴, hecho omitido por el Código Orgánico General de Procesos. Además de que en la LEC se dedica especial atención a la comparecencia de las entidades sin personalidad⁷²⁵, así como la defensa de los consumidores y de los intereses colectivos⁷²⁶. El primero de estos casos resulta inobservado en la norma procesal ecuatoriana y el segundo, relativo a los intereses colectivos, es pasado absolutamente por alto.

En este punto y de forma descriptiva, resulta pertinente mencionar que los mecanismos de tutela de los intereses supraindividuales de los consumidores, en el Ecuador inicialmente fue abordada por el Código Civil y posteriormente por la Ley Orgánica de Defensa al Consumidor. Empero a consecuencia del inexistente desarrollo procesal y jurisprudencial, ha provocado que resulte estéril para la consecución de los frutos que inicialmente perseguía.

Únicamente desde el ámbito constitucional por medio de las garantías jurisdiccionales, se posibilita en la opción de conseguir sentencias cuyos efectos puedan extenderse a miembros de una clase o grupos, aun cuando no hubiesen participado en el proceso. Empero los mecanismos de reparación, aún en este caso, no arrojan resultados totalmente satisfactorios.

A pesar de la obvia necesidad de establecer en la norma procesal un mecanismo de tutela de derechos colectivos, esta misión se pasa por alto con la justificación del aludido tratamiento constitucional. Lo dicho no es más que una

⁷²⁴ “Si el defecto no subsanado afectase a la personación en forma del demandado, se le declarará en rebeldía, sin que de las actuaciones que hubiese llevado a cabo quede constancia en autos” Ley de Enjuiciamiento Civil, *Op. Cit.*, art. 418.3

⁷²⁵ “6. Las entidades sin personalidad a que se refiere el número 5.º del apartado 1 del artículo anterior comparecerán en juicio por medio de las personas a quienes la ley, en cada caso, atribuya la representación en juicio de dichas entidades. 7. Por las entidades sin personalidad a que se refiere el número 7.º del apartado 1 y el apartado 2 del artículo anterior comparecerán en juicio las personas que, de hecho, o en virtud de pactos de la entidad, actúen en su nombre frente a terceros”. Ley de Enjuiciamiento Civil, *Op. Cit.*, art. 7.6 y 7.7.

⁷²⁶ Ídem, art. 6.7 y 6.8.

consecuencia de una tendencia al hiperconstitucionalismo⁷²⁷ por medio del cual a esta materia se pretende asignar mayores facultades de aquellas que naturalmente le corresponde.

En las reformas que ha enfrentado el Código Orgánico General de Procesos se ha desaprovechado la oportunidad de reglamentar de una vez por todas los derechos supraindividuales. La ausencia en la tutela de estos derechos no ha podido ser subsanada ni aún por medio de la denominada “acción popular” -de carácter preventivo-, en los términos del artículo 2236 del Código Civil⁷²⁸. Toda vez que, en su reglamentación, existen ausencias normativas respecto a la regulación de la competencia, efectos restaurativos, límites de las acciones, efectos de las sentencias y particularidades de la prueba⁷²⁹.

iii. La aptitud formal de la demanda

La aptitud formal aborda los requisitos en el modo de proponer la demanda⁷³⁰. En el Código Orgánico General de Procesos se reglamenta una excepción previa concerniente a lo que denomina “error en la forma de proponer la demanda”, la LEC aborda este caso como “demanda defectuosa”. La norma procesal ecuatoriana enlista una serie de requisitos que deben estar presentes en la demanda, como criterios de

⁷²⁷ JARA VÁSQUEZ, M. E.: “Mecanismos de tutela colectiva de derechos de consumidores y a la libre competencia en el caso ecuatoriano”, en DE LA GUERRA ZUÑIGA, E. (Edit.): *El derecho económico en tiempos de crisis*, Ediciones Legales, Quito, 2020, p. 365

⁷²⁸ “Por regla general se concede acción popular en todos los casos de daño contingente que por imprudencia o negligencia de alguno amenace a personas indeterminadas. Pero si el daño amenazare solamente a personas determinadas, sólo alguna de éstas podrá intentar la acción”. Código Civil, *Op. Cit.*, artículo 2236.

⁷²⁹ Una alternativa a esta ausencia normativa puede encontrarse mediante la facilitación de acceso a los métodos alternativos de resolución de conflictos que, pueden resultar en una eficaz forma de tutela, “habida cuenta de las características de los litigios en materia de consumo, que ordinariamente son de escasa cuantía, y de la escasa información –y con frecuencia poca formación– de los consumidores”. ÁLVAREZ ALARCÓN, A.: “El sistema de arbitraje de consumo del Perú”, en SUMAR, O. (Edit.): *Ensayos sobre protección al consumidor en el Perú*, Universidad del Pacífico, Lima, 2011, p. 129 pp. 125-140. Versión on line <https://repositorio.up.edu.pe/bitstream/handle/11354/186/SumarOscar2011.pdf> último acceso 01-11-2024.

⁷³⁰ ROMERO SEGUÉ, A.: “El control de oficio de los presupuestos procesales y la cosa juzgada aparente: la capacidad procesal”, *Op. Cit.*, p. 783.

admisibilidad⁷³¹. El momento de calificar la demanda, para admitirla a trámite, el juez está en la obligación de revisar el cumplimiento de los requisitos de forma y en el caso de detectar defectos, solicitar que el actor los subsane.

Sin perjuicio de ello, puede ocurrir el caso de que revisada la demanda el juzgador no advierta tales defectos, pero que el demandado si lo haga en su contestación. En este caso el juzgador deberá resolver esta excepción mediante auto interlocutorio en el que debe entregar seis días al actor para que corrija su error, hecho de lo cual se entrega a la parte demandada 10 días para que complete o remplace su demanda y de ser necesario anuncie nueva prueba⁷³².

El problema que surge es que la amplitud de la norma no permite diferenciar entre elementos esenciales de la demanda de aquellos que son meras formalidades. Así las cosas, cualquier defecto de los requisitos de la demanda enumerados en el artículo 143 del Código Orgánico General de Procesos, puede ser perseguible vía excepción previa. Lo dicho es un revés a la doctrina que fundamenta el modelo procesal, tornándolo excesivamente ritualista.

Por otro lado, en la LEC se logra diferenciar los dos requisitos esenciales de la demanda: la claridad y precisión de las pretensiones y de la identificación de las partes⁷³³. Solo respecto a estos dos puntos se permiten realizar alegaciones tendientes a demostrar la presencia de una demanda defectuosa. A ello se agrega que el tribunal solo puede declarar el sobreseimiento del juicio, incluso a pesar de que el actor no hubiese aclarado la demanda, si en la misma resulta imposible determinar las pretensiones o la identidad de contra quien las dirige⁷³⁴.

⁷³¹ No es lo mismo hablar de admisibilidad que de procedencia. La primera se ocupa únicamente de los requisitos formales de la demanda. Mientras que la segunda abarca el análisis de las cuestiones de fondo para conceder o negar las pretensiones solicitadas.

⁷³² Código Orgánico General de Procesos (COGEP), Op. Cit., art. 295.2

⁷³³ “Si el demandado alegare en la contestación a la demanda la falta de claridad o precisión de ésta en la determinación de las partes o en las pretensiones deducidas, o si el actor adujere en la audiencia esos mismos defectos en la contestación o en la reconvención, o si, de oficio, el tribunal apreciare unos u otros, admitirá en el acto de la audiencia las aclaraciones o precisiones oportunas”. Ley de Enjuiciamiento Civil, Op. Cit., art. 424.1

⁷³⁴ Ley de Enjuiciamiento Civil, Op. Cit., art. 424.2

iv. Debida adecuación del procedimiento

Desde el punto de vista teórico, cada acción debe ser tramitada en un procedimiento específico, conforme lo previsto por el legislador⁷³⁵. Sobre este punto Iñaki Esparza Leibar, expone que: “el procedimiento en los ordenamientos que consagran la legalidad de las formas procesales es una garantía para las partes, que anticipadamente conocerán los cauces y las posibilidades en relación con un proceso concreto, y se configura también como una garantía para el correcto ejercicio de la función jurisdiccional”⁷³⁶.

En el proceso civil ecuatoriano se han establecido varios procedimientos a los que el actor debe adecuar sus pretensiones. Una vez presentada la demanda le corresponde al juzgador efectuar un análisis que identifique si el accionante acertado en la vía procesal. Empero, puede darse el caso de que, a pesar de esta revisión previa, la demanda equivocadamente sea admitida a trámite. En ese caso se ha facultado al demandado para interponer una excepción previa de “inadecuación de procedimiento”.

La Corte Nacional de Justicia le ha entregado a esta circunstancia una cuestión insubsanable, por lo que, acaecida, deberá declararse el archivo de la demanda. El problema que surge es una contraposición de criterios respecto de la jurisprudencia dictada por el mismo órgano jurisdiccional. Mediante sus fallos se ha establecido que: “Las vías especiales en realidad implican un beneficio de celeridad y simplificación del proceso, lo cual sin duda alguna constituye un beneficio para el actor, por lo que, si este solicita que una causa se someta al proceso de lato conocimiento, ello implica que renuncia a los beneficios señalados, lo cual favorece al demandado”⁷³⁷.

⁷³⁵ ROMERO SEGUEL, A: “La adecuación del procedimiento en materia de derecho indígena”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 39, No. 3, 2012, p. 819

⁷³⁶ ESPARZA LEIBAR, I.: *El presupuesto procesal del procedimiento adecuado*, Comares, Granada, 1996, p. 3

⁷³⁷ Corte Suprema de Justicia del Ecuador, Gaceta Judicial No. 3 de III del 2000.

Así las cosas, la legislación procesal ecuatoriana ha establecido como regla de exclusión que, de presentarse un error en el procedimiento que ha elegido el actor, si la vía elegida contiene mayores términos en las actuaciones procesales, esta no será causal de archivo de la demanda. Bajo el entendimiento del máximo ente de jurisdicción ordinaria del Ecuador, este acto no constituye un menoscabo en el derecho de defensa al demandado.

El problema con este último criterio radica en el hecho de que, de la mano de la constitucionalización de las normas procesales, el debido proceso adquiere una característica de derecho fundamental y por tanto de interés general, por lo que no se puede propender a desnaturalizar los procedimientos establecidos en la ley, por la sola voluntad de las partes. Además de ser una lesión al principio de seguridad jurídica⁷³⁸, desconoce las implicaciones que trae consigo los diferentes tipos de procedimientos. Aquellos que, como bien lo destaca Klein, generan impactos en las economías nacionales⁷³⁹.

Si bien se puede sostener que un proceso lato del que naturalmente se le asigna a la pretensión, entrega mayores tiempos de defensa al demandado, lo que no se toma en cuenta es que tiempos de tramitación más largos generan repercusiones financieras tanto en la administración de justicia como en la capacidad de disposición de los bienes patrimoniales de las partes que se hayan en litigio.

Estas consideraciones son por demás relevantes en el modelo procesal instaurado, pero lamentablemente no fueron consideradas en la práctica judicial, seguramente por un desconocimiento de los pilares que engloban a la materia. La LEC también mantiene reglado dentro de su catálogo normativo el hecho de que pueda presentarse una inadecuación de proceso, pero lo aborda desde la materia⁷⁴⁰ y la

⁷³⁸ “La seguridad jurídica no solo se inmuniza frente al riesgo de su manipulación, sino que deviene un factor inevitable para el logro de los valores de la justicia y de la paz social” PÉREZ LUÑO, A. E.: “Seguridad jurídica y sistema cautelar”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 7, 1990, p. 331

⁷³⁹ SPRUNG, R.: “Los fundamentos del derecho procesal civil austriaco”, *Op. Cit.*, p. 38.

⁷⁴⁰ “Resolución en casos de inadecuación de procedimiento por razón de la materia. 1. Cuando la alegación de procedimiento inadecuado se funde en no corresponder el que se sigue a la materia objeto del proceso, el tribunal, oídas las partes en la audiencia, podrá decidir motivadamente en el acto lo que estime procedente y si considera infundada la alegación, la audiencia proseguirá para sus restantes finalidades. 2. También el tribunal, si la complejidad del asunto lo aconseja, podrá decidir lo que sea procedente sobre el procedimiento que se ha de seguir, dentro de los cinco días siguientes a la

cuantía⁷⁴¹. La ventaja que entrega la norma española, a diferencia de la ecuatoriana, y que va más acorde al principio de celeridad y economía procesal, es que se faculta al juzgador a resolver en la misma audiencia y de ser el caso que corresponda el juicio verbal, disponer que se continúe con el trámite correcto, en lugar de disponer llana y simplemente el archivo de la demanda.

Igualmente, la LEC permite que el juzgador pueda revisar, en este caso, la caducidad de la demanda. Esto se debe a que la caducidad no es sino la extinción de un derecho con efecto inmediato, por el mero paso del tiempo⁷⁴², por lo que no requiere ser alegado. Cosa contraria exige la ley procesal ecuatoriana, quien ha configurado una causal específica para este hecho.

2.1.2. Presupuestos materiales

Los presupuestos materiales o de fondo son los que se encargan del derecho sustancial. En términos generales su verificación ocurre en el momento que corresponda dictar sentencia, pues solo ante su presencia se podrá acoger o rechazar

audiencia, que proseguirá en todo caso para sus restantes finalidades. 3. Si el procedimiento adecuado fuese el del juicio verbal, al declararlo así se dispondrá que el Letrado de la Administración de Justicia cite a las partes para la vista, salvo que la demanda apareciese interpuesta fuera del plazo de caducidad que, por razón de la materia, establezca la ley. En este caso, se declarará sobreseído el proceso. También dispondrá el Tribunal el sobreseimiento si, al iniciarse la vista, no apareciesen cumplidos los requisitos especiales que las leyes exijan, por razón de la materia, para la admisión de la demanda". Ley de Enjuiciamiento Civil, *Op. Cit.*, art. 423

⁷⁴¹ "Resolución en casos de inadecuación de procedimiento por razón de la cuantía. 1. Si la alegación de procedimiento inadecuado formulada en la contestación a la demanda se fundase en disconformidad con el valor de la cosa litigiosa o con el modo de calcular, según las reglas legales, el interés económico de la demanda, el tribunal oír a las partes en la audiencia y resolverá en el acto lo que proceda, ateniéndose, en su caso, al acuerdo al que pudieran llegar las partes respecto del valor de la cosa litigiosa. 2. Si no se diese acuerdo sobre el valor de la cosa litigiosa, el tribunal, en la misma audiencia, decidirá oralmente, de forma motivada, lo que proceda, tomando en cuenta los documentos, informes y cualesquiera otros elementos útiles para calcular el valor, que las partes hayan aportado. Si correspondiese seguir los trámites del juicio verbal el Juez pondrá fin a la audiencia, procediéndose a señalar fecha para la vista de dicho juicio, salvo que la demanda apareciese interpuesta fuera del plazo de caducidad que, por razón de la materia, establezca la ley. En este caso, el Juez declarará sobreseído el proceso. Siempre que el señalamiento pueda hacerse en el mismo acto, se hará por el Juez, teniendo en cuenta las necesidades de la agenda programada de señalamientos y las demás circunstancias contenidas en el artículo 182.4. En los restantes casos se fijará la fecha por el Letrado de la Administración de Justicia, conforme a lo prevenido en el artículo 182". *Ídem*, art. 422

⁷⁴² PEÑAHERRERA TOAPAXI, D. y ABAD ARÉVALO, D.: "Los presupuestos procesales y materiales", en CERVANTES VALAREZO, A. (Coord.): *Cuestiones actuales del derecho procesal*, *Op. Cit.*, p. 204.

las pretensiones⁷⁴³. Cabe destacar que su existencia no se vincula con la validez del proceso, pues de eso se encargan los presupuestos procesales. Por lo que su ausencia conlleva una sentencia inhibitoria⁷⁴⁴.

Si bien hemos mencionado que estos presupuestos deben considerarse justo antes de dictar sentencia, la norma procesal ecuatoriana ha enlistado una serie de presupuestos que si bien son materiales se los reconoce como excepciones previas, cuyo conocimiento debe darse en la audiencia preliminar. Todo ello es consecuencia del modelo procesal por audiencia que destina la primera fase del proceso para sanear cualquier impedimento procesal o sustancial -siempre que sea manifiesto-. Que pueda impedir que se dicte una sentencia que resuelva el fondo de la controversia.

En términos de Hernando Davis Echandía⁷⁴⁵ los presupuestos materiales se subdividen en: presupuestos de la pretensión y los de la sentencia absolutoria. Dentro del primer subgrupo están incluidos: la legitimación en la causa; el interés para obrar; la ausencia de desistimiento, transacción, litis pendencia y prescripción; y, la correcta acumulación de pretensiones. Se hará uso de esta clasificación para referirnos a ellos, no sin perder de vista sus consideraciones en la audiencia preliminar como excepciones previas.

i. Legitimación de la causa

La *legimatio ad causam* o legitimación en la causa no es otra cosa que la titularidad del derecho sustancial que existe entre el accionante y el accionado.

⁷⁴³ WHITE WARD, O.: *Teoría general del proceso*, Corte Suprema de Justicia. Escuela Judicial de Costa Rica, Heredia, 2008, p. 46

⁷⁴⁴ “Debemos tener presente que los presupuestos materiales se refieren a la pretensión o al derecho sustancial, en tanto permiten que el juez pueda resolver en sentencia sobre la pretensión que ha sido planteada. En consecuencia, la falta de legitimación en la causa o *legitimatio ad causam* da lugar a que se dicte sentencia inhibitoria, esto es, la conclusión del proceso absteniéndose de pronunciarse sobre el fondo de la causa por no encontrarse debidamente conformada el litisconsorcio, ya sea activa o pasiva”. MARIÑO HERNÁNDEZ, R.: “El litisconsorcio y la unidad del proceso”, en MONTAÑA PINTO, J. (Edit.): *Diálogos judiciales 4: Comentarios al Código Orgánico General de Procesos*, Corte Nacional de Justicia, Quito, 2017, p. 102

⁷⁴⁵ DEVIS ECHANDÍA, H.: *Teoría General del Proceso*, Op. Cit., p.381-383

Constituye un agrupamiento de la identidad del actor con la persona a la que la ley le otorga la calidad de legitimado activo; y en el mismo sentido con él legitimado pasivo, para valorar a quien le corresponde asignarle la calidad de legítimo contradictor⁷⁴⁶.

La legitimación en la causa no consta definida en la norma ecuatoriana, por lo que su alcance se lo debemos a los pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Nacional de Justicia. En su definición mencionan que su pertinencia radica en que solo respecto de los legitimados en la causa se logra emitir una sentencia que genere obligaciones y el efecto de cosa juzgada⁷⁴⁷.

La litis consorcio es otro de los pilares que integran la legitimación en la causa. Por medio de esta se regula aquellas circunstancias en las que el derecho sustancial está formado por una alianza y un destino final en común. En palabras de Armando Cruz Bahamonde la litis consorcio es obligatoria frente a relaciones jurídicas que están cohesionadas por su origen o naturaleza. De tal suerte que su ruptura rompería con la unidad jurídica del litigio y daría ocasión a fallos contradictorios⁷⁴⁸.

Dentro de la legitimación en la causa hay que diferenciar los derechos de incidencia colectiva o supraindividuales que mantienen reglas propias, integrados por los derechos difusos, derechos individuales homogéneos y derechos colectivos⁷⁴⁹. En los derechos difusos, frente a la existencia de una colegitimación, de manera indiscriminada cualquier titular del derecho -sujeto indeterminado-, está legitimado para accionar la vía jurisdiccional. En el caso ecuatoriano encontramos un ejemplo de esta circunstancia, solo en materia constitucional, en las demandas a un ambiente sano⁷⁵⁰.

⁷⁴⁶ CHIOVENDA, G.: *Principios del derecho procesal*, Op. Cit., p. 178

⁷⁴⁷ Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Civil y mercantil, sentencia de 27 de mayo de 2014, No. 0387-2012, p. 11.

⁷⁴⁸ CRUZ BAHAMONDE, A.: *Estudio crítico del Código de Procedimiento Civil*, Op. Cit., p. 370.

⁷⁴⁹ Si bien existen varias clasificaciones y denominaciones de los derechos supraindividuales, preferimos usar la definición que nos entrega el Código Modelo para Procesos Colectivos para Iberoamérica, aprobado en Caracas el 28 de octubre de 2004.

⁷⁵⁰ Los derechos difusos se definen como aquellos intereses que generan una afectación a una comunidad indeterminada y amplia donde no existe un nexo jurídico entre los individuos, sino que se ven relacionados por hechos o circunstancias específicas. A su vez Gozáini manifiesta que: "Suelen llamarse intereses difusos, expresando en consecuencia el aspecto de indeterminación o propagación subjetiva del motivo a defender. Son los derechos a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, los derechos del consumidor de bienes y servicios, los derechos que provienen del arte, los derechos de las razas y de las culturas, entre otros notables por su dimensión. (...) La transpersonalización

Los derechos individuales homogéneos son aquellos en los que, a diferentes intereses individuales, la ley les entrega la posibilidad de que puedan comparecer como litisconsortes. En palabras de Montero Aroca estos derechos son la suma de conflictos individuales fruto de un fenómeno procesal de acumulación de pretensiones⁷⁵¹. El tratamiento procesal diferenciado de estos derechos se halla en la existencia de un número extenso de individuos, la existencia de un vínculo de conexidad u homogeneidad de las pretensiones⁷⁵² y un predominio de cuestiones comunes frente a las individuales⁷⁵³.

Los derechos colectivos en palabras de María Carlota Ucín son aquellos que “pertenecen a una clase o categoría de personas (puede pensarse también en un grupo social, incluso en los derechos de las minorías), que sí están ligadas por una relación jurídica de alteridad. Pueden ubicarse en esta sección los derechos prestacionales propios del Estado Social de Derecho que en principio tienen reconocimiento ligados a la pertenencia a un grupo social determinado (trabajadores en general o de determinado rubro en particular)”⁷⁵⁴.

En las demandas colectivas la indeterminación del derecho no es absoluta y se caracterizan en que el alcance de la sentencia se extiende a los miembros ausentes⁷⁵⁵. Sin embargo, según el ordenamiento jurídico en el que se aplique, surge

caracteriza el objeto, pero es la dimensión del grupo subjetivo lo que determina la verdadera noción de difuso o colectivo, pues entre ambos hay cierta identificación que confunde y corresponde esclarecer. El derecho o interés difuso se reconoce por comunicar a los sujetos de un grupo indeterminado. Mientras que los derechos de incidencia colectiva (para adoptar el signado de la Constitución Nacional) examinan y definen un sector particular del gravamen”. GOZAÍNI, O.: *Derecho Procesal Constitucional protección procesal del usuario y consumidor*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2005, 94.

⁷⁵¹ MONTERO AROCA, J.: *La legitimación en el proceso civil (intento por aclarar un concepto que resulta más confuso cuando más se escribe sobre él)*, Civitas, Madrid, 1994, p. 62

⁷⁵² APOLÍN MEZA, D. L.: “La Protección de los Derechos Individuales Homogéneos y los Problemas de Acceso a la Jurisdicción a través del Proceso Civil”, *Derecho y Sociedad revista de la Pontificia Universidad Católica de Perú*, No. 38, 2012, p. 189

⁷⁵³ “Para la tutela de los intereses o derechos individuales homogéneos, además de los requisitos indicados en los n. I y II de este artículo, es también necesaria la demostración del predominio de las cuestiones comunes sobre las individuales y de la utilidad de la tutela colectiva en el caso concreto”. Código Modelo para Procesos Colectivos para Iberoamérica, Caracas, 28 de octubre de 2004, art. 2.

⁷⁵⁴ UCÍN, M. C.: *Ponencias Generales y Trabajos seleccionados del XXIII Congreso Nacional de Derecho Procesal*, La Ley, Buenos Aires, 2005, p. 148.

⁷⁵⁵ MARTÍNEZ MEDRANO, G.: “Procedimiento de acciones colectivas”, *La Ley*, Vol. 2, 2011, p. 2. Lorenzo Bujosa Vadell agrega que “cuando hablamos de procesos colectivos nos referimos a un cauce procesal por el que se pretenden amparar derechos o intereses que, en realidad, son heterogéneos, pero que tienen en común su relevancia colectiva. En algunos casos esta vía procesal aparece como la única eficaz para la protección de situaciones jurídicas de ventaja de estructuras relativamente

el denominado *opt out* a través del cual son excluidos aquellos individuos que voluntaria y expresamente lo soliciten⁷⁵⁶. Otros modelos presentan como variación el *opt in* en virtud del cual los efectos de la sentencia recaen solo en los sujetos que expresamente lo han solicitado⁷⁵⁷.

El Código Orgánico General de Procesos mantiene un sistema rígido de preclusión e impide la inclusión de nuevos actores o demandados, sino bajo las reglas de reforma que son temporalmente cortas. Además, en esta norma tampoco se permite el inicio de procesos que persigan la tutela de derechos supraindividuales, ni aquellos que pertenezcan a un grupo indeterminado de personas. Por todo ello, no resulta posible la interposición de las denominadas *class action*⁷⁵⁸ que sí constan reguladas en el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, pero que lamentablemente no ha sido adoptado en esta legislación.

En tal sentido, si bien la Constitución Ecuatoriana reconoce en sus artículos 11, 75, 76 y 86 el derecho a ejercer, proponer y exigir la tutela individual y colectiva de derechos, esta protección no es extensiva en materia civil. Toda vez que la ley otorga solo la facultad de solicitar la satisfacción propia e individual de sus intereses.

Aclarados estos puntos, de la excepción previa de falta de legitimación en la causa surgen dos implicaciones procesales. Únicamente frente al caso de litis

novedosas (las que se encuentran, por ejemplo, en situación de riesgo ante actividades nocivas), y en otros, en los que más claramente aparecen situaciones jurídicas de ventaja individuales, el proceso colectivo aparece como un instrumento no único, pero sí facilitador de la consecución de la tutela judicial efectiva". BUJOSA VADELL, L. M.: *Procesos colectivos*, Palestra, Lima 2023, p. 27.

⁷⁵⁶ "El sistema del opt-out, propio del derecho norteamericano supone que todos los perjudicados por el hecho dañoso, sin necesidad de intervenir en absoluto en el proceso colectivo - más bien, lo tienen vedado – se ven afectados por el resultado del mismo, sea cual sea, y concluya éste con una sentencia o, lo más frecuente, mediante un acuerdo; los efectos de dicho proceso o del acuerdo alcanzado en el mismo sólo pueden evitarse ejerciendo el derecho de exclusión (opt-out), en los casos en que se prevé legalmente, lo que les permitiría instar la tutela individual de su derecho". PLANCHADELL GARGALLO, A: "La consecución de la tutela judicial efectiva en la litigación colectiva", *Revista InDret*, No. 4, 2015, p. 14. Versión on line https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1180_es.pdf último acceso 01-11-2024.

⁷⁵⁷ *Ibidem*.

⁷⁵⁸ Esta denominación la adopta del sistema norteamericano. "Los Estados Unidos de Norte América en su Federal Rules of Civil Procedure, en particular las reglas 23, 23.1 y 23.2, menciona que las acciones de distintas clases (Colectivas) tienen procedencia en diferentes materias como: accidentes, responsabilidad por productos, libre competencia económica, derechos de autor, propiedad industrial, derecho del consumidor y derecho de los accionistas de las empresas e incluso en temas como discriminación y desempeño administrativo del gobierno". MERINO DAMIAN, M. CRESPO GÓMEZ Y. G.: "Las acciones colectivas", *Emerging Trends in Education*, Vol. 2, No. 4, 2015, p. 118

consorcios necesarias la ley considera que pueden ser objeto de subsanación, para ello se le entrega al actor el término de seis días⁷⁵⁹. Para otras circunstancias solo en el caso de ser manifiesta deberá resolverse en la primera fase de saneamiento, declarando sin lugar la demanda y ordenando el archivo.

Surgido el hecho de que la falta de legitimación no sea evidente, tal como lo refiere Vicente Gimeno Sendra, deberá discutirse “como elemento de la fundamentación de la pretensión, pues, exige una actividad probatoria, por lo que, a fin de evitar una precipitada e injustificada denegación del derecho la tutela, debe merecer un examen de fondo en la Sentencia”⁷⁶⁰.

La LEC también reglamenta la litis consorcio necesaria en términos similares a los mencionados, pero lo que destaca es que al actor se le permite que en la audiencia presente el “escrito dirigiendo la demanda a los sujetos que el demandado considerase que habían de ser sus litisconsortes”.⁷⁶¹ Sin duda esta posibilidad representa un beneficio, puesto que, ante el reconocimiento voluntario del actor, se impide la dilación innecesaria del trámite del proceso.

ii. El interés sustancial para obrar

El interés sustancial para obrar es una institución cuya intención es analizar la necesidad de promover el proceso para alcanzar la tutela invocada⁷⁶². Está relacionada con el principio de economía procesal dado que evita el inicio de una actividad procesal frente a una demanda fundada pero inútil⁷⁶³. En consecuencia, existe interés siempre que la pretensión solo puede alcanzarse por medio de la actividad jurisdiccional -solo así será útil para el actor-.

⁷⁵⁹ Código Orgánico General de Procesos (COGEP), Op. Cit., art. 295.3

⁷⁶⁰ SENDRA GIMENO V.: “¿Puede un juez inadmitir de oficio una demanda por falta de legitimación de las partes?”, *Derecho y Sociedad* revista de la Pontificia Universidad Católica de Perú, No. 38, 2012, p. 125.

⁷⁶¹ Ley de Enjuiciamiento Civil, Op. Cit., art. 420.1

⁷⁶² AVENDAÑO VALDEZ, J. L.: “El interés para obrar”, *THEMIS: Revista de Derecho*, No. 58, 2010, p. 64.

⁷⁶³ PRIORI, G.: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*, Gaceta Jurídica, Lima, 2003, pp. 64-70.

Juan Monroy enuncia que el interés debe ser necesario, actual, inmediato e irremplazable⁷⁶⁴. Esta institución está limitada temporalmente en consecuencia de que su análisis es relevante en la etapa de presentación de la demanda. Pasada esta instancia pierde todo sentido porque carece de la capacidad para invalidar el proceso. Es por esta razón que no es posible pensar en una excepción en este sentido.

En el Código Orgánico General de Proceso no está concebida dentro de las excepciones previas, sino que responde a una facultad oficiosa *in limine* del juzgador, quien al amparo del artículo 147, si “estima que la demanda es manifiestamente inadmisibile, la declarará así en la primera providencia, con expresión de los fundamentos de su decisión y ordenará devolver los anexos y el archivo del expediente”⁷⁶⁵.

En última instancia, no deberá confundirse el interés sustancial para obrar con la legitimación, pues si bien todo el que tiene interés para demandar está legitimado en la causa, no todo legitimado en la causa tiene interés para demandar⁷⁶⁶, siendo este su mayor rasgo distintivo.

iii. Indebida acumulación de pretensiones

Con el afán de ejercitar el derecho de economía procesal, la ley permite que el legitimado activo pueda demandar en un mismo proceso múltiples pretensiones - dos o más-. Sin embargo, esto no le releva de la obligación de agruparlas de forma coherente y jurídicamente válida. A la par se le concede al demandado la posibilidad de que se excepcione a la acumulación de las pretensiones ya sea con fundamentos de importancia cualitativa, de incompatibilidad o por la especificidad de la

⁷⁶⁴ MONROY GÁLVEZ, J.: *La formación del Proceso Civil: Escritos Reunidos*, Palestra, Lima, 2004, p. 231.

⁷⁶⁵ Código Orgánico General de Procesos (COGEP), *Op. Cit.*, art. 147

⁷⁶⁶ PEÑAHERRERA TOAPAXI, D. y ABAD ARÉVALO, D.: “Los presupuestos procesales y materiales”, en CERVANTES VALAREZO, A. (Coord.): *Cuestiones actuales del derecho procesal*, *Op. Cit.*, p. 212.

pretensión⁷⁶⁷. Piénsese por ejemplo en una demanda en la que el actor exija el cumplimiento de un contrato y al mismo tiempo solicite su nulidad.

Con base en lo anotado, la excepción previa surge, específicamente, cuando en la demanda se incluyen pretensiones contradictorias u opuestas entre sí. Así también cuando se incluyen aquellas que deben perseguirse por diferente procedimiento, dejando de lado su naturaleza o que buscan efectos contrarios, por lo que su coexistencia no resulta admisible. Lo que genera que una demanda sea considerada inepta por este motivo es que se genere una imposibilidad insalvable para indagar lo que el accionante desea alcanzar⁷⁶⁸.

Frente a este caso el juzgador se ve imposibilitado de pronunciarse sobre alguna de las pretensiones, no siéndole posible desafectar de oficio aquellas que se excluyen entre sí. De hacerlo estaría asumiendo el rol de la parte accionante, a quien le corresponde el impulso de la causa, la fijación de la pretensión y la identificación de los demandados; siendo apropiado que, de haber sido detectada en el momento de resolver la causa, se dicte una sentencia inhibitoria.

Por otro lado, la Corte Nacional de Justicia del Ecuador cataloga esta excepción como insubsanable por lo que, de alegarse vía excepción previa, el juez deberá ordenar el archivo de la demanda. La LEC resuelve de forma diferente estos hechos, ya que admite que el proceso continúe con la acción que pueda constituir el objeto del proceso, siempre que haya sido alegada motivadamente por el demandado⁷⁶⁹.

iv. Ausencia de desistimiento, transacción, litispendencia y prescripción

La figura del desistimiento, transacción, litispendencia y prescripción, como excepciones previas son analizadas desde su efecto de extinción de la obligación que

⁷⁶⁷ Corte Nacional de Justicia, resolución de 03 de mayo del 2017, No. 12-2017, p. 21

⁷⁶⁸ Corte Suprema de Colombia, Sala de Casación Laboral, sentencia de 14 de febrero de 2015, No 22923.

⁷⁶⁹ Ley de Enjuiciamiento Civil, *Op. Cit.*, art. 419.

el actor reclama. Por esta razón se discuten en la primera etapa de la audiencia única o en la audiencia preliminar, según corresponda al tipo de procedimiento. Su admisibilidad genera la finalización de la causa y el correspondiente archivo de la demanda.

Mas allá de esta similitud, cada una de estas excepciones goza de particularidades que deben analizarse caso a caso y que dependerán no solo de las alegaciones por escrito que presente el demandado, sino particularmente de la fundamentación verbal que realice, acompañada de medios probatorios que las respalden. La importancia del tratamiento radica en el estrecho vínculo que poseen con el derecho a la defensa del demandado y como formas anormales de poner fin al proceso⁷⁷⁰.

a) El desistimiento

Juan Monroy Gálvez realiza una diferenciación entre el desistimiento como acto de disposición de la pretensión y el desistimiento como acto de renuncia del proceso. La diferencia radica en el hecho de que en la segunda hipótesis nada impide que el demandado vuelva a solicitar su pretensión en un posterior nuevo proceso⁷⁷¹. Empero en la ley procesal ecuatoriana únicamente se contempla el desistimiento de la pretensión⁷⁷², por lo que se impide que el actor vuelva a presentar una demanda ulterior.

⁷⁷⁰ “Los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a mediación o arbitraje y transigir sobre lo que sea objeto del mismo, excepto cuando la ley lo prohíba por razones de interés general o en beneficio de tercero” *Ídem*, art. 19.1.

⁷⁷¹ “Entre renuncia y desistimiento hay, jurídicamente, una relación de género a especie. La primera en la dejación voluntaria de un derecho o facultad. Es, expresado de otra manera, la dimisión, rechazo o negativa ante una propuesta, ofrecimiento o petición. La renuncia como acto voluntario del titular de una facultad o derecho, tiene un ámbito vasto de aplicación. En cambio, el desistimiento, sin dejar de ser un acto de dejación, se presenta con exclusividad en el proceso (...) En el caso del desistimiento total, extingue el proceso sin afectar la pretensión procesal, la que puede ser intentada en un nuevo proceso, salvo que se vea afectada por la prescripción” MONROY GÁLVEZ, J.: “Concepto de desistimiento”, THEMIS: Revista de Derecho, No. 11, 1988, p. 84

⁷⁷² “En cualquier estado del proceso antes de la sentencia de primera instancia, la parte actora podrá desistir de su pretensión y no podrá presentar nuevamente su demanda”. Código Orgánico General de Procesos (COGEP), *Op. Cit.*, art. 237.

Las consecuencias derivadas del desistimiento de la pretensión responden a una lógica: si el titular de un derecho sustantivo decide acudir al órgano jurisdiccional para reclamar el cumplimiento de una obligación mediante la presentación de una demanda. Esta demanda tiene como origen una pretensión material que al haberse demandado se convierte en una pretensión procesal⁷⁷³. Todo esto es una declaración de la voluntad del actor⁷⁷⁴. Por consiguiente, el desistimiento de la pretensión no es más que una nueva y más reciente declaración de la voluntad que consiste en abstenerse de reclamar el derecho sustancial que motivó la demanda⁷⁷⁵.

La ley respetuosa de los derechos individuales del actor -en especial del principio dispositivo-, admite que las decisiones de este último surtan efecto, no sin antes asignarle consecuencias jurídicas y requisitos de procedencia. Este desistimiento solo puede formularse hasta antes de la emisión de la sentencia⁷⁷⁶, fijando un límite temporal en su acción. Otro requisito está condicionado al tipo de derecho que se discute, por lo que, algunos ordenamientos, como el ecuatoriano han asignado a determinados derechos la calidad de irrenunciables⁷⁷⁷.

⁷⁷³ MONROY GÁLVEZ, J.: "Concepto de desistimiento", *Op. Cit.*, p. 85-86.

⁷⁷⁴ "no hay dudas en reconocer que el desistimiento es una actitud propia del actor, así viene aceptado en toda la doctrina. Corresponde a la parte activa de la relación jurídico-procesal entablada, deshacer lo que ella misma ha iniciado, en este caso el proceso; es decir, el actor, con el desistimiento, lo que intenta es paralizar el proceso que ha sido iniciado a su instancia" PÉREZ MARÍN, M. Á.: *El desistimiento en el proceso civil (Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil)*, Bosch Editor, Barcelona, 2001, p.85.

⁷⁷⁵ MORELLO, A., SOSA, G., BERIZONCE, R.: *Códigos procesales en lo civil y comercial de la provincia de Buenos Aires y de la Nación, comentados y anotados*, Librería Editora Platense-Abeledo Perrot, La Plata, 1989, p. 8.

⁷⁷⁶ Si bien existen autores como Hernando Devis Echandía que defienden la postura de que el desistimiento procede en cualquier estado del juicio, antes de que se pronuncie sentencia definitiva o no sujeta a recurso DEVIS ECHANDÍA, H.: *Teoría General del Proceso*, *Op. Cit.*, p. 648. Vemos como la norma procesal ecuatoriana hace alusión a la sentencia de primera instancia y no a la sentencia en firme, vedando al actor la posibilidad de desistir de la pretensión, aún a causa de un recurso que suspenda la ejecución del fallo. A criterio de Santiago Sentís Melendo esto resulta adecuado, puesto que carece de todo sentido pretender desistir de un proceso luego de dicha oportunidad. SENTÍS MELENDO, S.: *El Proceso Civil estudio de la reforma procesal argentina*, EJE, Buenos Aires, 1957, p. 327. Monroy comparte este criterio pues a su entender una vez expedida la sentencia, en aplicación del principio de Adquisición, el conflicto de intereses que subyace en el proceso es "adquirido en definitiva por el Órgano Jurisdiccional al haberlo resuelto, aunque sea provisionalmente.

⁷⁷⁷ "Inhabilidad para desistir. No pueden desistir del proceso (...) Quienes sean actores en los procesos de alimentos." Código Orgánico General de Procesos (COGEP), *Op. Cit.*, art. 240.4.

A lo expuesto merece la pena agregar que si bien la legislación ecuatoriana reconoce además el desistimiento del recurso⁷⁷⁸, como otra de las manifestaciones de esta institución jurídica. Pasó por alto reglar el desistimiento parcial subjetivo y de la pretensión. Dentro del Código Orgánico General de Procesos no existen dichas figuras, sino que únicamente están condicionadas a los términos de la reforma a la demanda, con un escaso término de procedencia, únicamente admisible en el procedimiento ordinario, e imposibilitando hacerlo si no existen hechos nuevos.

Lo indicado resulta incorrecto, puesto que, surgido el caso, por ejemplo, en el que en una demanda se presente una indebida acumulación de pretensiones - considerada insubsanable-, en lugar de admitirse el desistimiento parcial, se ordenará el archivo de la demanda. Este resultado es a todas luces contrario a los propósitos que persigue el modelo procesal diseñado y los mandatos constitucionales que lo promovieron.

Otra imprecisión se sitúa en la ausencia del desistimiento con incidencia en el elemento subjetivo de la demanda, que sí estaba presente en la derogada norma procesal⁷⁷⁹. Con ello, frente a un desistimiento en virtud del cual el actor se abstiene de continuar con la demanda en contra de determinado demandado, la derogada norma no impedía que se persiguiese ulteriormente la misma pretensión en contra de otro demandado. Empero esta particularidad resulta en una opción no reglada por la norma procesal vigente.

En un infructuoso intento clarificador la Presidencia de la Corte Nacional de Justicia, por medio de una circular, no vinculante sino consultiva, mencionó que “en el desistimiento de la demanda o del proceso, la persona que desiste pierde todos los

⁷⁷⁸ Código Orgánico General de Procesos (COGEP), Op. Cit., art. 238. La LEC también reconoce la incidencia de este caso y fija su temporalidad. “Todo recurrente podrá desistir del recurso antes de que sobre él recaiga resolución, excepto del recurso de casación una vez señalado día para su deliberación, votación y fallo”. Ley de Enjuiciamiento Civil, Op. Cit., art. 450.1. La fijación del tiempo en la forma concebida en la LEC responde a que, conforme su desarrollo jurisprudencial, “una vez que un recurso ha sido resuelto mediante la correspondiente votación y fallo (arts. 253 a 255 LOPJ y 196 a 201 LEC), el proceso únicamente puede acabar mediante el dictado de la correspondiente sentencia”. Sentencia del Tribunal Supremo español, Sala de lo Civil, No. 607/2019, 14 de noviembre de 2019, cuestión preliminar 2.

⁷⁷⁹ “El que desistió de una demanda, no puede proponerla otra vez contra la misma persona, ni contra las que legalmente la representan”. Código de Procedimiento Civil, Registro Oficial Suplemento 58, 12 de julio de 2005, art. 377.

derechos y situaciones procesales favorables a ella en la instancia. Sus efectos son similares a los de una sentencia adversa al actor, consiguientemente, cierra la posibilidad de que el mismo actor pueda proponer otra vez la misma demanda contra la misma persona”⁷⁸⁰.

Lo expuesto si bien resulta en un cierto avance, puesto que refiere la existencia de una posibilidad de demandar la misma pretensión a un sujeto distinto, también presenta un inconveniente que va más allá de su falta de vinculatoriedad. En este pronunciamiento se confunde los efectos que emanan de los diferentes ámbitos sobre los cuales puede aplicarse el desistimiento -clases de desistimiento- y en consecuencia les entrega el mismo efecto, lo que resulta ciertamente en una imprecisión. Asimismo, desconoce que, en nuestro sistema como se expuso, no se ha reglamentado el desistimiento del proceso, sino de la pretensión.

b) La transacción

En términos del Código Civil ecuatoriano, la transacción “es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual. No es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa”⁷⁸¹. De la definición que aporta esta norma sustantiva se extrae que la transacción puede llevarse a cabo en dos instancias diferentes, sin que el lugar de celebración sea la única diferencia que medie entre las dos, sino que va mucho más allá, sobre todo de las consecuencias jurídicas que genera.

Dejando a salvo esta puntualización, queda claro que la norma al tratar a la transacción como excepción previa -para este caso-, alude únicamente a una de las

⁷⁸⁰ Presidencia de la Corte Nacional de Justicia Oficio Circular No: 00603-SP-CNJ-2018, 24 de abril del 2018, p. 1.

⁷⁸¹ Código Civil, *Op. Cit.*, artículo 2348. En palabras de Enrique Véscovi: “Las partes pueden, además, disponer, no solo de los actos procesales, sino del propio proceso, esto es, de los derechos (sustanciales) planteados a través del mismo; ya sea el actor desistiendo de su pretensión; el demandado allanándose a la misma, realizando una transacción, en la cual ambos se hacen concesiones recíprocas”. VÉSCOVI, E.: *Manual de Derecho Procesal*, Ediciones Idea, Montevideo, 1984, p. 64.

facetas de la transacción, esto es, aquella que ocurre extrajudicialmente. Sin duda este es un punto importante de partida para todo aquello que se expondrá. Primero hemos de partir mencionando que en el Ecuador el contrato de transacción no posee una solemnidad respecto a su forma, sino que sigue las reglas de los contratos en general⁷⁸², por lo que únicamente requiere del acuerdo de voluntades libre e inequívoco. En esta legislación únicamente en casos puntuales la ley civil ordena que determinados contratos deben constar por escritura pública⁷⁸³.

Frente a la referida circunstancia el Tribunal Supremo español ha mencionado que: “el contrato de transacción no es formal y puede celebrarse en cualquier forma al no exigirse en ninguna disposición que dicho contrato haya de sujetarse a ninguna formalidad como requisito para su validez (STS de 30 julio 1996). Por tanto, es posible realizar la transacción en forma oral, como pudo ocurrir en este caso, siendo el documento que obra en las actuaciones realmente un recibo que permite probar la voluntad contractual de transigir, porque finaliza una relación contractual entre las partes”⁷⁸⁴.

La transacción es un medio extintivo de las obligaciones, un contrato cuyo objetivo es poner fin a un problema. El referido problema puede tener como origen una relación obligacional, contractual o de otra fuente, independientemente de eso, su carácter gira alrededor de un asunto litigioso. Se considera que el asunto es litigioso cuando genera un conflicto de intereses que eventualmente dará origen a un proceso judicial o incluso arbitral⁷⁸⁵. En el caso de la transacción extrajudicial su acción se orienta a la prevención de este potencial litigio.

⁷⁸² “Deberán constar por escrito los actos o contratos que contienen la entrega o promesa de una cosa que valga más de ochenta dólares de los Estados Unidos de América” “Exceptúense de lo dispuesto en los tres artículos precedentes los casos en que haya un principio de prueba por escrito, es decir, un acto escrito del demandado o de su representante, que haga verosímil el hecho litigioso. Así, un pagaré de más de ochenta dólares de los Estados Unidos de América, en que se ha comprado una cosa que ha de entregarse al deudor, no hará plena prueba de la deuda, porque no certifica la entrega; pero es un principio de prueba para que, por medio de testigos, se supla esta circunstancia. Exceptúense también los casos en que haya sido imposible obtener una prueba escrita, y los demás expresamente exceptuados en este Código y en los códigos especiales”. Código Civil, *Op. Cit.*, artículo 1726 y 1728

⁷⁸³ Tal es el caso de las capitulaciones matrimoniales o las donaciones entre vivos. Ídem, arts. 151 y 1416.

⁷⁸⁴ Tribunal Supremo español, Sala primera de lo Civil, No. 2289/2004, 28 de mayo de 2009, FJ 2.

⁷⁸⁵ CASTILLO FREYRE, M: *Derecho de las obligaciones*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Perú, Lima, 2022, p. 135.

Por consiguiente, para que pueda alcanzarse la transacción se requiere la presencia de concesiones recíprocas, propio de su rasgo como modelo autocompositivo de solución de controversias, siempre que versen sobre derechos disponibles. La transacción no puede concebirse de forma aislada como un medio de extinción de la obligación, sino que además deberá entenderse que de ella surge nuevas y variadas obligaciones⁷⁸⁶.

Susana San Cristóbal considera que “la transacción provoca el nacimiento de nuevos vínculos u obligaciones, en sustitución de los extinguidos, o la modificación de éstos, por lo que tiene carácter novatorio, sustituyendo la situación controvertida, por otra cierta e incontrovertida”⁷⁸⁷.

Uno de los elementos que necesita aclaración, subyace en el efecto que la norma le entrega a la transacción. En términos del Código Civil ecuatoriano se la tiene por “cosa juzgada”⁷⁸⁸. Aun así, este precepto no debería confundirse a la cosa juzgada material, prevista en el artículo 222 de la LEC o del artículo 99 del Código Orgánico General de Procesos⁷⁸⁹ - que en efecto en Ecuador se llega a confundir-. Toda vez que más allá de su enunciación, no pierde su rasgo de convenio que surte efecto entre los contratantes, ni adquiere un elemento de irrevocabilidad, inmutabilidad e intangibilidad.

⁷⁸⁶ “Según la jurisprudencia la transacción, sea judicial o extrajudicial, produce el efecto de sustituir una relación jurídica controvertida por otra cierta y no controvertida, extinguiendo los derechos y acciones en que trae causa y originando nuevos vínculos y obligaciones. Por eso se ha negado la posibilidad de plantear cuestiones que afecten a las situaciones preexistentes a la transacción, que han perdido la protección jurídica al ser transigidas”. Tribunal Supremo español, Sala primera de lo Civil, No. 199/2010, 05 de abril de 2010, FJ 3.

⁷⁸⁷ SAN CRISTÓBAL REALES, S.: “La transacción como sistema de resolución de conflictos disponibles”, *Anuario jurídico y económico escurialense*, No. 44, 2011, p. 280.

⁷⁸⁸ Código Civil, *Op. Cit.*, artículo 2362. Idéntica calificación le entrega el Código Civil Español conforme el contenido del artículo 1816.

⁷⁸⁹ “Aun cuando la autoridad de cosa juzgada que el artículo 1.816 del Código Civil atribuye a la transacción no puede identificarse totalmente con los efectos de la cosa juzgada propia de las sentencias firmes, dado que a la posibilidad legal de impugnar la transacción en que intervenga error, dolo, violencia o falsedad de documentos con el riesgo de nulidad, se contraponen la irrevocabilidad de tales sentencias, tienen, sin embargo, de común, a los fines que aquí interesan, que los mismos elementos subjetivos y objetivos que delimitan la cosa juzgada material, delimitan también la “exceptio pacti” o excepción de transacción, con idéntica consecuencia de vincular al órgano jurisdiccional del posterior proceso, bien en su aspecto negativo de impedir una nueva decisión sobre el fondo, bien en su aspecto positivo de condicionarla”. Tribunal Supremo español, Sala Primera de lo Civil, No. 603/1985, 10 de abril de 1985.

El contrato de transacción puede ser, según la legislación española objeto de nulidad, anulabilidad, rescisión o resolución, conforme un procedimiento declarativo ordinario según corresponda a la cuantía. En el caso ecuatoriano se posibilita perseguir su nulidad o rescisión, más allá de la contradicción que mencionaremos. En Ecuador las causas de nulidad absoluta son *numerus clausus*. El contrato transaccional será nulo cuando el objeto o la causa del acto sea ilícitos, por omisión de una solemnidad en relación con la naturaleza del acto o cuando haya sido realizada por una persona absolutamente incapaz⁷⁹⁰. Por otro lado, las causas de nulidad relativa -anulabilidad- se presentan cuando en ella intervienen vicios del consentimiento, por la comparecencia de un incapaz relativo o por falta de autorización del cónyuge en los casos que así lo requieran⁷⁹¹.

Tal como lo entiende Montero Aroca, encontrándonos frente a transacciones judiciales, más aún aquellas que no lo son, éstas carecen de efecto de cosa juzgada - como si se tratase de una sentencia-, a consecuencia de los siguientes motivos: “El fundamento de la vinculación de las partes a lo transigido es la autonomía de la voluntad, no una inexistente decisión judicial imperativa. Puede ser declarada nula, anulada, rescindida o resuelta por las mismas causas que los contratos y no por la vía del recurso de revisión. No puede apreciarse de oficio (como excepción de cosa juzgada). Si se alega en un proceso posterior sirve para determinar el contenido de la sentencia sobre el fondo, no para excluir una decisión sobre ese fondo, lo que supone que no tiene la eficacia negativa de la cosa juzgada. Alegada por el actor para determinar el contenido de la sentencia de fondo, es posible que el demandado discuta su validez y eficacia, y que el juez tenga que negar una u otra en la sentencia”⁷⁹².

La legislación española reconoce de forma adecuada la naturaleza contractual de la transacción, por lo que, *per se*, no se otorga a la transacción extrajudicial carácter ejecutivo, imposibilitando su ejecución directa, si no se adquiere previamente un

⁷⁹⁰ Las nulidades absolutas están reconocidas en la legislación ecuatoriana en el contenido del artículo 1698 del Código Civil.

⁷⁹¹ DELGADO ECHEVERRÍA, J. PARRA LUCÁN, M. A.: *Las nulidades de los contratos en la teoría y en la práctica*, Dykinson, Madrid 2005, pp. 93, 114 y 184.

⁷⁹² MONTERO AROCA, J., *Efectos jurídicos del proceso: Cosa juzgada. Costas e intereses. Impugnaciones y jura de cuentas*, Consejo General del Poder Judicial-Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1995, pp. 88-89.

pronunciamiento judicial sobre su eficacia y existencia. Sin perjuicio de la homologación judicial, no por ello pierde su esencia consensual como negocio jurídico autorregulatorio⁷⁹³. En cuanto a la transacción judicial, al amparo de la LEC, se la considera título ejecutivo⁷⁹⁴, sin que por ello se impida que sea objeto de impugnación.

En el caso ecuatoriano surge una peculiar circunstancia. La diferencia entre la transacción judicial y extrajudicial, únicamente se aborda desde el análisis del lugar en el que ocurre y más no desde los efectos que se les entrega, que son idénticos -cosa juzgada-. Ahora bien, el efecto de cosa juzgada no hace referencia al sometimiento contractual de las partes respecto a la discusión transigida, sino que de hecho le brinda ejecución directa, como si se tratase de una sentencia de última instancia.

El dilema no termina aquí, en el Código Orgánico General de Procesos se determina que se puede perseguir el cumplimiento de una transacción, mediante dos procesos diferentes: ejecutivo y de ejecución. Sin señalar en qué casos cabe el uno y en cuales el otro, parecería que lo dicho responde más a un descuido del legislador. Por lo que la Presidencia de la Corte Nacional, mediante una absolucón de consulta -no vinculante-, determinó que, al haberse incluido a la transacción como título de ejecución mediante ley reformativa de 26 de junio del 2019, por principio de temporalidad, debe considerarse título de ejecución⁷⁹⁵.

El doble reconocimiento que le entrega la ley a la transacción, como quiera que se vea, ya sea título de ejecución o ejecutivo, conlleva un desacierto porque pone de manifiesto su falta de conexidad con la norma sustantiva. El procedimiento ejecutivo

⁷⁹³ Tribunal Supremo español, Sala Primera de lo Civil, No. 2186/1990, 26 de enero de 1993, FJ 3

⁷⁹⁴ "Títulos ejecutivos. 1. La acción ejecutiva deberá fundarse en un título que tenga aparejada ejecución. 2. Solo tendrán aparejada ejecución los siguientes títulos: 3.º Las resoluciones judiciales que aprueben u homologuen transacciones judiciales y acuerdos logrados en el proceso, acompañadas, si fuere necesario para constancia de su concreto contenido, de los correspondientes testimonios de las actuaciones".

⁷⁹⁵ "Existe una contradicción entre estas normas pues por una parte el artículo 347.7 del COGEP califica a la transacción extrajudicial como un título ejecutivo, en cambio el artículo 363.7 del mismo Código, lo define como un título de ejecución. La regla No. 20 del Art. 7 del Código Civil establece las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecerán sobre las anteriores desde el momento en que empiezan a regir. En este caso, si la intención del legislador fue que el acta transaccional constituya un título de ejecución y en tal sentido se expidió la reforma, entonces prevalece la disposición del artículo 363.7 del COGEP. Prevalece la norma del Art. 363.7 del COGEP por ser una norma procesal posterior, por tanto, la transacción extrajudicial constituye un título de ejecución". Presidencia de la Corte Nacional de Justicia Oficio Circular No: FJA-PCPA-245-2019, 05 de agosto de 2019.

-definitivo⁷⁹⁶- está diseñado en una audiencia única, en él se dictan en la primera providencia medidas precautelatorias y el demandado tiene exclusivamente excepciones tasadas⁷⁹⁷, de no formularlas o de plantear alguna diferente, se procede a dictar una sentencia inapelable.

Si bien en una de las excepciones tasadas se encuentra la “nulidad formal del título”, esta no resulta aplicable como oposición efectiva del contrato de transacción. Inicialmente porque como lo expusimos no existe formalidad sustancial para su celebración. En segundo lugar, porque para perseguir la nulidad o resciliación del contrato de transacción se requiere la interposición de una acción declarativa ordinaria, la misma que resulta imposible de accionar incluso vía reconvención por falta de conexidad en el procedimiento⁷⁹⁸.

Por otro lado, si nos enfrentamos a la interposición de un procedimiento de ejecución, el asunto agrava su complejidad, a consecuencia de que las facultades del juzgador únicamente se limitan a “la realización o aplicación concreta de lo establecido en el título de ejecución”⁷⁹⁹. Por lo que, presentada la demanda en primera providencia el juzgador dicta un mandamiento de ejecución, ordenando que el demandado cumpla con la obligación transada. A esta orden no se le puede oponer excepción alguna, -dada la naturaleza del procedimiento-, sino presentar oposiciones⁸⁰⁰. Ninguna de estas oposiciones es aplicable a la revisión vía nulidad o rescisión del contrato, por lo que el demandado se verá impedido de alegar tales circunstancias a su favor. Tornando

⁷⁹⁶ En la legislación procesal ecuatoriana no se contempla la ejecución provisional.

⁷⁹⁷ “En el procedimiento ejecutivo la oposición solamente podrá fundarse en estas excepciones: 1. Título no ejecutivo. 2. Nulidad formal o falsedad del título. 3. Extinción total o parcial de la obligación exigida. 4. Existencia de auto de llamamiento a juicio por delito de usura o enriquecimiento privado no justificado, en el que la parte demandada del procedimiento ejecutivo figure como acusadora particular o denunciante del proceso penal y el actor del procedimiento ejecutivo sea el procesado”. Código Orgánico General de Procesos (COGEP), *Op. Cit.*, art. 353

⁷⁹⁸ En el procedimiento ejecutivo solo se admite la reconvención conexa fundamentada en otro título ejecutivo. Ídem, arts. 351.4 y 355

⁷⁹⁹ Código Orgánico General de Procesos (COGEP), *Op. Cit.*, art. 364.

⁸⁰⁰ “La o el deudor únicamente podrá oponerse al mandamiento de ejecución dentro del término de cinco días señalados en el artículo anterior, por las siguientes causas: 1. Pago o dación en pago; 2. Transacción; 3. Remisión, 4. Novación; 5. Confusión; 6. Compensación; 7. Pérdida o destrucción de la cosa debida; 8. Excepción de existencia de convenio arbitral para los casos del artículo 363 numerales 3, 4, 6, 7 y 10”. Código Orgánico General de Procesos (COGEP), *Op. Cit.*, art. 373.

nuevamente como inejecutable el contenido del artículo 2348 del Código Civil, en los términos expuestos.

Lo indicado tiene una afectación directa con el sentido de la audiencia preliminar, que solo esta reglada para el procedimiento ejecutivo y no para el de ejecución. Incluso se imposibilita que el legitimado pasivo realice alegaciones verbales tendientes a la revisión del contrato transaccional. Todo ello revela una contradictoria labor legislativa procesal, con afectaciones directas en las facultades de defensa de los demandados, a costa de una equivocada justificación de celeridad en la tramitación de los conflictos.

Aclarados estos puntos se puede avanzar a la segunda faceta de la transacción, esto es, como nacimiento de una nueva obligación de carácter novatorio. La transacción propicia alegar frente a un proceso, la excepción derivada del pacto celebrado entre las partes. En ese preciso momento surge la “*exceptio pacti*” -excepción de transacción-, en virtud de la cual no cabe solicitar cuestiones ya transigidas, las mismas que, se entienden extintas, al menos mientras subsista la transacción.

La LEC, reconoce esta excepción como una oposición a la acción ejecutiva, pero la doctrina y la jurisprudencia han mencionado que se puede presentar en cualquier proceso⁸⁰¹. En el caso del Ecuador se la reconoce por medio de una excepción previa que, conforme las disposiciones de la Corte Nacional de Justicia, debe aceptarse en la fase preliminar mediante sentencia⁸⁰², como una forma de terminación anticipada del proceso.

c) La litispendencia

⁸⁰¹ Tribunal Supremo español, No. 2563/1998, 20 de octubre de 2004; Tribunal Supremo español, No. 4131/1999, 07 de julio de 2006. LÓPEZ ORELLANA, M.: “El poder de disposición sobre el proceso y su objeto. terminación anormal del proceso”, en FLORS MATÍES, J. (Coord.): *Proceso civil doctrina jurisprudencial y práctica forense*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 24.

⁸⁰² “Al ser una cuestión sustancial del proceso, el juzgador deberá aceptar la transacción mediante sentencia.” Corte Nacional de Justicia, resolución de 03 de mayo del 2017, No. 12-2017, p. 26

Cuando surge el caso de que las normas jurídicas no son cumplidas de forma inmediata y espontánea, se da paso al surgimiento de un conflicto de intereses. Este conflicto es al que la ley procesal denomina *litis*⁸⁰³. La litis nace cuando las partes litigantes mantienen intereses o interpretaciones legales contrarios, que en último término demandan la intervención jurisdiccional. Ya en la contienda una vez que el demandado contesta la demanda oponiéndose a la misma o una vez que vence el tiempo para hacerlo, surge la trabazón de la litis.

La litispendencia en sentido amplio señala una situación jurídica que nace y termina con el proceso. La doctrina se vale de este término para describir el conjunto de efectos de variada índole que llegan a asociarse a la existencia de un proceso pendiente de resolución sobre un objeto determinado. En un sentido más estricto la litispendencia aborda aquella situación en la que existen varios procesos en curso sobre el mismo objeto litigioso -pretensión-⁸⁰⁴. Por lo que, no resulta posible concluir con un proceso si existe otro que ya conoce sobre el mismo objeto y que, por lo tanto, tiene incidencia directa en el segundo.

Dentro de la norma procesal ecuatoriana la litispendencia, más allá de su reconocimiento como excepción previa, no goza de un desarrollo normativo que fije su estudio. Por lo que para su tratamiento debemos recurrir a las sentencias de la extinta Corte Suprema de Justicia, que detalla los elementos, que, a su criterio, conforman la litispendencia, con ello menciona: “La identidad de personas, cosas y acciones en dos demandas, es lo que da lugar a la excepción dilatoria de litispendencia”⁸⁰⁵.

La LEC limita, caracteriza y regula a la excepción de litisconsorcio conforme su artículo 421. Así mismo, la jurisprudencia española reconoce la relación que existe entre esta excepción con la de cosa juzgada, precisamente porque las dos previenen

⁸⁰³ MORELLO, A., SOSA, G., BERIZONCE, R.: *Códigos procesales en lo civil y comercial de la provincia de Buenos Aires y de la Nación, comentados y anotados*, Op. Cit., p. 363

⁸⁰⁴ VEGAS TORRES, J.: “La eficacia excluyente de la litispendencia”, *Revista electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja*, No. 0, 2002, p. 170; DEVIS ECHANDÍA, H.: *Nociones generales de derecho procesal*, Op. Cit., p. 518.

⁸⁰⁵ Además, agrega que: “no hay identidad de acciones cuando son diferentes las causas o fundamentos en que ellas se apoyan, ya que, estos hechos jurídicos son principalmente los elementos constitutivos de las acciones, que caracteriza la naturaleza peculiar de cada una de ellas”. Corte Suprema de Justicia del Ecuador, Gaceta Judicial año XXV, serie IV. No. 211 de 07 de mayo de 1925, p. 1691.

la tramitación simultánea de dos o más procesos, por lo que la litispendencia es un anticipo de la cosa juzgada como institución preventiva o tutelar⁸⁰⁶. A criterio de la Corte Constitucional ecuatoriana: “la figura de la litispendencia es la institución jurídica con la que cuentan las partes procesales durante la sustanciación del proceso, para evitar que posteriormente, una vez ya constituida la cosa juzgada, se efectúe una vulneración al principio de non bis in ídem”⁸⁰⁷.

Para que se produzca la litispendencia se deben cumplir con los requisitos de identidad subjetiva. Esto es que, en los dos procesos estén presentes las mismas personas, para el caso de una legitimación conjunta plural, bastará con que estén presentes “los mismos sujetos que hayan de sufrir los efectos materiales de la cosa juzgada en los pleitos recaídos en ambos procesos”⁸⁰⁸. Además, los procesos deberán compartir identidad objetiva, esto es, la misma pretensión. En el caso de no existir incompatibilidad de objetos se presentará un caso de prejudicialidad civil. Finalmente se requiere la presencia de dos o más procedimientos pendientes. La LEC dispone que un proceso se considera pendiente desde la interposición de la demanda siempre que sea admitida⁸⁰⁹.

La jurisprudencia española admite que la litispendencia pueda ser revisada de oficio a lo largo de todo el procedimiento⁸¹⁰, a diferencia de la legislación ecuatoriana que impone que sea alegada por el demandado, conforme pronunciamientos

⁸⁰⁶ “La litispendencia exige identidad subjetiva, objetiva y causal entre el pleito en que se alega y otro anterior, como recuerda la sentencia de 2 de noviembre de 1999 que reproduce lo dicho en la de 31 de junio de 1990 con apoyo jurisprudencial anterior y dice, literalmente: es una figura procesal cuya interpretación teleológica coincide plenamente con la de la cosa juzgada, pues no se puede olvidar que la litispendencia es un anticipo de dicha figura procesal de la cosa juzgada, ya que como dice la jurisprudencia de esta Sala, la litispendencia en nuestro Derecho procesal es una excepción dirigida a impedir la simultánea tramitación de dos procesos; es una institución presuntiva y tutelar de la cosa juzgada o de la univocidad procesal y del legítimo derecho de quien la esgrime a no quedar sometido a un doble litigio, y en tal sentido jurisprudencia reiterada exige que, sin variación alguna la identidad de ambos procesos, se produzca en cuanto a los sujetos, a las cosas en litigio y a la causa de pedir”. Tribunal Supremo español, No. 140/2012, 13 de marzo del 2012, FJ 3.

⁸⁰⁷ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia 012-14-SEP-CC, caso 0529-12-EP, 15 de enero del 2014, p. 14

⁸⁰⁸ Tribunal Supremo español, No. 140/2012, *Op. Cit.* FJ 2.

⁸⁰⁹ Ley de Enjuiciamiento Civil, *Op. Cit.*, art. 410.

⁸¹⁰ Tribunal Supremo español, No. 47/2006, 24 de enero de 2006, FJ 1; “la litispendencia puede ser estimada de oficio, sin que tenga justificación la distinción que la recurrente establece, en este punto, entre las facultades de los Tribunales de la primera y la segunda instancia” Tribunal Supremo español, No. 266/2006, 22 de marzo de 2006, FJ 4.

jurisprudenciales donde se ha considerado que: “la litispendencia persigue, como excepción dilatoria, impedir un menoscabo de la unidad de la cosa juzgada (...) que debe ser alegada al momento de ejercer el derecho a la contradicción dentro de un proceso. Consecuentemente, la litispendencia debe ser invocada por las partes dentro de la etapa procesal correspondiente y debe ser alegada expresamente”⁸¹¹.

Esta imposición en la alegación sobre la litispendencia genera un riesgo en la emisión de sentencias contradictorias y resulta en un desacierto de la jurisprudencia, provocado por la falta de reglamentación en la norma procesal vigente. Lo dicho se suma a la falta de reconocimiento de la prejudicialidad civil

La LEC reconoce la presencia de la prejudicialidad civil para aquellos casos en los que para poder resolver el proceso se requiere la decisión de otra cuestión que es el objeto principal de otro⁸¹². Lo expuesto deviene en lo que la jurisprudencia considera como una litispendencia impropia que ocurre cuando en los dos procesos su elemento objetivo, a pesar de ser variado, mantiene una conexidad que permite que lo que se decida en un proceso sea el antecedente lógico de la decisión que se dicte en el segundo⁸¹³.

Los efectos que la ley procesal española les entrega a la litis pendencia y a la prejudicialidad civil son diferentes. Conforme el contenido del artículo 43 de la LEC, en caso de la prejudicialidad procede la suspensión del procedimiento y requiere que sea alegada, mientras que la litispendencia genera el archivo del procedimiento y puede valorarse de oficio. El Código Orgánico General de Procesos no ha reglamentado la prejudicialidad civil y la jurisprudencia no se ha ocupado por subsanar esta ausencia. En última instancia, ante su eventual surgimiento, deberá alegarse dentro de la

⁸¹¹ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia 012-14-SEP-CC, *Op. Cit.*, p. 14. En idéntico sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia mediante resolución publicada en el Registro Oficial No. 412 del 06 de abril de 1990.

⁸¹² “Cuando para resolver sobre el objeto del litigio sea necesario decidir acerca de alguna cuestión que, a su vez, constituya el objeto principal de otro proceso pendiente ante el mismo o distinto tribunal civil, si no fuere posible la acumulación de autos, el tribunal, a petición de ambas partes o de una de ellas, oída la contraria, podrá mediante auto decretar la suspensión del curso de las actuaciones, en el estado en que se hallen, hasta que finalice el proceso que tenga por objeto la cuestión prejudicial” Ley de Enjuiciamiento Civil, *Op. Cit.*, art. 43.

⁸¹³ Tribunal Supremo español, No. 266/2006, *Op. Cit.*, FJ 5.

excepción previa de litispendencia, bajo el cargo de litispendencia impropia, no sin enfrentar la difícil tarea argumentativa de demostrar su idoneidad.

Más allá de ello, para el caso que nos ocupa la litispendencia como excepción previa en la legislación ecuatoriana, su efecto es la finalización del procedimiento. No podemos descuidar el hecho de que para ubicar el proceso al que se le podrá presentar esta petición, será aquel que posteriormente asumió el conocimiento de la pretensión. Todo ello al amparo del contenido del artículo 159 del Código Orgánico de la Función Judicial.

d) La prescripción

El Código Civil ecuatoriano define a la prescripción como “modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones y derechos ajenos, por haberse poseído las cosas, o no haberse ejercido dichas acciones y derechos, durante cierto tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales. Una acción o derecho se dice que prescribe cuando se extingue por la prescripción”⁸¹⁴. De esta definición se extrae la existencia de dos tipos de prescripciones una adquisitiva y otra extintiva.

El Código Orgánico General de Procesos, en su articulado ha fijado como una de sus excepciones previas a la prescripción -excepciones procesales en la legislación española-, esto a pesar de que la totalidad de la doctrina entiende que se trata de una excepción material⁸¹⁵. En la forma en la que ha sido regulada su procedencia se discute en la audiencia preliminar y de resultar favorable debe resolverse con la emisión de una sentencia dentro de esta misma audiencia⁸¹⁶.

Respecto a esta excepción la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, citando a Guillermo Cabanellas ha sostenido que: “todo derecho ha de ejercitarse dentro del

⁸¹⁴ Código Civil, *Op. Cit.*, artículo 2392. En el caso español la prescripción consta agregada a partir del artículo 930 del Código Civil.” La prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso, durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones. Se cuenta este tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible.” Ídem, art. 2414.

⁸¹⁵ Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valencia 1025/2016, 10 de mayo de 2016, FJ 3.

⁸¹⁶ Corte Nacional de Justicia, resolución de 03 de mayo del 2017, No. 12-2017, p. 22.

plazo válidamente señalado, para evitar que prescriban las acciones de que se dispone a fin de tornarlo efectivo judicialmente, cuando no haya habido satisfacción y cumplimiento por la otra parte. Por la prescripción liberatoria se considera que el acreedor, cuando deja pasar cierto tiempo sin ejercer la acción concedida en derecho, decae tácitamente de su posición, por cuanto se presume, ante su inacción o silencio, que ha remitido la deuda”⁸¹⁷.

La prescripción se suma al conjunto de instituciones jurídicas concebidas como fenómenos extintivos del proceso. Cuando de la prescripción se trata no basta el mero transcurso del tiempo y la inacción en su ejercicio para que de ella se desprendan efectos jurídicos, sino que además requiere de la exteriorización expresa de la voluntad de quien pretende beneficiarse de hechos extintivos⁸¹⁸.

Efectivamente, quien está facultado para alegar a su favor la excepción previa de prescripción, también puede renunciar a ella, inclusive por la abstención de su fundamentación en el momento procesal oportuno, esto es, en la contestación en la demanda y sobre todo en la fundamentación oral en la audiencia preliminar. Esta regla de oportunidad es compartida en la legislación española⁸¹⁹, por lo que no podrá ser declarada de oficio por el juzgador.

Como en el resto de las excepciones previas, no basta la mera alegación de su existencia, sino que en este punto el demandado tiene sobre sí la carga de demostrar la existencia de la prescripción. Finalmente, el Código Civil al reglamentar el tiempo que posee el actor para interponer las correspondientes acciones, ha delimitado que el tiempo general para las acciones ejecutivas es de 5 años y para las ordinarias de 10 años⁸²⁰. Si bien esta es la regla general, la ley contempla otro tiempo

⁸¹⁷ Corte Suprema de Justicia del Ecuador, Gaceta Judicial año CXIX, serie, XVIII, No. 13, 2013, p. 5554.

⁸¹⁸ GONZÁLEZ VELASCO, J. VIVES USANO, P.: “Necesidad de alegar previamente la prescripción y las demás excepciones”, Revista Estudios Financieros, No. 266, 2005, p. 113.

⁸¹⁹ “para que pueda ser apreciada la existencia de un hecho excluyente, no sólo se precisa su acreditación por parte del litigante a quien favorece, sino que es necesaria, además, su expresa alegación. Pues bien, conforme a unánime doctrina científica y jurisprudencial, el hecho del que se deriva la excepción material de prescripción es el prototipo de hecho excluyente, de tal manera que dicha prescripción únicamente puede apreciarse si el favorecido por ella expresamente la alega y la acredita.”. Tribunal Supremo español, Sala de lo Social No. 448/2004, 2 de marzo de 2005, FJ 3.

⁸²⁰ Código Civil, *Op. Cit.*, art.2415,

para determinadas acciones como aquellas provenientes del cobro de honorarios de profesiones liberales, que prescriben en 3 años.

Finalmente, la norma a reglado aquellas circunstancias en las cuales el tiempo que transcurre para la declaratoria de la prescripción se ve interrumpido civil o naturalmente. La ley civil ecuatoriana considera que surge una interrupción natural con el reconocimiento expreso o tácito de la obligación por parte del deudor, mientras que la interrupción civil se logra con la citación con la demanda⁸²¹, salvo que ocurran los siguientes casos: que la citación no se haya efectuado en legal y debida forma; si el acreedor desiste de la demanda o cesa la prosecución de la causa por 3 años y en el caso de que se dicte una sentencia absolutoria a favor del demandado⁸²².

2.2. Las nulidades procesales en la audiencia preliminar

El Código Orgánico General de Procesos se refiere a las nulidades procesales, a partir del artículo 107. Este articulado resulta limitado para un apropiado tratamiento de las clases o consecuencias que emanan de su declaratoria. La usencia normativa que desarrolle esta institución responde a una insuficiente actividad legislativa, que debe complementarse con los pronunciamientos jurisprudenciales y doctrinarios. Sin perjuicio de ello, el proceso ha diseñado un momento en específico que se centra en el tratamiento de las nulidades con fines depuratorios, previo al inicio de la discusión probatoria y la emisión de una resolución.

Lo primero que debemos diferenciar es la existencia e inexistencia de un acto procesal⁸²³. En ese caso el acto que se reputa inexistente no requiere de un

⁸²¹ Código Civil, *Op. Cit.*, art. 2418.

⁸²² *Ídem*, art. 2403

⁸²³ Francesco Messineo define al acto jurídico como: “un acto humano realizado consciente y voluntariamente por un sujeto (por lo general capaz de obrar), del cual nacen efectos jurídicos, porque el sujeto, al realizarlo, quiere determinar un resultado; y tal resultado se toma en consideración por el Derecho” MESSINEO, F.: *Manual de Derecho Civil y Comercial*, EJE, Buenos Aires, 1979, p. 332. Al hablar de actos procesales estaremos frente a aquellos cuyos efectos se busca que se produzcan dentro de una relación jurídica procesal. Respecto a las formas procesales Augusto Mario Morello considera que son determinadas condiciones de tiempo, lugar y modo como garantías de defensa de las partes. MORELLO, A. M.: *Estudios de nulidades procesales*, Harnrnurabi, Buenos Aires, 1980, p. 157.

pronunciamiento judicial. Por lo que cuando nos referimos a la nulidad estamos frente a una circunstancia que, si bien existe, soporta un alejamiento de las formalidades exigidas en la ley; es decir, existe, pero está viciada⁸²⁴.

De manera amplia se considera que un acto procesal nulo no produce ningún efecto. A criterio de Hugo Alsina el ordenamiento, como forma de sanción, priva al acto jurídico de sus efectos normales, a consecuencia de no haberse respetado las formas legalmente impuestas⁸²⁵. Véscovi reforzando la idea argumenta que “la no producción de efectos del acto nulo se deriva de la violación o el apartamiento de ciertas formas, o la omisión de los requisitos indispensables para la validez de aquel. Es que, en primer lugar, la nulidad es un apartamiento de las formas y no del contenido. Y en el proceso es un error en las formas, no en los fines de justicia queridos por la ley, sino en los medios de obtener esos fines”⁸²⁶.

Resultaría un infortunio limitar el efecto de la nulidad a la ineficacia del acto, puesto que ello es solo su aspecto final -consecuencias-. Si en lugar de ello primero nos fijamos en la naturaleza del acto, concluiremos que al ser el derecho procesal un conglomerado de formas dadas previamente por el ordenamiento jurídico, mediante las cuales tiene lugar el juicio, la nulidad no sería sino un alejamiento de estas imprescindibles normas preestablecidas⁸²⁷. A lo sumo, la nulidad procesal es el

⁸²⁴ Couture clasifica a las nulidades entre absolutamente nulos y relativamente nulos. El rasgo diferenciador entre el uno y el otro se sitúa en la gravedad de la desviación. Así las cosas, entorno al primero menciona que la desviación resulta de tal proporción que es imprescindible debilitar sus efectos a consecuencia del menoscabo en las garantías del debido proceso. El segundo si bien comparte el alejamiento de las formas procesales, su bajo índice de gravedad no necesariamente debanda se invalidado, sino que habrá si con él efectivamente se genera un perjuicio. COUTURE, E.: *Fundamentos del derecho procesal civil*, Op. Cit., p. 308.

⁸²⁵ ALSINA, H.: *Tratado Teórico y Práctico de Derecho Procesal civil y comercial*, Op. Cit., p. 629

⁸²⁶ VÉSCOVI, E.: *Teoría General del Proceso*, Op. Cit., p. 257.

⁸²⁷ COUTURE, E.: *Fundamentos del derecho procesal civil*, Op. Cit., p. 304. Un acto procesal precisa de tres requisitos. existencia, validez y eficacia. AZULA CAMACHO. J.: *Curso de Teoría General del Proceso*, Librería Jurídica Wilches, Bogotá, 1986, p. 379 Hablar de existencia es referirse a las condiciones que la norma procesal considera necesarios para que el acto se considere producido; la validez por otro lado está vinculada a la ausencia de un vicio a consecuencia del alejamiento en el cumplimiento de las normas que regulan las formas que debe seguir en su generación. Finalmente, la eficacia consiste en que el acto procesal permita conseguir los efectos previstos en la norma AGUIRE GUZMÁN, V.: “Nulidades en el proceso civil”, *FORO revista de derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar*, No. 6, 2006, p.147.

resultado del distanciamiento de las formas fundamentales para garantizar el debido proceso, el derecho a la defensa y las etapas del juicio⁸²⁸.

En términos amplios la forma es el modo en el que se expresa la voluntad. Esto se debe a que, la voluntad al carecer de cuerpo resulta impalpable; por lo que, para encadenarla se requiere de un cuerpo físico, precisamente esta es la forma⁸²⁹. A decir de Alsina todos los actos tienen una forma determinada por la ley ya sea como condición de su existencia *-ad solemnitatem-*, otras veces para su constatación *-ad probationem-* y en otras ocasiones se presenta de forma libre del arbitrio de quien los ejecuta facultándose toda clase de prueba⁸³⁰. Con ello, a manera de ejemplo, la celebración del acto por escrito o en la presencia de determinadas personas, entre otros, son elementos que se encuentran dentro del término forma.

Ahora bien, las formas no necesariamente deben referirse a actos aislados sino además a un conjunto de estos que deben conjugarse para entregar validez a otro acto procesal. Pensemos en el reconocimiento de una obligación conseguida mediante una declaración de parte. Este acto necesariamente debe ser la consecuencia de la efectiva y adecuada realización de actuaciones previas: la petición de parte, la notificación, la autorización del juez para su realización, etc. Por lo que, en ausencia de estos actos, las implicaciones pueden derivar, en caso de alegarse, en una nulidad de la prueba obtenida.

El acto ocurre de forma reglada por lo que su aparición debe darse dentro del orden previsto por el procedimiento. Por ello su ubicación temporal y espacial -oportunidad y lugar-, son requisitos de forma. Así las cosas, de forma ejemplificativa, un recurso interpuesto fuera de término no puede ser sujeto de admisión por el juzgador, en aras de preservar el orden preestablecido en la norma procesal⁸³¹.

⁸²⁸ ALVEAR ZENCK, J. S.: “Nulidades procesales según el Código Orgánico General de Procesos: nueva regulación, mismo final”, en CERVANTES VALAREZO, A. (Coord.): *Cuestiones actuales del derecho procesal*, editorial Cevallos, Quito, 2023, p. 311.

⁸²⁹ ALSINA, H.: *Nulidades en el proceso civil: Concepto y función de las normas procesales*, Ara Editores, Lima, 2022, p. 13.

⁸³⁰ *Ibidem*.

⁸³¹ Sobre lo expuesto Couture considera que se habla de un plazo particular cuando el límite de tiempo es otorgado por la ley para que una de las partes que está facultada para realizar el acto procesal, lo efectúe dentro de este lapso, a fin de que se considere como producido. Por lo que el término concedido para contestar la demanda está dado para el accionado; el término para probar es de las partes; o el

Por lo que hasta aquí hemos dicho podría pensarse que la regulación de las formas procesales es una función que se agota en el contenido de la ley. Sin embargo, no podemos olvidar que el legislador no está en capacidad de vaticinar todas las actuaciones posibles del proceso. Por ello la norma le ha entregado al juez la capacidad de dirección; por tanto, mientras más amplias sean estas facultades menos rígido será el procedimiento. A ello debe agregarse una facultad convencional, que, aunque menos frecuente, es aquella que la ley le entrega al acuerdo de las partes, como aquella que permite prorrogar la competencia territorial de los jueces tácita o expresamente⁸³².

Es necesario que el ordenamiento asegure el cumplimiento de las formas procesales⁸³³, por lo que su irrespeto acarrea sanciones conforme la gravedad de la trasgresión. Cuando hablamos de sanciones que acarreen la ineficacia del acto, nos referimos precisamente a la nulidad. Como se ha expuesto, la nulidad, priva al acto de sus efectos normales. Sin embargo, no por ello se le debe asignar simplemente un carácter guardián del cumplimiento de las formas, sino que por medio de esta se asegura la satisfacción de los fines asignados por el legislador a las normas.

Si bien la teoría de las nulidades de los actos jurídicos es un tema que abunda en el derecho, su concepto no es potestad privativa de una rama del derecho en específico, sino que cada una de ellas le asigna matices propios. Es por ello por lo que

término para presentar agravios en la sentencia es del apelante. COUTURE, E.: *Fundamentos del derecho procesal civil*, Op. Cit., p.172. Así las cosas, el cómo, cuándo y dónde; son formalidades del proceso que vienen dadas por la ley, a lo dicho debemos agregar que la norma procesal reglamenta las formas de los actos con disposiciones de carácter general y otras específicas.

⁸³² “Además de la o del juzgador del domicilio de la persona demandada, serán también competentes a elección de la persona actora, la o el juzgador: (...) Del lugar donde la persona demandada se haya sometido expresamente en el contrato”. Código Orgánico General de Procesos (COGEP), Op. Cit., art. 10.3. El límite de las facultades convencionales de las partes está reglado en la ley, por lo que únicamente podrán llevarse a cabo aquellas expresamente admitidas. A ello se suma que aún en el caso de que resulten admisibles no deben atentar en contra del interés público ni de las cuestiones de carácter intransigible.

⁸³³ La forma comprende tanto la estructura del acto como su exteriorización, así como el momento que le corresponde en la relación procesal. Por lo que se transgreden las normas que regulan la forma no solo por omisión de los requisitos preestablecidos, sino además cuando surgen de forma extemporánea dentro del procedimiento. Las formas no son como podría pensarse insumos para volver más complejo e incomprensible el proceso, al contrario, lo que busca es simplificarlo y aclararlo al someter la fuerza de las partes al mínimo posible y servir de modos de expresión apropiados y comprensibles para el juez. CALAMANDREI, P.: *Instituciones del derecho procesal civil*, Op. Cit., p. 246.

existe múltiples criterios doctrinarios tendientes a explicar este concepto. Chiovenda⁸³⁴ menciona que existe una diferencia entre actos nulos y anulables puesto que los primeros pueden declararse de oficio mientras que los segundos no.

Francesco Carnelutti, a su vez, distingue entre elementos esenciales y elementos accesorios del acto⁸³⁵. Dentro de los primeros considera que se localizan los que abarcan la capacidad y la legitimación. La omisión de los primeros genera nulidad mientras que los elementos accesorios provocan una nulidad relativa. En este punto el autor también diferencia entre nulidad relativa de la anulabilidad. Considera que en la nulidad relativa el acto no produce efectos hasta que sea subsanado, mientras que el acto anulable si produce efectos mientras no sea declarado nulo⁸³⁶.

En el caso de la doctrina española Jaime Guasp⁸³⁷ considera que si el acto carece de un requisito esencial la nulidad es absoluta y por tanto su ineficacia declarable de oficio, pero puede ser convalidado por un acto posterior del juez o de las partes. Mientras que de no tratarse de un requisito esencial se genera una anulabilidad. En este último el acto no solo que puede ser convalidado, sino que además no se considera inválido, si no es a alegado a petición de parte.

Por otro lado, para Leonardo Prieto Castro las repercusiones de la falta procesal obedecen a la naturaleza de la norma –absoluta o dispositiva- que establece los requisitos de la forma⁸³⁸. A criterio del autor, exclusivamente aquellas de naturaleza dispositiva admiten subsanaciones expresas o tácitas, por falta de alegación.

Finalmente, Eduardo Couture identifica que, si bien en términos generales del derecho civil existen actos absolutamente nulos y otros relativamente nulos. Siendo que los primeros tienen una suerte de vida artificial hasta su invalidación que no puede ser convalidada pero que debe ser declarada, mientras que los segundos pueden

⁸³⁴ CHIOVENDA, G.: *Instituciones del derecho procesal civil*, Op. Cit., p. 249-250.

⁸³⁵ CARNELUTTI, F.: *Sistema de Derecho procesal civil*, traducido por Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo, Unión Tipográfica Editorial Hispanoamericana UTEHA, Buenos Aires, 1944, p. 549.

⁸³⁶ *Ídem*, p. 552-558.

⁸³⁷ GUASP, J.: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Op. Cit., 692

⁸³⁸ PRIETO-CASTRO, L.: *Exposición del derecho procesal civil de España*, Librería General, Zaragoza, 1941, p. 268-269.

convalidarse con consentimiento expreso o implícito; en el procedimiento no pueden existir actos absolutamente nulos porque todos pueden convalidarse⁸³⁹.

Del análisis de los diferentes pronunciamientos doctrinarios se observa que no existe uniformidad en la terminología ni en los efectos que se les atribuye. A esto se agrega que en el Código Orgánico General de Proceso⁸⁴⁰ no se clasifica a la nulidad, lo que sí existe es un sistema cerrado en el que solo se puede declararla por las causas establecidas en la ley. Sin perjuicio de las diferenciaciones entre los criterios doctrinarios y legales, existen algunas coincidencias entre los diferentes pronunciamientos, de las cuales nos podemos valer para extraer algunos principios que informan la nulidad procesal.

Previo al abordaje de los principios resulta importante aclarar que la declaratoria de nulidad se basa en un alejamiento de las formas que dirigen el proceso -error in procedendo-⁸⁴¹. Con esto en mente las formas sobre las que recae la necesidad de la declaratoria de nulidad son aquellas que se constituyen en verdaderas garantías del proceso y de las partes -solemnidades procesales- y no de las meras formalidades -complicaciones de las formas-⁸⁴².

2.2.1. Principios que “gobiernan” la declaratoria de nulidad

El primer principio que orienta la declaratoria de nulidad en el sistema procesal ecuatoriano es el de especificidad. En virtud de aquel no existe nulidad sin que esta esté previamente establecida en la ley, tal como sucede en el sistema francés⁸⁴³. Con

⁸³⁹ COUTURE, E.: *Fundamentos del derecho procesal civil*, Op. Cit., p. 273; criterio que es compartido por Hernando Devis Enchandia, que recalca que las nulidades procesales salvo el caso de falta de jurisdicción o competencia, deben ser objeto de convalidación, en aplicación de la economía procesal. DEVIS ECHANDÍA, H.: *Teoría General del Proceso*, Op. Cit., pp. 533-534.

⁸⁴⁰ Tampoco en la LEC, existe una clara diferenciación entre los diversos tipos de nulidades.

⁸⁴¹ AGUIRRE GUZMÁN, V.: “Nulidades en el proceso civil”, Op. Cit., p.147.

⁸⁴² “El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, oralidad, dispositivo, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades”. Código Orgánico de la Función Judicial, Op. Cit., artículo 18

⁸⁴³ COUTURE, E.: *Fundamentos del derecho procesal civil*, Op. Cit., p. 371

ello la autorización dirigida al juez para disponer la declaratoria de nulidad no se origina en criterios personales infundados, sino que se aplicará en casos estrictamente necesarios conforme la permisión de la norma.

Sobre lo expuesto, Alberto Luis Maurino, considera que aún a pesar del principio de especificidad, la ley resulta limitada para prever todos los escenarios posibles en los que puede presentarse la nulidad. Por ello la misma norma entrega facultades limitadas al juez para que, en estrictos casos en los que justifique suficientemente, pueda llenar los vacíos de la norma; siempre y cuando complemente su decisión conforme al resto de los principios que modulan la declaratoria de nulidad⁸⁴⁴.

Más allá de este criterio, en la legislación procesal ecuatoriana, la declaratoria de nulidad resulta limitada, por lo que como se ha dicho: “solamente se podrá declarar la nulidad de un acto procesal en los casos en los que la ley señale expresamente tal efecto”⁸⁴⁵. Reforzando este criterio la Corte Nacional de Justicia ha considerado que el principio de especificidad guarda coherencia con la legalidad, como garantía de la predictibilidad de las decisiones judiciales⁸⁴⁶.

El segundo principio es el de trascendencia, que conlleva una valoración en el grado de afectación que genera el alejamiento de las formas procesales. En forma específica el Código Orgánico de la Función Judicial del Ecuador, ha establecido que no se sacrificará la justicia por la mera omisión de formalidades. Lo dicho se traduce en la corroboración del efectivo perjuicio para el justiciable.

Al respecto Eduardo Couture recuerda que la nulidad no tiene como misión el satisfacer pruritos formales, sino constituirse en una efectiva herramienta para enmendar los perjuicios efectivos que surgen de la desviación de los métodos de debate, siempre que supongan una limitación a los derechos de las partes. En tanto

⁸⁴⁴ MAURINO, A. L.: *Nulidades procesales*, Astrea, Buenos Aires, 2001, p. 43.

⁸⁴⁵ Código Orgánico General de Procesos (COGEP), *Op. Cit.*, art. 107.

⁸⁴⁶ “El principio de especificidad tiene que ver a su vez con la legalidad, es decir, además de que la causal de nulidad se encuentra –necesariamente- prevista en la ley, la misma debe ser expresa y clara, con la finalidad de que no se emitan declaratorias de nulidad por motivos no previstos en los términos establecidos en las disposiciones normativas que la regulan, garantizando así, predictibilidad en las decisiones judiciales”. Corte Nacional de Justicia, sentencia de 14 de noviembre del 2022, No. 17230-2015-19365, p. 20

sería incurrir en una excesiva solemnidad y un formalismo vacío, sancionar cualquier apartamiento del texto legal con nulidad, aún en aquellos casos en los que no existe perjuicio alguno, en ese caso “el proceso sería, como se dijo en sus primeros tiempos, una misa jurídica ajena a sus actuales necesidades”⁸⁴⁷.

El tercer principio es el de convalidación. Teniendo en cuenta que la nulidad es una circunstancia extraordinaria no deseable en el proceso -como efecto dilatorio-, su reclamo deberá ocurrir en un tiempo y forma reglado. Empero, ocurre el caso en que la existencia de una nulidad puede sanearse con el consentimiento de la parte quien soportó el perjuicio. Recordemos aquí el criterio ya expuesto de Couture: “todos los actos del procedimiento pueden convalidarse”⁸⁴⁸.

El consentimiento de saneamiento opera de forma expresa o implícita. Como su nombre lo determina en el primer caso el perjudicado manifiesta su conformidad con el acto procesal viciado⁸⁴⁹; mientras que en el segundo se presume su aceptación a consecuencia de que la parte legitimada no alega el perjuicio en el momento debido. El principio de convalidación es una forma de manifestación generada a partir del principio de preclusión que surge por la falta de ejercicio de un recurso o por omisión de una obligación procesal⁸⁵⁰. En definitiva, la falta de reclamación conlleva que el acto procesal quede en firme.

El principio de protección consiste en que, la nulidad únicamente debe accionarse como mecanismo que vela por los intereses jurídicos que eventualmente pueden verse lesionados por la actividad procesal; el referido principio abarca lo que en la doctrina se conoce como la teoría de los actos propios. En virtud de ello quien solicita la declaratoria de nulidad no puede ser quien la ha provocado. Por ende, quien ha trasgredido por actos o por omisión el cumplimiento de requisitos normados no

⁸⁴⁷ COUTURE, E.: *Fundamentos del derecho procesal civil*, Op. Cit., p. 285-286. Enrique Vescovi comparte este criterio y agrega que, dado el carácter no formalista del derecho procesal moderno, no basta para declarar la nulidad que exista una infracción a la norma si no produce un perjuicio. La violación del trámite tiene que ser trascendental, o en palabras más concretas, influir en la decisión de la causa. VESCOVI, E.: *Derecho Procesal Civil*, Ediciones Idea, Montevideo, 1975, pp. 68-69.

⁸⁴⁸ COUTURE, E.: *Fundamentos del derecho procesal civil*, Op. Cit., p. 273

⁸⁴⁹ ARRARTE ARISNABARRETA, A. M.: “Alcances sobre el tema de la nulidad procesal”, *Revista Ius Et Veritas*, No. 11, 1995, pp. 131-132.

⁸⁵⁰ PALLARES, E.: *Diccionario de derecho civil*, Op. Cit., p. 606.

puede impugnar la validez de dichos actos⁸⁵¹. Lo expuesto es igual al aforismo por medio del cual nadie puede alegar su torpeza en beneficio propio, de hecho, si lo hace, sus argumentos no podrán considerarse.

La aplicabilidad del principio conlleva, además, un resguardo al principio de buena fe y lealtad procesal. Por medio de él se impide que el autor de la nulidad sea quien elija los efectos que le entrega al acto, conforme las repercusiones que sobre él genera -favorables o adversos-. A lo dicho ha de agregarse un apartado especial, esto es que la norma procesal ecuatoriana le entrega la posibilidad además del perjudicado, al juez para que, de percatarse de una causa de nulidad, sea quien la declare, bajo reglas específicas⁸⁵².

Finalmente, el principio de conservación determina que los actos procesales, independientes de aquellos que son objeto de una declaratoria de nulidad, mantienen su validez⁸⁵³. El objetivo de su aplicación tiene que ver con evitar que la nulidad perturbe en exceso la sustanciación del juicio más allá de aquello que resulta estrictamente necesario⁸⁵⁴.

Sin desmerecer la pertinencia del principio expuesto y únicamente a consecuencia de la referida insuficiencia regulatoria en la norma procesal ecuatoriana, este principio no consta agregado dentro de esta legislación. En ella se considera una afectación general de la nulidad a todos los actos vinculados directa o indirectamente con el acto viciado. Por lo que genera que el proceso se retrotraiga hasta el momento anterior al acto nulo⁸⁵⁵.

⁸⁵¹ RODRÍGUEZ, L. A.: *Nulidades procesales*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1987, p. 95.

⁸⁵² “la nulidad del proceso deberá ser declarada: 1. De oficio o a petición de parte, en el momento en que se ha producido la omisión de solemnidad sustancial. 2. A petición de parte, en las audiencias respectivas cuando la nulidad haya sido invocada como causa de apelación o casación. No puede pedir la nulidad de un acto procesal quien la ha provocado. No se declarará la nulidad por vicio de procedimiento cuando la omisión haya sido discutido en audiencia preliminar o fase de saneamiento”. Código Orgánico General de Procesos (COGEP), *Op. Cit.*, art. 110.

⁸⁵³ ALVEAR ZENCK, J. S.: “Nulidades procesales según el Código Orgánico General de Procesos: nueva regulación, mismo final”, en CERVANTES VALAREZO, A. (Coord.): *Cuestiones actuales del derecho procesal*, *Op. Cit.*, p. 315.

⁸⁵⁴ GONZÁLEZ, M. R.: Tratamiento procesal de la nulidad de actuaciones, Aranzadi, Navarra, 2008, p. 92

⁸⁵⁵ Código Orgánico General de Procesos (COGEP), *Op. Cit.*, art. 109

La regulación de la nulidad en la norma procesal evidencia la pertinencia en el diseño de ciertas fases procesales que se presentan en la sustanciación del proceso. Este es el caso de la audiencia preliminar que tiene como propósito la discusión, una vez que se han tratado las excepciones previas, de las nulidades procesales con especial énfasis en el principio de convalidación. Con este fin la norma ha enlistado como solemnidades sustanciales las siguientes: “1. Jurisdicción. 2. Competencia de la o del juzgador en el proceso que se ventila. 3. Legitimidad de personería. 4. Citación con la demanda a la o el demandado o a quien legalmente lo represente. 5. Notificación a las partes con la convocatoria a las audiencias. 6. Notificación a las partes con la sentencia. 7. Conformación del tribunal con el número de juzgadores que la ley prescribe”⁸⁵⁶.

Las solemnidades sustanciales enlistadas en su gran mayoría fueron discutidas dentro de las excepciones previas, por lo que resultaría inadecuado redundar en ello. Basta mencionar las relativas a la citación -emplazamiento válido-⁸⁵⁷ y convocatoria la audiencia, cuyo surgimiento tiene carácter previo a la audiencia preliminar y se fundamentan en la protección del derecho a la defensa, por lo que su alegación puede manifestarse de dos maneras: la primera mediante la contestación a la demanda y la segunda mediante la interposición de una acción autónoma de impugnación.

La notificación a las partes con la sentencia será fundamento del recurso de apelación, o en su defecto, no habiendo podido accionar el recurso por causa no atribuible al perjudicado; será fundamento para una acción de nulidad de sentencia ejecutoriada. Adicionalmente el artículo 89 del Código Orgánico General de Procesos, agrega otra causa de nulidad por falta de motivación de la sentencia, en virtud de la cual su alegación se reduce al recurso de apelación o casación -cualquiera de ellos-.

Otra de las características que en relación con las nulidades debe destacarse es la forma que deben presentarse para que puedan ser discutidas en la audiencia preliminar o primera fase de la audiencia única. En todo cuanto importa respecto al

⁸⁵⁶ *Ídem*, art. 107

⁸⁵⁷ VÉSCOVI, E.: *Teoría General del Proceso*, Op. Cit., p. 82.

saneamiento del proceso su discusión se da en una especie de etapa condensada en la que la oralidad es el motor que la promueve. En este punto las alegaciones y práctica probatoria destinada a demostrar el vicio serán públicas y orales.

La mayor de las críticas se centra en el hecho de que si bien el cambio del sistema procesal escrito por el oral fomenta agilizar la sustanciación de las controversias, no implica la reducción irrazonable de normas. Con ello se arriesga el adecuado tratamiento de ciertas instituciones, una prueba de ello es, como se expuso, que en la legislación procesal ecuatoriana no se ha normado el reconocimiento de valiosos principios como el de conservación de los actos procesales que tiene implicaciones directas en el tiempo que demanda la resolución de los conflictos sometidos a la contienda judicial, así como el incremento de costos asociados a ella.

3. La audiencia de juicio en el Código Orgánico General de Procesos

Una vez que se han analizado los dos contenidos esenciales de la fase preliminar encargada del saneamiento de la causa, se puede continuar con la fijación del objeto de la controversia⁸⁵⁸ y el anuncio probatorio. Cumplidas estas fases procesales tendrá lugar la audiencia de juicio o fase definitiva. En esta etapa la mayor actividad se centra en la evacuación probatoria⁸⁵⁹ y la emisión de la sentencia. Las reglas probatorias implican un importante esfuerzo para las partes y el juzgador, partiendo del imperio del modelo oral, hasta las reglas normativas que informan su

⁸⁵⁸ El objeto del proceso consiste en la tutela concreta que solicita el actor frente al demandado, en otras palabras, es aquello que se pide y sobre lo cual versará la sentencia. En palabras de Julio Banacloche Palao las reclamaciones que puede pretender el accionante se engloban en tres categorías que sirven para clasificar los procesos declarativos, pueden ser merodeclarativas mediante las cuales se busca el reconocimiento, la existencia o inexistencia de un derecho; de condena a través de las que se solicita que el demandado realice una determinada prestación, proveniente de una relación jurídica previa; y constitutivas por las cuales se solicita la creación, modificación o extinción de una situación jurídica. BANACLOCHE PALAO, J. CUBILLO LÓPEZ, I.: *Aspectos fundamentales de derecho procesal civil*, Op. Cit., pp. 226-227.

⁸⁵⁹ “La práctica de la prueba será de manera oral en la audiencia de juicio o en la segunda fase de la audiencia única. Para demostrar los hechos en controversia las partes podrán utilizar cualquier tipo de prueba que no violente el debido proceso ni la ley” Código Orgánico General de Procesos (COGEP), Op. Cit., art. 159.

práctica. Similar complejidad emana de la obligación para el juzgador de emitir una sentencia oral, que cumpla cabalmente el requisito de motivación.

A partir del artículo 297 del Código Orgánico General de Procesos, se regulan las actividades que conforman la audiencia de juicio. Las mismas reglas serán aplicables a la segunda etapa, cuando se trate de una audiencia única. Con el afán de precautelar la inmediata continuación de la causa, la norma ha fijado el término de treinta días como el plazo máximo e improrrogable que puede transcurrir desde la celebración de la audiencia preliminar hasta la realización de la audiencia de juicio, en la que se deberá resolver oralmente el conflicto, facultándose excepcionalmente su suspensión para dictar sentencia, solo en casos en los que la complejidad del asunto lo amerite⁸⁶⁰.

Dentro de la comparecencia de las partes a la audiencia, las intervenciones orales robustecen su presencia. En base a ellas se desenvuelve toda la diligencia, incluida la práctica probatoria documental que debe efectuarse por medio de una verbalización de su contenido, en idéntica circunstancia regula la interposición de recursos. Todas estas actividades deben surgir en el momento oportuno, siendo inadmisibile el retroceso de la audiencia.

Los actos que encuentran cobijo en la audiencia de juicio conllevan un desarrollo heterogéneo. Resultaría equivocado centrar a esta actuación con un fin probatorio simple, sino que deberá desarrollarse de forma técnica y jurídicamente adecuada. Lo correcto sería valorarla desde una percepción que promueve el debate probatorio y las facultades de dirección del juez, en las que no se descarta la interposición de prueba de oficio.

De la misma forma en esta audiencia los principios de inmediación, contradicción, publicidad, concentración y celeridad surgen de forma amplia para reglamentar todas las actuaciones de las partes y del juzgador. A estos aspectos se agregan importantes detalles de fondo, que versan en torno al análisis del razonamiento probatorio y de la primacía de los modelos que gobiernan su presencia,

⁸⁶⁰ Código Orgánico General de Procesos (COGEP), *Op. Cit.*, art. 297.7.

como rasgos dirimientes a la hora de entregar una mayor o menor capacidad para inclinar la contienda judicial en beneficio de cualquiera de las partes.

3.1. La prueba en el Código Orgánico General de Procesos

Al hablar de la prueba en la legislación ecuatoriana no podemos soslayar la influencia que sobre ella ejerce la justicia constitucional. De hecho, en la jurisprudencia especializada podemos encontrar pronunciamientos que definen su producción, eficacia y control⁸⁶¹. En aras de entregarle a la actividad probatoria mayor realce se ha ponderado aspectos de la prueba respecto a las potestades del juez, las obligaciones probatorias de las partes y el predominio del valor de la justicia en la producción de los medios probatorios.

La tendencia jurisprudencial ha incluido al tema probatorio dentro del estudio del debido proceso⁸⁶². De tal suerte que hoy por hoy se habla de un derecho constitucional a la prueba⁸⁶³, por lo que su negación constituye en un indicio de arbitrariedad de la sentencia.

Sobre este derecho Joan Pico i Junoy señala que es aquel que está en dominio del litigante consistente en la utilización de los medios probatorios necesarios para crear convicción en el órgano jurisdiccional sobre lo que se discute en el proceso. La faceta subjetiva de este derecho se evidencia en que para su ejercicio se demanda la voluntad de una de las partes, a consecuencia de que son ellas quienes tienen el poder de proporcionar el medio probatorio que desean que sea admitido, practicado y

⁸⁶¹ GOZAÍNÍ, O.: *Oralidad y prueba en el COGEP*, Op. Cit., p. 242.

⁸⁶² GOZAÍNÍ, O.: *Derecho procesal constitucional debido proceso*, Rubinzal Culzoni Buenos Aires, 2004, p. 337.

⁸⁶³ “El derecho constitucional a la prueba, involucra a su vez el derecho al debido proceso, y dentro de este, el correspondiente a la defensa. Siendo que consiste, además, en el derecho que tienen las partes a que se admitan y produzcan dentro de la causa las pruebas legítimas, conducentes, idóneas, útiles y necesarias para demostrar los hechos que se discuten. De ahí que, el derecho en referencia es menoscabado cuando para fundamentar la sentencia el juzgador se vale de pruebas que incumplen con los parámetros de legalidad respectivos (artículo 196 del COGEP), impidiendo su ejercicio de contradicción por parte del sujeto procesal frente al cual se las invoca”. Corte Nacional de Justicia, sentencia de 21 de enero del 2021, No. 05371-2018-00075, p. 8.

valorado. Así las cosas, el derecho a la prueba implica primero que las pruebas propuestas por las partes sean admitidas, siempre que se hubieren cumplido con los límites de la actividad probatoria y los requisitos legales de proposición. Así también que el medio probatorio sea practicado, de no ser así, estaríamos frente a una denegación implícita del derecho. En último caso este derecho demanda que el medio probatorio admitido y practicado sea valorado de forma motivada en la sentencia, puesto que de lo contrario se privaría de toda su eficacia⁸⁶⁴.

El derecho constitucional a la prueba extrae a la luz la importancia que adquiere la actividad de las partes, en atención de que por medio de ellas se establecen los hechos que el juzgador deberá tomar en cuenta en su decisión⁸⁶⁵. Bajo este entendido la prueba se sitúa como una pieza clave en todos los procedimientos, incluido el Código Orgánico General de Procesos. A la par este derecho consiste en admitir y practicar todas las pruebas pertinentes y lícitas.

El citado derecho cumple una tarea doble. Por un lado, transita de la mano del interés estatal, representado por el administrador de justicia de sentenciar con certezas suficientes; y por otro, vigila que la actividad probatoria se sujete a parámetros fijos: libertad de la prueba, control de las partes, producción regulada, apreciación motivada y oportuna⁸⁶⁶.

El concepto prueba mantiene una comprensión definida suficientemente desde una percepción razonada⁸⁶⁷. A partir de su entendimiento, se concluye que prueba es igual a actividad. Toda vez que implica una acción dinámica que permite arribar a una confirmación o demostración. Adherido a este criterio se observa que dicha actividad probatoria requiere de medios que coadyuven a su realización. El

⁸⁶⁴ PICÓ I JUNOY, J.: *El derecho a la prueba en el proceso civil*, Op. Cit. pp. 16-18.

⁸⁶⁵ A pesar de ello, autores como Enrique Falcón no están de acuerdo con esta postura, pues a su entender el régimen asociado a la prueba carece de fuente constitucional. Agrega que, cosa contraria ocurre con los principios generales del proceso, la bilateralidad de la audiencia y el principio de adquisición, por lo que “no se puede sustentar una objeción de inconstitucionalidad con relación al sistema adoptado en un caso dado por el legislador a menos que fuera claramente irrazonable a los interesados”. FALCÓN, E.: *Tratado de la prueba*, Astrea, Buenos Aires, 2008, p. 283.

⁸⁶⁶ GOZAÍNI, O.: *Oralidad y prueba en el COGEP*, Op. Cit., p. 244.

⁸⁶⁷ RAMOS MÉNDEZ, F.: *Derecho procesal civil*, Bosch, Barcelona, 1990, p. 226.

resultado que arroja la actividad probatoria únicamente puede valorarse desde la óptica del juez, quien es el encargado de su apreciación definitiva.

En el centro de estas cuestiones se localiza en el interés de las partes. Ciertamente la prueba demanda de dos términos: el primero, la proposición a probar y segundo aquella mediante la cual se prueba⁸⁶⁸. En líneas generales, la solicitud de una determinada pretensión fundamentado en la norma -a cargo del actor-, que se presenta frente a hechos contradictorios o simplemente negaciones -a cargo del demandado-, implica una labor de análisis y comprobación probatoria.

Con ello la carga de la prueba en sentido subjetivo implica que, solo quien expone un hecho y ratifica su realización, mantiene sobre sí la facultad de corroborarlo. Es entonces la prueba el elemento nuclear que define el resultado de la contienda legal. La complejidad en su tratamiento genera que la prueba se conforme con un difícil entramado de interacciones entre las funciones, objetivos y roles de las partes y el juez, que demandan una importantísima atención.

El Código Orgánico General de Procesos le ha otorgado a la prueba la finalidad de convencer al juzgador sobre los hechos y circunstancias controvertidas⁸⁶⁹. El asunto se resume en establecer si dentro de este convencimiento se incluye la indagación de la verdad de los elementos fácticos alegados.

Cuando se habla de la verdad no es aquella de carácter absoluto, en tanto constituye una actividad de inaccesible consecución. Por ende, la verdad que se hace alusión es aquella que se acerque a lo que efectivamente sucedió, a consecuencia de las limitaciones del accionar procesal-⁸⁷⁰. Por tanto, la primacía de la justicia en la sentencia solo es posible si los hechos alegados y probados, cuentan con una conexidad existencial con el mundo exterior.

⁸⁶⁸ SERRA DOMÍNGUEZ, M.: *Estudios de derecho procesal*, Ariel, Barcelona, 1969, p. 356.

⁸⁶⁹ Código Orgánico General de Procesos (COGEP), *Op. Cit.*, art. 158

⁸⁷⁰ Autores como Hugo Muñoz Basaez, consideran que “el juez, en el nuevo sistema, no es un investigador de esa verdad (verdad material); al contrario, será un receptor y controlador de las pruebas que sirven de medio para que, mediante la certeza como instrumento lógico de la convicción, se establezca la verdad formal o procesal, que es ahora, como ya se dijo, uno de los fines primordiales del proceso”, MUÑOZ BASAEZ, H.: “La verdad y el proceso”, *Derecho y Sociedad*, No. 39, 2012, p. 194.

Ahondando más sobre el tema, merece la pena preguntarse: ¿existe un nexo entre la verdad y la prueba judicial? La respuesta que la doctrina le ha entregado a esta inquietud es diversa. Algunas llegan a negar dicho nexo; otras se han decantado por asegurar que el fin último de la actividad probatoria es la verdad -relación teleológica- y otras defienden una relación conceptual entre los dos conceptos, en la que no es posible separar la verdad del proceso y en consecuencia de la prueba⁸⁷¹. Fijada la problemática, resulta conveniente exponer las principales teorías sobre la relación que existe entre la prueba, el proceso y la verdad.

3.1.1. Inexistencia del vínculo entre verdad y prueba

Dentro de la doctrina que sustenta la inexistencia entre la verdad y la prueba encontramos varias posturas. Comencemos por revisar aquella que considera que la finalidad de la prueba consiste en la fijación formal de los hechos a cargo del juez, con independencia de lo ocurrido⁸⁷². Bajo esta perspectiva el proceso probatorio dominado estrictamente por normas jurídicas se ve imposibilitado de considerarse un medio para conocer la verdad de los hechos, en su lugar servirá para realizar una “fijación o determinación de los propios hechos, que pueden coincidir o no con la verdad de estos”⁸⁷³, pero que permanece absolutamente independiente de ellos.

El enfoque de esta teoría es tajante al establecer que no se puede hablar de una verdad aparente o parcial. De hecho, Carnelutti consideraba que la verdad es pura o no es verdad y agregaba que suscitado el hecho de que la verdad objetiva o material se vea condicionada por normas que impide que sea conocida por cualquier medio, no se puede hablar de una búsqueda de la verdad, tan solo será una “fijación formal de los hechos”⁸⁷⁴. Por lo que probar no significa corroborar la veracidad de los hechos

⁸⁷¹ FERRER BELTRÁN, J.: “La valoración de la prueba: verdad de los enunciados probatorios y justificación de la decisión”, en CARBONELL, M. OROZCO, J., VÁSQUEZ, R. (Coord.): *Estudios sobre prueba*, Universidad Autónoma de México, México D.F., 2006, p.1.

⁸⁷² FERRER, J.: *Prueba y verdad en el derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2002, p.73.

⁸⁷³ CARNELUTTI, F.: *La prueba civil*, Depalma, Buenos Aires, 1987, p. 21.

⁸⁷⁴ CARNELUTTI, F.: *La prueba civil*, Op. Cit., p. 25.

que se discuten en la contienda, sino tan solo una fijación formal de estos, por medio de unos procesos predeterminados.

Sobre lo último, la fijación de los hechos por el mero cumplimiento de parámetros normativos implica una absoluta desconexión entre la verdad y el proceso probatorio; y por derribo, la supresión de todo parámetro externo a la sentencia que posibilite evaluar su corrección⁸⁷⁵.

Una visión diferente sobre esta teoría la encontramos de la mano de los pronunciamientos de la teoría kelseniana de la sentencia constitutiva. Por medio de esta doctrina se considera que cuando estamos en presencia de un hecho al que el ordenamiento la ha entregado la calidad de condición para el surgimiento de una consecuencia normativa, es el mismo ordenamiento el que debe establecer cuál es el órgano competente para determinar el hecho en el caso concreto y el procedimiento en donde se lo efectúa, puesto que solo con el acatamiento de estos pasos preliminares el hecho entra en el dominio del derecho⁸⁷⁶.

Esta teoría kelseniana defiende que el tribunal es aquel quien establece la existencia o la inexistencia de un hecho por medio de la sentencia, para luego aplicarle consecuencias jurídicas. Empero lo dicho conlleva un asunto de relevancia, esto es que, si seguimos estos lineamientos, resultará imposible defender la veracidad o falsedad de los hechos probados en la resolución. Por lo que, en este caso los hechos serán aquello que el juez considere que son, una vez que se haya cumplido con el procedimiento establecido en la ley⁸⁷⁷.

⁸⁷⁵ FERRER, J.: *Prueba y verdad en el derecho*, Op. Cit., p.77.

⁸⁷⁶ KELSEN, H.: *Teoría pura del derecho*, Op. Cit., p. 248. Kelsen agrega que “El hecho no adquiere validez en el momento en que se ha determinado, sino en el instante que determine el órgano aplicador, es decir, en el instante en que se considere producido el hecho natural, según la comprobación efectuada por el órgano de aplicación de derecho. La determinación del hecho condicionante, por parte del tribunal, es, por lo tanto, constitutiva en todo sentido. (...) Cuando se dice que un tribunal ha establecido que determinado hombre ha cometido determinado homicidio, aunque “en realidad” ese hombre no haya cometido el homicidio en cuestión; o que el tribunal ha establecido que determinado hombre no ha cometido determinado homicidio, aunque “en realidad” ese hombre haya cometido el homicidio en cuestión, ello significa que el tribunal ha establecido la existencia o la no existencia de un hecho que, según la opinión de otros, terceros no competentes jurídicamente para esas comprobaciones, se han producido o no” *ídem*, p. 249.

⁸⁷⁷ FERRER, J.: *Prueba y verdad en el derecho*, Op. Cit., p. 22.

Otro de los inconvenientes que se revela es que, si bien el derecho tiene como fin la dirección de las conductas de los destinatarios de las normas, siendo la descripción de las conductas el elemento nuclear para la imposición de las consecuencias jurídicas previstas en el ordenamiento. Si el juzgador es sobre quien recae la facultad constitutiva del antecedente fáctico, la conducta de los destinatarios resultaría irrelevante para el derecho⁸⁷⁸.

3.1.2. Existencia del vínculo entre verdad y prueba

Las dos posturas que a continuación se describen sustentan un vínculo entre la verdad y el proceso. La primera de ellas promueve una relación conceptual, por medio de ella se sostiene que “la verdad de una proposición es condición necesaria pero no suficiente para que pueda decirse que esta proposición está probada (...) sostiene que una proposición está probada si es verdadera y hay elementos de juicio suficientes a su favor”⁸⁷⁹.

De esta definición podemos extraer que la prueba de una proposición exigiría la presencia de dos elementos. Refiriéndonos al primero -verdad de la proposición-, lo que primero tendremos que analizar es si en realidad es un componente decisivo de la prueba. De tal forma que, no pueda tenerse como probada una proposición, si esta resulta falsa⁸⁸⁰. Sobre este punto Jordi Ferrer considera que no guarda armonía con los usos de los juristas ni con las imposiciones de los ordenamientos jurídicos positivos, en tanto, “es perfectamente compatible la verdad del enunciado probatorio “está probado que p” con la falsedad de “p””⁸⁸¹.

Frente a esta disyuntiva lo único que queda es: o se desatiende la idea de la relación que existe entre verdad y proceso, o en su defecto se afirma que en el caso

⁸⁷⁸ *Ibidem*.

⁸⁷⁹ *Ídem*, p. 61

⁸⁸⁰ REYES MOLINA, S.: “Juicio como herramienta epistemológica: el rol de la verdad en el proceso”, *Anuario de filosofía jurídica y social*, No. 30, 2012, p. 227.

⁸⁸¹ FERRER BELTRÁN, J.: “La valoración de la prueba: verdad de los enunciados probatorios y justificación de la decisión”, en CARBONELL, M. OROZCO, J., VÁSQUEZ, R. (Coord.): *Estudios sobre prueba, Op. Cit.*, 25.

de que se llegue a probar un hecho falso, en realidad este se deberá tener por no probado⁸⁸². Para solventar esta circunstancia la doctrina ha reformulado el concepto verdad subdividiéndolo entre una verdad material y una verdad procesal.

La determinación de la verdad material u objetiva ocurre al exterior del proceso, por lo que depende exclusivamente de su coherencia con el mundo exterior. Esta es la verdad, que, en la práctica, resulta inalcanzable, a consecuencia de las limitaciones del proceso judicial⁸⁸³. La verdad procesal o formal es por otro lado aquella que emana de la actividad probatoria surgida dentro del proceso. Esta última no necesariamente puede ser totalmente coincidente con la verdad material, sin embargo, solo esta -verdad formal-, posee autoridad jurídica.

Para Michelle Taruffo la justificación de la separación de estos dos conceptos radica en que el proceso se encuentra conformado por instituciones y reglas que son óbice para la búsqueda de la verdad objetiva. Por tanto, lo máximo que puede aspirarse es la consecución de una verdad procesal, que se conforma al momento de la sentencia⁸⁸⁴. Como consecuencia la prueba deberá considerarse como la herramienta que hace posible la determinación de la veracidad de los hechos que conforman el proceso judicial⁸⁸⁵.

La segunda teoría que defiende el vínculo entre el proceso y la prueba es la que considera que entre estos dos conceptos existe una relación teleológica, en tanto no otorga a la verdad un papel definitorio de la prueba, sino que la concibe como el objetivo último de la actividad probatoria⁸⁸⁶. A diferencia de la primera tesis -relación

⁸⁸² *Ídem*, 13-14.

⁸⁸³ Bujosa Vadell considera que: “por mucho que conscientemente busque la verdad el juzgador se encuentra con otros problemas, a menudo inconscientes, que son más difíciles de resolver.” BUJOSA VADELL, L.: “De iudicio variaciones en torno a la potestad y al acto de juzgar”, *Ars Iuris Salmanticensis*, Vol. 2, p. 75. Versión on line https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/129003/De_iudicio_Variaciones_en_torno_a_la_pot.pdf;jsessionid=A24F353F13C81D528F9FB15C35983ED9?sequence=1 Ultimo acceso 01-11-2024.

⁸⁸⁴ TARUFFO, M.: *Simplemente verdad*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 100. Uno de los detractores de esta teoría es Francesco Carnelutti quien considera que la división entre verdad formal y procesal no es más que una metáfora, toda vez que la verdad solo puede ser una en la medida en que solo si la verdad formal coincide con la verdad material estamos frente a la verdad. En caso de resultar dispares será una no verdad CARNELUTTI, F.: *La prueba civil*, *Op. Cit.*, p. 21

⁸⁸⁵ TARUFFO, M.: *La prueba de los hechos*, Trotta, Madrid, 2002, p. 23.

⁸⁸⁶ REYES MOLINA, S.: “Juicio como herramienta epistemológica: el rol de la verdad en el proceso”, *Op. Cit.*, 229.

conceptual- que supone una conjunción entre prueba y verdad como resultado, esta tesis -relación teleológica- defiende una relación entre los referidos términos, como actividad probatoria.

Aun cuando las dos tesis concuerdan en que para que una proposición se considere probada requiere de elementos de juicio a su favor, la relación teleológica prescinde en la necesidad de que la proposición sea verdadera. Al no requerir de este elemento, resulta factible que una proposición pueda resultar probada, a pesar de ser falsa, en cuyo caso lo único que podrá mencionarse es que la prueba -como actividad-, no cumplió su finalidad⁸⁸⁷. Ahora bien, al hablar de la verdad como objetivo de la actividad probatoria es preciso indicar que esta verdad para Taruffo es relativa y objetiva⁸⁸⁸.

El aludido autor menciona que una verdad es relativa porque se basa en las pruebas que justifican la decisión del juzgador y que “constituyen la base cognoscitiva en la que encuentra justificación el convencimiento de que un cierto enunciado responde a la realidad de los hechos del caso. Esa misma verdad es objetiva, en la medida que no es el fruto de las preferencias subjetivas e individuales del juez, o de otros sujetos, si no que se funda en razones objetivas que justifican el convencimiento del juez y que se derivan de los datos cognoscitivos que resultan de las pruebas”⁸⁸⁹.

Sobre la base de estas consideraciones, resulta inadecuado hablar de una verdad absoluta dentro del proceso, en su lugar se debe concebir una verdad relativa como correspondencia de lo ocurrido en el mundo exterior del proceso⁸⁹⁰ y por ende demostrable por intermedio de los medios probatorios. Sin duda esta es la teoría que

⁸⁸⁷ FERRER BELTRÁN, J.: “La valoración de la prueba: verdad de los enunciados probatorios y justificación de la decisión”, en CARBONELL, M. OROZCO, J., VÁSQUEZ, R. (Coord.): *Estudios sobre prueba*, Op. Cit., 25.

⁸⁸⁸ Autores como Jordi Ferrer difieren sobre la concepción de una verdad relativa, considera que pueden existir distintos requisitos o niveles de exigencia probatoria para considerar como verdadera una hipótesis, pero no conlleva a que sea una verdad contextual, porque si se adopta una noción de verdad por correspondencia, la verdad será absoluta. Para ello lo ejemplifica diciendo si alguien cruzó un semáforo en rojo o bien lo hizo o no lo hizo. Para él lo relativo es el grado de comprobación y la prueba de que estos hechos ocurrieron. FERRER, J.: *Prueba sin convicción*, Marcial Pons, Madrid, 2021, p. 18

⁸⁸⁹ TARUFFO, M.: “Consideraciones sobre prueba y verdad”, en COLOMA, R. (Coord.): *La prueba en el nuevo proceso penal*, Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2004, pp. 182-183.

⁸⁹⁰ FERRER, J.: *Prueba sin convicción*, Op. Cit., p. 18

explica de mejor forma el fenómeno que gira en torno a la prueba, el proceso y la verdad.

3.1.3. Reflexiones teóricas sobre la verdad en el Código Orgánico General de Procesos

Ciertamente el proceso civil aborda los conflictos que surgen entre intereses particulares. En él convergen diversos valores fundamentales de todo sistema democrático, tales como: igualdad, justicia, libertad y verdad. Es por este motivo que, a pesar de su naturaleza, el proceso, al menos hablando ideológicamente, suponga alcanzar la emisión de sentencias justas⁸⁹¹. No debe pasarse por alto que al juez la ley le ha impuesto un mandato de imparcialidad, por lo que, en base a su rol y alejándose de todo interés subjetivo, debe orientar sus actuaciones como resguardo a la paz social y la potencialización de la validez de sus sentencias⁸⁹² frente a la sociedad.

El éxito de la potestad estatal de jurisdicción depende de la ligazón entre la aplicación de la norma en el caso concreto y la existencia fáctica de los hechos que presuponen esta aplicación. Bajo este argumento, resulta inconcebible una sentencia justa que fije consecuencias jurídicas a hechos errados o inexistentes. Según Taruffo, los factores que inciden en el objetivo de alcanzar una sentencia justa son tres: “La corrección del procedimiento; la justa interpretación y la aplicación de la ley sustancial; la veracidad de la determinación de los hechos”⁸⁹³. Además, agrega que: “el proceso

⁸⁹¹ TARUFFO, M.: *La prueba de los hechos*, Op. Cit., p. 64.

⁸⁹² TARUFFO, M.: “Consideraciones sobre prueba y verdad”, en COLOMA, R. (Coord.): *La prueba en el nuevo proceso penal*, Op. Cit., p. 181.

⁸⁹³ TARUFFO, M.: “¿Verdad negociada?”, *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, Vol. 21, No. 1, 2008, p. 136. En este punto resulta pertinente recordar a Luigi Ferrajoli, quien en su magna obra *Principia Iuris*, remarcó que el ejercicio de la función jurisdiccional en su rango como garantía se manifiesta por medio de la aplicación de la ley sustancial. Esta es una remarcada característica de los sistemas que se encuentran impulsados por el principio de estricta legalidad. Así las cosas, “la legalidad y de la validez se corresponden con otras tantas dimensiones de la democracia constitucional. Las normas formales sobre las condiciones de la vigencia y de la validez formal, atendiendo a las formas de las decisiones, esto es, a la determinación de quién decide y a la regulación de cómo decide, son las normas que definen la dimensión formal de la democracia, de la que constituyen las normas de reconocimiento. Las normas sustantivas sobre las condiciones de la validez sustancial, atendiendo a

es justo si está sistemáticamente orientado a determinar la verdad de los hechos relevantes para la decisión, y es injusto en la medida en que obstaculiza o limita esta determinación, dado que en este caso aquello que se obstaculiza o se limita es la justicia de la decisión con la que concluye el proceso”⁸⁹⁴.

La veracidad de la determinación de los hechos alegados en el proceso es un factor sobresaliente para alcanzar el fin de esa institución. El fin previsto en el Código Orgánico General de Procesos, como lo anticipamos, centra al objeto de prueba en el convencimiento del Juez⁸⁹⁵. Este convencimiento, correctamente entendido, implica la búsqueda de una verdad relativa y razonable de los hechos alegados, correlacionada con una verdad externa⁸⁹⁶, sobre la base de la prueba aportada.

El parámetro de convencimiento de la norma procesal ecuatoriana no es ni de lejos exclusiva de este sistema. De hecho, en las diferentes legislaciones procesales y en la jurisprudencia hallamos formulaciones de exigencia que apelan a elementos de convicción y certeza subjetiva⁸⁹⁷.

Sin perjuicio de lo expuesto, desde algún sector de la doctrina⁸⁹⁸, en cuanto a los diseños procesales en los que se ha dispuesto que el objeto de la prueba es el convencimiento del juez, se ha llegado a defender equivocadamente que este fin resulta en una mera condición psicológica del juzgador y que, por medio de él, se deja de lado la verdad de los hechos aportados por las partes y aún más su grado de

los contenidos de las decisiones, es decir, a la estipulación de qué no está permitido decidir y de qué no está permitido no decidir, son a su vez las normas que definen la dimensión sustancial de la democracia, de la que establecen la razón social.” FERRAJOLI, L.: *Principia Iuris*, traducido por Perfecto Andrés Ibáñez, Editorial Trotta, Madrid, 2013, p. 880

⁸⁹⁴ TARUFFO, M.: “¿Verdad negociada?”, *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, Op. Cit., p. 137.

⁸⁹⁵ “Finalidad de la prueba. La prueba tiene por finalidad llevar a la o al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias controvertidos”. Código Orgánico General de Procesos (COGEP), Op. Cit., art. 158

⁸⁹⁶ La LEC fija el fin de la prueba en la búsqueda de la “certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvencción” Ley de Enjuiciamiento Civil, Op. Cit., art. 217.2

⁸⁹⁷ FERRER, J.: *Prueba sin convicción*, Op. Cit., p. 19.

⁸⁹⁸ Especialmente defendida por Jordi Ferrer que, si bien resulta novedosa, no encuentra eco en la doctrina europea.

concordancia con los hechos realmente suscitados⁸⁹⁹. Lo que en último término acarrea el riesgo en la emisión de sentencias injustas.

Desde un análisis crítico a la postura de la “convicción”, Jordi Ferrer parte de las siguientes premisas⁹⁰⁰:

1) La relación teológica que existe entre la verdad y la prueba -en los términos analizados-, en concreto que la verdad constituye el objetivo a alcanzar por medio de la prueba dentro del proceso judicial;

2) Que la verdad es la correspondencia de los enunciados fácticos formulados en el proceso judicial -sometidos a prueba-, con lo sucedido en realidad -en las afueras del proceso-;

3) Que jamás un conjunto de juicios permitirá obtener certezas racionales no subjetivas o psicológicas sobre el acontecimiento de los hechos, de tal suerte que todo enunciado fáctico es verídico o falso, pero que por nuestras limitaciones epistémicas nos colocan frente a decisiones que deben tomarse en contextos de incertidumbre; y,

4) Que el razonamiento probatorio goza de un carácter probabilístico, por lo que decir que un enunciado factico está probado; es lo mismo que sostener que es probablemente verdadero.

Según el autor, a estas premisas, habrá que agregarle que las instituciones que regulan la prueba en el proceso deben encaminarse a la obtención de un mayor

⁸⁹⁹ Dentro de un análisis del artículo 384 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación de Argentina, que guarda similitud con la norma procesal ecuatoriana Matías Pedernera Allende ha expuesto que “Ciertamente (...), la remisión a las reglas de la sana crítica supone un respeto del juez a las reglas de la lógica que debería poder controlarse por medio de los fundamentos de la sentencia. Sin embargo, de la disposición transcrita no surge algún umbral al que el juez pueda recurrir para considerar cierta hipótesis como probada, y ello, supone una remisión a la confianza subjetiva del juez a quien le toque decidir el caso”. PEDERNEA ALLENDE, M.: “Los estándares de prueba y el problema de la subjetividad en la decisión judicial”, *Revista Argentina de Teoría Jurídica (RATJ)*, Vol. 21, No. 1, 2020 p. 40. Este criterio es compartido por Flavia Carbonell Bellolio, quien agrega que “El problema de la subjetividad consiste, precisamente, en la apelación que se hace por legisladores, jueces y juristas a elementos psicológicos o estados mentales del decisor como elemento necesario de los estándares de prueba. Pero, para decirlo con Laudan, un estándar subjetivo no es, en realidad, un estándar, pues si una de sus funciones es permitir el control intersubjetivo de la decisión acerca de los hechos, entonces es claro que la apelación a la convicción o creencias del juzgador excluyen tal control”. CARBONELL BELLOLIO, F.: “regla del estándar de prueba como engranaje de los sistemas procesales sobre prueba sin convicción estándares de prueba y debido proceso”, *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*, Vol. 9, No. 1, 2021, p. 250.

⁹⁰⁰ FERRER, J.: *Prueba sin convicción*, Op. Cit., p. 18

rango de certeza al momento de dictar sentencia⁹⁰¹. Especialmente respecto al establecimiento de reglas que normen el grado de probabilidad que resulta suficiente para considerar que una hipótesis se encuentra probada en una contienda jurisdiccional. Para ello, Ferrer propone el establecimiento de un “estándar de prueba”⁹⁰², como un modelo de valoración racional de la prueba.

Además, desde este mismo sector de la doctrina se ha agregado que, la inexistencia de un estándar de prueba, tienen implicaciones directas en otros parámetros probatorios: la carga de la prueba y las presunciones *iuris tantum*, en virtud de las cuales se entiende probado un hecho salvo que se demuestre lo contrario⁹⁰³. En el caso de las reglas de la carga objetiva de la prueba, sostienen que, frente a la imposibilidad de establecer cuándo un hecho se entiende suficientemente probado, se torna en una tarea inejecutable identificar quién pierde la contienda ante la insuficiencia probatoria. En el caso de las presunciones, la suficiencia probatoria recae en un ámbito negativo, esto es, como parámetro capaz de privar de la aceptación que la hipótesis goza -prima facie-. Aquí nuevamente sugieren que el problema radica en la imposibilidad de determinar cuándo se tiene por suficientemente probado un hecho.

Respecto a este equivocado criterio de ausencia de un estándar de suficiencia, debemos mencionar que el grado de dicha suficiencia, ciertamente lo encontramos en los elementos que envuelven el denominado “convencimiento” del juzgador que se rigen por reglas lógicas como la sana crítica que “configura una categoría intermedia entre la prueba legal y la libre convicción. Sin la excesiva rigidez de la primera y sin la excesiva incertidumbre de la última, configura una feliz fórmula (...) (que regula) la

⁹⁰¹ REYES MOLINA, S.: “Juicio como herramienta epistemológica: el rol de la verdad en el proceso”, *Op. Cit.*, 234

⁹⁰² FERRER, J.: *Prueba sin convicción*, *Op. Cit.*, p. 22-28.

⁹⁰³ Para Jaime Azula Camacho las presunciones son “un juicio lógico del legislador o el juez, a partir de las reglas de la experiencia, que le indican el modo normal como un determinado hecho sucede y, por ello, lo considera como cierto o probable” CAMACHO AZULA, J.: *Manual de derecho procesal, pruebas judiciales*, Temis, Bogotá, 2008, p. 381. Jairo Parra Quijano, a su vez considera que la presunción es “un juicio lógico (...) que consiste en tener como cierto o probable un hecho, partiendo de hechos debidamente probados” PARRA QUIJANO, J.: *Manual de Derecho Probatorio*, Editorial ABC, Bogotá, 2011, p. 667. Mientras que, para Andrés de la Oliva “Son operaciones intelectuales, imperadas o autorizadas por el Derecho positivo o consentidas por el buen sentido de un hombre experimentado, que consisten en tener como cierto un hecho (el hecho presunto) a partir de la fijación formal como cierto de otro hecho (el indicio o base)” DE LA OLIVA SANTOS, A. DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.: *Derecho procesal civil el proceso de declaraciones*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2000, p. 373.

actividad intelectual del juez frente a la prueba”⁹⁰⁴. Los elementos que conforman esta sana crítica son las reglas de la lógica, de la experiencia y de los conocimientos científicos. Con ello, la ausencia de la suficiencia probatoria a la que hacen alusión los autores que defienden los estándares probatorios, queda suplida específicamente con el convencimiento del juez, que aplicando reglas de la lógica puede determinar cuándo un hecho se tiene por suficientemente probado. Con esto en mente, el problema que plantea Ferrer se soluciona mediante la garantía de jueces capacitados e imparciales que interpretan y argumentan, sin corsés, más allá de la norma.

Otra particularidad del modelo procesal ecuatoriano en materia probatoria es que, si bien la norma, en un primer momento le entrega al juez la valoración de la prueba con base a su grado de convencimiento; esta disposición no desconoce otras reglas esparcidas a lo largo del Código Civil que admiten rezagos de un parámetro de prueba tasada, en virtud de la cual el juez se debe someter a los valores establecidos apriorísticamente como rangos de eficacia probatoria. Un ejemplo de ello se plasma en el valor que la ley le otorga a la prueba testimonial⁹⁰⁵.

Por todo ello, ha sido grande la oposición que ha recibido la doctrina que demanda los estándares de prueba en los términos que propone Ferrer. Una de ellas radica en el hecho de que al final este modelo es propio del sistema *common law*, donde no hay leyes sino previsiones, guías y estándares, que de algún modo podría pensarse que tendrían cabida de aplicación en materia penal por cuanto el modelo es capaz de categorizar hechos, conductas, y sanciones, pero jamás en el ámbito civil. Incluso autores como Erik Lillquist, quien también es partidario de estándares indeterminados, reconoce que incluso el estándar de la prueba “más allá de toda duda razonable”, se ve modificado conforme al tipo de caso al que se le pretenda aplicar, por lo que no se puede pensar en un estándar fijo para la resolución de casos⁹⁰⁶. Otros,

⁹⁰⁴ COUTURE, E.: *Fundamentos del derecho procesal civil*, Op. Cit., p. 270

⁹⁰⁵ DEVIS ECHANDÍA, H.: *Compendio de la prueba judicial*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2007, p. 94. Le priva de conducencia a la prueba testimonial cuando se pretende su utilización para demostrar obligaciones superiores a ochenta dólares americanos, a menos que exista un principio de prueba por escrito que haga verosímil el hecho litigioso. Código Civil del Ecuador, Op. Cit. artículo 1728

⁹⁰⁶ Además, agrega que esta variabilidad puede describirse bajo la teoría de lo que él denomina: “de la utilidad esperada MANRIQUE, M. L.: “Prueba y estándares de prueba en el derecho”, *Revista Diánoia*, Vol. 57, No. 69, 2012, p. 97.

por el contrario, entre ellos Ferrajoli⁹⁰⁷, han mencionado que el aludido estándar de prueba es una evocación de la “prueba legal” del pasado tendientes a preceptuar la actividad del juzgador⁹⁰⁸, imponiendo estándares de cómo deben decidir.

Por otro lado, Manuel Atienza sobre el discurso de justificación de “racionalidad”, considera que en dicho razonamiento probatorio como ocurre en el razonamiento jurídico, se debe tomar en consideración el marco institucional. Resalta, además, que el razonamiento probatorio del juez no es, o al menos no completamente, un dialogo racional de carácter teórico o teórico práctico, aún a pesar de que la verdad es un valor fundamental del proceso -no el único-, por lo que “pretender que la argumentación jurídica, en todas sus instancias, es un caso especial del discurso racional, presupone una concepción idealizada, por no decir directamente falsa, de la práctica jurídica”⁹⁰⁹.

Un punto además que se debe considerar, como lo reconoce García Amado, es que: “las decisiones las toman los jueces bajo incertidumbre, sea incertidumbre sobre el acaecimiento de hechos o estados de cosas, sea incertidumbre sobre lo normativamente preferible dentro de lo normativamente posible. (...). El juez no es un decididor moral bajo condiciones ideales, sino un agente del estado que sentencia casos en contextos decisorios no ideales (por ejemplo por falta de tiempo o deficiencias de la información disponible) y bajo límites normativos que no suelen afectar al razonador puramente moral (...), en lo que concierne a la decisión sobre los hechos del caso (...) el juez a veces no puede llegar a saber con certeza incontestable o plenamente científica lo que materialmente fue, aun cuando tiene que decidir de todos modos”⁹¹⁰.

⁹⁰⁷ “El estándar de prueba me recuerda a la tarifa legal. No puede existir ningún estándar. No es suficiente un grado positivo de probabilidad.” FERRAJOLI, L.: *Debate sobre estándares de prueba*, 29 de marzo de 2023, Versión on line, <https://x.com/JuanAGAmado/status/1641176701089509378>, 01-11-2024.

⁹⁰⁸ NIEVA FENOLL, J.: *La valoración de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 88-85.

⁹⁰⁹ ATIENZA, M.: *Interpretación constitucional*, Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Sucre, 2019, p. 212

⁹¹⁰ GARCÍA AMADO, J. A.: *La prueba judicial sus reglas y argumentos*, Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Sucre, 2019, p. 86

Además, García Amado agrega que resultan necesarias reglas de cierre dentro del razonamiento judicial que permitan terminar el proceso, aún a pesar de que las pruebas sobre los hechos alegados no sean conclusivas o no alcancen un grado requerido. Para ello propone las siguientes pautas decisorias: “(i) Cuando las pruebas son plenamente demostrativas de la verdad o no verdad de H, se ha de fallar en consonancia con esa verdad demostrada. Pero con una excepción: que las pruebas sean jurídicamente válidas y hayan sido válidamente practicadas. (ii) Cuando las pruebas no sean plenamente demostrativas de la verdad o no verdad de H y, por tanto, en la conciencia del juzgador queden dudas al respecto, ese juzgador deberá decidir de todos modos, pero aplicando reglas de cierre que son reglas sobre el modo de resolver operativamente la disputa, aunque no de solución epistémicamente intachable de la duda”⁹¹¹.

Marina Gascón Abellán, considera que el conocimiento de los hechos que emana de la prueba, si bien debe encaminarse a la verdad, es imperfecto a consecuencia de dos razones. La primera de origen institucional, por cuanto la prueba judicial, como actividad, no es libre, sino que se desenvuelve en medio de un sistema más o menos estricto de reglas y causas institucionales, que en ocasiones limitan e incluso pueden llegar a impedir la consecución de la verdad irrefutable de los hechos. El segundo a consecuencia de razones epistemológicas, esto es que, el razonamiento probatorio está conformado por inferencias inductivas basadas en leyes probabilísticas, o aún por inferencias sin abundantes fundamentos o sencillamente perjuicios. Por lo que no puede “suponerse que los resultados de la prueba garanticen certeza absoluta, sino solo un cierto grado de certeza o probabilidad sobre la verdad de un enunciado probado”⁹¹².

Consideramos que el grado de probabilidad sugerido por Marina Gascón, en materia civil se allana al criterio de lo que autores como Taruffo defienden como un estándar prevaleciente en los procesos civiles. Por medio del cual resulta racional optar por la hipótesis que mayor grado de confirmación probatoria posea respecto a

⁹¹¹ *Ídem*, 90-91

⁹¹² GASCÓN ABELLÁN, M.: “Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos”, *DOXA cuadernos de filosofía del derecho*, No. 28, 2005, p. 128.

una contraria, siempre que este rango sea relativamente superior. Taruffo defiende la pertinencia de las teorías probabilísticas, con una variación⁹¹³: una probabilidad lógica utilizando los estudios de Lawrence Jonathan Cohen -probabilidad baconiana-⁹¹⁴. En la obra lo probable y demostrable de Cohen, se presenta una visión de lo que denominó la inferencia inductiva, que encontró sustento en los trabajos de Sir Francis Bacon⁹¹⁵ y de John Stuart Mill⁹¹⁶.

Para Cohen por medio de la inferencia inductiva se arriba a un nuevo concepto de probabilidad que resulta más favorable a la ciencia jurídica. A esta probabilidad inductiva la denominó (P1) o Baconiana y la contrastó con la probabilidad matemática a la que denominó (PM) o Pascaliana. Con ello sostuvo que la probabilidad Pascaliana si bien era útil en diferentes aspectos científicos no era aplicable al ámbito jurídico. La probabilidad Baconiana refleja de mejor manera el cómo los jueces razonan, en ella se sostiene que a diferencia de la otra teoría en este caso la probabilidad no podrá ser sumada, restada etc. Por lo que en ella se realizan órdenes entre probabilidades inductivas por medio de las cuales resulta factible sostener que la realización de un suceso es más probable que otro de forma cualitativa⁹¹⁷ y más no de forma cuantitativa.

La probabilidad lógica entonces implica la posibilidad de elaborar inferencias respecto de una hipótesis fáctica, partiendo de la evidencia posible. Los beneficios que representa esta teoría radican en que la probabilidad no es dependiente de la periodicidad de las diferentes clases de eventos, sino de poseer como punto de origen la prueba disponible, de modo que serán adecuadas diferentes inferencias según los tipos de pruebas que se posea⁹¹⁸. Esta probabilidad lógica es la que se trabajó en los

⁹¹³ Que aborda las teorías cuantitativas de la probabilidad. TARUFFO, M.: *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos*, Serie Cuadernos de Divulgación de la Justicia Electoral, México D. F., 2013, p. 101.

⁹¹⁴ COHEN, L. J: *The Probable and the Provable*, University Press, Oxford, 1977, p. 363.

⁹¹⁵ BACON, F.: *Novum Organum*, traducido por Clemente Fernando Almorí, editorial Losada, Buenos Aires, 1949, p. 353.

⁹¹⁶ MILL, J. S.: *Un sistema de lógica inductiva*, traducido por Eduardo Ovejero y Mair, Fondo documental Euskal Herriko Komunistak EHK, Madrid, 1917, p. 960.

⁹¹⁷ VARGAS VÉLEZ, O.: "Lo probable y lo demostrable una aproximación a la obra de Lawrence Jonathan Cohen", *Revista Academia & Derecho*, No. 6, 2013, p. 113-115.

⁹¹⁸ TARUFFO, M.: *La prueba de los hechos*, Op. Cit., p. 201

sistemas de expertos y la que se ha implementado y desarrollado en las herramientas algorítmicas predictivas.

La Corte Constitucional del Ecuador, en cuanto a la suficiencia probatoria con ocasión de la resolución de una acción jurisdiccional, ha considerado que: “Si a partir del acervo probatorio se puede concluir que es razonablemente más probable que un hecho haya ocurrido, el estándar se encuentra satisfecho (...)”⁹¹⁹. Además, agregó que “una vez que el juzgador realiza el proceso interno de valoración de la prueba, debe reflejarlo en la motivación de la decisión (...) la garantía de la motivación requiere una fundamentación fáctica suficiente y esta debe contener, al menos, “una justificación suficiente de los hechos dados por probados en el caso”⁹²⁰.

Finalmente, otro de los elementos que se han utilizado en cuanto a la suficiencia probatoria son los denominados “pactos o negocios procesales”⁹²¹, por medio de los cuales, serían las partes quienes determinen el estándar de prueba aplicable al caso. Algunos de ellos, presentes en otras latitudes, como en materia arbitral, donde puede incluso pactarse qué medios si son posible practicar y qué medios quedan excluidos. A continuación, se estudiará cuál es su presencia en la norma procesal civil ecuatoriana.

3.1.4. La presencia de los pactos o negocios procesales en el Código Orgánico General de Procesos

Como lo reconoce Joan Picó I Junoy, una parte de la doctrina, especialmente aquella que propende el fenómeno de privatización del proceso civil, ha remarcado la

⁹¹⁹ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 2951-17-EP/21, caso No. 2951-17-EP, 21 de diciembre de 2021, párr. 93.

⁹²⁰ *Ídem*, párr. 94.

⁹²¹ PICÓ I JUNOY, J.: *Estudios sobre el proceso y la justicia*, Op. Cit., p. 329. Algunas legislaciones procesales como la brasileña reconocen la incidencia de estos pactos. En tanto admiten a las partes acordar cambios en el procedimiento para adaptarlo a sus necesidades. Un ejemplo de ello lo encontramos en el contenido del artículo 190 del Código de Procedimiento Civil, aprobado el 16 de marzo del 2015.

posibilidad de que las partes puedan alcanzar pactos sociales⁹²². En este sentido algunas legislaciones procesales han incluido o pretendido incluir⁹²³ la figura de estos pactos en sus normas.

Por medio de este acuerdo se posibilita que los litigantes tengan la capacidad de introducir de mutuo acuerdo cambios en la estructura y desarrollo del procedimiento, incluido el ámbito probatorio. Estos cambios precisan además de una aprobación del juez que conoce la causa. Ciertamente la mayoría de la cultura jurídica es reacia a su implementación⁹²⁴, salvo ejemplos específicos.

La legislación procesal civil brasileña ha incluido expresamente a los pactos procesales⁹²⁵. En ella se habilita a las partes ajustar el procedimiento, para moldearlo conforme a especificidades de la causa, conviniendo sobre las cargas, facultades, poderes y deberes procesales. Como requisito para dotar de validez a estos acuerdos esta legislación impone un deber de vigilancia y control en el juzgador. Sin embargo, estas facultades del juzgador son limitadas, solo siéndole posible negar el convenio frente al surgimiento de casos de nulidad o inserciones abusivas en un contrato de adhesión u otras circunstancias en las que detecte que una de las partes se encuentre en estado de vulnerabilidad⁹²⁶.

⁹²² PICÓ I JUNOY, J.: “Repensando los pactos procesales probatorios desde las garantías constitucionales del proceso”, *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Vol. 21. No. 1, 2020, p. 154.

⁹²³ En el caso argentino en la propuesta del anteproyecto al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, con los ajustes indicados por la Dirección de Asistencia Técnica y Legislativa del Ministerio de Justicia, en el año 2019, se planteó la posibilidad de incluir en sus articulados la siguiente disposición procesal: “Acuerdos procesales. Las partes pueden celebrar, en procesos donde se debatan derechos disponibles y en tanto no concurriera una inobservancia del orden público, acuerdos procesales que puedan determinar una modificación de las normas procesales. Tales acuerdos podrán adecuar el proceso a las particularidades del conflicto y especificar el alcance de las cargas, facultades y deberes procesales de las partes. De oficio o a requerimiento de parte, el juez controlará la validez de los acuerdos debiendo negar su aplicación en los casos en que lo pactado resulte nulo, suponga un abuso del derecho o importare el sometimiento a un contrato de adhesión”. Anteproyecto al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Comisión Redactora designada por RESOL-2017-496-1PN-MJ y RESOL-2017-829-APN-MJ, artículo 14.

⁹²⁴ ROJAS, J.: “Los acuerdos procesales”, *Civil Procedure Review*, Vo. 12, N. 2, 2021, p. 104.

⁹²⁵ PICÓ I JUNOY, J.: “El derecho a la prueba”, en PICÓ I JUNOY, J. MENDOZA DÍAZ, I. J. MANTECÓN RAMOS, I. A. (Dirs.): *La prueba a debate diálogos Hispanos-Cubanos*, Editorial Bosh, Barcelona, 2021, p. 30.

⁹²⁶ Código del Proceso Civil de Brasil, No. 13.105 del 16 de marzo del 2015.

Respecto a la procedencia de los pactos procesales el Tribunal de Justicia del Distrito Federal y de los Territorios de Brasil, ha reconocido que “según el nuevo principio que orienta el actual CPC, las partes no están sujetas a un rigor procesal absoluto, tanto es así que expresamente el art. 190 (del Código de Procedimiento Civil) establece que pueden celebrar 'negocios jurídicos procesales’⁹²⁷. Además, agrega que: “Si bien el negocio jurídico procesal puede tener su validez controlada por el magistrado, éste sólo podrá denegar su aplicación en los casos previstos en el art. 190, párrafo único, de la CPC/2015”⁹²⁸.

La justificación que la legislación brasileña le ha entregado a los pactos procesales es la búsqueda de un equilibrio en la tensión que existe entre los fenómenos contrarios del contractualismo y la publicidad procesal. En aras de promover una participación y contribución de los litigantes para la promoción de una tutela efectiva más justa y rápida⁹²⁹. Discrepamos de este criterio en vista de que, resulta desatinado confundir el alcance del principio dispositivo, con las garantías procesales diseñadas para el interés general, que no puede dejarse en manos de los litigantes, menos aún en cuanto a la fijación de los estándares de prueba.

Silas Silva Santos menciona que la potestad de las partes para regular las situaciones que aparecen en el procedimiento, dentro de las fronteras establecidas en el ordenamiento jurídico pueden presentarse de formas típicas, si se reconocen en la ley. Empero, las partes bajo ninguna consideración a cargo de estos acuerdos pueden disponer la creación de deberes del órgano jurisdiccional o la eliminación de los deberes de la administración de justicia⁹³⁰.

Avanzando en este punto, conviene estudiar si su implementación es posible en la norma procesal ecuatoriana. Desde el punto de vista normativo en esta

⁹²⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia del Distrito Federal y de los Territorios de Brasil, No. 1234200, 07128439420188070020, Relator: Carlos Rodrigues, Primera Sala Civil, 19 de febrero de 2020, publicada en el Diario de Justicia Electrónico el 19 de marzo del 2020, s/n.

⁹²⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia del Distrito Federal y de los Territorios de Brasil, No. 984997, 20160020474032AGI, Relator: Fábio Eduardo Marques, Séptima Sala Civil, 30 de noviembre del 2016, publicada en el Diario de Justicia Electrónico el 5 de diciembre de 2016, pp. 527-528

⁹²⁹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Brasil, Recurso Especial No. 1.738.656-RJ (2017/0264354-5), Relator: Nancy Andrichi, p. 2.

⁹³⁰ SILVA SANTOS, S. et altri: *Comentarios al código de proceso civil perspectivas de la magistratura*, Thomson Reuters-Revista Dos Tribunais, Sao Paulo, 2019, p. 270-272

legislación existe una primacía del principio de legalidad procesal. De hecho, la misma constitución ecuatoriana garantiza que “Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento”⁹³¹.

Lo dicho se ve complementado con el contenido del Código Orgánico de la Función Judicial del Ecuador que limita las actividades del juez a juzgar y ejecutar lo juzgado, bajo el único parámetro de la ley. Además, impone la obligación de resolver las excepciones y las pretensiones de las partes procesales, exclusivamente bajo el parámetro establecido en la norma y los elementos probatorios aportados por los litigantes⁹³².

De forma comparativa mencionamos que la LEC guarda conformidad con la postura procesal ecuatoriana, pero en ella destaca que su articulado es más claro respecto a la primacía del principio de legalidad procesal. En ella se dispone que “En los procesos civiles, los tribunales y quienes ante ellos acudan e intervengan deberán actuar con arreglo a lo dispuesto en esta Ley”⁹³³.

Si bien el proceso civil se rige por el principio dispositivo y de esta forma lo reconoce el Código Orgánico General de Procesos⁹³⁴, lo dicho no significa que con él se favorezca el establecimiento de los pactos procesales. De hecho, su grado de injerencia no se sitúa alrededor de la gestión del proceso, sino en otras fases: inicio, finalización y demarcación de la causa y objeto del proceso.

Lo expuesto no quiere decir que la norma procesal ecuatoriana desconozca todo espacio de libertad de las partes sobre algunas específicas actuaciones procesales. De hecho, como lo puntualizamos al inicio de este capítulo, la ley concede cierta discrecionalidad sobre la realización de los actos, sin que estos sean en estricto sentido pactos, sino permisiones de la ley; como aquellos destinados a suspender o ampliar términos judiciales⁹³⁵ o el diferimiento de la audiencia preliminar⁹³⁶. En sintonía

⁹³¹ Constitución de la República del Ecuador, *Op. Cit.*, art. 76.3.

⁹³² Código Orgánico de la Función Judicial, *Op. Cit.*, artículos 9 y 28.

⁹³³ Ley de Enjuiciamiento Civil, *Op. Cit.*, art. 1.

⁹³⁴ Código Orgánico General de Procesos (COGEP), *Op. Cit.*, art. 5.

⁹³⁵ *Ídem*, art. 76.

⁹³⁶ *Ídem*, art. 293.

con esta postura, el artículo 415.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, habilita la suspensión del proceso, si las partes de común acuerdo lo solicitan para someterse a la mediación. Otros ejemplos los vemos en el contenido del artículo 55 sobre sumisión expresa de competencia territorial, el artículo 592 sobre la fijación del orden de prelación del embargo y el artículo 300.1 sobre el orden de la práctica de la prueba.

El tema nuclear consiste en reconocer que la constitucionalización del proceso civil trae consigo el respeto incondicional sobre la proyección de los derechos fundamentales, que a decir de Luis Muñoz Sabaté involucra: la oralidad, el principio de audiencia, contradicción, publicidad y la garantía de no indefensión⁹³⁷, a este deberá sumarse el derecho a la prueba. Así las cosas, los límites a las facultades dispositivas de las partes, se localizan en el contenido de la norma fundamental⁹³⁸.

Otro de los puntos que debe señalarse entorno a los pactos procesales es la diferencia que existe entre los pactos sobre el contenido del derecho, cuya presencia y desarrollo ocurre normalmente en un espacio anterior al proceso; de aquellos pactos sobre el ejercicio del derecho, que se presentan en el transcurso del proceso. Convengamos que, respecto a los primeros, su inconstitucionalidad es evidente frente a la renuncia de derechos fundamentales. Frente a los segundos, en tanto tratan de una facultad de abstenerse en el ejercicio de un derecho que solo les corresponde a las partes, cabe preguntarse: ¿Estos derechos pueden ser libremente acordados? Sobre esta interrogante algunos someten a discusión el hecho de que “ya estando dentro del proceso, las partes son libres de ejercitarlos o no y, en consecuencia, de pactarlos”⁹³⁹.

Sobre esta última afirmación centrándose en los pactos probatorios, resulta importante plantearse una segunda interrogante para determinar la procedencia del acuerdo en torno a ella: ¿Qué rango tiene la prueba? Pues bien, como lo adelantamos

⁹³⁷ MUÑOZ SABATÉ, L.: *Las cláusulas procesales de la contratación privada*, Editorial Bosch, Barcelona, 1988, pp. 27-28.

⁹³⁸ Para el caso ecuatoriano los límites a los que hacemos referencia se sitúan en los artículos 76.4 (derecho de igualdad); 75 (tutela judicial efectiva); y 76 y 77 (garantías mínimas del debido proceso). Con ocasión de la legislación española, estos límites se encuentran desarrollados en el contenido de los artículos 14, 24, 117-127 de la Constitución.

⁹³⁹ PICÓ I JUNOY, J.: *Estudios sobre el proceso y la justicia*, Op. Cit., p. 331

el derecho a la prueba en el Ecuador tiene rango de norma fundamental⁹⁴⁰. Por tanto, no es admisible ningún convenio de las partes que suponga una limitación a este derecho, ni ninguno que obstaculice el acceso de la prueba al conocimiento del juez. Idéntica circunstancia sucede en territorio español⁹⁴¹.

Respecto a la iniciativa probatoria del juez, queda claro que en los sistemas que prevén esta posibilidad, tampoco resulta admisible un parámetro de convencionalidad que limite dicha actividad del juzgador. Al tratarse de una de las facultades discrecionales que la ley otorga exclusivamente al órgano decisor. Por lo que la decisión o voluntad de las partes no puede contrariar el carácter imperativo de la ley.

Por otro lado, un punto que genera confusión, gira entorno a la posibilidad de modular las cargas de la prueba. Para esclarecer esta incertidumbre, bastará con mencionar que las reglas de la carga de la prueba conforman, según la norma procesal ecuatoriana y española, reglas de juicio de las que el juzgador se vale para determinar y corroborar en mayor grado una hipótesis e imputar consecuencias. Por tanto, su configuración, al igual que en las otras circunstancias propuestas, resultan ajenas al convenio de las partes.

Finalmente, en cuanto a los acuerdos de las partes sobre las normas de valoración probatoria, Sabaté es contundente al mencionar que: “su rechazo debe ser rotundo en la medida en que esta actividad forma parte sustancial del juicio jurisdiccional”⁹⁴².

3.1.5. La carga de la prueba

⁹⁴⁰ Corte Nacional de Justicia, sentencia de 21 de enero del 2021, No. 05371-2018-00075, p. 8.

⁹⁴¹ El tribunal constitucional español ha considerado que “el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución es un componente esencial del orden público, y que, en consecuencia, han de tenerse por nulas las estipulaciones contractuales incompatibles con este respeto, no se sigue de ahí, en modo alguno, que la invocación de estos derechos o libertades puede ser utilizada por una de las partes contratantes para imponer a la otra las modificaciones de la relación contractual que considere oportunas.” Tribunal Constitucional español, sentencia No. 19/1985 de 13 de febrero de 1985, FJ 1.

⁹⁴² MUÑOZ SABATÉ, L.: *Las cláusulas procesales de la contratación privada*, Op. Cit., p. 73.

Jordy Nieva Fenoll considera que el hecho de que, en el sistema de valoración legal, las normas hayan fijado pruebas específicas para probar determinados hechos, provocó que los administradores de justicia prescindan de elementos de valoración de la prueba. Todo ello, de la mano de un abuso de la carga de la prueba⁹⁴³.

Con la incursión del sistema de libre valoración de la prueba las reglas cambiaron. En general se dejó de lado la colocación de criterios de exclusión sobre un determinado medio probatorio. Con ello la carga de la prueba retorna a su cauce, en tanto lo que importa es la averiguación de la realidad -con los límites antes indicados- y la corroboración de los hechos a la luz de las hipótesis. En este punto surge a la luz el principio de aportación, por el cual una vez aportada a la prueba, este integra el haber del proceso y no de la parte que lo proporcione.

En la legislación ecuatoriana la carga de la prueba cumple un fin como regla de juicio del juzgador. Resulta meritorio clarificar brevemente el camino que nos permitió arribar a dicha conclusión. Si bien el Código Orgánico General de Procesos establece que: “es obligación de la parte actora probar los hechos que ha propuesto afirmativamente” y que la parte demandada “deberá hacerlo si su contestación contiene afirmaciones explícitas o implícitas sobre el hecho, el derecho o la calidad de la cosa litigada”⁹⁴⁴.

Este mandato, que preliminarmente parecería erigirse como una regla de iniciativa destinada a las partes⁹⁴⁵ -carga subjetiva-, se ve enfrentado por el principio de adquisición, en virtud del cual, una vez que la prueba es aportada al proceso, es

⁹⁴³ NIEVA FENOLL, J.: “La carga de la prueba una reliquia histórica que debiera ser abolida”, en NIEVA FENOLL, J. FERRER BELTRÁN, J. GIANNINI, L. J. (Coords): *Contra la carga de la prueba*, Marcial Pons, Barcelona, 2019, p. 32.

⁹⁴⁴ Código Orgánico General de Procesos (COGEP), *Op. Cit.*, art. 169. Couture realiza una diferenciación entre dos preceptos que se encuentran integrados dentro de la carga de la prueba, el primero de ellos engloba a la materia de las obligaciones, en virtud de la cual “el actor prueba los hechos que suponen existencia de la obligación, y el reo los hechos que suponen la extinción de ella” y el segundo que abarca la materia de los hechos y actos jurídicos por medio de los cuales “tanto el actor como el reo prueban sus respectivas proposiciones. Por virtud del primer principio, el actor tiene la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la obligación, y si no la produce, pierde el pleito, aunque el demandado no pruebe nada: el demandado triunfa con quedarse quieto, porque la ley no pone sobre él la carga de la prueba. El mismo principio, desde el punto de vista del demandado, es el siguiente: si el demandado no quiere sucumbir como consecuencia de la prueba dada por el actor, entonces él, a su vez, debe producir la prueba de los hechos extintivos de la obligación; y si no lo hace, pierde”. COUTURE, E.: *Fundamentos del derecho procesal civil*, *Op. Cit.*, p. 243

⁹⁴⁵ Bajo un criterio de carga subjetiva de la prueba que determina quien debe aportar la prueba.

este quien se beneficia de la misma y no el litigante que inicialmente la incorporó; siendo posible que incluso el actor vea probada su hipótesis con prueba que la aportó la contraparte⁹⁴⁶. Con ello se deja atrás la concepción de la carga subjetiva de la prueba llegando a desaparecerla, y se acerca a la carga objetiva, que no se centra en quien aporta la prueba, sino en quien pierde el litigio si no hay prueba suficiente⁹⁴⁷. Todo ello dentro de un ejercicio de valoración del órgano decisor.

Ahora bien, existen autores como Jordi Nieva Fenoll quienes han llegado a sostener que incluso la carga objetiva de la prueba en sentido teórico debe desaparecer puesto que, a decir de él, constituye un “concepto sobreabundante, que en realidad carece de utilidad en el proceso y que cuando se aplica puede conducir a conclusiones desacertadas”⁹⁴⁸. En esta línea considera que la “carga objetiva” no es en realidad una carga porque dentro de un proceso en el que queda un hecho sin conocerse y frente a la necesidad de evadir un *non liquet* que provocaría un mayor grado de conflictividad social, el sistema lo tiene por “no probado”. Sin embargo, sustenta que a la postre ello, en sí, es un auténtico *non liquet*, que en materia penal es favorable al reo, pero en otras materias se corre el riesgo de que un hecho que sucedió, pero no se pudo demostrar que existe o no existe, se deja sin juzgar⁹⁴⁹.

Si bien esta postura resulta innovadora, lo es también estrambótica, resultando desmesurado intentar prescindir de la carga objetiva de la prueba. Tanto más si se considera que aún si no contásemos con reglas procesales que determinen la carga objetiva de la prueba; su determinación ya se infiere de las reglas sustantivas en conjunción con las pretensiones, que permiten responder: ¿Quién pierde si no hay

⁹⁴⁶ Este pronunciamiento es reconocido por la Corte Nacional de Justicia del Ecuador. RAMÍREZ ROMERO, C.: *Apuntes sobre la prueba en el Código Orgánico General de Procesos*, Corte Nacional de Justicia, Quito, 2017, pp. 35-36

⁹⁴⁷ MICHELI, G. A.: *La carga de la prueba*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961, p. 104.

⁹⁴⁸ NIEVA FENOLL, J.: “La carga de la prueba una reliquia histórica que debiera ser abolida”, en NIEVA FENOLL, J. FERRER BELTRÁN, J. GIANNINI, L. J. (Coords): *Contra la carga de la prueba*, Op. Cit., p. 45

⁹⁴⁹ Ídem, pp. 43-44

prueba suficiente? Por lo que aun cuando no se necesite de reglas específicas sobre la carga de la prueba, si se requiere de una noción de carga objetiva⁹⁵⁰.

Imaginemos por ejemplo un caso de responsabilidad civil extracontractual, en el cual un sujeto que daña a un tercero con culpa o negligencia debe responder por los daños provocados. La norma civil prevé que la responsabilidad, al estar sujeta a un supuesto de hecho -daño con culpa o negligencia-, si se desea que se infiera en el razonamiento judicial la consecuencia jurídica -responsabilidad civil-, el actor debe acreditar el antecedente de esta consecuencia. Ergo, la regla procesal de la carga de la prueba objetiva se origina en la norma civil. A consecuencia de lo expuesto, se evidencia que lejos de ser prescindible, la carga de la prueba es en sí una regla residual de juicio⁹⁵¹, que les indica a los jueces como deben resolver si no hay prueba suficiente. Esta consideración como residual, conlleva que el juzgador que se encamine a resolver una causa bajo las reglas de la carga de la prueba objetiva está obligado a examinar minuciosamente todas las probanzas producidas, razonando por qué, incluso con su auxilio, resulta imposible estimar por acreditada una hipótesis que se pretendía demostrar⁹⁵².

Para llegar a determinar si en realidad se pudo alcanzar un umbral que acredite el levantamiento de la carga probatoria, a criterio de Taruffo, se deberá hacer uso del criterio de “probabilidad lógica prevaleciente”, que se emplea frente a dos hipótesis antagónicas que gozan de un valor de probabilidad lógica por encima del límite mínimo de probabilidad al que denomina de “aceptabilidad”. Este último término deberá

⁹⁵⁰ FERRER BELTRÁN, J.: “La carga dinámica de la prueba entre la confusión y lo innecesario”, en NIEVA FENOLL, J. FERRER BELTRÁN, J. GIANNINI, L. J. (Coords): *Contra la carga de la prueba*, Marcial Pons, Barcelona, 2019, p. 74.

⁹⁵¹ Al respecto, Peyrano manifiesta que: “resulte acertada (o no) la susodicha mala conciencia que todavía puede llegar a generar la solución de un litigio merced a la invocación de la regla de la carga de la prueba: “perdiste porque no probaste, debiendo probar”, lo que es indudable es que representa un fracaso en la tarea judicial de “dar a cada uno lo suyo” en serio y no gracias a ficciones que propician la paz social, pero que dejan el regusto amargo consistente en la permanencia de la duda acerca de si el caso fue justamente dirimido. Y tal incertidumbre justifica ampliamente que deba estimarse a la solución obtenida con la alegación de la regla de la carga de la prueba como residual, in extremis y casi, diríamos, hasta gobernada por la máxima de que en la duda su aplicación no procedería; debiendo, pues, el órgano jurisdiccional ponderar más concienzudamente la prueba producida de modo tal de verificar si, efectivamente, no se demostró lo que se debía demostrar”. PEYRANO, J.: “La regla de la carga de la prueba enfocada como norma de clausura del sistema”, *Civil Procedure Review*, Vol. 1, No. 3, 2010, p. 100.

⁹⁵² *Ídem*, p. 101.

asimilarse como un juicio que otorgue, al menos, una posibilidad intermedia de que una hipótesis fáctica resulte verídica, conforme al grado de confirmación probatoria que se disponga⁹⁵³.

En este punto y de forma aclaratoria, debemos mencionar que el problema de acceso a la prueba no es un ámbito para el cual la carga de la prueba esté diseñada. Es por ello por lo que en cuanto al objetivo de que se aporte al procedimiento los elementos de juicios suficientes que permitan decidir de tal modo que aumente la probabilidad de averiguar la verdad y por tanto el acierto de la decisión, han surgido varios mecanismos. Con este propósito en el derecho anglosajón floreció la figura del *discovery*⁹⁵⁴, que permite que las partes puedan solicitarse pruebas, incluso antes de iniciar la contienda, con lo cual desaparece el problema de disponibilidad. A dicha facultad se agregan mecanismos de sanción y de beneficios, previstos en la ley.

Si bien Jordi Nieva Fenoll acierta en un primer momento sobre la función de la carga de la prueba para evitar la falta de emisión de una sentencia por no hallar una solución para el caso *-non liquet-*; en un segundo momento falla en no tomar en consideración que la carga de la prueba está diseñada en aspecto residual⁹⁵⁵. Es decir, que primero, antes de determinar su aplicación, se debe concluir si en el proceso existe prueba suficiente que permita tener por probada alguna hipótesis y solo ante esta falta de suficiencia, resolver en base a la carga de la prueba.

Lo dicho implica entonces que, la carga de la prueba solo tiene implicaciones cuando no se ha logrado prueba suficiente de ninguna de las hipótesis de las partes⁹⁵⁶,

⁹⁵³ TARUFFO, M.: *La prueba de los hechos*, Op. Cit., p. 147.

⁹⁵⁴ Con el propósito de diseñar un modelo que favorezca el descubrimiento, el código Orgánico General de Procesos ha incluido en su articulado diligencias preparatorias que permiten la recolección de prueba, seguida de la figura del auxilio judicial que, a petición de parte, faculta al juez que ordene a la contraparte o a terceros la prueba documental se encuentre en su poder. Empero “debe señalarse que el alcance de esta figura suele ser bastante restringido y se limita a elementos probatorios de “imposible” acceso. Además, se requiere que dicha solicitud se presente en los actos de proposición, ofreciendo indicaciones precisas sobre el contenido, el lugar en que se encuentra y la absoluta imposibilidad de obtener el medio de prueba”. Por todo ello su aplicación es diferente y limitada, aquella concebida en el *common law*. CORREA GARCÍA, C. E.: “La producción documental en el arbitraje: un mecanismo destacado en la práctica internacional”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 14, 2024, pp. 239-240

⁹⁵⁵ MOLINA MESA, V.: “Valoración de la validez y de la eficacia de la prueba aspectos epistemológicos y filosófico-políticos”, *Revista Estudios de Derecho*, Vol. 65, No. 146, 2008, p. 167.

⁹⁵⁶ Giovanni Priori Posada considera que la motivación de la resolución basada en la carga de la prueba, a su vez constituye la motivación de la insuficiencia probatoria de las diferentes hipótesis. PRIORI POSADA G.: “La carga de la prueba en la motivación de resoluciones judiciales”, en PRIORI POSADA

y no solo alguna de estas⁹⁵⁷. Con ello se revela una función que difícilmente puede ignorarse y desterrarse del ordenamiento, porque permite resolver el juicio ante falta de prueba suficiente.

3.1.6. La carga dinámica de la prueba

Previo al abordaje del tema, se enfatiza que en el Ecuador únicamente respecto a las controversias relativas a los procesos societarios se concibe la presencia de la carga dinámica de la prueba⁹⁵⁸; mientras que, el Código Orgánico General de Procesos, para otro tipo de controversias, no la admite. Por lo que el análisis que aquí se plantea sobre este tema, será principalmente sobre la base de la doctrina, con un enfoque crítico sobre la acertada -o no- exclusión del entramado procesal.

La concepción de la carga dinámica de la prueba está presente en varios ordenamientos procesales y en consecuencia su análisis surge desde diversos territorios. Sin embargo, su nacimiento como institución jurídica es mérito de los estudios de la doctrina argentina⁹⁵⁹.

G. (coord.): *Argumentación jurídica y motivación de las resoluciones judiciales*, Palestra, Lima, 2016, p 183.

⁹⁵⁷ FERRER, J.: *¿Qué nos queda de la carga de la prueba?*, Congreso Colombiano de Derecho Procesal, 2021; BORDALÍ SALAMANCA, A.: "La carga de la prueba en el proceso civil: una evolución desde la igualdad formal de las partes hacia una igualdad material de las mismas". *Revista Estudios de Derecho*, Vol. 77, No. 170, 2020, p. 209.

⁹⁵⁸ "Art. 249.1. Carga de la prueba dinámica en procesos societarios. Salvo disposición en contrario de esta Ley y demás normativa aplicable, cada una de las partes estará obligada a probar la existencia de los hechos aducidos en sus argumentaciones y defensas, de acuerdo con el Código Orgánico General de Procesos. Sin embargo, cuando alguna de las partes se encuentre en posición dificultosa para producir evidencia con relación a un hecho determinado, y la otra parte se encuentre en mejor posición para producirla, el Juez que conociere cualquier proceso societario, bajo solicitud de parte, podrá desplazar la carga de la prueba a la parte que tenga más posibilidad de brindar tal evidencia o esclarecer los hechos controvertidos." Ley de Compañías, Registro Oficial Suplemento 312 de 05-nov-2023, artículo 249.1. Este articulado fue introducido por el artículo 62 de la Ley Reformatoria a la Ley de Compañías para la Optimización e Impulso Empresarial y para el Fomento del Gobierno Corporativo de 15 de marzo de 2023.

⁹⁵⁹ La obra de significativa importancia sobre la carga dinámica de prueba es fruto de los pronunciamientos de Jorge Peyrano. PEYRANO, J. W. CHIAPPINI, J. O.: "Lineamientos de las cargas probatorias dinámicas" en LEPORI WHITE, I. (Coord.): *Cargas probatorias dinámicas*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2004, pp. 13-18.

Desde la doctrina se sostiene que más allá de la posición que ocupe el individuo, ya sea como actor o como demandado, la prueba recae sobre ambos sujetos, especialmente sobre aquel que se encuentre en mejor posición para producirla. Además, señala que esta institución no desconoce la vigencia de las reglas de la carga de la prueba, sino que viene a perfeccionarla mediante la flexibilización de aquellos supuestos en los que a quien se le imponía la obligación de probar, se encontraba en una situación de imposibilidad por factores exógenos a su voluntad⁹⁶⁰.

La postura proveniente de Peyrano encontró cobijo, entre otras, en la legislación argentina, colombiana⁹⁶¹ y en la jurisprudencia peruana. La última la denomina cargas de mayor factibilidad probatoria⁹⁶². En esta teoría se propone debilitar la rigidez de la regla genérica de la carga de la prueba entregándole al juzgador la posibilidad de que -en los casos que resulten necesarios-, indique quien es el sujeto procesal que mayores posibilidades tiene para aportar un medio probatorio determinado, que permita justificar la ocurrencia de los hechos alegados que fundan la demanda y las excepciones.

La carga dinámica de la prueba se presenta, además, como una regla que le habilita al juzgador, en el desarrollo del análisis del caso concreto, determinar que parte debe correr con el riesgo que representa la ausencia de prueba sobre un hecho particular, bajo la justificación de que le sería más sencilla su adquisición⁹⁶³.

⁹⁶⁰ PEYRANO, J.W.: *Cargas probatorias dinámicas*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2008, p. 60

⁹⁶¹ La Corte Suprema de Justicia de Colombia ha considerado que “por regla general el *onus probandi*, en la forma referida, permanece inmodificable, pero hay eventos donde cobra vigencia el carácter dinámico de la carga de la prueba, para efectos de distribuirla de manera equitativa y lograr un equilibrio de las partes en la obligación de probar, ello dentro del marco de lealtad y colaboración (...) dadas las circunstancias de hecho de cada caso en particular, en que se presente dificultad probatoria, es posible que se invierta dicha carga, a fin de exigir a cualquiera de las partes la prueba de los supuestos configurantes del thema decidendum. Sin embargo, la parte que en comienzo tiene la obligación de probar, debe suministrar evidencias o fundamentos razonables sobre la existencia del derecho (...) que reclama, para que la contraparte, que posee mejores condiciones de producir la prueba o la tiene a su alcance, entre a probar, rebatir o desvirtuar de manera contundente el hecho afirmado.” Corte Suprema de Justicia de Colombia Sala de Casación Laboral, caso 11325-2016, radicación No. 45089, 1 de junio de 2026, p. 20.

⁹⁶² CAMPOS MURILLO, W. E.: “Aplicabilidad de la teoría de las cargas probatorias dinámicas al proceso civil peruano apuntes iniciales”, *Revista Oficial del Poder Judicial*, No. 8-9, 2012-2013, p. 206.

⁹⁶³ PÉREZ RESTREPO, J.: “La carga dinámica de la prueba en la responsabilidad administrativa por la actividad médica -decaimiento de su aplicabilidad”, *Revista Estudios de Derecho*, Vol. 58, No. 152, 2011, p. 207.

El objetivo de esta teoría, bajo los criterios que la promueven, se halla en simplificar la búsqueda de la verdad, y a partir de ello, la emisión de una sentencia justa⁹⁶⁴. Partiendo de estas premisas pretende establecer cuál es la asignación de la carga de la prueba que resulta más apta para lograr esta finalidad.

La facultad de conceder al juzgador la modulación libre de las cargas probatorias, generalmente al momento en el que debe emitir sentencia -en este momento el perjudicado se ve imposibilitado de actuar aportando prueba que satisfaga la carga asignada-⁹⁶⁵, ha generado que esta teoría enfrente oposiciones por su afectación al principio de seguridad jurídica⁹⁶⁶. Por cuanto a la parte a la que el juez le atribuye la carga, en el momento de ocurrencia de los hechos, carece de conocimiento sobre dicha inversión, al ser una facultad que emana de los criterios del juzgador. Todo ello obstaculiza que tome medidas preventivas o que, en el transcurso de la contienda judicial, adapte su estrategia procesal.

Las soluciones que Peyrano le entrega a estas interrogantes es que, al estar la carga dinámica de la prueba de forma anticipada en la norma procesal, las partes no deberían tener sorpresa sobre su implementación, además de que a su entender su ejercicio responde a las inferencias que realiza el juez en la valoración probatoria en función del comportamiento de las partes⁹⁶⁷. El error de estas respuestas subyace en que la presencia normativa de la carga dinámica no implica que las partes conozcan sobre las específicas circunstancias de un caso futuro o sobre las eventuales inferencias que realice el juzgador sobre el comportamiento de las partes, que en no pocas ocasiones pueden resultar erradas, afectándose de esta manera a la seguridad jurídica.

⁹⁶⁴ LEPORI WHITE, I.: "Cargas probatorias dinámicas" en LEPORI WHITE, I. (Coord.): *Cargas probatorias dinámicas*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2004, pp. 15-66.

⁹⁶⁵ FERRER BELTRÁN, J.: "La carga dinámica de la prueba entre la confusión y lo innecesario", en NIEVA FENOLL, J. FERRER BELTRÁN, J. GIANNINI, L. J. (Coords): *Contra la carga de la prueba*, Op. Cit., p. 67.

⁹⁶⁶ ALVARADO VELLOSO A.: *La prueba judicial reflexiones críticas sobre la confirmación procesal*, Librotecnia, Santiago de Chile, 2009, p. 69; TARUFFO, M.: *Simplemente la verdad el juez y la reconstrucción de los hechos*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 263- 264

⁹⁶⁷ PEYRANO, J. W.: "nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas" en LEPORI WHITE, I. (Coord.): *Cargas probatorias dinámicas*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2004, pp. 22-23.

Otra desventaja de la carga dinámica de la prueba es que llega a fusionar indebidamente a la carga subjetiva y la carga objetiva. En sintonía con la teoría clásica, llega a firmar que la primera es una derivación de la segunda. Leo Rosenberg identifica perfectamente este argumento, a su criterio, por cuanto, a causa de la incertidumbre sobre un hecho, una parte puede llegar a perder el proceso; genera como consecuencia que esta parte deba afanarse por aclarar dicha situación discutida para eludir el resultado desfavorable⁹⁶⁸. Por tanto, al tenor de este enfoque, equivocadamente se concluye que la carga subjetiva es una consecuencia de la carga objetiva⁹⁶⁹.

El tema es que la carga subjetiva no se trata de una consecuencia, en el entendido de que, del deber del juez de resolver de determinada manera ante la ausencia de prueba suficiente, no se puede colegir obligación alguna de las partes. Ciertamente la carga objetiva genera un incentivo de alguna forma, para que los litigantes aporten pruebas para evitar que las pretensiones sean rechazadas. Claramente incentivar a la parte no es lo mismo que afirmar que tiene una obligación en sentido estricto⁹⁷⁰.

La circunstancia de que, a las partes, en materia civil, se les atribuya el “deber” de aportar prueba a la libre voluntad del litigante afectado, en aras de evadir la consecuencia de la pérdida del juicio, ha provocado que autores como Micheli, concluyan que se trata en realidad de una “facultad” y no de un “deber”⁹⁷¹. Mientras que las normas que atribuyen estas cargas otorgan la competencia o el poder para requerir que se añada prueba al procedimiento⁹⁷².

Desde la noción de carga subjetiva bajo la visión original de Goldschmidt corroboramos que las normas que la adjudican son en realidad reglas técnicas⁹⁷³. Para

⁹⁶⁸ ROSENBERG, L.: *La carga de la prueba*, Op. Cit., p.31

⁹⁶⁹ RAMOS MÉNDEZ, F.: *Derecho procesal civil*, Op. Cit., p. 546-547; MONTERO AROCA, J.: *La carga de la prueba en el proceso civil*, Civitas, Madrid, 2002, p. 87

⁹⁷⁰ FERRER BELTRÁN, J.: “La carga dinámica de la prueba entre la confusión y lo innecesario”, en NIEVA FENOLL, J. FERRER BELTRÁN, J. GIANNINI, L. J. (Coords): *Contra la carga de la prueba Op. Cit*, p. 60.

⁹⁷¹ MICHELI, G. A.: *La carga de la prueba*, Op. Cit., pp. 191-93.

⁹⁷² FERNÁNDEZ, M.: *La carga de la prueba en la práctica civil*, La Ley, Madrid, 2006, pp. 47-48.

⁹⁷³ GOLDSCHMIDT, J.: *Derecho Procesal Civil*, Op. Cit., p. 203.

Ferrer, de estas reglas se desprenden dos enfoques del “deber” que resuelven el dilema de quién es el llamado a aportar la prueba al procedimiento. El primero es que el referido “deber” no es, en sentido estricto, una prescripción, sino que obedece a la voluntad de la parte que desea obtener un efecto ventajoso *exemple gratia*: prueba de las pretensiones. El segundo es que para llegar a este resultado es imperativo ejecutar una actividad -entregar prueba suficiente sobre los hechos que fueron alegados-⁹⁷⁴. De la mano del mal denominado “deber”, el legislativo debería diseñar una serie de incentivos para las partes, que promuevan la producción de la prueba para tener por probado un hecho⁹⁷⁵.

Por otro lado, la carga de la prueba en sentido objetivo tiene como destinatario al juez y no a las partes, a quien le impone parámetros de resolución frente a la ausencia de prueba. Como se observa, en los términos de este enfoque, las dos dimensiones de la carga de la prueba expresan reglas diferentes, tienen diferentes destinatarios y diferentes momentos en el procedimiento. Aquellas que se dirigen al juzgador se presentan como prescripciones y están presentes en la fase de decisión; mientras que las que se destinan a las partes son reglas técnicas que se dan en la etapa de aportación de las pruebas⁹⁷⁶.

En este caso la doctrina que nos ocupa no logra distinguir entre el deber de aportar específicas pruebas al procedimiento, de la carga de la prueba en sentido estricto –quien pierde si no hay prueba suficiente-. Pese a que, como vemos ambas demandan una diferente respuesta y actúan en distinto momento. *Exemple gratia* “en un proceso por negligencia médica podemos exigir del demandado, el médico, que aporte el expediente médico al procedimiento y, contemporáneamente determinar que será el demandante quien pierda el procedimiento si finalmente su hipótesis sobre los

⁹⁷⁴ FERRER BELTRÁN, J.: “La carga dinámica de la prueba entre la confusión y lo innecesario”, en NIEVA FENOLL, J. FERRER BELTRÁN, J. GIANNINI, L. J. (Coords): *Contra la carga de la prueba Op. Cit*, p. 62

⁹⁷⁵ El detrimento en las expectativas que supone la decisión de no aportar prueba, que no necesariamente implican que la sentencia sea desfavorable, indirectamente inciden a las partes para aportar prueba. En tanto la carga de la prueba además es un instrumento que incita los comportamientos extraprocesales y procesales deseados. LUNA YERGA, A.: “Regulación de la carga de la prueba en la LEC en particular, la prueba de la culpa en los procesos de responsabilidad civil médico-sanitaria”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, No. 4, 2003, p.6.

⁹⁷⁶ MONTERO AROCA, J.: *La prueba*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, p. 37.

hechos no alcanza el nivel probatorio exigido. Invertir la carga de la prueba, en el sentido de quién pierde el procedimiento si no hay prueba suficiente, en función de la disponibilidad probatoria no es más que una decisión infundada derivada de no distinguir los dos sentidos de la “carga” de la prueba”⁹⁷⁷.

Montero Aroca menciona que, si la actividad probatoria produce certeza sobre la existencia de un hecho alegado, se debe entregar la consecuencia jurídica solicitada. Si por el contrario en la actividad probatoria no se logra constar la existencia del hecho, el juez en sentencia debe declararla como tal y negar la consecuencia jurídica pretendida. Mientras que, si el hecho continúa en un estado de duda, por aplicación de la carga objetiva, en el momento de dictar sentencia, al no poder excusarse de la incerteza fáctica para no fallar, deberá usarla como regla de juicio para emitir su decisión⁹⁷⁸.

En cuanto a la regla de resolución que dicta la carga de la prueba objetiva, la legislación ecuatoriana⁹⁷⁹ siguiendo el modelo de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española⁹⁸⁰, se ha decantado por aquella que relaciona al efecto jurídico que se pretende con la acción que se promueve⁹⁸¹. Por tanto, pierde el actor si existe ausencia de prueba sobre los hechos constitutivos de la demanda. El demandado pierde si no se cuenta con prueba suficiente respecto a hechos extintivos, impeditivos o excluyentes⁹⁸².

En este punto el legislador ha establecido reglas complementarias de la carga probatoria que alivianan el peso de la prueba⁹⁸³ o la fijación de presunciones legales que, a decir de Taruffo, obligan al juez a “tener por verdadero un hecho alegado, por una parte, sin que exista ninguna prueba sobre él (en particular por iniciativa de la

⁹⁷⁷ TARUFFO, M. VÁZQUEZ ROJAS, M. C. FERRER BELTRÁN, J.: *Teoría de la prueba*, Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia-Academia Plurinacional de Estudios Constitucionales, Sucre, 2018, p. 59-60

⁹⁷⁸ MONTERO AROCA, J.: *La prueba en el proceso civil*, Civitas, Madrid, 2002, p. 87.

⁹⁷⁹ Código Orgánico General de Procesos (COGEP), *Op. Cit.*, art. 169

⁹⁸⁰ Ley de Enjuiciamiento Civil, *Op. Cit.*, art. 217

⁹⁸¹ MICHELI, G. A.: *La carga de la prueba*, *Op. Cit.*, pp. 301-31

⁹⁸² PALOMO VÉLEZ, D.: “Las cargas probatorias dinámicas: ¿Es indispensable darse toda esta vuelta?, *Ius et Praxis*, Vol. 19, No. 2, 2013, p. 454.

⁹⁸³ Como por ejemplo el caso de materia de alimentos que, en el derecho ecuatoriano, corresponde al demandado la prueba sobre sus ingresos. Código Orgánico General de Procesos (COGEP), *Op. Cit.*, art. 169

parte que lo ha alegado) y la verdad de este hecho continúa siendo vinculante para el juez si es que la otra parte no prueba lo contrario”⁹⁸⁴. Sin perjuicio de ello estas modulaciones, mantienen la rigidez de la regla general de la carga de la prueba.

Los defensores de la carga dinámica sostienen que esta teoría viene a solventar la inflexibilidad de la regla general, con el afán de solventar las desigualdades que pueden existir entre las partes mediante la asignación de cargas conforme la factibilidad y disponibilidad probatoria⁹⁸⁵. Sin embargo, esta teoría se vincula más al modelo de un juez decisionista que afecta a la seguridad jurídica y a la defensa, por su marcado subjetivismo en los criterios que la orientan⁹⁸⁶.

Las críticas incluso provienen del sector de la doctrina partidario del otorgamiento a los juzgadores de mayores protagonismos en el proceso, por cuanto las manipulaciones de las cargas probatorias pueden obedecer a diversas razones que van desde valoraciones *sensu lato* equitativas de lo que el juzgador considera justo fin de tutelar el derecho del sujeto procesalmente débil, a requerimientos probatorios sobre hechos anormales o excepcionales, pero que, en definitiva dado su carácter excesivamente subjetivo, todas estas justificaciones de manipulación judicial resultan sumamente débiles⁹⁸⁷.

A lo dicho se agrega que una de las grandes flaquezas de la carga dinámica de la prueba es que se basa en la carga probatoria subjetiva. Sin embargo, esta dimensión, como lo adelantamos, en observancia del principio de aportación, carece de relevancia. Resulta innegable que un hecho alegado por el actor puede ser perfectamente probado por los aportes del demandado, de sus testigos, su prueba pericial, etc.; e incluso por la prueba que de oficio puede ordenar el tribunal –en los ordenamientos que, como el ecuatoriano lo admiten-. En consecuencia, la regla que defiende la idea de que para obtener un resultado favorable obligatoriamente se debe

⁹⁸⁴ TARUFFO, M.: *Simplemente la verdad, el juez y la reconstrucción de los hechos*, Op. Cit., nota 15, p. 261. Como el que se presume la paternidad en el caso de que el demandado se niegue a realizarse la prueba de ADN.

⁹⁸⁵ PEYRANO, J.: *Problemas y soluciones procesales*, Op. Cit., pp. 349-350.

⁹⁸⁶ ALVARADO VELLOSO, A.: *La prueba judicial reflexiones críticas sobre la confirmación procesal*, Op. Cit., p. 69; PALOMO VÉLEZ, D.: “Las cargas probatorias dinámicas: ¿Es indispensable darse toda esta vuelta?”, Op. Cit., p. 457.

⁹⁸⁷ TARUFFO, M.: *Simplemente la verdad, el juez y la reconstrucción de los hechos*, Op. Cit., p. 263

aportar prueba, es incorrecta si se contempla la actividad probatoria de los otros intervinientes del proceso. En sintonía con lo referido, el Tribunal Supremo Español ha considerado que las normas sobre la carga de la prueba se contravienen solo si el juez sentencia, en caso de insuficiencia probatoria, de forma diferente a las reglas de juicio –carga de la prueba objetiva-⁹⁸⁸. Todo ello revela la intrascendencia de la dimensión subjetiva.

Otra de las imprecisiones de la carga dinámica es la que existe entre la carga de la prueba objetiva y aquellos incentivos para que las partes entreguen pruebas relevantes que tengan a su disposición. Ciertamente que la fijación de una regla que predetermina quien pierde el procedimiento en el caso de que no se cuente con prueba suficiente, motiva la actividad probatoria. Empero, este “modelo” no es el único que genera dicha motivación. Existen otros caminos ajenos a esta figura, *exemple gratia* el referido sistema “Discovery”⁹⁸⁹ o las presunciones legales establecidas directamente por el legislador, que también cumplen con la función de motivación. Ergo, resulta una falacia por afirmación del consecuente concluir que si se desea incentivar la aportación probatoria se deba obligatoriamente atribuir la carga de la prueba a la parte que tenga disponibilidad⁹⁹⁰.

En cuanto al propósito como incentivo que persigue la carga dinámica, además resulta impropia a la naturaleza humana, puesto que no resulta razonable pretender que una parte contribuya para que resulte victoriosa la contraparte, incluso a pesar de la primacía del principio de colaboración y de la moralización del proceso.

⁹⁸⁸ Sentencia del Tribunal Supremo español No. 719/1999 de 6 de febrero, FJ 2; Sentencia No. 544/2005 de 27 de junio, FJ 1.

⁹⁸⁹ “mediante el cual se obliga a las partes a revelar o mostrar la información con la que cada una cuenta para sustentar su caso (habría que decir cuándo deben revelarlo); lo que, evidentemente, abona a la completitud de la información disponible y la racionalidad de las decisiones que puedan tomar tanto las partes como los jueces. (...) la revelación de al menos gran parte de la información entre las partes se ha convertido en la práctica cotidiana del sistema estadounidense, sobre todo en materia penal. Ello, por ejemplo, al menos en abstracto, imprime de racionalidad a los tan comunes acuerdos (settlements) entre las partes” TARUFFO, M. VÁZQUEZ ROJAS, M. C. FERRER BELTRÁN, J.: *Teoría de la prueba*, Op. Cit., p.105. A este sistema ha de sumarse como mecanismo de incentivo el disclosure. Ambos permiten que la parte que no cuenta con prueba suficiente pueda solicitar toda la información relevante que considere necesaria.

⁹⁹⁰ FERRER BELTRÁN, J.: “La carga dinámica de la prueba entre la confusión y lo innecesario”, en NIEVA FENOLL, J. FERRER BELTRÁN, J. GIANNINI, L. J. (Coords): *Contra la carga de la prueba Op. Cit*, p. 75

En el caso ecuatoriano la legislación no admite -salvo la excepción indicada- la inversión de la carga de la prueba, en su lugar a instaurado un mecanismo de incentivo de aportación probatoria cuando aquella se encuentra en poder de la contraparte o de un tercero, respetando la regla general de la carga de la prueba, en virtud del cual su incumplimiento en la colaboración conlleva la asignación de sanciones. El inconveniente es que la norma procesal se ha limitado a indicar de forma absolutamente indeterminada que “De no cumplirse la orden judicial o demostrar que el documento no existe o no está en su poder, la o el juzgador sancionará la mala fe y deslealtad procesal de quien incurra en ella, conforme con la ley”⁹⁹¹. Por lo que el campo de sanción recae en la libre consideración del juez. Lo ideal sería fijar vía de *lege referenda* consecuencias de índole procesal, pecuniario, civil o penal por transgresión al deber de colaboración.

Finalmente en 1972 Valentín Cortés Domínguez, evidenció que la inversión de la carga de la prueba, genera un desconocimiento y mutación del supuesto de hecho contenido en una norma sustantiva, como lo mencionamos las reglas de la carga objetiva de la prueba pueden inferirse de las normas sustantivas, por lo que la inversión no es simplemente una variación de la regla de juicio del juzgador, sino que en sentido concreto acarrea un cambio material, es por tanto “una modificación de la *fattispecie*”⁹⁹².

Por todas estas objeciones consideramos acertada la exclusión de la carga de la prueba dinámica en la legislación procesal civil ecuatoriana. En cuanto a su única inclusión en materia societaria, con el afán de evadir las críticas que giran en torno a lo sorpresivo que resulta su aplicación en la tapa de resolución, la norma se ha decantado por anticipar su existencia a la primera etapa del procedimiento⁹⁹³. Empero esta clarificación, de ninguna forma logra solventar el hecho de que el perjudicado con

⁹⁹¹ Código Orgánico General de Procesos (COGEP), *Op. Cit.*, art. 220

⁹⁹² CORTÉS DOMÍNGUEZ, A., "Algunos aspectos sobre la inversión de la carga de la prueba", *Revista de Derecho Procesal Iberoamericano*, No. 2-3. 1972, pp. 584-585.

⁹⁹³ “El desplazamiento de la carga de la prueba previsto en este artículo deberá ser solicitado por la parte interesada en el escrito de demanda o de contestación a la misma. El desplazamiento de la carga de la prueba deberá ser debidamente informado en la primera fase de la audiencia única del procedimiento sumario.” Ley de Compañías, *Op. Cit.*, artículo 249.1.

la asignación, desconozca de esta obligación en el momento de ocurrencia de los hechos, por lo que se ve imposibilitado de procurar prueba sobre estos.

3.1.7. La prueba pericial y el razonamiento inferencial

La prueba pericial en cuanto a su rol de fuente de conocimiento es en *stricto sensu* un testimonio⁹⁹⁴, por medio de la cual se adquiere información relevante para la causa por parte de un tercero, que actúa como auxiliar de la función jurisdiccional. Ahora bien, esta valoración de la prueba pericial implica para el juzgador un ejercicio de entendimiento del razonamiento inferencial del perito, sobre la base de las premisas utilizadas, que le sirven además como fundamento de sus conclusiones.

Lamentablemente en los sistemas de tradición romano-germánica como lo es el ecuatoriano, la valoración de la prueba pericial se ha abordado principalmente desde la imparcialidad, la ausencia de contradicciones del informe, la completitud y los errores en los fundamentos de lo que afirma el perito. Empero, poco se ha dicho sobre la obligatoriedad de que el razonamiento inferencial que realiza el perito sea comprendido por el juzgador⁹⁹⁵.

La imparcialidad en esencia se ha defendido desde el origen en la designación del perito, pero ello en nada abona a justificar la calidad de las inferencias a las que arribe el experto, puesto que puede existir un perito aparentemente imparcial - designado por el juzgador-, que emplee técnicas o métodos no fiables o información incompleta que provoque conclusiones erradas del caso sujeto a valoración. Es por eso por lo que a decir de, Carmen Vázquez, las justificaciones de las premisas de las

⁹⁹⁴ VAZQUEZ, C.: *De la prueba científica a la prueba pericial*, Marcial Pons, Barcelona, 2015, pp. 44-45.

⁹⁹⁵ Las incapacidades responden de forma general a rasgos de algunos juzgadores, tales como el riesgo de la pereza mental y física, que los deja en una posición de excesivo servilismo de la prueba en general y no solo de aquella científica. Empero aquí por incapacidad nos referimos a la falta de conocimiento de las premisas generales y específicas que utiliza el perito para fundar su decisión, lo que trastoca la obligación del juez de conocer sobre lo que sentencia.

que se vale en su razonamiento el experto, deben buscarse fuera de la experiencia de este o de su pertenencia a una institución⁹⁹⁶.

El razonamiento pericial supone controlar las premisas que integran la decisión del juzgador, que están integradas por una mayor y una menor. La primera se compone de las generalizaciones independientes del caso⁹⁹⁷. La segunda se integra por los hechos aportados por los litigantes. En base a la conjunción de estas dos premisas el experto emitirá sus conclusiones.

El tratamiento de la premisa mayor aplicada por el experto presenta varios obstáculos. La primera es que no todo aquello que se denomina “científico” mantiene el mismo grado de seriedad que permita tener como irrefutables las conclusiones que arroja. Por tanto, la máxima que defendía que todo lo científico resulta válido, útil y por lo tanto admisible en un proceso judicial, es un argumento en crisis, a consecuencia de que existen sectores de la ciencia como la grafología que son permeables a la subjetividad y especulación. Por otro lado, existen otras en las que: “el *proprium* de la prueba científica puede encontrarse en el hecho de que ésta implica el empleo de conceptos, informaciones, experimentos y criterios que exceden el ámbito de la cultura media, así como el particular nivel de validez y fiabilidad que habitualmente se les atribuyen a las nociones confirmadas científicamente”⁹⁹⁸.

El uso de la ciencia en el proceso representa un inconveniente adicional que gira en torno a la valoración que el juez realiza sobre la prueba científica. En cuanto a las condiciones en las que llega a sostener que un hecho se asimile como verdadero. En este momento se debe resaltar que no existen reglas particulares que regulen exclusivamente la valoración de la prueba científica, en cuanto estas se suman al del acervo probatorio común que tienen como rasgo genérico, la corroboración de la verdad de los enunciados aportados por las partes.

⁹⁹⁶ VÁZQUEZ, C.: “El diseño normativo de las pruebas periciales, a propósito del razonamiento inferencial de los expertos y la comprensión judicial”, en CERVANTES VALAREZO, A. (Coord.): *Cuestiones actuales del derecho procesal*, editorial Cevallos, Quito, 2023, p. 15.

⁹⁹⁷ VÁZQUEZ, C.: *De la prueba científica a la prueba pericial*, Op. Cit., p. 92.

⁹⁹⁸ TARUFFO, M.: “La prueba científica en el proceso civil”, en CARBONELL, M., OROZCO HENRÍQUEZ, J., VÁZQUEZ R. (Coords.): *Estudios sobre la prueba*, Universidad Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México D.F., 2018, p. 151.

Con base en lo puntualizado, retomamos que la valoración de esta prueba - como regla genérica-, en algunos modelos procesales de herencia continental europea, se rige por el principio de convencimiento del juez⁹⁹⁹, por medio del cual está facultado a asignarle un grado de credibilidad a la prueba, bajo su convicción interna. En este caso la prueba adopta un carácter epistémico que facilita la adquisición de la información que va más allá de los conocimientos generales y que resultan necesarios para arribar a la verdad¹⁰⁰⁰.

En cuanto a la valoración de la prueba el juzgador debe valerse de una discrecionalidad guiada por varias reglas de la ciencia, la argumentación racional y la lógica. Esta obligación se constata en la motivación de la sentencia, por medio de la que se justifica el fallo. En el caso ecuatoriano de forma positiva se ha incluido la aludida obligación de motivación de la decisión del órgano jurisdiccional, cuyos efectos también le son aplicables a la valoración de la prueba pericial.

Desde un sector de la doctrina se señala que un segundo momento en la perspectiva racional de la valoración probatoria se localiza en la cuestión de constatar si existen o no varios criterios que el juez debe seguir para tener por probado un hecho. Y defienden que la tendencia en el proceso civil se inclina por el aludido criterio de probabilidad prevalente. Si bien este criterio no se encuentra expresamente reconocido en una norma específica, opera como criterio racional de la decisión judicial, por medio de aquél, lo que se trata de establecer es que un hecho es más o menos probable - más probable que no-¹⁰⁰¹.

⁹⁹⁹ Para el caso español, la valoración del informe pericial se sustenta en el principio de la sana crítica conforme el contenido del artículo 348 de la LEC.

¹⁰⁰⁰ TARUFFO, M.: "El conocimiento científico y estándares de la prueba judicial" en CORREA RESTREPO, L. (Edit.): *Nuevas tendencias del derecho procesal constitucional y legal*, Sello editorial de la Universidad de Medellín, Medellín, 2005, p. 24.

¹⁰⁰¹ A decir de Taruffo este estándar se fundamenta en 4 premisas "El estándar de la probabilidad prevalente se funda sobre algunas premisas principales: a) Que se conciba la decisión del juez sobre hechos como el resultado final de la elección frente a varias hipótesis posibles relativas a la reconstrucción de cada hecho de la causa. b) que las decisiones vengan guiadas por criterios de racionalidad. c) que se tenga como racional la elección de una hipótesis que aparece justificada en las pruebas con mayor o menor medida que otras. d) que se utilice no un concepto genérico de probabilidad, como uno de no certeza, sino un concepto específico basado en grados de confirmación de la veracidad de los enunciados, sobre la base de los elementos de confirmación disponibles" TARUFFO, M.: "El conocimiento científico y estándares de la prueba judicial" en CORREA RESTREPO, L. (Edit.): *Nuevas tendencias del derecho procesal constitucional y legal*, Op. Cit., p. 25

En todo caso y más allá de lo aclarado, la cuestión radica en resolver como la norma procesal entrega algún tipo de insumo para que el juzgador, más allá de sus obvias limitaciones teóricas, solucione el déficit de información y comprenda el razonamiento pericial. La oralidad coadyuba en la práctica probatoria de las pruebas periciales y colabora para que se incorpore apropiadamente la información suficiente, no solo sobre las conclusiones del experto, sino sobre todo el razonamiento que le llevó al perito a emitir su pronunciamiento.

Ahora bien, no debemos olvidar que la oralidad como medio de comunicación de los actos procesales, no cumple el rol deseado de forma autónoma. En tanto puede estar presente, pero por su libre modulación, corre el riesgo de instaurarse como un sistema limitado de oportunidades. *Exemple gratia* fijando la imposibilidad de contrainterrogar al perito, impedir que el juzgador lo interroge o limitando las preguntas que se pueden realizar al experto. Por ello cuando hablamos de oralidad, en realidad nos referimos a la conjugación oralidad-principio de contradicción.

La contradicción potencializada por la oralidad, a través del confrontamiento probatorio específicamente en la práctica del interrogatorio, cumple una función subsidiaria en el razonamiento judicial, puesto que permite solventar el déficit de información que consta en las pruebas periciales, cuya práctica se ha admitido en la causa. Atendiendo esta función complementaria para el juzgador, resulta lógico que la posibilidad de interrogar al experto no sea facultad exclusiva de las partes, sino que esta se amplíe al propio juzgador para que sea él, quien solvete sus dudas interrogando directamente al perito.

En el caso ecuatoriano los peritos tienen la obligación de concurrir a la audiencia de juicio¹⁰⁰². Esto a diferencia de lo previsto en la legislación española en la que se ha establecido que la intervención en la audiencia de juicio o vista debe ser solicitada por las partes y aprobada por el juez, a fin de que el experto acuda a exponer o explicar el dictamen¹⁰⁰³. Con ello, la prueba pericial en el procedimiento ecuatoriano

¹⁰⁰² "La o el perito será notificado en su dirección electrónica con el señalamiento de día y hora para la audiencia de juicio o única, dentro de la cual sustentará su informe. Su comparecencia es obligatoria". Código Orgánico General de Procesos (COGEP), *Op. Cit.*, art. 220

¹⁰⁰³ Ley de Enjuiciamiento Civil, *Op. Cit.*, art. 347

constituye una prueba estrictamente testimonial, ergo le son aplicables las reglas del testimonio. A saber, las preguntas son libres, orales y pueden ser hipotéticas¹⁰⁰⁴, sobre su contenido, idoneidad e imparcialidad¹⁰⁰⁵ y además el juzgador está habilitado para solicitar aclaraciones o ampliaciones.

Con referencia a la práctica testimonial es meritorio mencionar que el Código Orgánico General de Procesos se alejó, en este punto, de las formas previstas en el Código Procesal Modelo para Iberoamérica. Toda vez que este último en su artículo 151.1 establecía que el examen directo debía iniciarse por el juzgador, para luego entregar a las partes la posibilidad de formular preguntas. En el caso de la norma procesal ecuatoriana se dispone que las partes sean quienes inicien el examen directo¹⁰⁰⁶.

No obstante, el interrogatorio resulta estéril para los fines que se busca, si dada la complejidad del caso, el juzgador por su falta de comprensión, incluso se encuentra frente a la imposibilidad de realizar cuestionamientos al experto. Estas circunstancias han dejado de ser menos frecuentes a consecuencia del perfeccionamiento en la técnica de las relaciones de las partes y de los conflictos que se llevan en los tribunales. De hecho, resulta innegable que el mundo científico gira en una órbita diferente que el jurídico. El primero cuenta con tiempos largos con recursos y fuentes ilimitadas y además conoce de evoluciones, mientras que el segundo está limitado a circunstancias jurídicas y de hechos, con tiempos cortos y recursos limitados¹⁰⁰⁷.

La circunstancia relatada no cuenta con solución alguna en la reglamentación procesal del Ecuador, por lo que su falta de atención sobre dicha particularidad representa un inconveniente que debería ser atendido vía de *lege referenda*. Desde el derecho comparado legislaciones como la estadounidense han reglado una especie

¹⁰⁰⁴ Código Orgánico General de Procesos (COGEP), *Op. Cit.*, art. 176.

¹⁰⁰⁵ *Ídem*, art. 222

¹⁰⁰⁶ YÉPEZ GARCÉS, D.: *Litigación oral civil la contienda adversarial trasplante y prueba testimonial*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2016, p. 91-93

¹⁰⁰⁷ GOZAÍNI, O.: "La prueba científica no es prueba pericial", *Revista Derecho & Sociedad*, No. 38, 2012, p. 170.

de “consultor experto”¹⁰⁰⁸ para el juez, que le permite adquirir nociones relevantes sobre el área técnica. Este experto no es un perito ya que no conoce los hechos del caso concreto, de esta manera se evita la contaminación de la información que entrega al juzgador.

Desde Dinamarca se ha creado la figura de los denominados “assessors” quienes, en casos de suma dificultad, se integran al tribunal¹⁰⁰⁹. En este caso, a diferencia de los “technical advisors”, concurren al juicio oral para oír la práctica probatoria y además participan en las deliberaciones. Los jueces pueden abiertamente discutir con estos expertos en un auténtico debate que le permita aclarar sus dudas sobre parámetros técnicos, sin preocuparse de revelar sus criterios sobre una posible decisión¹⁰¹⁰.

Otra de las circunstancias que pueden presentarse en cuanto a la prueba pericial radica en el hecho de que fruto del ejercicio de contradicción de la prueba, las partes presenten dictámenes periciales opuestos¹⁰¹¹. Para ello algunos ordenamientos, incluido el ecuatoriano, han previsto la idea del debate entre peritos, para clarificar las dudas sobre las contradicciones entre sí. En el caso de que las dudas sobre las conclusiones permanezcan, el juez puede disponer de oficio la práctica de un nuevo informe pericial a cargo de un tercer experto¹⁰¹². El problema con ello es que esta norma genera incentivos encaminados a que el juzgador entregue mayor valor como prueba al dictamen del tercer perito o que asuma su decisión por aquello que la mayoría concluya. Dicha solución no implica de ninguna forma un ejercicio correcto de valoración probatoria¹⁰¹³.

¹⁰⁰⁸ Los denominados “technical advisors”, en la práctica estadounidense están presentes en la fase de admisibilidad probatoria y no en la práctica de la prueba. A consecuencia de que el juez de los hechos es el jurado.

¹⁰⁰⁹ MOVING OSTERGAAR, J.: “An Assessor on the Tribunal: How a Court is to Decide when Experts Disagree”, *Civil Justice Quarterly*, No. 35, 2016, p. 319.

¹⁰¹⁰ MOVING OSTERGAAR, J.: “An Assessor on the Tribunal: How a Court is to Decide when Experts Disagree”, *Op. Cit.*, p. 331.

¹⁰¹¹ “Durante la audiencia de juicio o única podrán dirigirse a la o al perito, preguntas y presentar pruebas no anunciadas oportunamente orientadas a determinar su parcialidad y no idoneidad, a desvirtuar el rigor técnico o científico de sus conclusiones, así como cualquier otra destinada a solventar o impugnar su credibilidad.” Código Orgánico General de Procesos (COGEP), *Op. Cit.*, art. 223

¹⁰¹² *Idem*, art. 226

¹⁰¹³ En otras latitudes como Australia la forma de solventar estas circunstancias es por medio del denominado “hot-tub”, que consiste en una reunión que convoca al juez, las partes y los peritos, a fin

En cuanto al rigor de los métodos y técnicas usados en la elaboración de la prueba pericial, la legislación estadounidense es probablemente la referente en el tema. Por medio del denominado caso Daubert, la Suprema Corte Federal en el año 1993, planteó una serie de requisitos que debe contener un informe técnico altamente especializado: “1) Que respecto del conocimiento de que se trata, exista un consenso general por parte de la comunidad científica; es decir, se excluye su utilización cuando medien dudas acerca de su validez epistemológica. 2) Que de alguna manera sea empíricamente verificable. 3) Que, en su caso, se conozca el margen de error que lo condiciona. 4) Que haya sido revisado por parte de un comité o consejo, de probada jerarquía científica. 5) Que se haya publicado en revistas especializadas que aplican el sistema de control preventivo por parte de científicos especializados en la rama del saber de que se trate a fin de que certifiquen su valor científico (referato). 6) Además, claro está, se requiere la condición de pertenencia que presupone la existencia de una relación directa con el caso”¹⁰¹⁴.

En cuanto al caso Daubert si bien ha recibido oposiciones en su implementación, no cabe duda de que es un insumo valioso en la valoración probatoria. Así también, en relación con la misión de disminuir los errores judiciales por influencia de la prueba pericial y su evidente deferencia en los tribunales¹⁰¹⁵, se deberán fijar mejores requisitos tanto de contenido de los informes como del ingreso de los expertos a la función judicial.

Con referencia al contenido, resulta oportuno motivar el establecimiento de comunidades de expertos que por medio de estudios e investigaciones empíricas permitan fijar bases sólidas de métodos y técnicas de aceptación general, al menos sobre temas que versan sobre aquellas materias denominadas “tradicionales”, cuyo estudio está ampliamente difundido. En cuanto al acceso los requisitos deberían incluir

de que se aclaren y debatan las contradicciones de los dictámenes periciales, lo que ha generado que en sistemas como el de Inglaterra que también lo comparte el 83% de los jueces consideren que se ha mejorado la calidad de las resoluciones. VÁZQUEZ, C.: “El diseño normativo de las pruebas periciales, a propósito del razonamiento inferencial de los expertos y la comprensión judicial”, en CERVANTES VALAREZO, A. (Coord.): *Cuestiones actuales del derecho procesal*, Op. Cit., p. 34-35.

¹⁰¹⁴ GOZÁINI, O.: “La prueba científica no es prueba pericial”, Op. Cit., p. 173.

¹⁰¹⁵ CANDO SHEVCHUKOVA, S.: “La prueba pericial en el Código Orgánico General de Procesos breves propuestas para un diseño normativo”, en CERVANTES VALAREZO, A. (Coord.): *La actividad probatoria en el proceso*, editorial Cevallos, Quito, 2022, p. 194.

parámetros de calidad y connotada experiencia, que van más allá de la mera constatación de un título académico, sino esencialmente de su contribución en la ciencia a la que dedica su labor¹⁰¹⁶.

Finalmente, la prueba pericial debido a la introducción en los ordenamientos jurídicos de las herramientas algorítmicas, de sistemas e instrumentos que permiten generar documentos, informes, entre otros; que realizan valoración de riesgos, y que al final se aportan al proceso. Tomando en cuenta que estos resultados que se aportan no son pruebas sino evidencias probatorias; demandan su evacuación a través de medios de prueba. Por lo que, aun cuando no es la única, la prueba pericial ha cobrado una importancia enorme en el proceso, al tratarse del medio a través del cual se llega a justificar, probar, los resultados -evidencias probatorias- algorítmicos incorporados.

3.1.8. La motivación

Como lo hemos visto hasta aquí, el juicio oral está dividido en etapas la primera de ellas encaminada a su depuración, seguida de una etapa de alegaciones, una de pruebas y finalmente una de resolución¹⁰¹⁷. La última conlleva no solo la emisión de una decisión del juzgador, sino que debe estar prevista de motivación. La decisión razonada tiene un significado en primer lugar para la democracia institucional, en tanto entrega legitimidad a la intervención judicial dentro del estado constitucional¹⁰¹⁸.

La declaración prevista en la constitución, en virtud de la cual se llega a afirmar que la justicia emana del pueblo no es una simple retórica; al contrario, funciona para afianzar que el pueblo dentro del estado democrático es el origen de todo poder. Por tanto, los jueces no son ni deben verse como propietarios de la justicia. La legitimidad

¹⁰¹⁶ En el caso ecuatoriano los requisitos para integrar la nómina de peritos del Consejo de la Judicatura están lejos de entregar criterios de suficiencia en metodología y experiencia, pues se limita a requerir un corto periodo de ejercicio profesional (dos años), y no requiere de mayores formalidades más allá de documentos generales que prueben la identidad del experto y una breve inducción sobre la forma del contenido de los dictámenes y del uso de plataformas informáticas.

¹⁰¹⁷ La división del juicio civil oral no contraría el principio de unidad de acto que impone que la comparecencia no sea dividida, sino que es compatible con la diferenciación de las diversas etapas del juicio. Tribunal Supremo español, Sala cuarta de lo Social, No. 3156/1994, 24 de abril, FJ 2.

¹⁰¹⁸ GOZAÍNI, O.: *Tratado de derecho procesal Civil, Op. Cit.*, p. 447.

institucional para tramitar el juicio debe responder a los principios de igualdad, libertad y justicia. Conforme las aspiraciones éticas del pueblo consagradas en el texto constitucional y en la ley¹⁰¹⁹.

La inclusión de la motivación en la constitución como una obligación dirigida a los jueces de demostrar los motivos que le llevaron a resolver de determinada forma se suma a las declaraciones y garantías que conforman la evolución de los derechos humanos. Por lo que en conjunción con la publicidad y la oralidad siguiendo la lógica de Ferrajoli, operan como garantías instrumentales de vigencia de las garantías primarias¹⁰²⁰ -defensa y debido proceso-¹⁰²¹.

En el ámbito procesal, también vinculado al deber constitucional, la motivación se presenta como un presupuesto de validez de la sentencia, por medio del cual el juez exterioriza el proceso mental-intelectivo que le llevó a pronunciarse de una forma determinada¹⁰²². En contrapartida su observancia como el derecho que poseen los litigantes permite corroborar que sus alegaciones y sobre todo su actividad probatoria fueron el insumo que utilizó el juzgador para la resolución judicial.

Con todo ello, para Francisco Chamorro Bernal, motivar supone una justificación racional que incluye “a) el juicio lógico que ha llevado a seleccionar unos hechos y una norma; b) la aplicación razonada de la norma; c) la respuesta a las pretensiones de las partes y a sus alegaciones relevantes para la decisión”¹⁰²³. Ahora bien, hemos de puntualizar que fundamentar no es lo mismo que motivar.

Fundamentar constituye una tarea de aplicación de la ley sin aportar ninguna exegesis en cuanto a los fundamentos que utilizó; mientras que motivar implica una tarea más ardua que conlleva dotar a la decisión de un sentimiento de justicia,

¹⁰¹⁹ BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, J. M.: *Derecho fundamental al debido proceso y el Tribunal Constitucional*, Aranzadi, Pamplona, 1992, p. 345.

¹⁰²⁰ FERRAJOLI, L.: *Derecho y razón teoría del garantismo penal*, traducido por Perfecto Andrés Ibáñez, Editorial Trotta, Madrid, 1995, p. 152-153.

¹⁰²¹ Otros doctrinarios como Garberí Llobregat y Gimeno Sendra, le agregan a esta lista al derecho de acción, como garantía de una resolución debidamente fundamentada. GARBERÍ LLOBREGAT, J.: *Introducción al nuevo proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 49. GIMENO SENDRA, V.: *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*, Colex, Madrid, 2007, p. 593.

¹⁰²² CAROCCA PÉREZ, A.: *Garantía Constitucional de la defensa procesal*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 366.

¹⁰²³ CHAMORRO BERNAL, F.: *La tutela judicial efectiva*, Bosch, Barcelona, 1994, p. 466.

racionalidad y suficiencia. La suficiencia es el cumplimiento de un mínimo de justificación para que la decisión del juez pueda ser aceptada como tal, cuando se enfrente al control del tribunal superior en la interposición de un recurso¹⁰²⁴, que a su vez recrea un mejor sistema de impugnación¹⁰²⁵.

Por otro lado, la justificación del fallo está compuesto de premisas normativas y premisas fácticas; de la derivación lógica del conjunto de estas premisas, surge el fallo. Con este enfoque la motivación constituye un discurso justificativo tendiente a explicar dichas premisas que soportan la norma individual que emana de la sentencia¹⁰²⁶. La motivación, con este enfoque, se presenta como una garantía de las garantías de la decisión, en la medida que permite la revisión de las instancias superiores¹⁰²⁷, por lo que a decir de Gascón es una “garantía de cierre del sistema cognoscitivista”¹⁰²⁸.

Siendo esta la última etapa del juicio oral, la motivación y la prueba de los hechos, mantienen una coexistencia, con implicaciones mutuas. En cuanto al sistema ecuatoriano admite que el juez funde su decisión únicamente en la prueba que le sirvió para dictar su fallo y no en la prueba contraria¹⁰²⁹. Sobre esto último, consentir “que el juez motive sólo con base en las pruebas favorables a su juicio sobre los hechos implica el riesgo del *confirmation bias*, típico de la persona que, al querer confirmar una evaluación propia, selecciona las informaciones disponibles eligiendo sólo las favorables y descartando a priori las contrarias, introduciendo así una distorsión sistemática en su razonamiento. De todas maneras, la evaluación negativa de las pruebas contrarias es indispensable para justificar el fundamento de la decisión”¹⁰³⁰.

¹⁰²⁴ COLOMER HERNÁNDEZ, I.: *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 188.

¹⁰²⁵ CALAMANDREI, P.: *Proceso y democracia*, Op, Cit., p. 118.

¹⁰²⁶ FERRER BELTRÁN, J.: “Apuntes sobre el concepto de motivación de las decisiones judiciales”, *Revista ISONOMÍA*, No. 34, 2011, p. 101-102.

¹⁰²⁷ FERRAJOLI, L.: *Derecho y razón teoría del garantismo penal*, Op. Cit., p. 154-155

¹⁰²⁸ GASCÓN, M.: *Los hechos en el derecho bases argumentales de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2004, p.199

¹⁰²⁹ “La o el juzgador tendrá obligación de expresar en su resolución, la valoración de todas las pruebas que le hayan servido para justificar su decisión.” Código Orgánico General de Procesos (COGEP), Op. Cit., art. 164.

¹⁰³⁰ TARUFFO, M.: *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos*, Op. Cit., p. 105-106.

Más allá de ello, este problema se resuelve con la garantía de jueces probos e imparciales.

En cuanto a la motivación como actividad, que “el juez tenga libertad de emplear su propia razón a la hora de valorar las pruebas es una condición indispensable para comprobar la verdad de los hechos”¹⁰³¹. Sin embargo, esta actividad demanda identificar la actuación judicial con una concepción que impone un carácter epistémico y no retórico de la prueba¹⁰³².

Por otro lado, en relación con la verdad de los hechos, cuando se habla del proceso se debe entender como una reconstrucción procesal a su realidad histórica, fundada en las pruebas disponibles y en las reglas de suficiencia probatoria. Por tanto, la motivación implica una exigencia de justificación de la decisión, siendo los recursos retóricos persuasivos como secundarios y de hecho no necesarios, por cuanto el juez no está llamado a persuadir a las partes sobre su decisión; sino que la justificación debe ser una consecuencia racional de esta. La motivación por tanto es “un discurso justificativo constituido por argumentos racionales”¹⁰³³.

La motivación además está integrada por el principio de completitud, en virtud del cual debe justificar todas las decisiones que el juzgador realizó para emitir la sentencia. En cuanto a la valoración de las pruebas, la interpretación de la ley y los juicios de valor que condicionaron el fallo. Este principio a su vez mantiene dos implicaciones. La primera involucra una justificación interna que conlleva el enlace lógico que se genera de la subsunción de las premisas del hecho a la norma. La segunda una justificación externa, que engloba si la averiguación de los hechos se justifica de las pruebas; y el argumento que enlaza el resultado que obtuvo de las pruebas, con el juicio que realizó sobre los hechos¹⁰³⁴.

¹⁰³¹ MARTÍNEZ GARCÍA, E.: “Consideraciones sobre la prueba judicial”, *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, No. 21, 2010, p. 208. Versión on line <https://turia.uv.es/index.php/CEFD/article/view/300/3017> último acceso 01-11-2024.

¹⁰³² TARUFFO, M.: *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos*, *Op. Cit.*, p. 105-106, p. 95.

¹⁰³³ *Ídem*, p. 101.

¹⁰³⁴ *Ídem*, p. 104-105.

La Corte Constitucional del Ecuador, ha establecido que la garantía de la motivación, en tanto constituye una argumentación jurídica; se entiende como completa si reúne una fundamentación jurídica y fáctica suficiente¹⁰³⁵. En cuanto a la fundamentación normativa conlleva entrañar el razonamiento en relación con la interpretación y aplicación del derecho en el que se funda la decisión del caso¹⁰³⁶ y va más allá de la mera enunciación de las normas que pudieren ser aplicables¹⁰³⁷ o la enunciación inconexa de normas jurídicas¹⁰³⁸.

La fundamentación fáctica suficiente involucra la exposición del acervo probatorio aportado a la causa¹⁰³⁹, demostrando que el conjunto de pruebas fue analizado¹⁰⁴⁰, de manera que se permita conocer cuáles son aquellos hechos que se tienen por probados¹⁰⁴¹. Dentro de esta fundamentación se incluye el contenido implícito de la resolución, el mismo que a decir de la Corte Constitucional no exime del cumplimiento de los elementos mínimos a fin de que la motivación sea suficiente e involucra a aquellos significados sobre entendidos y que emanan de forma lógica del texto de la sentencia¹⁰⁴².

La Corte Constitucional además ha enlistado una serie de vicios en la motivación, a saber: inexistencia, insuficiencia y apariencia. La inexistencia ocurre cuando la sentencia no determina las alegaciones de las partes ni los fundamentos jurídicos en los cuales soporta su resolución, o a su vez, la razón de lo decidido en atención a lo manifestado por los litigantes. La insuficiencia ocurre frente a la existencia

¹⁰³⁵ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia 1158-17-EP/21, caso 1158-17-EP, 20 de octubre del 2021, párr. 61.

¹⁰³⁶ “en el Estado de Derecho hay que dar razón del Derecho judicialmente interpretado y aplicado” Sentencia del Tribunal Constitucional español No. 184/1998 de 28 de septiembre, FJ 2.

¹⁰³⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso López Lone y otros versus Honduras*, sentencia de 5 de octubre de 2015, párr. 265; *Caso Ramírez Escobar y Otros versus Guatemala*, sentencia de 9 de marzo de 2018, párr. 189

¹⁰³⁸ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia 860-12-EP/19 de 04 de diciembre del 2019, párr. 61; Sentencia 1338-13-EP/20, de 1 de julio de 2020, párr. 41.

¹⁰³⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Escher y otros versus Brasil*, sentencia de 6 de julio de 2009, párr. 139.

¹⁰⁴⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Zegarra Marín versus Perú*, sentencia 15 de septiembre de 2017, párr. 156.

¹⁰⁴¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Chinchilla Sandoval versus Guatemala*, sentencia de 29 de febrero de 2016, párr. 248.

¹⁰⁴² Corte Constitucional del Ecuador, sentencia 188-15-EP/20 de 11 de noviembre de 2020, párr. 20-21

de elementos normativos y facticos incompletos. Finalmente, la apariencia conlleva una valoración que *prima facie* se percibe suficiente, pero que al analizarla contienen vicios motivacionales, tales como incoherencia -contradicción de premisas y conclusiones-; inatención -fundamentaciones fácticas o jurídicas que no contienen concordancia con el punto controvertido -; incongruencia e incomprensibilidad¹⁰⁴³.

En este punto los errores motivacionales expuestos y entregados por la Corte, tienen implicaciones. Si bien los aportes de la Corte son destacables, de esta labor jurisprudencial se puede extraer una repercusión con incidencia directa en el recurso de casación reglado en el Código Orgánico General de Procesos.

Los vicios en la motivación enlistados por la Corte Constitucional abarcan de forma genérica varias causales de casación que en la legislación ecuatoriana operan de forma taxativa, independiente y por alegación del recurrente; es decir que aquellas transgresiones que la Corte Constitucional considera que afectan a la motivación, operan más allá de la causal específica por error en la motivación -causal 2-¹⁰⁴⁴. Así las cosas, tanto el vicio de incongruencia lógica, como el de atención, se ajustan a la causal 5 del artículo 268, esto es, “por indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho sustantivo”¹⁰⁴⁵. El primero de ellos además se relaciona con la causal 4 que abarca “la indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba”¹⁰⁴⁶.

El vicio de incongruencia de las partes se ajusta a la causal 3 que surge cuando en la sentencia se resuelve “lo que no sea materia del litigio o se concede más allá de lo demandado, o se omite resolver algún punto de la controversia”¹⁰⁴⁷, así como a la causal 1 por “indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, que vicien al proceso de nulidad insubsanable o causado indefensión”¹⁰⁴⁸.

¹⁰⁴³ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia 1158-17-EP/21, *Op. Cit.*, párr. 71-99.

¹⁰⁴⁴ “El recurso de casación procederá en los siguientes casos: (...) 2. Cuando la sentencia o auto no contenga los requisitos exigidos por la ley o en su parte dispositiva se adopten decisiones contradictorias o incompatibles, así como, cuando no cumplan el requisito de motivación.” Código Orgánico General de Procesos (COGEP), *Op. Cit.*, art. 268.2.

¹⁰⁴⁵ *Ídem.*, art. 268.5

¹⁰⁴⁶ Código Orgánico General de Procesos (COGEP), *Op. Cit.*, art. 268.4

¹⁰⁴⁷ *Ídem.*, art. 268.3

¹⁰⁴⁸ *Ídem.*, art. 268.1

Con ello, la fundamentación del recurso de casación sufre un cambio trascendental. Frente a las circunstancias que pueden generar errores motivacionales, existirá una doble partida, alegar el vicio de motivación de la causal 2 o en su lugar realizar una valoración más minuciosa y encasillarlo en el resto de las causales. Nos inclinamos por la segunda de las opciones, aunque ello signifique relevar a una posición subsidiaria a la causal de motivación.

Finalmente, un dato de no poca importancia se sitúa en el criterio de la Corte Constitucional en cuanto a los requisitos de la motivación según el momento de emisión de la sentencia, que, si bien constituye un análisis con ocasión de las garantías jurisdiccionales constitucionales, implica un desconocimiento de sus propios fallos en los que ha establecido un parámetro de suficiencia motivacional.

Conforme la jurisdicción ecuatoriana los jueces están obligados a pronunciar su sentencia en audiencia y luego realizarlo por escrito. En la sentencia que emiten por escrito están imposibilitados de alterar la decisión emitida de forma verbal. En consecuencia, resulta necesario que la decisión verbal ya se encuentre prevista de los parámetros de motivación jurisprudencialmente dispuestos. No obstante, la Corte Constitucional mediante fallo 779-20-EP/24 ha dispuesto que: “la sentencia oral que se dicte en audiencia debe contener únicamente la resolución de la causa”¹⁰⁴⁹, no estando los jueces obligados a enunciar su razonamiento¹⁰⁵⁰. Sin duda este criterio no guarda concordancia con la garantía de motivación en los términos indicados, ni con la norma procesal civil vigente.

Finalmente, no podemos terminar el abordaje del tema sin elaborar una mención en cuanto a la motivación y la inclusión a los sistemas inteligentes. La proliferación de sistemas inteligentes conlleva pensar en si su implementación implica la pérdida de los parámetros de motivación legal y constitucionalmente previstos. Para responder esta pregunta habrá que valorar el nivel de desarrollo del sistema, puesto que, si este cumple una función netamente asistencial¹⁰⁵¹ que proporcione bases

¹⁰⁴⁹ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia 779-20-EP de 16 de agosto de 2024, párr. 24.1.

¹⁰⁵⁰ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia 779-20-EP de 16 de agosto de 2024, párr. 24.1.

¹⁰⁵¹ Como lo reconoce Ana Montesinos García, “los sistemas algorítmicos de evaluación del riesgo podrían auxiliar al juez en determinadas (y contadas) decisiones que deben adoptarse a lo largo del proceso y aportar beneficios en términos no solo de eficacia y eficiencia, sino también de mejora en la

legales, jurisprudenciales e incluso doctrinarias, no habrá duda de que la motivación permanece indemne, pues demandará de un accionar argumentativo humano.

Ahora bien, como lo reconoce Silvia Barona Vilar a este primer nivel asistencial, le sigue otro, por medio del cual “cabe que sea el sistema inteligente el que termine elaborando informes, contratos, decisiones, documentos, etc. Son dos niveles diversos: en el primero la función es analítica e interpretativa, en el segundo sería analítica y creativa. Es indudable que la evolución se ha percibido, ahora bien, la incógnita se halla en determinar el grado de evolución funcional de la máquina. Esto es, la cuestión no está tanto en determinar la capacidad de respuesta que permita trasladar argumentaciones jurídicas, sino determinar si el grado de interpretación que realiza la mente jurídica a la hora de integrar reglas y principios, derecho y moral, puede llevarla a cabo una inteligencia artificial. En suma, no debe olvidarse que pensar no es leer letras, que probablemente podría emularse por una máquina, sino que es provocar un discurso interior en el que se plasma la continuidad de la consciencia como memoria. Y eso, no lo hacen las máquinas”¹⁰⁵². Por tanto, la resolución proporcionada por la inteligencia artificial pasaría de ser un ejercicio de motivación como expresión del proceso mental-intelectivo del juez, a ser la consecuencia de aplicación de un modelo regido por reglas de probabilidad.

calidad de la justicia”. MONTESINOS GARCÍA, A.: “Algoritmos predictivos y perspectiva de género en el proceso penal”, *IDP: revista de Internet, derecho y política = revista d'Internet, dret i política*, No. 39, 2023, p. 8. Pp. 1-12 Versión on line file:///Users/danielpenaherrera/Downloads/Dialnet-AlgoritmosPredictivosYPerspectivaDeGeneroEnElProce-9437988.pdf Último acceso 01-11-2024.

¹⁰⁵² BARONA VILAR, S.: *Algoritmización del Derecho y de la Justicia de la Inteligencia Artificial a la Smart Justice*, Op. Cit., p. 562-563

RESULTADOS Y CONCLUSIONES

1. Como ha ocurrido en todas las culturas, en el Ecuador existieron modelos de ordenamiento territorial con un orden primitivo. En dicho orden existieron parámetros de convivencia, referentes al uso de tierras que, a medida que la tecnificación avanzaba y las relaciones se tornaron complejas, demandaron la conformación de reglas encaminadas al uso y disfrute de tierras. Todo con el objetivo de establecer un límite a los abusos entre clanes o comunidades. Si bien el uso de los conceptos vinculados a la justicia al inicio fueron producto de control de quienes formaban la comunidad, con el paso de los años este fue acercándose a un elemento de aquello que se consideraba público. Las respuestas que se entregaron en las épocas aborígenes a la reglamentación de los comportamientos, derechos y deberes de quienes integraban las tribus, dependieron de varios factores, entre ellos el idiomático. Es por ello por lo que el derecho oral consuetudinario fue el primer mecanismo utilizado como medio para la resolución de conflictos, en lo que podría denominarse un proceso primitivamente elaborado. En cuanto al sistema jurídico el estado Inca ejerció un sistema de justicia de oficio, oral y público con la presencia de pruebas esencialmente testificales y otras mágicas (amuletos y ritos supersticiosos)

2. Con la invasión y conquista de los territorios americanos y posterior colonización arribó también el pensamiento jurídico europeo como mecanismo de reglamentación de las relaciones sociales. Quito se constituyó en un centro político y económico de la región, lo que generó que en 1541 el emperador Carlos V, le otorgue la categoría de ciudad y en 1556 adoptó el título de “Muy noble y muy leal ciudad”. Quito era un ente colegiado conformado por un presidente y sus oidores, dentro de sus facultades estaba la de administración de justicia. El cabildo se constituyó en el eje de desarrollo de las ciudades. Entre sus funciones se encontraban los tribunales de justicia. A partir de estas instituciones se regularon las materias de familia, trabajo y propiedad. Tan grande ha sido a lo largo de la historia la influencia española en el Ecuador que, a pesar de la liberación ocurrida el 24 de mayo de 1822, se conservó el sistema jurídico y de administración, de la mano de la división étnica y el

desconocimiento de la identidad cultural y jurídica indígena, la misma que fue reivindicada apenas en la Constitución del año 2008. A tal grado de que, en el año 1869, se dictó una nueva normativa que entró en vigor el 27 de mayo de 1871, bajo la denominación de Código de Enjuiciamiento en materia Civil, que es una inspiración de la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855.

3. La justicia indígena se somete a un principio de “justicia restaurativa”, sujeta a normas propias y límites preconcebidos. Se rige por una autoridad con funciones jurisdiccionales, que es elegida en base a las tradiciones y costumbres propias de la organización. El debido proceso en esta administración de justicia se basa en el proceso oral, asambleario y de participación comunitaria. En la audiencia pública se desarrolla la práctica de la prueba, esencialmente testimonial, al finalizar las autoridades de la comunidad resuelven el conflicto e imponen sanciones que incluyen las indemnizaciones pecuniarias, multas e incluso penas físicas como el uso de baños públicos, azotes, y uso de plantas urticarias como la ortiga. La oralidad, en la justicia indígena ya se constituyó en un elemento de gran connotación en la identidad del pueblo ecuatoriano. Sin duda estos factores históricos incidieron en la definitiva adopción de la oralidad en el actual sistema procesal civil.

4. A lo largo de la evolución de la ciencia procesal, la oralidad ha desempeñado un papel jurídico importantísimo. Por medio de ella se ha producido la reglamentación social incluso en épocas en las que la escritura y la lectura no eran de acceso universal. Es por ello por lo que su utilidad la colocó como el primer instrumento procesal destinado a la resolución de conflictos. En Grecia se forma un auténtico modelo procesal y procedimental oral, contradictorio y público, por medio del cual los individuos desempeñaban un rol protagónico en relación con el planteamiento de la acusación. Todo ello en el marco de un modelo acusatorio privado. Al aporte de Grecia se suma el connotado e incalculable aporte del derecho romano que en su reglamentación procesal se podía constatar la oralidad y los principios de inmediación y publicidad. Todo ello previo a la adopción del sistema escrito.

5. Otro de los sistemas que presentó aportes a la oralidad es el sistema germánico. El proceso germano fue oral y formalista a causa de la ausencia del recurso

escriturario y la incertidumbre en el derecho material. El proceso consistía en la realización de debates públicos frente a la asamblea de los “miembros libres del pueblo” sobre quienes recaía la jurisdicción. Todo ello, hasta que con el devenir de los tiempos y la consolidación del cristianismo la oralidad fue relegada con un sistema cuyos actos se expresaban de forma escrita y con la primacía del principio de preclusión. La implementación del sistema escrito provocó un estancamiento de causas y una desaceleración en la tramitación de los expedientes.

6. Las reformas procesales encuentran fundamento en los trabajos de Chiovenda quien consiguió conjugar el liberalismo de Wach y el socialismo de Klein, en aras de construir un modelo propio que armonizó el derecho proveniente de la tradición jurídica romana con el aporte germánico. Los trabajos de Chiovenda impulsados por sus discípulos Carnerlutti y Piero Calamandrei nutrieron de contenido el Código de Procedimiento Civil Italiano de 1940, y llegaron a América gracias a la difusión del procesalista uruguayo Eduardo Couture quien, si bien reconoció que no existe un sistema oral y escrito puro, destacó la utilidad de la oralidad, no solo en lo procesal sino también como rol de educación del pueblo, tal como lo sostenía Klein. Este último, al igual que Adolf Wach, por medio de la oralidad transparentaron y objetivaron la gestión del proceso. Klein además impulsó un modelo que imponía un rol activo del juez. La doctrina de Klein, si bien no arribó de forma directa a tierras americanas, su difusión se logró por medio de afamados doctrinarios, quienes supieron adoptarla con grandes cuotas de autenticidad, pero manteniendo su contenido base, para incorporarlas a las diferentes realidades estatales y regionales.

7. Si bien la oralidad de forma práctica en el Ecuador se adoptó definitivamente con la inclusión del Código Orgánico General de Procesos, desde el punto de vista constitucional su inclusión la encontramos desde la Constitución Política de 1945 bajo el gobierno de José María Velasco Ibarra, quien promovió la simplificación de los trámites que deberían adoptar en lo posible un “sistema verbal”. Esta inclusión de la oralidad tiene como afluentes al Código Procesal Civil Modelo presentado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (IIDP), inspirados en los aportes de Eduardo Couture, así como la entrada en rigor de la Constitución del año 2008 que ordenó su incorporación y la labor jurisprudencial de la Corte Interamericana de

Derechos Humanos y del deber de adecuación que emana de las normas y tratados internacionales de derechos humanos. El objeto de la reforma tenía como interés atender el grado de desconfianza en la administración de justicia, provocada por la lentitud en la tramitación de las causas. El modelo por el que se decantó fue en realidad un sistema mixto o por audiencias, compuesto de 2 audiencias una preliminar y otra de juicio, en el caso del procedimiento ordinario.

8. La dinámica de la oralidad en el proceso provocó cambios en las relaciones existentes entre el juez con las partes. Dicha interacción se acercó al principio de inmediación especialmente en cuanto a la valoración probatoria. Además, se impulsó la primacía de la prueba testimonial mediante el uso de un interrogatorio y contra interrogatorio. A pesar de estos aportes no ha existido un aumento en la credibilidad de la administración de justicia. En el año 2018 la desconfianza en el poder judicial ascendía al setenta y cinco por ciento. Sin perjuicio de ello no puede dejar de reconocerse los beneficios del modelo instaurado. Si bien a lo largo de la historia a la oralidad se la ha relacionado como un medio para alcanzar la celeridad y sencillez al proceso, esta no es su característica más importante. Sus bondades principales son su relación con los principios de inmediación, publicidad y concentración.

9. La oralidad se consideró como principio a partir del siglo XX. En el Ecuador consta reconocida en el artículo 168 de la Constitución y el artículo 18 del Código Orgánico de la Función Judicial, esta última norma le atribuye también el grado de principio. Uno de los rasgos que han colaborado a su equivocada concepción como principio es que con ella se pretendió abarcar a verdaderos principios como lo son la inmediación, publicidad y concentración. Sin embargo, lo cierto es que es una regla técnica de conformación de la forma de los actos. Esta conceptualización demanda un accionar del gobierno en políticas de promoción, socialización, desarrollo e infraestructura.

10. La oralidad se relaciona con los diferentes principios del procedimiento. En el caso de la inmediación su presencia se evidencia en el contacto directo y sin intermediarios del Juez, con las partes interesadas en el proceso y con la práctica probatoria. En relación con la concentración posibilita que tengan lugar en la audiencia

la mayor cantidad de actos procesales mediante la disertación de las partes, la prueba y la resolución. Sin lugar a duda el plazo razonable se ve beneficiado por la inclusión de la oralidad que, a diferencia del sistema escrito, por su relación con el resto de los principios, implica una reducción en los tiempos de tramitación. El desarrollo del juicio oral en una audiencia no implica un criterio desordenado de actos, sino que cada uno de ellos a pesar de su convergencia común, tienen un orden establecido por lo que cuentan con un momento determinado en el que pueden tener lugar, conforme al principio de eventualidad. Todo ello converge en una supresión de excesivos formalismos.

11. Si bien la oralidad presenta ventajas y beneficios, lo dicho no necesariamente implica que el sistema escrito resulte anacrónico a algún tipo de vanguardismo. De hecho, en el diseño del modelo procesal resulta conveniente la inclusión de actos procesales escritos, entre ellos, los actos de proposición y la emisión de las sentencias, por lo que la eficiencia del sistema, siempre perfectible, se logra con la conjunción de los dos sistemas. La publicización del proceso trajo mayores facultades al juzgador, impulsó la interacción de las partes con el órgano decisor y robusteció el fin del proceso hacia la búsqueda de la verdad, sin llegar a desaparecer la presencia del principio dispositivo, pues en él se garantiza aún la libertad de las partes sobre el objeto decidido en juicio, así como la disposición de la terminación anticipada del procedimiento.

12. El principio de buena fe aporta al ordenamiento jurídico y en general al proceso un parámetro de ética de obligatorio cumplimiento para todos los que en él intervienen. Por medio de este principio se supera la percepción formalista de la ley y se impone a los juristas actuaciones conforme a valores sociales. La perspectiva del principio adquiere justificación en un propósito de progresividad, que le permite ajustarse a las necesidades de la sociedad, altamente cambiantes en un contexto histórico-social, bajo el límite mínimo de una actuación ética, honradez, rectitud y buen proceder en la defensa de sus intereses.

13. El proceso no tiene naturaleza jurídica. El proceso en la legislación ecuatoriana no asimila ninguna categoría jurídica de rango superior, a su vez lo

concibe de manera autónoma como un medio para la realización de la justicia. Adicional a ello la naturaleza jurídica del proceso pierde relevancia como herramienta de búsqueda e identificación de las normas supletorias que aporten soluciones a las anomias, por cuanto, en los ordenamientos procesales contemporáneos, como es el caso ecuatoriano, las normas procesales regulan diversas materias.

14. El modelo procesal ecuatoriano adoptó un proceso por audiencias. Este modelo sustenta sus bases en la inmediación, celeridad, oralidad, seguridad jurídica, tutela judicial efectiva, eficacia, economía procesal y acceso gratuito a la justicia. Para ello en su desarrollo optó por dos fases de audiencia, dividida en el caso del procedimiento ordinario en dos audiencias: una preliminar y otra de juicio. La primera centra sus esfuerzos en el saneamiento del proceso, mientras que la segunda se destina a la evacuación probatoria y la emisión de la sentencia.

15. En la audiencia preliminar se discuten las denominadas excepciones previas. Sin embargo, en su tratamiento en la normativa legislativa ecuatoriana encontramos algunas inconsistencias tales como que, si bien la falta de competencia vicia el proceso de nulidad insubsanable, la amplitud del tiempo otorgado por el Código Orgánico General de Procesos, para la revisión de oficio de la competencia genera una grave lesión al principio de inmediación. Consideramos que resulta mejor el sistema constante en la Ley de Enjuiciamiento Civil Española que es más clara en su determinación, en ella se fija un tiempo perentorio en el que el letrado de la administración de justicia puede examinar de oficio la competencia debido al territorio, conforme su artículo 58. Estas inconsistencias deberán ser objeto de una reforma legislativa

16. En cuanto a la capacidad para comparecer a juicio la ley ecuatoriana no posee una reglamentación específica. En las reformas que ha enfrentado el Código Orgánico General de Procesos se ha desaprovechado la oportunidad de reglamentar de una vez por todas los derechos supraindividuales, lo cual demanda una incorporación urgente y necesaria en la legislación ecuatoriana. La ausencia en la tutela de estos derechos no ha podido ser subsanada ni aún por medio de la denominada “acción popular” que solo posee un carácter preventivo.

17. La segunda audiencia que contempla la ley procesal es aquella denominada “de juicio”. El fin que persigue esta audiencia es la de evacuación probatoria y la de emisión de la sentencia. Las reglas de evacuación probatoria conllevan un importante ejercicio para las partes y el juzgador. El medio de comunicación que rige los actos es la oralidad. Gracias a la presencia de la constitución en cada una de las fases del proceso, hoy en la legislación ecuatoriana se reconoce el derecho a la prueba que es aquel que está en dominio del litigante consistente en la utilización de los medios probatorios necesarios para crear convicción en el órgano jurisdiccional sobre lo que se discute en el proceso. Este derecho cumple una doble función. El primero como herramienta con interés estatal que le permita al juez sentenciar con certezas suficientes. El segundo de vigilancia del sometimiento de la prueba frente a la apreciación motivada y oportuna.

18. Si bien el Código Orgánico menciona que el objeto de la prueba es llevar al convencimiento de los hechos. Este rol debe entenderse como la búsqueda de la verdad dentro de las limitaciones del accionar procesal. Por tanto, la primacía de la justicia en la sentencia solo es posible si los hechos alegados y probados, cuentan con una conexidad existencial con el mundo exterior. Cuando hacemos alusión a la verdad, esta debe asimilarse desde su grado de relatividad puesto que se sustenta en las pruebas que justifican la decisión del juez. Con el afán de alcanzar esta verdad desde algún sector de la doctrina, cuya aceptación no encuentra eco en la cultura europea, se han planteado teorías de razonamiento probatorio que son propios del modelo common law, el mismo que, para algunos afamados autores como Manuel Atienza, resulta como un tópico que carece de importancia.

19. No existe posibilidad de pactos o negocios procesales según los términos del Código Orgánico General de Procesos, si bien en legislaciones como la brasileña existen incorporaciones de este corte, desde la legislación ecuatoriana, no existe la posibilidad de que las partes alteren el contenido público del derecho procesal, que se concibe de interés colectivo y que se sitúa fuera del espectro privado de los litigantes. De forma comparativa mencionamos que la LEC guarda conformidad con la postura procesal ecuatoriana, pero en ella destaca que su articulado es más claro respecto a

la primacía del principio de legalidad procesal, en la que se dispone que las partes solo pueden actuar conforme lo dispuesto en la ley.

20. En atención a la carga de la prueba ha llegado a sustentarse la idea equivocada de que se debe prescindir de ella. Sin embargo, la presencia de esta carga más allá de su reconocimiento en la ley puede extraerse de forma inferencial de las reglas sustantivas que actúan como parámetros auxiliares del juez a la hora de dictar sentencia. Por medio de su aplicación se determina quién pierde el litigio en caso de ausencia probatoria sobre los hechos alegados por las partes. Por tanto, pierde el actor si existe ausencia de prueba sobre los hechos constitutivos de la demanda. El demandado pierde si no se cuenta con prueba suficiente respecto a hechos extintivos, impeditivos o excluyentes. En cuanto a la carga dinámica de la prueba, herencia de la doctrina argentina, solo es aplicable en materia societaria en el Ecuador.

21. La optimización del modelo demanda que el juzgador entienda las reglas lógicas que utiliza el experto encargado de la prueba pericial. Con ello la implicación que tiene este tipo de prueba no resulta de las meras conclusiones que en ella se incorporen, sino fundamentalmente de la correcta construcción de premisas lógicas, técnicas y con bases científicas sólidas. Con el devenir de los años este tipo de prueba ha alcanzado mayor preponderancia a consecuencia de la cada vez más técnica y compleja problemática social. La contradicción potencializada por la oralidad, específicamente en la práctica del interrogatorio, cumple una función subsidiaria en el razonamiento judicial, puesto que permite solventar el déficit de información que consta en las pruebas periciales, cuya práctica se ha admitido en la causa.

22. La motivación de la sentencia implica una obligación de corte constitucional, por medio del cual se exterioriza el proceso mental-intelectivo que le llevó al juez a pronunciarse de una forma determinada. La Corte Constitucional del Ecuador al referirse a los vicios que pueden comprometer la motivación, ha identificado al menos las siguientes deficiencias: inexistencia, insuficiencia y apariencia motivacional.

BIBLIOGRAFÍA

1. Libros

AGUDELO GIRALDO, O. et altri: *Lógica aplicada al razonamiento del derecho*, Universidad Católica de Colombia, Bogotá, 2 ed., 2019.

AGUIRRE, VANESA.: *Tutela Jurisdiccional del Crédito en Ecuador*, Ediciones Legales, Quito, 2012.

ALCALÁ-ZAMORA, N.: *Estudios de teoría e historia del proceso*, Iure Editores, México, 2005.

ALCHOURRON, C. y BULYIN, E.: *Análisis lógico del derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

ALCHOURRÓN, C.: *Fundamentos para una teoría general de los deberes*, Marcial Ponce, Madrid, 2010.

ALEXY, R.: *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*, Palestra, Lima, 2019.

ALEXY, R.: *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

ALSINA, H.: *Nulidades en el proceso civil: Concepto y función de las normas procesales*, Ara Editores, Lima, 2022.

ALSINA, H.: *Tratado Teórico y Práctico de Derecho Procesal civil y comercial*, Ediar Soc. Anon Editores, 1941.

ALVARADO VELLOSO A.: *La prueba judicial reflexiones críticas sobre la confirmación procesal*, Librotecnia, Santiago de Chile, 2009.

ALVARADO VELLOSO, A.: *Introducción al estudio del Derecho Procesal*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1989.

ANDRADE COELLO, A.: *Quiteños auténticos, Homenaje al Muy Ilustre Consejo Municipal de Quito en el cuarto centenario de la fundación española de la ciudad*, Imprenta Municipal, Quito, 1934.

ARAGÓN REYES, M.: *La Constitución y el control del poder. Introducción a una teoría constitucional del poder*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999.

ARAGONESES, P.: *Proceso y derecho procesal*, Aguilar, Madrid, 1960.

ARISTÓTELES.: *Política*, Tecnos, Madrid, 2011.

ARMENTA DEU, T.: *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, Marcial Pons, Barcelona, 2007.

ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, *Ilícitos atípicos*, Trotta, Madrid, 2000.

ATIENZA, M.: *Interpretación constitucional*, Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Sucre, 2019.

ATIENZA, M.: *Introducción al derecho*, Fontamara, México D.F., 2007.

ATIENZA, M.: *Tras la justicia*, Editorial Ariel, Barcelona, 2012.

AYALA MORA, E.: *Resumen de historia del Ecuador*, Corporación Editora Nacional, Quito, 2008.

BACON, F.: *Novum Organum*, traducido por Clemente Fernando Almorí, editorial Losada, Buenos Aires, 1949, p. 353.

BALZ, H. y SCHNEIDER, G.: *Diccionario exegético del nuevo testamento*, Barcelona, ediciones sígueme, 1996.

BANACLOCHE PALAO, J. CUBILLO LÓPEZ, I.: *Aspectos fundamentales de derecho procesal civil*, La Ley-Wolters Kluwer, La Rosas, 2014.

BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, J. M.: *Derecho fundamental al debido proceso y el Tribunal Constitucional*, Aranzadi, Pamplona, 1992, p. 345.

BARONA VILAR, S.: “Justicia Integral y Access to Justice. Crisis y evolución del “paradigma””, en *Mediación, Arbitraje y Jurisdicción en el actual paradigma de Justicia*, Madrid, Civitas, 2016.

BARONA VILAR, S.: *Algoritmización del Derecho y de la Justicia de la Inteligencia Artificial a la Smart Justice*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021.

BARONA VILAR, S.: *Proceso penal desde la Historia, Desde su origen hasta la sociedad global del miedo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

BARRIOS DE ANGELIS, D.: *Audiencia preliminar: sistema y método*, Lex, Buenos Aires, 1988.

BASADRE, J.: *Historia del derecho peruano*, Studium, Lima, 1988.

BENEDICT CARPZOV, J.: *Asuntos penales prácticos del nuevo imperio sajón, decisiones sobre cuestiones casi universales en materia de procedimiento penal*, Nabu Press, Málaga, 2012.

BERIZONCE, R.: *Derecho procesal civil actual*, Librería Editora Platense-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999.

BERNAL PULIDO, C.: *El derecho de los derechos escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.

BORCHART DE MORENO, C., MORENO YÁNEZ, S.: *Crónica indiana del Ecuador antiguo*, ediciones Aby-Ayala, Quito, 1997.

BORJA, R.: *Derecho político y constitucional*, Fondo de cultura económica, Ciudad de México, 3 ed., 1991.

BREIDLID, A. *Educación, conocimientos indígenas y desarrollo en el Sur global*, CLACSO, Buenos Aires, 2016.

BRISEÑO SIERRA, H.: *Estudios de Derecho Procesal*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 1980.

BUJOSA VADELL, L. M.: *Procesos colectivos*, Palestra, Lima 2023.

CALAMANDREI, P.: *De las buenas relaciones entre los jueces y los abogados en el nuevo proceso civil*, Ediciones Jurídicas Olejnik, 2 ed., Santiago de Chile, 2020.

CALAMANDREI, P.: *En memoria de Giuseppe Chiovenda*, CEDAN, PADUA, 1938.

CALAMANDREI, P.: *Instituciones del derecho procesal civil*, Librería el Foro, Buenos Aires, 1996.

CALAMANDREI, P.: *Proceso y democracia*, Ejea, Buenos aires, 1960.

CAMACHO AZULA, J.: *Manual de derecho procesal*, pruebas judiciales, Temis, Bogotá, 2008.

CAMPOS, L.M. *Insurgencia*, Manthra Editores, Quito, 2011.

CAPPELLETTI, M. GARTH, B.: *El acceso a la justicia, la tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1996.

CAPPELLETTI, M.: *Oralidad y las pruebas en el proceso civil. Proceso oral y proceso escrito*, ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2019.

CARNELUTTI, F. *Instituciones del proceso civil*, EJEa, Tomo 1, Buenos Aires, 1959.

CARNELUTTI, F.: *Estudios de derecho procesal*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Tomo 1, Buenos Aires, 1952.

CARNELUTTI, F.: *La prueba civil*, Depalma, Buenos Aires, 1987.

CARNELUTTI, F.: *Sistema de Derecho procesal civil*, traducido por Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo, Unión Tipográfica Editorial Hispanoamericana UTEHA, Buenos Aires, 1944.

CAROCCA PÉREZ, A.: *Garantía Constitucional de la defensa procesal*, Bosch, Barcelona, 1997.

CARRERA ANDRADE, J.: *El camino del sol*, Casa de la Cultura Ecuatoriana Benjamín Carrión, Quito, 1959.

CARRILLO SALCEDO, J.: *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en el Derecho Internacional Contemporáneo*, Tecnos, Madrid, 2 ed., 2001, p. 150.

CARRILLO, Y.: *Temas y problemas de la filosofía del derecho*, Editorial Doctrina y Ley, Bogotá, 2009.

CASTILLO FREYRE, M: *Derecho de las obligaciones*, Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica de Perú, Lima, 2022.

CEVALLOS GARCÍA, G.: *Historia del Ecuador*, LNS, Cuenca, 1978.

CHAMORRO BERNAL, F.: *La tutela judicial efectiva*, Bosch, Barcelona, 1994.

CHIOVENDA, G.: *Ensayos de derecho procesal civil*, Cía. Editores y Editorial Bosch, Buenos Aires, 1949.

CHIOVENDA, G.: *Instituciones del derecho procesal civil*, Editorial Jurídica Universitaria, México DF, 2002.

CHIOVENDA, G.: *Principios del derecho procesal civil*, traducido por José Casais y Santaló, Reus, Tomo 2, Madrid, 1922.

CHIOVENDA, J.: *La condena en costas / José Chiovenda*; traducción de Juan A. de la Puente y Quijano; *notas y concordancias con el derecho español por J.R. Xirau*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1928

COHEN, L. J: *The Probable and the Provable*, University Press, Oxford, 1977.

COLOMER HERNÁNDEZ, I.: *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA.: “Acceso a la Justicia: aprovechar las oportunidades de digitalización”, *Diario Oficial de la Unión Europea*, 14 de octubre de 2020, apartado 6 de las conclusiones.

COUTURE, E.: *Exposición de motivos del Código de Procedimiento Civil Uruguayo*, Montevideo, 1945.

COUTURE, E.: *Fundamentos del derecho procesal civil*, B de F, Buenos Aires, 2001.

COUTURE, E.: *Trayectoria y destino del Derecho Procesal Civil hispanoamericano*, Depalma S.R.L., Buenos Aires, 1999.

CRUZ BAHAMONDE, A.: *Estudio crítico del Código de Procedimiento Civil*, Edino, Guayaquil, 1995.

DE BOOR, H.: *Litigios, incluida la ejecución hipotecaria*, Junker & Dünnhaupt, Berlín, 1940.

DE LA OLIVA SANTOS, A. DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.: *Derecho procesal civil el proceso de declaraciones*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2000.

DE LA OLIVA SANTOS, A. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, M.A.: *Derecho procesal civil*, Promociones y Publicaciones Universitarias PPU, Barcelona, 1988, p. 290.

DE LA OLIVA SANTOS, A., PEITEADO MARISCAL, P.: *Sistema de la tutela judicial efectiva*, UDIMA, Madrid, 2014.

DE LA OLIVA SANTOS, A.: *Casación Oralidad y Nuevo Proceso Civil*, ediciones jurídicas Santiago, Santiago de Chile, 2009.

DE LA OLIVA SANTOS, A.: *Curso de derecho procesal civil I parte general*, Editorial universitaria Ramón Areces, 2 Madrid, 2016.

DE LA RUA, F.: *Teoría general del proceso*, DEPALMA, Buenos aires, 1991.

DE SANTO, V.: *La Prueba Judicial*, Editorial Universidad, Tercera Edición, Buenos Aires, 2005.

DELGADO ECHEVERRÍA, J. PARRA LUCÁN, M. A.: *Las nulidades de los contratos en la teoría y en la práctica*, Dykinson, Madrid 2005.

DEVIS ECHANDÍA, H.: *Compendio de derecho procesal*, ABC, Bogotá, 6 ed., 1978.

DEVIS ECHANDÍA, H.: *Compendio de la prueba judicial*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2007.

DEVIS ECHANDÍA, H.: *Nociones generales de derecho procesal*, editorial Aguilar, Madrid, 1996.

DEVIS ECHANDÍA, H.: *Teoría General del Proceso*, Editorial Universidad, Bogotá, 1997.

DÍAZ CABIALE, J. A.: *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad judicial*, Comares, Granada, 1996.

DIEZ PICAZO, L.: *La doctrina de los propios actos*, Bosch, Barcelona, 1963.

DWORKIN, R.: *Los derechos en serio*, Barcelona, Editorial Ariel, 1984.

EISNER, I.: *El principio de inmediatez*, Depalma, Buenos Aires, 1963.

EISNER, I.: *Planteos procesales: ensayos y notas sobre el proceso civil*, La Ley, Buenos Aires, 1984.

ESPARZA LEIBAR, I.: *El presupuesto procesal del procedimiento adecuado*, Comares, Granada, 1996.

ESSER, J.: *La interpretación*, Olejnik, Santiago de Chile, 2020.

ESTRELLA DE NORIEGA, A.: *Confianza institucional en América Latina: un análisis comparado*, Fundación Carolina, Madrid, 2020.

FÁBREGA PONCE, J.: *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Editora Jurídica Panameña, Ciudad de Panamá, Tomo I, 2 ed., 2004.

FAIRÉN GUILLÉN, V.: *Doctrina General Del Derecho Procesal*, Bosch, Barcelona, 1990.

FAIRÉN GUILLÉN, V.: *El tribunal de las aguas de Valencia y su proceso*, Caja de ahorros de Valencia, Valencia, 1988.

FAIRÉN GUILLÉN, V.: *Temas del ordenamiento procesal*, editorial Tecnos, Madrid, 1969.

FALCÓN, E.: *¿Qué es la informática jurídica? Del ábaco al derecho informático*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992.

FALCÓN, E.: *Tratado de la prueba*, Astrea, Buenos Aires, 2008,

FAZZALARI, E.: *Notas sobre derecho y proceso*, Cedam, Milán, 1957

FERNÁNDEZ TOLEDO, R.: *Las facultades y deberes del juez en materia probatoria en el proceso laboral análisis crítico*, Editorial PuntoLex -Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2011.

FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTÓLOME, P.: *El derecho a un proceso sin dilataciones indebidas*, Civitas, Madrid, 1994.

FERNÁNDEZ, M.: *La carga de la prueba en la práctica civil*, La Ley, Madrid, 2006.

FERRAJOLI, L.: *Debate sobre estándares de prueba*, 29 de marzo de 2023, Versión on line, <https://x.com/JuanAGAmado/status/1641176701089509378>, 01-11-2024.

FERRAJOLI, L.: *Democracia y garantismo*, Trotta, Madrid, 2008.

FERRAJOLI, L.: *Derecho y razón teoría del garantismo penal*, traducido por Perfecto Andrés Ibáñez, Editorial Trotta, Madrid, 1995, p. 152-153.

FERRAJOLI, L.: *Derechos y garantías*, Editorial Trotta, Madrid, 2009.

FERRAJOLI, L.: *Principia Iuris*, traducido por Perfecto Andrés Ibáñez, Editorial Trotta, Madrid, 2013.

FERRATER MORA, J.: *Diccionario de filosofía*, Barcelona, Ariel, 2001.

FERRER, J.: *¿Qué nos queda de la carga de la prueba?*, Congreso Colombiano de Derecho Procesal, 2021

FERRER, J.: *Prueba sin convicción*, Marcial Pons, Madrid, 2021.

FERRER, J.: *Prueba y verdad en el derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2002

FERRER, M.: *La población y el desarrollo desde un enfoque de derechos humanos: intersecciones, perspectivas y orientaciones para una agenda regional*, Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía (CELADE) - División de Población, Santiago de Chile, 2005.

FIX ZAMUDIO, H.: *Nuevo diccionario jurídico mexicano*, UNAM-Porrúa, México D.F., 2001.

FOLBERG, J. TAYLOR, A.: *Mediación resolución de conflictos sin litigio*, Editorial Limusa, México D.F., 1992.

FRIEDMANN, W.: *Curso general en derecho internacional público*, Cursos recopilados de la Academia de Derecho Internacional de La Haya, Vol. 127, 1967.

GARBERÍ LLOBREGAT, J.: *Introducción al nuevo proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

GARCÍA AMADO, J. A.: *La prueba judicial sus reglas y argumentos*, Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Sucre, 2019.

GARCÍA DEL CORRAL, I.: *Cuerpo del derecho civil romano a doble texto, traducido al castellano del latín Primera parte, Instituta-Digesto*, Consejo de Cienco, Barcelona, 1889.

GARCÍA PELAYO, M.: *La Transformación del Estado Contemporáneo*, Alianza Universidad, Madrid, 1995.

GASCÓN INCHAUSTI, F.: *Oralidad o Escritura como factores de eficiencia del proceso civil en España. Informe nacional presentado para la ponencia general del profesor Michele Taruffo*, Asociación Internacional de Derecho Procesal, Gandía-Valencia, 2008.

GASCÓN, M.: *Los hechos en el derecho bases argumentales de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

GELSI BIDART, A., VÉSCOVI, E.: *Bases uniformes para la reforma de la legislación procesal civil de los países latinoamericanos*, La Justicia Uruguay, Montevideo, 1974.

GERARDO, P.: *Los derechos sociales y sus garantías: por una reconstrucción democrática, participativa y multinivel*, Editorial Trotta, Madrid, 2007.

GIMENO SENDRA, J. V., MORENO CATENA, V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: *Derecho procesal civil*, COLEX Constitución y Leyes, Madrid, 1996.

GIMENO SENDRA, J.V.: *Fundamentos de derecho procesal*, Civitas, Madrid, 1981.

GIMENO SENDRA, V.: *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*, Colex, Madrid, 2007.

GIMENO, J.V.: *Fundamentos del derecho procesal*, Civitas, Madrid 1981.

GOLDSCHMIDT, J.: *El proceso como situación jurídica, una crítica al pensamiento procesal*, traducción de Jacobo López Barja de Quiroga, Marcial Pons, Madrid, 2015.

GOLDSCHMIDT, J.: *Derecho Procesal Civil*, traducción de Leonardo Prieto Castro, Labor, Barcelona, 1936, p. 12-15.

GOLDSCHMIDT, J.: *Teoría general del derecho*, Labor, Barcelona, 1936.

GONZALES, F.: *Escritos del Doctor Francisco Javier Eugenio Santacruz y Espejo*, Imprenta Municipal, Quito, 1912.

GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *El principio general de buena fe en el derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 2000.

GONZÁLEZ, M. R.: *Tratamiento procesal de la nulidad de actuaciones*, Aranzadi, Navarra, 2008.

GOZAÍNI, O.: *Derecho procesal constitucional debido proceso*, Rubinzal Culzoni Buenos Aires, 2004,

GOZAINI, O.: *Derecho procesal constitucional Habeas data*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2001.

GOZAÍNI, O.: *Derecho Procesal Constitucional protección procesal del usuario y consumidor*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2005, 94.

GOZAINI, O.: *Doctrina judicial procesal*, La Ley, Buenos Aires, 2012.

GOZAÍNI, O.: *La Conducta en el Proceso*, Librería Editora Platense, La Plata, 1988.

GOZAINI, O.: *Oralidad y prueba en el Código Orgánico General de Procesos*, Cevallos, Quito, 2018.

GOZAINI, O.: *Temeridad y malicia en el proceso*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2002.

GOZAÍNI, O.: *Tratado de derecho procesal Civil*, Editorial Jusbares, Buenos Aires, 2020.

GRECO FILHO, V.: *Directo processual civil brasileiro*, Saraiva, Sao Pablo, 2000.

GROSSMANN, K.: *El deber de veracidad de las partes litigantes en los juicios civiles: exposición de Derecho Comparado*, Jurisprudencia Argentina, Tomo 71, Buenos Aires, 1940.

GUASP, J.: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, AGUILAR, Madrid, 1948.

GUASP, J.: *Derecho procesal civil*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1977.

GUASTINI, R.: *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Trotta, Madrid, 2008.

GURVICH, M. A.: *El derecho procesal civil soviético*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, México D.F., 1971.

HABERMAS, J.: *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, traducción de Manuel Jiménez Redondo, Editorial Trotta, Barcelona, 1998.

HART, H.L.A.: *El concepto de derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2007.

HERNANDEZ TERÁN, M.: *Justicia Indígena, Derechos Humanos y Pluralismo Jurídico, Análisis, Doctrina y Jurisprudencia*, Editorial CEP, Quito, 2011.

HERRERA ABIÁN, R.: *La intermediación como garantía procesal*, Albolote, Comares, 2006.

HEVIA BOLAÑOS, J.: *Curia Philipica*, Imprenta de Ulloa, Madrid, 1790.

HUGO RENGEL, J.: *Memorias de las VIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, Corte Suprema de Justicia del Ecuador, Quito, 1983.

HURTADO, M.: *Tutela jurisdiccional diferenciada*, Palestra, Lima, 2006.

INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO PROCESAL, *Quintas Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, México D.F., 1970.

JAUCHEN, E.: *Derechos del procesado*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2007.

KAUFMANN, A.: *Filosofía del Derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999.

KELSEN, H.: *Teoría pura del derecho*, EUDEBA, Buenos Aires, 4 ed., 2009.

KISCH, W.: *Elementos de derecho procesal civil*, Olejnik, Santiago, 2018.

LATORRE, A.: *Introducción al Derecho*, Ariel Derecho, Barcelona, 2002.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Aranzadi, Navarra, 2014

LÓPEZ BLANCO, H.: *Procedimiento civil parte general*, Dupré, Tomo 1, Bogotá, 2002.

LÓPEZ MEDINA, D.E.: *Nuevas tendencias en la dirección del proceso*, Consejo Superior de la Judicatura/ Escuela judicial Rodrigo Lara Bonilla, Bogotá, 2004.

LOZADA PRADO, A. y RICAURTE HERRERA, C.: *Manual de Argumentación Constitucional*, Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2015.

LOZANO CASTRO, A.: *Quito ciudad milenaria, forma y símbolo*, ediciones Aby-Ayala, Quito, 1991.

MAC LEAN ESTENOS, P.: *Historia del Derecho Procesal en Perú*, Ediar, Buenos Aires, 1945.

MAIER, J.B.: *Derecho Procesal Penal, I. Fundamentos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2 ed., 3 reimp., 2004.

MANRESA Y NAVARRO, J.M.: *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil*, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1881.

MARIÑO HERNÁNDEZ, R.: “El litisconsorcio y la unidad del proceso”, en MONTAÑA PINTO, J. (Edit.): *Diálogos judiciales 4: Comentarios al Código Orgánico General de Procesos*, Corte Nacional de Justicia, Quito, 2017.

MARX, K. y HOBSEBAWM, E.: *Formaciones económicas precapitalistas*, siglo XXI editores s.a., México D.F., 1971.

MAURINO, A. L.: *Nulidades procesales*, Astrea, Buenos Aires, 2001.

MEDINACELI ROJAS, G.: *La aplicación directa de la constitución*, Corporación Editora Nacional-Universidad Andina Simón Bolívar sede Ecuador, Quito, 2013.

MEJÍA SALAZAR, A.: *La oralidad y los principios del procedimiento*, Ius e Historiae, Quito, 2018.

MESSINEO, F.: *Manual de Derecho Civil y Comercial*, EJE, Buenos Aires, 1979.

MICHELÍ, G. A.: *La carga de la prueba*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961.

MILL, J. S.: *Un sistema de lógica inductiva*, traducido por Eduardo Ovejero y Mair Fondo documental Euskal Herriko Komunistak EHK, Madrid, 1917.

MILLAR, R. W.: *Los principios formativos del procedimiento civil*, Ediar Editores, Buenos Aires, 1945.

MONROY GÁLVEZ, J.: *La formación del Proceso Civil: Escritos Reunidos*, Palestra, Lima, 2004.

MONROY GÁLVEZ, J.: *Teoría general del proceso*, Communitas, Lima 2021.

MONTERO AROCA, J., *Efectos jurídicos del proceso: Cosa juzgada. Costas e intereses. Impugnaciones y jura de cuentas*, Consejo General del Poder Judicial-Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1995.

MONTERO AROCA, J., FLORS, J.: *El proceso de ejecución-Ley 1/2000*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J. BARONA VILAR, S.: *Derecho jurisdiccional I Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 27 ed., 2016.

MONTERO AROCA, J.: *Ensayos de Derecho Procesal*, Bosch, Barcelona, 1996.

MONTERO AROCA, J.: *La carga de la prueba en el proceso civil*, Civitas, Madrid, 2002.

MONTERO AROCA, J.: La legitimación en el proceso civil (intento por aclarar un concepto que resulta más confuso cuando más se escribe sobre él), Civitas, Madrid, 1994.

MONTERO AROCA, J.: *La prueba en el proceso civil*, Civitas, Madrid, 2002

MONTERO AROCA, J.: *La prueba*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, p. 37.

MONTERO AROCA, J.: *Los principios políticos de la nueva ley de enjuiciamiento civil los poderes del juez y la oralidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

MONTERO AROCA, J.: *Principios del proceso penal*, Tirant lo Blanch, 1997.

MORELLO, A. M.: Estudios de nulidades procesales, Harnrnurabi, Buenos Aires, 1980.

MORELLO, A., SOSA, G., BERIZONCE, R.: *Códigos procesales en lo civil y comercial de la provincia de Buenos Aires y de la Nación, comentados y anotados*, Librería Editora Platense-Abeledo Perrot, La Plata, 1989.

MORÓN PALOMINO, M.: *Derecho procesal civil cuestiones fundamentales*, MP, Madrid, 1993.

MOSQUERA, M.: *Colección de Leyes y Decretos dados por el Congreso Constitucional de 1863*, Imprenta Nacional, Quito, 1864.

NIEVA FENOLL, J.: *La valoración de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

ORTEGA Y MEDINA, J.: *Humboldt desde México*, Instituto de Investigaciones Históricas-Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Históricas Facultad de Estudios Superiores Acatlán, México D.F., 2015.

ORTELLS RAMOS, M: *Introducción al derecho procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 360.

ORTELLS, M.: *Derecho procesal civil*, Aranzadi, Navarra, 2001.

OTS CAPDEQUI, J.M.: *El estado español en las Indias*, Fondo de Cultura Económica, México, 1986.

OYARTE, R.: *Derecho Constitucional Ecuatoriano y comparado*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2014.

PALACIO, L. E.: *Manual de Derecho Procesal Civil*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1965.

PALLARES, E.: *Diccionario de derecho civil*, Porrúa, México D.F., 1960

PALOMO TRIGUERO, E.: *Cita-logía*, Punto Rojo Libros S.L., Sevilla, 2013.

PARRA QUIJANO, J.: El futuro del Proceso Civil, Ponencia para las XV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Bogotá, 1996.

PARRA QUIJANO, J.: Manual de Derecho Probatorio, Editorial ABC, Bogotá, 2011.

PEÑAHERRERA, V. M.: *Lecciones de derecho práctico civil y penal*, Editorial Universitaria, Quito, 1958.

PEREIRA CAMPOS, S.: *Presente y futuro del proceso por audiencias en Iberoamérica*, XXIV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Panamá, 2014.

PÉREZ MARÍN, M. Á.: *El desistimiento en el proceso civil (Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil)*, Bosch Editor, Barcelona, 2001

PETIT DA COSTA, F. CHOCANO NÚÑEZ, P.: *Teoría de la Prueba*, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 2006.

PEYRANO, J.: *El proceso civil principios y fundamentos*, Astrea, Buenos Aires, 1978.

PEYRANO, J.: *Problemas y soluciones procesales*, Juris, Santa Fe, 2008.

PEYRANO, J.W.: *Cargas probatorias dinámicas*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2008.

PICÓ I JUNOY, J.: *El derecho a la prueba en el proceso civil*, Bosch, Barcelona, 1996.

PICÓ I JUNOY, J.: *El principio de la buena fe procesal*, Bosch, Barcelona, 2003.

PICÓ I JUNOY, J.: *Estudios sobre el proceso y la justicia*, Palestra editores, Lima, 2023.

PICÓ I JUNOY, J.: *La modificación de la demanda en el proceso civil reflexiones sobre la prohibición de “mutatio libelli”*, Tirant lo Blach, Valencia, 2006.

PICÓ I JUNOY, J.: *Las garantías constitucionales del proceso*, Bosch, Barcelona, 1996.

PODETTI, R.: *Teoría y técnica del proceso civil y trilogía estructural de la ciencia del proceso civil*, EDIAR, Buenos Aires, 1963.

PRESCOTT, G.: *La conquista del Perú*, editorial Atlántida S.A., Buenos Aires, 1940.

PRIETO-CASTRO, L.: *Exposición del derecho procesal civil de España*, Librería General, Zaragoza, 1941, p. 268-269.

PRIETO-CASTRO, L.: *Tratado de derecho procesal civil*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 1985.

PRIORI, G.: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*, Gaceta Jurídica, Lima, 2003.

PUIG BLADES, F., SOSPEDRA NAVAS, F.: *Tratado práctico del proceso civil*, Thomson Civitas, Tomo 1, Madrid, 2008.

QUINTERO, B., PRIETO, E.: *Teoría general del derecho procesal*, Temis, Bogotá, 2008.

RAMÍREZ ROMERO, C.: *Apuntes sobre la prueba en el Código Orgánico General de Procesos*, Corte Nacional de Justicia, Quito, 2017.

RAMOS MÉNDEZ, F.: *Derecho procesal civil*, Bosch, Barcelona, 1990.

RAMOS MÉNDEZ, F.: *Derecho y Proceso*, Bosch, Barcelona, 1978.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA.: *Diccionario de la lengua española*, <https://dle.rae.es/principio?m=form>, último acceso 09-11- 2023.

ROCCO, U.: *Teoría General del Proceso Civil*, Porrúa, México DF, 1959.

ROCCO, U.: *Tratado de derecho procesal civil*, traducción de Santiago Sentís Melendo y Máximo Ayerra Redín, Depalma, Buenos Aires, 1983, p. 287.

RODRÌGUEZ, J.: *Autoridad del juez y principio dispositivo*, Universidad de Carabobo, Instituto de Derecho Privado y Comparado, Valencia, 1968.

RODRÍGUEZ, L. A.: *Nulidades procesales*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1987.

ROSENBERG, L.: *La carga de la prueba*, Olejnik, Lima, 2017.

ROUSSEAU, J.: *El contrato social*, Espasa Calpe, Madrid, 1981.

RUBIO ORBE, G.: *Los indios ecuatorianos evolución histórica y políticas indigenistas*, Corporación Editora Nacional, Quito, 1987.

SALGADO DE SOMOZA, F.: *Un laberinto de acreedores concurrentes en un pleito, provocado entre ellos por un deudor común*, Anisson Laurent, Lugduni, 1672

SALVADOR LARA, J.: *Escorzos de Historia Patria*, ediciones Quitumbe, Quito, 1977.

SÁNCHEZ DE LA TORRE, A.: *Los principios del derecho como objeto de investigación jurídica Seminario de la Sección de Filosofía del Derecho de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Editorial Actas, Madrid, 1993.

SENTÍS MELENDO, S.: *El Proceso Civil estudio de la reforma procesal argentina*, EJEA, Buenos Aires, 1957.

SERRA DOMÍNGUEZ, M.: *Estudios de derecho procesal*, Ariel, Barcelona, 1969.

SERRANO, J.: *Validez y vigencia, la aportación garantista a la teoría de la norma jurídica*, Trotta, Madrid, 1999.

SILVA SANTOS, S. et altri: *Comentarios al código de proceso civil perspectivas de la magistratura*, Thomson Reuters-Revista Dos Tribunais, Sao Paulo, 2019.

SOASTI TOSCANO, G.: *El Comisionado Regio Carlos Montufar y Larrea. Sedicioso, insurgente y rebelde*, FONSAL, Quito, 2009.

TARUFFO, M. VÁZQUEZ ROJAS, M. C. FERRER BELTRÁN, J.: *Teoría de la prueba*, Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia-Academia Plurinacional de Estudios Constitucionales, Sucre, 2018.

TARUFFO, M.: *La prueba de los hechos*, Trotta, Madrid, 2002.

TARUFFO, M.: *Simplemente la verdad el juez y la reconstrucción de los hechos*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

TARUFFO, M.: *Simplemente verdad*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

TARUFFO, M.: *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos*, Serie Cuadernos de Divulgación de la Justicia Electoral, México D. F., 2013, 101.

TOBAR DONOSO, J.: *Las instituciones del periodo hispánico, especialmente en la presidencia de Quito*, Banco Central del Ecuador, Quito, 1982.

TOMAS Y VALIENTE, F.: *Anuario de historia del derecho español*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1970.

TROYA CEVALLOS, A.: *Elementos de Derecho Procesal Civil*, Pudeleco, Quito, 2002.

TRUJILLO, C.: *Teoría del Estado en el Ecuador Estudio de Derecho Constitucional*, Universidad Andina Simón Bolívar-Corporación Editora Nacional, Quito, 3 ed., 2021.

UREÑA Y SMENJAUD, R. BONILLA Y SAN MARTÍN, A.: *Obras del maestro Jacobo de las Leyes jurisconsulto del siglo XIII*, Reus, Madrid, 1924.

VALLINES GARCIA, E.: *La preclusión en el proceso civil*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004.

VAZQUEZ, C.: *De la prueba científica a la prueba pericial*, Marcial Pons, Barcelona, 2015.

VELASCO, J.: *Historia del Reino de Quito en la América Meridional*, Empresa editora El Comercio, Quito, 1946.

VÉSCOVI, E.: *Derecho Procesal Civil*, Ediciones Idea, Montevideo, 1975.

VÉSCOVI, E.: *Elementos para una teoría general del proceso civil latinoamericano*, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México D.F., 1978.

VÉSCOVI, E.: *Manual de Derecho Procesal*, Ediciones Idea, Montevideo, 1984.

VÉSCOVI, E.: *Teoría General del Proceso*, Temis, Bogotá, 1999.

VIERA CUELLO, L.: *Audiencia preliminar-Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, Editorial Universitaria, Colonia del Sacramento, 1989.

VILLADIEGO, A.: *Fuero Juzgo o Libro de los Jueces*, Valladolid, Maxtor, 2004.

VON BÜLOW, O.: *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, Ara Editores, Santiago de Chile, 2016.

WACH, A.: *Manual de derecho procesal civil*, traducción de Tomás Banzhaf, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1977.

WHITE WARD, O.: *Teoría general del proceso*, Corte Suprema de Justicia: Escuela Judicial de Costa Rica, Heredia, 2008

WIEACKER, F.: *El principio general de la buena fe*, Civitas, Madrid, 1977.

YÉPEZ GARCÉS, D.: *Litigación oral civil la contienda adversarial trasplante y prueba testimonial*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2016.

ZAGREBELSKY, G.: *El derecho dúctil*, Editorial Trotta, Madrid, 1997.

2. Revistas

AGUDELO RAMÍREZ, M.: “El debido proceso”, *opinión jurídica*, No. 7, 2005, pp. 89-105

AGUIRE GUZMÁN, V.: Nulidades en el proceso civil, *FORO revista de derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar*, No. 6, 2006, pp. 145-185

AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, M.: “El principio dispositivo y su influencia en la determinación del objeto del proceso en el proceso civil chileno”, *Revista de derecho privado*, No. 32, 2017, pp. 423-441

ALCALÁ-ZAMORA, N.: “Calamandrei y Couture”, *Revista de la facultad de derecho de la Universidad Autónoma de México*, No. 24, 1956, pp. 81-113.

ALEXY, R.: “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, No. 11, 2009, pp. 3-14.

ALVARADO VELLOSO, A.: “El Garantismo Procesal”, *Cartapacio de Derecho: Revista Virtual de la Facultad de Derecho*, No. 2, 2001, p.4. Pp.1-14. Versión on line <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5028454>, último acceso 30-12-2021.

ALVIM WAMBIER, T. A.: “La uniformidad y la estabilidad de la jurisprudencia y el estado de derecho- Civil Law y Common Lay”, *THEMIS: Revista de Derecho*, No. 58, 2010, pp. 71-80.

APOLÍN MEZA, D. L.: “La Protección de los Derechos Individuales Homogéneos y los Problemas de Acceso a la Jurisdicción a través del Proceso Civil”, *Derecho y Sociedad revista de la Pontificia Universidad Católica de Perú*, No. 38, 2012, p. 185-193.

ARKHIPOV, V. et altri: "La judicatura en el sistema constitucional ruso", *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, No. 71, 2013, pp. 557-587

ARRARTE ARISNABARRETA, A.M.: "Alcances sobre el tema de la nulidad procesal", *Revista Ius Et Veritas*, No. 11, 1995, pp. 127-135.

ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J.: "Sobre principios y reglas", *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 10, 1991, p. 104. Pp. 101-120

AVENDAÑO VALDEZ, J. L.: "El interés para obrar", *THEMIS: Revista de Derecho*, No. 58, 2010, pp. 63-69.

ÁVILA SANTAMARÍA, R.: "Del Estado legal de derecho al Estado constitucional de derechos y justicia", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. No. 15, 2009, pp. 775-793.

BARONA VILAR, S.: "Importancia de los métodos alternos de solución de conflictos (ADR) en la sociedad global del Siglo XXI", *XIV Congreso Panameño de Derecho Procesal*, Ciudad de Panamá, 2017, pp. 123-149.

BARONA VILAR, S.: "Líneas generales y principios configuradores de la ley 1/200 de 7 de enero de enjuiciamiento civil", *Revista De Derecho Universitat De València (Estudi General)*, No.1, 2002. p. 1-12. Versión on line <https://www.uv.es/revdret/archivo/num1/silvia.htm>, último acceso 12-02-2022.

BASABE SERRANO, S.: "Explicando la corrupción judicial en las cortes intermedias e inferiores de Chile, Perú y Ecuador", *Revista Perfiles Latinoamericanos*, No. 42, 2013, pp.79-108.

BATTELLI, E.: "La decisión robótica algoritmos, interpretación y justicia predictiva", *Revista de Derecho Privado*, No. 40, 2021, pp .45-86

BAULENAS I PUBILL, A.: "El dorado: una leyenda entre dos mundos y entre dos tiempos", *perspectivas latinoamericanas*, No. 14, 2017, pp. 23-36.

BECHARA LLANOS, A.: "Estado constitucional de derecho, principios y derechos fundamentales en Robert Alexy", *Revista Saber, Ciencia y Libertad*, No. 2., 2011, pp. 63-76.

BELDA INIESTA, J. y CORETTI, M.: “Reflexiones doctrinales en torno a las Clementinas Dispendiosam y Saepe contingit: el proceso sumario a la luz del utriusque iuris”, *Glossae: European Journal of Legal History*, No. 13, 2016, pp. 30-70.

BELLOSO MARTIN, N.: “Justicia, derecho y moral en Giorgio del Vecchio”, *Estudios filosóficos*, No. 121, 1993, pp. 429–450.

BENÍTEZ RAMÍREZ, E.: “Reflexiones en torno a la propuesta de reforma al procedimiento civil chileno: II. Principios Procesales relativos a las Partes”, *Revista chilena de derecho*, No. 3, 2007, pp. 591-593

BERNAD MAINAR, R.: “La pandectística alemana: columna vertebral imperecedera del iusprivatismo moderno”, *RIDROM: Revista Internacional de Derecho Romano*, No. 17, 2016, pp. 1-80

BILBENY, N.: “La justicia y el derecho a la verdad”, *Oxímora revista internacional de ética y política*, No. 10, 2017, pp. 1-16.

BORDALÍ SALAMANCA, A.: “La carga de la prueba en el proceso civil: una evolución desde la igualdad formal de las partes hacia una igualdad material de las mismas”. *Revista Estudios de Derecho*, Vol. 77, No. 170, 2020, pp. 201-225.

BRISEÑO SIERRA, H.: “Bülow, Oskar von, la teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales”, *Revista de la Facultad de Derecho de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas*, No. 56, 1964, pp. 1179-1187

BUJOSA VADELL, L.: “De iudicio variaciones en torno a la potestad y al acto de juzgar”, *Ars Iuris Salmanticensis*, Vol. 2, pp. 49–79. Versión on line https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/129003/De_iudicio_Variaciones_en_torno_a_la_pot.pdf;jsessionid=A24F353F13C81D528F9FB15C35983ED9?sequence=1 Último acceso 01-11-2024.

BUJOSA VADELL, L.: “Mediación electrónica: Perspectiva europea”, *Revista Ius et Praxis*, Vol. 23, No. 2, 2017, p. 75. pp. 51–77. Versión on line https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/129003/De_iudicio_Variaciones_en_torno_a_la_pot.pdf;jsessionid=A24F353F13C81D528F9FB15C35983ED9?sequence=1 Último acceso 01-11-2024.

BUSTAMANTE SEGOVIA, C. A.: “La intermediación procesal en el Ecuador”, *Polo del Conocimiento*, No. 57, 2021, pp. 199-216

CALDERÓN CUADRADO, P.: “El derecho a un proceso con todas las garantías”, *Cuadernos de Derecho Público*, No. 10, pp. 153-178.

CAMINOS, P.: “El principio de proporcionalidad: ¿una nueva garantía de los derechos constitucionales?”, *Revista del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja*, No. 13, 2014, pp. 51-74.

CAMPOS MURILLO, W. E.: “Aplicabilidad de la teoría de las cargas probatorias dinámicas al proceso civil peruano apuntes iniciales”, *Revista Oficial del Poder Judicial*, No. 8-9, 2012-2013, pp. 201-214.

CANOSA SUÁREZ, U.: “El proceso civil por audiencias”, *revista Novum Jus: Revista especializada en sociología jurídica y política*, No. 1, 2003, pp. 65-78.

CARBONELL BELLOLIO, F.: “Regla del estándar de prueba como engranaje de los sistemas procesales sobre prueba sin convicción estándares de prueba y debido proceso”, *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*, Vol. 9, No. 1, 2021, pp. 246-258.

CASAUBÓN, J.A.: “Consideraciones sobre el idealismo jurídico”, *Sapientia*, Vol. 37, 1982, pp. 137-144.

CASCANTE, L.: “El reto para el proceso civil moderno: de la escritura a la oralidad”, *Iuris Dictio*, Vol. 4, 2003, pp. 7- 11.

CIFUENTES, P.: “El deber de buena fe en los procedimientos laborales: noción, manifestación y problemática”, *Revista chilena de derecho del trabajo y de la seguridad social*, No. 2, 2010, pp. 91-108.

CIPRIANI, F. “En el centenario del reglamento de Klein el proceso civil entre libertad y autoridad”, *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, Vol. 27, 2001, pp. 71-108.

CIPRIANI, F.: “El autoritarismo procesal y las pruebas documentales”, *Ius et Praxis*, No. 2, 2007, pp. 45-56.

CORDÓN MORENO, F.: "En Torno a los Poderes de Dirección del Juez Civil", *Revista de Derecho Privado*, No. 8, 1979, pp. 807-826.

CORREA GARCÍA, C. E.: "La producción documental en el arbitraje: un mecanismo destacado en la práctica internacional", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 14, 2024, pp. 233-276.

CORTES DOMÍNGUEZ, A., "Algunos aspectos sobre la inversión de la carga de la prueba", *Revista de Derecho Procesal Iberoamericano*, No. 2-3. 1972, pp. 581-639.

CUENTAS ORMACHEA, E.: "El abuso del derecho", *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, No. 51, 1997, pp. 463-484.

CUSI MAMANI, G.: "Descolonizar el conocer-saber para materializar el pluralismo jurídico", *Jurídica en red*, No. 2, 2014, pp. 9-17.

DE LA OLIVA, A.: "Sobre conceptos básicos del Derecho Procesal", *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, No. 1, 1976, pp. 191-214.

DI GIULIO, G.: "Obligaciones, deberes y cargas del defensor en el procedimiento penal bonaerense", *Cartapacio*, No. 2, 2004, pp. 1-7.

DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.: "Un recorrido por algunas cuestiones básicas del derecho procesal como disciplina jurídica", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, No. 12-13, 1994-1995, pp. 265-296

ESCUEDERO VILLANUEVA, A.: "El ocaso de los conquistadores: los límites de la riqueza y la lealtad durante la rebelión de los encomenderos en el virreinato del Perú, 1544-15481", *Revista del Instituto Riva-Agüero*, Vol. 5, 2020, pp. 111-151.

FERRER BELTRÁN, J.: "Apuntes sobre el concepto de motivación de las decisiones judiciales", *ISONOMÍA*, No. 34, 2011, pp. 87- 107.

FIGUEROA VARGAS, S., CUJILEMA QUINCHUELA, K.: "El Sumak Kawsay desde la perspectiva del sistema jurídico ecuatoriano", *Revista Justicia*, No. 33, 2018, pp. 51-70.

FUENTESECA DÍAZ, P.: "Las "legis acciones" como etapas del proceso romano", *Anuario de historia del derecho español*, No. 34, 1964, pp. 209-234.

GASCÓN ABELLÁN, M.: "Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos", *DOXA cuadernos de filosofía del derecho*, No. 28, 2005, pp. 127-139.

GONZÁLEZ VELASCO, J. VIVES USANO, P.: "Necesidad de alegar previamente la prescripción y las demás excepciones", *Revista Estudios Financieros*, No. 266, 2005, pp. 111-120.

GOZÁINI, O.: "La prueba científica no es prueba pericial", *Revista Derecho & Sociedad*, No. 38, 2012, pp. 169-175

GUASP, J.: "El sistema de una ley procesal civil hispanoamericana", *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, No. 1, 1956, pp. 23-125.

GUERRA SAN MARTÍN, J.: "Fases y estados informatizados en el proceso y comunicabilidad entre las aplicaciones de gestión para la oficina judicial", *Informática y derecho: Revista iberoamericana de derecho informático*, Vol. 1, 1996, pp. 585-620.

HERRERA, C.M.: "Socialismo jurídico y reformismo político en Carlos Sánchez Viamonte", *Revista de estudios políticos (Nueva epoca)*, No. 113, 2001, pp. 295-324.

HUMAN RIGHTS WATCH, Carta sobre independencia judicial en Ecuador, 29 de enero de 2014, Versión on line <https://www.hrw.org/es/news/2014/01/29/carta-sobre-independencia-judicial-en-ecuador> último acceso 09-04-2023.

ISLAS MONTES, R.: "Principios Jurídicos", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, No. 17, 2011, pp. 397-412.

KURUK, P., "El derecho consuetudinario en África y la protección del folklore", <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001277/127784s.pdf>
<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001277/127784s.pdf>

KYMLICKA, W.: "Pensar el multiculturalismo", *Íconos*, No. 10, 2001, pp. 118-129.

LATINOBARÓMETRO OPINIÓN PÚBLICA LATINOAMERICANA, Informe 1995-2015, Santiago de Chile. Versión on line www.latinobarometro.org Último acceso 09-04-2023.

LÓPEZ PULLES, R., TAPIA TAMAYO, A.: “Génesis de la Universidad Central del Ecuador”, *Revista de la Facultad de Ciencias Médicas de la Universidad Central del Ecuador*, Vol. 44, No. 1, 2019, pp. 80-85.

LORCA NAVARRETE, A.M. et al.: “La Oralidad en el Derecho Procesal Civil ¿Solución o Perjuicio?”, *Derecho y Sociedad*, No. 38, 2012, pp.226-338.

LUNA SALAS, F., NISIMBLAT MURILLO, N.: “El proceso monitorio: una innovación judicial para el ejercicio de derechos crediticios”, *Revista Jurídica Mario Alario D’Filippo*, Vol. 9, No. 17, 2017, pp. 154-168.

LUNA YERGA, A.: “Regulación de la carga de la prueba en la LEC en particular, la prueba de la culpa en los procesos de responsabilidad civil médico-sanitaria”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, No. 4, 2003, pp. 1-26

LUQUE GONZÁLEZ, A., ORTEGA ARMAS, T. y CARRETERO POBLETE P.: “La justicia indígena en Ecuador: el caso de la comunidad de Tuntatacto”, *Revista Prisma social la investigación en la educación superior y su impacto social*, No. 27, 2019, pp. 1-19

MANRIQUE, M. L.: “Prueba y estándares de prueba en el derecho”, *Revista Diánoia*, Vol. 57, No. 69, 2012, pp. 93-98

MARTÍN DIZ, F.: “Justicia digital post-covid19: el desafío de las soluciones extrajudiciales electrónicas de litigios y la inteligencia artificial”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, No. 2, 2020, pp. 41-74

MARTÍNEZ BERNAL, A.: “Sobre el concepto del derecho procesal”, *Revista de Derecho Privado*, Vol. 28, 1944, pp. 603-642.

MARTÍNEZ GARCÍA, E.: “Algunas reflexiones acerca del posible control de oficio de la existencia de convenio arbitral en la Audiencia Previa en la LEC”, *revista de derecho*, No. 1, 2002, pp. 1-8 Versión on line <https://www.uv.es/revdret/archivo/num1/elena.htm> Último acceso 01-11-2024.

MARTÍNEZ GARCÍA, E.: "Consideraciones sobre la prueba judicial", *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, No. 21, 2010, p. 208-210. Versión on line <https://turia.uv.es//index.php/CEFD/article/view/300/3017> Último acceso 01-11-2024.

MARTÍNEZ MEDRANO, G.: "Procedimiento de acciones colectivas", *La Ley*, Vol. 2, 2011, p. 1-5.

MEJÍA, A.: "Evolución Histórica de la oralidad y la Escritura en el Proceso Civil Español y ecuatoriano", *Ius Humani Revista de Derecho*, Vol. 6, 2017, pp. 73-94.

MERINO DAMIAN, M. CRESPO GÓMEZ Y. G.: "Las acciones colectivas", *Emerging Trends in Education*, Vol. 2, No. 4, 2015, p. 116-125.

MILLONES, L.: "Escondiendo la muerte: Atahualpa y Hernando de Soto en la pluma de Garcilaso", *Letras*, Vol. 77, 2006, pp. 21-39.

MIRANDA FLORES, J.: "La justicia en el Perú Pre-hispanico", *Revista jurídica del Perú*, No. 2, 1995, Pp. 9-28

MOLINA MESA, V.: "Valoración de la validez y de la eficacia de la prueba aspectos epistemológicos y filosófico-políticos", *Revista Estudios de Derecho*, Vol. 65, No. 146, 2008, pp. 166-197.

MONROY GÁLVEZ, J.: "Concepto de desistimiento", *THEMIS: Revista de Derecho*, No. 11, 1988, pp. 84-88

MONTERO AROCA, J.: "La Nueva Ley De Enjuiciamiento Civil Española y la Oralidad", *Derecho PUCP*, No. 53, 2000, pp. 583-668.

MONTESINOS GARCÍA, A.: "Algoritmos predictivos y perspectiva de género en el proceso penal", *IDP: revista de Internet, derecho y política = revista d'Internet, dret i política*, No. 39, 2023, p. 8. Pp. 1-12 Versión on line <file:///Users/danielpenaherrera/Downloads/Dialnet-AlgoritmosPredictivosYPerspectivaDeGeneroEnElProce-9437988.pdf> Último acceso 01-11-2024. Último acceso 01-11-2024.

MONTILLA BRACHO, J.: "La acción procesal y sus diferencias con la pretensión y demanda", *Cuestiones Jurídicas Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta*, No. 2, 2008, pp. 89-110.

MOVING OSTERGAAR, J.: "An Assessor on the Tribunal: How a Court is to Decide when Experts Disagree", *Civil Justice Quarterly*, No. 35, 2016, p. 319.

MUÑOZ BASAEZ, H.: "La verdad y el proceso", *Derecho y Sociedad*, No. 39, 2012, pp. 188-195

NIEVA, J.: "Los problemas de la oralidad", *Revista Justicia*, No. 1-2, 2007, pp. 101-130.

NOVAK, F.: "Los principios generales del derecho: la buena fe y el abuso del derecho", *Agenda Internacional*, No. 9, 1997, pp. 109-134

NUGENT, R.: "El Impulso y la Preclusión Procesales", *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, No. 13, 1953, pp. 81-86.

ORTELLS RAMOS, M.: "razones para un encuentro", *Oralidad y escritura un proceso civil eficiente*, Coloquio Internacional de la Asociación Internacional de Derecho Procesal, 2008. Versión on line <https://www.uv.es/coloquio/coloquio/Ponenc.htm>, último acceso 30-12-2023.

ORTÍZ, S.: "Neogranadinos en la revolución de Quito de 1809", *Boletín Cultural y Bibliográfico*, Vol. 3, 1960, pp. 645-648.

PALOMO VÉLEZ, D.: "Las cargas probatorias dinámicas: ¿Es indispensable darse toda esta vuelta?", *Ius et Praxis*, Vol. 19, No. 2, 2013, pp. 447-464

PALOMO VÉLEZ, D.: "Las marcas del proceso oral y escrito diseñado en el anteproyecto de nuevo CPC chileno", *Revista chilena de derecho*, No 3, 2009, pp. 621-661

PALOMO VÉLEZ, D.: "Reseña de "El juez y la prueba. Estudio de la errónea recepción del brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam y su repercusión actual de JOAN PICÓ I JUNOY", *Revista de Derecho (Valdivia)*, No. 2, 2008, pp. 293-294.

PECZENIK, A.: “Los principios jurídicos según Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 12, 1992, pp. 327-331.

PEDERNERA ALLENDE, M.: “Los estándares de prueba y el problema de la subjetividad en la decisión judicial”, *Revista Argentina de Teoría Jurídica (RATJ)*, Vol. 21, No. 1, 2020 pp. 23-47.

PÉREZ LUÑO, A. E.: “Seguridad jurídica y sistema cautelar”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 7, 1990, pp. 327-340

PEREZ MARTÍN, A.: “El ordo iudiciarius 'ad summariam notitiam' y sus derivados”, *Historia. Instituciones. Documentos*, No. 9, 1982, pp. 327-424

PÉREZ RAGONE, A.: “Algunas reflexiones sobre Chiovenda y su legado para Latinoamérica: Laudatio”, *Revistas IUS ET VERITAS*, No. 55, 2017, pp. 162-175

PÉREZ RAGONE, A.: “El revisionismo garantista en el proceso civil a través de las ideas de Franz Klein y Adolf Wach. Precisiones sobre eficiencia y derechos procesales”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, No. 42, 2014, pp. 523- 551

PÉREZ RESTREPO, J.: “La carga dinámica de la prueba en la responsabilidad administrativa por la actividad médica -decaimiento de su aplicabilidad”, *Revista Estudios de Derecho*, Vol. 58, No. 152, 2011, pp. 203-225.

PESCI FELTRI, M.: “Presupuestos procesales y requisitos constitutivos de la acción en el proceso de amparó”, *Revista de Derecho Público*, No. 50, 1992, pp.33-52

PEYRANO, J.: “La regla de la carga de la prueba enfocada como norma de clausura del sistema”, *Civil Procedure Review*, Vol. 1, No. 3, 2010, pp. 95-102.

PICÓ I JUNOY, J.: “La iniciativa probatoria del Juez Civil”, *Revista Advocatus*, No. 18, 2008, pp. 73-89.

PICÓ I JUNOY, J.: “Repensando los pactos procesales probatorios desde las garantías constitucionales del proceso”, *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Vol. 21. No. 1, 2020, pp. 153-164

PLANCHADELL GARGALLO, A: "La consecución de la tutela judicial efectiva en la litigación colectiva", *Revista InDret*, No. 4, 2015, p. 1-31. Versión on line https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1180_es.pdf Último acceso 01-11-2024.

PONCE, E.: "Bartolomé de Las Casas y el pensamiento criollo en el Ecuador", *Revista Diálogos Latinoamericanos*, No. 9, 2004, pp. 79-85.

PORTOCARRERO QUISPE, J.: "Ponderación", *Revista en Cultura de la Legalidad*, No. 12, 2017, pp. 210-223.

PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L.: "Derecho Procesal Civil", *Revista de Derecho Privado*, Vol. 1, 1968, pp. 260-279.

RAMOS ROMEU, F.: "forma del proceso y funcionamiento de la justicia: análisis de derecho comparado", *Oralidad y escritura un proceso civil eficiente*, Coloquio Internacional de la Asociación Internacional de Derecho Procesal, 2008. Versión on line <https://www.uv.es/coloquio/coloquio/comunicaciones/cp20ram.pdf>, último acceso 30-12-2023.

RAMOS, M.: "jefes Militares de la Revolución Quiteña", *Ecuador al debate*, No. 78, 2009, pp. 169-183.

REBOLLO PUIG, M.: "'Nemo auditur propriam turpitudinem allegans" en la jurisprudencia contencioso-administrativa", *Revista documentación administrativa*, No. 263-264, 2003, pp. 185-221

RESTREPO PIMIENTA, J. L. Y BOTERO COTES, J.G.: "El principio de oralidad en los procesos laborales colombo-venezolano en relación con la humanización y el derecho a la tutela judicial efectiva", *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, No. 129, 2018, pp. 613-626

REYES MOLINA, S.: "Juicio como herramienta epistemológica: el rol de la verdad en el proceso", *Anuario de filosofía jurídica y social*, No. 30, 2012, pp. 221-235.

RICHARD GONZÁLEZ, M.: "La justicia electrónica en España: qué es, como se regula y cómo funciona", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, No. 269, 2017, pp. 1031-1074

RÍOS MUÑOZ, L. P.: “Revisitando la naturaleza jurídica del proceso”, *IUDICIUM Revista de Derecho Procesal de la Asociación Iberoamericana de la Universidad de Salamanca*, No. 09, 2020, pp. 23-46

RODRÍGUEZ BEJARANO, C.: “El plazo razonable en el marco de las garantías judiciales”, *Memorando de Derecho*, No. 2, 2011, pp. 113-125

RODRÍGUEZ MUÑOZ, I.: “La prueba en la oralidad civil en Colombia”, *Revista Justicia Juris*, No. 12, 2009-2010, pp. 28-35.

RODRÍGUEZ, J.: “Los Orígenes de la Revolución de Quito en 1809”, *Proceso, revista ecuatoriana de historia*, No. 34, 2011, pp. 91-123.

ROJAS, J.: “Los acuerdos procesales”, *Civil Procedure Review*, Vo. 12, N. 2, 2021, pp. 103-107.

ROMERO SEGUEL, A: “El control de oficio de los presupuestos procesales y la cosa juzgada aparente: la capacidad procesal”, *Revista Chilena de derecho*, Vol. 28, 2001, pp. 781–789

ROMERO SEGUEL, A: “La adecuación del procedimiento en materia de derecho indígena”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 39, No. 3, 2012, pp. 819-828.

RÜAY SÁEZ, F.: “Análisis crítico sobre la inclusión del principio de buena fe procesal en el proyecto de código procesal civil chileno”, *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, No. 3, 2013, pp. 53-82.

RUIZ MANERO, J.: “Bobbio y los conceptos de norma jurídicamente última”, *Seqüência*, No. 64, 2012, pp. 39-55.

RUIZ RICO, G. J.: “La dimensión constitucional del principio de transparencia y el derecho de información activa”, *Revista de Derecho Político*, No. 110, 2021, pp. 47.78.

RUIZ, J.: “Las flores del derecho”, *Cahiers de linguistique hispanique médiévale*, No. 22, 1998. pp. 247-270

SAN CRISTÓBAL REALES, S.: “La transacción como sistema de resolución de conflictos disponibles”, *Anuario jurídico y económico escurialense*, No. 44, 2011, pp. 277-302

SÁNCHEZ ALMAZÁN, J.: “Pedro Franco Dávila, un personaje de la América española en el corazón de la Europa ilustrada”, *Naturalmente Museo Natural de Ciencias Naturales*, No. 4, 2014, pp. 18-21.

SÁNCHEZ GÓMEZ, M.: “La invasión napoleónica ¿guerra de independencia o guerra civil?”, *Monte Buciero*, No. 13, 2008, pp. 66-99.

SÁNCHEZ, A.: “stilus et praxis curiae, presupuestos para una visión actual del concepto”, *Cuadernos doctorales Navarra*, Vol. 11-20, 2002, pp. 801-107.

SENDRA GIMENO V.: “¿Puede un juez inadmitir de oficio una demanda por falta de legitimación de las partes?”, *Derecho y Sociedad revista de la Pontificia Universidad Católica de Perú*, No. 38, 2012, pp. 117-125

SENTIS MELENDO, S.: “Couture y su obra procesal”, *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, No. 16, 1957, pp. 43-70.

SIERRA GIL DE LA CUESTA, I.: “Principios del proceso civil”, *Aldaba revista del Centro Asociado a la UNED de Melilla*, No. 24, 1995, pp. 81-92 Versión on line <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1706465>, último acceso 12-02-2021.

SILVA GARCÍA, F. y VILLEDA AYALA, A.: “Libertad de configuración legislativa e irretroactividad de las leyes”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, No. 31, 2011, pp. 177-210.

SPRUNG, R.: “Los fundamentos del derecho procesal civil austriaco”, *Revista de derecho procesal*, Vol.1, 1979, p. 38.

TAPIA FERNÁNDEZ, I.: “Sujetos y objeto del proceso civil”, *Anuario Jurídico de La Rioja*, No. 5, 1999, pp. 13-66.

TARUFFO, M.: “¿Verdad negociada?”, *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, Vol. 21, No. 1, 2008, pp. 129-151.

TARUFFO, M.: “Oralidad y escritura como factores de eficiencia en el proceso civil”, *Oralidad y escritura un proceso civil eficiente*, Coloquio Internacional de la Asociación Internacional de Derecho Procesal, 2008. Versión on line <https://www.uv.es/coloquio/coloquio/Ponenc.htm>, último acceso 30-12-2023.

TARUFFO, M.: “poderes probatorios de las partes y del juez en Europa”, *DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 29, 2006, pp. 249-271.

TARZIA, G.: “Modelos europeos para un proceso civil uniforme”, *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, No. 53, 2000, pp. 735-751.

VARGAS SIFUENTES, J.L.: “El juicio a Atahualpa”, *Nota Investigativa Diario El Peruano*, reportaje 20 de octubre 2019. Versión on line <https://elperuano.pe/noticia/85851-el-juicio-a-atahualpa>, último acceso 09-02-2023.

VARGAS VÉLEZ, O.: “Lo probable y lo demostrable una aproximación a la obra de Lawrence Jonathan Cohen”, *Revista Academia & Derecho*, No. 6, 2013, pp. 111-124

VÁZQUEZ SOTELO, J.: “El proceso civil y su futuro”, *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, No. 56, 2003, pp. 175-219.

VEGA PÉREZ, L. ARIZA MANTILLA.: “teoría del deber-obligación de las partes, en los procesos de responsabilidad médica”, *Derecho y Realidad*, No. 34, pp. 115-132

VEGAS TORRES J.: “La eficacia excluyente de la litispendencia”, *Revista electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja*, No. 0, 2002, pp. 169-195.

VELÁSQUEZ RESTREPO, C.: “La audiencia preliminar”, *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana*, No. 87-88, 1990, pp. 175-199

VELÁZQUEZ, S.: “¿Estado de Derechos?”, *JUEES*, No.1, 2021, pp. 9-18.

WOLFF, H.: “El origen del proceso entre los griegos”. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, No. 247, 2007, pp. 335–374

YEDRO, J.: “Principios Procesales”, *Derecho y Sociedad*, No. 38, 2012, pp. 266-273.

ZULETA HINCAPIÉ, N.: “Derecho procesal: teoría e historia del proceso civil en Colombia”, *Revista de derecho UNED*, No. 9, 2011, pp. 463-496

3. Capítulo de libros

AGUIRRE, V.: “La tutela judicial efectiva como derecho humano: una aproximación a su concepción y situación en el Ecuador” en PROGRAMA ANDINO DE DERECHOS HUMANOS (Comp.): *¿Estado Constitucional de Derechos? Informe sobre derechos humanos Ecuador 2009*, Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador ediciones Aby Ayala, Quito, 2010, pp. 13-36.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N.: “Concepciones menores del proceso”, en ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N. (Comp.): *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Autónoma de México, México D.F., 1 ed., 1992, pp. 413-452.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N.: “El antagonismo juzgador-partes”, en ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N. (Comp.): *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Autónoma de México, México D.F., 1 ed., 1992, pp. 239-310.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N.: “La influencia de Wach y de Klein sobre Chiovenda”, en ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N. (Comp.): *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Autónoma de México, México D.F., 1 ed., 1992, pp. 547-570

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N.: “Liberalismo y autoritarismo en el proceso”, en ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N. (Comp.): *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Autónoma de México, México D.F., T. II, 1992, pp. 559-600.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N.: “Proceso oral y abogacía”, en ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N. (Comp.): *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Autónoma de México, México D.F., T. II, 1992, pp. 9-27.

ÁLVAREZ ALARCÓN, A.: “El sistema de arbitraje de consumo del Perú”, en SÚMAR, O. (Edit.): *Ensayos sobre protección al consumidor en el Perú*, Universidad del Pacífico, Lima, 2011, p. 129 pp. 125-140. Versión on line <https://repositorio.up.edu.pe/bitstream/handle/11354/186/SumarOscar2011.pdf> último acceso 01-11-2024.

ALVEAR ZENCK, J. S.: “Nulidades procesales según el Código Orgánico General de Procesos: nueva regulación, mismo final”, en CERVANTES VALAREZO, A. (Coord.): *Cuestiones actuales del derecho procesal*, editorial Cevallos, Quito, 2023, p. 307-323.

ANDERSON, M.: “Acceso a la justicia y al proceso legal: creando instituciones legales más receptivas a los pobres en los países en desarrollo” en BIRGIN, H., GHERARDI, N. (Coord.): *La garantía de acceso a la justicia: aportes empíricos y conceptuales*, FONTAMARA, México D.F., 2012, pp. 1-40.

ANZIZU FUREST, A.: “Aspectos sociológicos del proceso”, en RAMOS, F.(edit.): *Para un proceso civil eficaz*, Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, 1982, pp. 37-70.

ÁVILA SANTAMARÍA, R.: “Ecuador Estado constitucional de derechos y justicia” en ÁVILA SANTAMARÍA, R. (dir.): *Constitución del 2008 en el contexto andino*, editorial del Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, Quito, 2008, pp. 19-38.

BARONA VILAR, S., “A la búsqueda de la eficiencia y la celeridad claves de la Justicia Civil del Siglo XXI”, en ZAMORANO, A.A. (dir.): *Libro homenaje al Prof. Fábrega*, Instituto colombo-panameño de Derecho Procesal, Panamá, 2019, pp. 661-685.

BARONA VILAR, S.: “De la justicia algorítmica a la smart justice en la sociedad digital del sigloXXI”, en BUSTAMANTE RÚA, M. M., HENAO OCHOA, A., TORO GARZÓN, L. O.(Coord.): *Justicia y Sociedad 5.0.*, Institución Universitaria de Envigado, 2022, pp. 24-40

BARONA VILAR, S.: “Fundamento, evolución y contenido de la disciplina en el siglo XXI”, en GÓMEZ COLOMER, J. BARONA VILAR, S. (Coord.), *Introducción al Derecho Procesal I, Derecho Procesal I*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, València, 2024, pp. 25-45

BARONA VILAR, S.: “La vista oral”, en GÓMEZ COLOMER, J.L. y BARONA VILAR, S.(Coord.): *Proceso Penal: derecho procesal III*, Tirant lo Blanch, 2 ed., 2022, pp. 471-484

BERZOSA FRANCOS, M.: “Los principios configuradores del procedimiento en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, en ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J. (Coord.): *Instituciones del nuevo proceso civil*, Economist & Jurist, Barcelona, 2000, pp. 585-604

BONET NAVARRO, J.: “Principio de ductilidad, juntas de dilatación y vías para minorar las dilataciones”, en MUINELO COBO, J. C. (Coord.): *Digitalización de la justicia: prevención, investigación y enjuiciamiento*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 111-150

BRODERMANN FERRER, L. A.: “La unidad de la relación jurídico Procesal”, en GÓMEZ FRÖDE, C., BRISEÑO GARCÍA CARRILLO, M. E. (Coords.): *Nuevos paradigmas del derecho procesal*, Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Autónoma de México, México D.F., 2016, pp. 255-282.

CANDO SHEVCHUKOVA, S.: “La prueba pericial en el Código Orgánico General de Procesos breves propuestas para un diseño normativo”, en CERVANTES VALAREZO, A. (Coord.): *La actividad probatoria en el proceso*, editorial Cevallos, Quito, 2022, pp. 173-200

CRUZ RUEDA, E.: “Principios Generales del Derecho Indígena”, en HUBER, R. (coord.): *Hacia Sistemas Jurídicos Plurales. Reflexiones y experiencias de*

coordinación entre justicia estatal y el derecho indígena, Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, 2008, pp. 29-50.

DESPOUY, L.: “Acceso a la Justicia: impacto de la pobreza sobre los derechos humanos”, en DEFENSORÍA GENERAL DE LA NACIÓN. (Comp.): *Defensa pública: garantía de acceso a la justicia*, Ministerio Público de la Defensa, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2008, pp. 111- 139.

DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.: “Artículo 24 garantías procesales”, en ALZAGA VILLAMIL, O. (dir.): *Comentarios a la constitución española de 1978*, EDERSA, Tomo 3, Madrid, 1996, pp. 19-124.

FERRER BELTRÁN, J.: “La carga dinámica de la prueba entre la confusión y lo innecesario”, en NIEVA FENOLL, J. FERRER BELTRÁN, J. GIANNINI, L. J. (Coords): *Contra la carga de la prueba*, Marcial Pons, Barcelona, 2019, pp. 53-88.

FERRER, BELTRÁN J.: “La valoración de la prueba: verdad de los enunciados probatorios y justificación de la decisión”, en CARBONELL, M. OROZCO, J., VÁSQUEZ, R. (Coord.): *Estudios sobre prueba*, Universidad Autónoma de México, México D.F., 2006, pp.1-41.

GARCÍA BARRERA, M. E.: “Justicia electrónica o ciber justicia el tribunal virtual y sus alcances en Nuevo León”, en IBARRA SÁNCHEZ, E., ROMERO FLORES, R. (Coord.): *Estudios en Homenaje a Julio Téllez Valdés por sus 30 años de labor académica en el derecho informático*, Universidad Autónoma de León-Centro, México, 2010 p. 208-230

GARCÍA FIGUEROA, A.: “La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo”, en CARBONELL, M. (Ed.): *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 159-186.

GORJÓN GÓMEZ, F. SÁNCHEZ VÁZQUEZ, R.: “Los métodos alternos de solución de controversias como herramientas de paz”, en SÁNCHEZ GARCÍA, A. (Coord.): *Métodos alternos de solución de conflictos, herramientas de paz y modernización de la justicia*, Dykinson-Universidad Rey Juan Carlos 2011, pp. 29-40

JARA VÁSQUEZ, M. E.: “Mecanismos de tutela colectiva de derechos de consumidores y a la libre competencia en el caso ecuatoriano”, en DE LA GUERRA ZUÑIGA, E. (Edit.): *El derecho económico en tiempos de crisis*, Ediciones Legales, Quito, 2020, pp. 351-369

KELSEN, H.: “¿Qué es la justicia?”, en TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL (Comp.): *Lecturas de filosofía del derecho*, México D.F., 2001, pp. 3-44.

LEPORI WHITE, I.: “Cargas probatorias dinámicas” en LEPORI WHITE, I. (Coord.): *Cargas probatorias dinámicas*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2004, pp.35-72

LÓPEZ OLVERA, M. A.: “Los presupuestos procesales y la tutela judicial efectiva”, en FERNÁNDEZ RUIZ, J. OTERO SALASF. (Coord.): *Justicia contenciosa administrativa congreso Internacional*, Universidad Autónoma de México, México D.F., 2013, pp. 713-731.

LÓPEZ ORELLANA, M.: “El poder de disposición sobre el proceso y su objeto. terminación anormal del proceso”, en FLORS MATÍES, J. (Coord.): *Proceso civil doctrina jurisprudencial y práctica forense*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 1-65.

MONTELEONE, G.: “Principios e ideologías del proceso civil: Impresiones de un "revisionista", en MONTERO AROCA J. ALVARADO VELLOSO, A. (coord.): *Proceso civil e ideología un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos: Moción de Valencia (2006), Declaración de Azul (2008)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 105-116.

MONTERO AROCA, J.: “La formación del proceso y de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, en MONTERO AROCA, J. et altri (dirs.): *Derecho jurisdiccional II proceso civil*, Tirant to blanch, Valencia, 27 ed., 2019, p. 38-51

MONTERO AROCA, J.: “La imparcialidad judicial en el Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en FERRER MAC-GREGOR, E. y ZALDÍVAR LELO DE LARREA, A. (coord.): *La ciencia del derecho procesal constitucional estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador de derecho*,

Universidad Nacional Autónoma de México/Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional/Marcial Pons, Tomo 9, México D.F., 2008, pp. 777-817.

MONTERO AROCA, J.: “La oralidad en el modelo garantista del proceso civil”, en DE OLIVA SANTOS, A. y PALOMO VELÉZ D. (Coord.): *Proceso civil hacia una nueva justicia civil*, editorial jurídica de Chile, Santiago, 2007, pp. 255-282.

MONTERO AROCA, J.: “Lección Duodécima: Naturaleza y clases de procesos”, en MONTERO AROCA, J., BARONA VILAR, S., GOMEZ COLOMER, J. (dirs.): *Derecho Jurisdiccional I Parte General*, Tirant lo blanch, Valencia, 27 ed., 2019, pp. 226-243.

NIEVA FENOLL, J.: “La carga de la prueba una reliquia histórica que debiera ser abolida”, en NIEVA FENOLL, J. FERRER BELTRÁN, J. GIANNINI, L. J. (Coords): *Contra la carga de la prueba*, Marcial Pons, Barcelona, 2019, pp. 23-52.

OTEIZA, E.: “El juez ante la tensión entre libertad e igualdad”, en PALACIO, L. et altri. (Dir.): *Revista de derecho procesal (número extraordinario) poderes y deberes del juez (homenaje a J. Ramiro Podetti)*, Rubinzal-Culzoni editores, Buenos Aires, 2004, pp. 213-233.

OTEIZA, E.: “El principio de colaboración y los hechos como objeto de la prueba O ‘provare o soccombere’ ¿Es posible plantear un dilema absoluto?”, en MORELLO, A. (Dir): *Los hechos en el proceso civil*, La ley, Buenos Aires, 2003, pp. 79-92.

PEÑAHERRERA TOAPAXI, D. y ABAD ARÉVALO, D.: “Los presupuestos procesales y materiales”, en CERVANTES VALAREZO, A. (Coord.): *Cuestiones actuales del derecho procesal*, editorial Cevallos, Quito, 2023, pp. 187-220.

PEÑAHERRERA TOAPAXI, D.: “Tendencias y transformaciones en la resolución de conflictos: un enfoque global de la mediación, capítulo Ecuador”, en BARONA VILAR, S. (Edit.): *Mac, to be or not to be?*, Tirant lo blanch, Valencia, 2024, p. 329-352.

PÉREZ DAUDÍ, V.: “La transformación digital de la justicia civil”, en MUINELO COBO, J. C. (Coord.): *Digitalización de la justicia: prevención, investigación y enjuiciamiento*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 461-494

PEYRANO, J. W. CHIAPPINI, J. O.: “Lineamientos de las cargas probatorias dinámicas” en LEPORI WHITE, I. (Coord.): *Cargas probatorias dinámicas*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2004, pp. 13-18.

PEYRANO, J. W.: “nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas” en LEPORI WHITE, I. (Coord.): *Cargas probatorias dinámicas*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2004, pp. 19-24.

PICÓ I JUNOY, J.: “El derecho a la prueba”, en PICÓ I JUNOY, J. MENDOZA DÍAZ, I. J. MANTECÓN RAMOS, I. A. (Dirs.): *La prueba a debate diálogos Hispanos-Cubanos*, Editorial Bosh, Barcelona, 2021, pp. 17-56.

PRIORI POSADA G.: “La carga de la prueba en la motivación de resoluciones judiciales”, en PRIORI POSADA G. (coord.): *Argumentación jurídica y motivación de las resoluciones judiciales*, Palestra, Lima, 2016, pp. 173-184

QUIJANO, A.: “Colonialidad el Poder y Clasificación Social”, en CASTRO-GÓMEZ, S., GROSGOUEL, R. (Eds.): *El Giro Decolonial Reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*, Pontificia Universidad Javeriana / Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2007, pp. 93-126.

RODRÍGUEZ J.: “Las primeras juntas autonomistas. 1808-1812” en CARRERA DAMAS, G. (Edit.): *Historia de América Latina, Crisis del régimen colonial e independencia*, Universidad Andina Simón Bolívar/libresa, Quito, 2003, pp. 420-467.

ROJAS LÓPEZ, J. G.: “Los principios de la oralidad”, en ROJAS LÓPEZ, J. G. et altri. (Dir.): *Oralidad y Proceso*, Universidad de Medellín, Medellín, 2009, pp. 81-90.

SÁNCHEZ MARIANA, M.: “El libro en la Baja Edad Media. Reino de Castilla”, en ESCOBAR, H. (dir.): *Historia ilustrada del libro español*, Fundación Germán Sánchez Ruipérez: Pirámide, Madrid, 2 ed., 1996, pp. 165-223.

TARUFFO, M.: “Consideraciones sobre prueba y verdad”, en COLOMA, R. (Coord.): *La prueba en el nuevo proceso penal*, Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2004, pp. 163-184.

TARUFFO, M.: “El conocimiento científico y estándares de la prueba judicial” en CORREA RESTREPO, L. (Edit.): *Nuevas tendencias del derecho procesal constitucional y legal*, Sello Editorial de la Universidad de Medellín, Medellín, 2005, pp. 15-34

TARUFFO, M.: “La prueba científica en el proceso civil”, en CARBONELL, M., OROZCO HENRÍQUEZ, J., VÁZQUEZ R. (Coords.): *Estudios sobre la prueba*, Universidad Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México D.F., 2018, pp. 135-178.

TRUJILLO, J.: “Sociedad civil, Estado y participación”, en ANDRADE, S., GRIJALVA, A. STORINI, C. (edits.): *La nueva Constitución del Ecuador. Estado, derecho e instituciones*, Corporación Editora Nacional / Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Quito, 2009, pp. 21-44.

TRUJILLO, J.C., GRIJALVA, A. y ENDARA, X.: “Propuesta de proyecto de ley de funciones de justicia de las autoridades indígenas en el Ecuador” en SALGADO, J. (comp.): *Justicia indígena aportes para un debate*, Aby-Ayala, Quito, 2022, pp.157-165.

4. Leyes

Anteproyecto al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Comisión Redactora designada por RESOL-2017-496-1PN-MJ y RESOL-2017-829-APN-MJ.

CEJA, Código Procesal Unificado, párrafo 6º del Título II del Libro III.

Código Civil del Ecuador, Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005

Código Modelo para Procesos Colectivos para Iberoamérica, Caracas, 28 de octubre de 2004.

Código Orgánico de la Función Judicial, Registro Oficial Suplemento 544 de 09 de marzo de 2009.

Código Orgánico General de Procesos (COGEP), Registro Oficial Suplemento 506, 22 de mayo de 2015.

Código Procesal Civil de Costa Rica No. 9342

Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, sancionado el 20 de septiembre de 1967, Publicada en el Boletín Nacional del 07 de noviembre de 1967.

Comisión Justicia Indígena Micc, Manual de Justicia Indígena, CONAIE, Quito, 2018.

Consejo Nacional de la Judicatura, Proyecto de Código General del Proceso.

Constitución española año BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

Constitución Política del Ecuador de 1998, Registro Oficial 1, 11 de agosto de 1998.

Constitución Política del Ecuador de 2008, Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

Convención Americana Sobre Derechos Humanos, suscrita en la conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos (b-32), San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969.

Convención de Viena sobre el derecho de los tratados U.N. Doc A/CONF.39/27, 1969.

Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950.

Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

Declaración Universal de los Derechos Humanos, resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

Estatuto General de la Abogacía Española, BOE núm. 71, de 24 de marzo de 2021.

Instructivo Derivación de Causas Judiciales a Centros de Mediación, Resolución del Consejo de la Judicatura 145, Registro Oficial Suplemento 855, 05 de octubre de 2016.

Ley de Enjuiciamiento Civil, BOE núm. 7, de 8 de enero de 2000.

Ley de tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, Ley 10/2012, BOE núm. 280, de 21 de noviembre de 2012.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional” Registro Oficial Suplemento 52 de 22-oct-2009

Ley Orgánica del Poder Judicial, BOE núm. 157 de 02 de julio de 1985.

Nuevo código de procedimiento civil alemán de 1931.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1996.

Presidencia de la Corte Nacional de Justicia Oficio Circular No: FJA-PCPA-245-2019, 05 de agosto de 2019.

Presidencia de la Corte Nacional de Justicia Oficio Circular No: 00603-SP-CNJ-2018, 24 de abril del 2018.

Primer Registro Auténtico Nacional Ecuatoriano, No. 5, 1835.

Protocolo de Diálogo Intercultural entre Justicia Indígena y Ordinaria, Resolución del Consejo de la Judicatura No. 53, Registro Oficial Suplemento 285, 06 de abril del 2023.

Proyecto de reforma del procedimiento alemán de 1928.

Proyecto de simplificación de la vía judicial alemana de 1923.

Registro Oficial 133, 25 de mayo de 1967.

Registro Oficial 228, 06 de marzo de 1945.

Registro Oficial 338, 18 de marzo de 1968.

Registro Oficial 773, 31 de diciembre de 1946.

Registro Oficial 800, 27 de marzo de 1979.

Registro Oficial Suplemento 133, 07 de febrero de 1953.

Registro Oficial Suplemento 58, 12 de julio de 2005.

Registro Oficial Suplemento 687, 18 de mayo de 1987.

Secretaría General del Consejo del Distrito Metropolitano de Quito, Acta No. 2015-81-E- conmemorativa, Municipio de Quito, 10 de agosto de 2015.

5. Jurisprudencia

Comisión Interamericana de derechos Humanos, informe No. 3/87, caso 9647

Comisión Interamericana de derechos Humanos, informe No. 62/02, caso 12.285

Comisión Interamericana de derechos Humanos, informe No. 97/03, caso 11.193.

Comisión Interamericana de derechos Humanos, opinión consultiva OC-16/99, 1 de octubre de 1999.

Corte Constitucional de Colombia, sentencia No. C-124/11.

Corte Constitucional de Colombia, sentencia No. C-699-00.

Corte Constitucional de Colombia, sentencia No. C-736/02

Corte Constitucional del Ecuador, sentencia 012-14-SEP-CC, caso 0529-12-EP, 15 de enero del 2014.

Corte Constitucional del Ecuador, sentencia 030 09-SEP-CC, caso 0100-09-EP, de 24 de noviembre de 2009

Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 1338-13-EP/20, de 1 de julio de 2020.

Corte Constitucional del Ecuador, sentencia 188-15-EP/20 de 11 de noviembre de 2020.

Corte Constitucional del Ecuador, sentencia 239-17-EP/22, caso 239-17-EP, 12 de enero de 2022.

Corte Constitucional del Ecuador, sentencia 34-19-IN/21, 28 de abril de 2021.

Corte Constitucional del Ecuador, sentencia 779-20-EP de 16 de agosto de 2024.

Corte Constitucional del Ecuador, sentencia 860-12-EP/19 de 04 de diciembre del 2019.

Corte Constitucional del Ecuador, sentencia interpretativa No. 0001-09-SIC-CC, caso 0005-09-IC, de 13 de marzo de 2009

Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 005-13-SCN-CC, caso No. 0498-12-CN, 28 de febrero de 2013.

Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 005-16-SEP-CC, Caso No. 1221-14-EP, 06 de enero de 2016.

Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 031-10-SCN-CC, casos acumulados No. 0044-0-CN, 0045-10-CN, 0046-10-CN y 0047-10-CN, de 2 de diciembre de 2010.

Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 108-15-SEP-CC, caso No. 0672-10-EP de 8 de abril de 2015.

Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 112-14-JH/21, 21 de julio de 2021, p. 64.

Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 1128-15-EP/21, de 20 de enero de 2021.

Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021.

Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 1286-16-EP/21, de 5 de mayo de 2021.

Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 135-14-EP/20, de 27 de febrero de 2020.

Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 16-20-CN/21, caso No. 16-20-CN, 24 de febrero 2021.

Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 1828-15-EP/20, caso No. 1828-15-EP de 9 de septiembre de 2020.

Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 1837-12-EP/20, de 29 de enero de 2020.

Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 226-15-SEP-CC, caso No. 1344-11-EP, de 15 de julio de 2015.

Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 2951-17-EP/21, caso No. 2951-17-EP, 21 de diciembre de 2021.

Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 308-14-EP/20, de 19 de agosto de 2020.

Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 36-16-IN y acumulados/22 de 08 de junio de 2022.

Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 756-13-EP/20, de 6 de febrero de 2020.

Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 889-20-JP/21, caso No. 889-20-JP de 10 de marzo de 2021.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Acosta versus Nicaragua, sentencia de 25 de marzo de 2017.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Almonacid Arellano versus Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Aloeboetoe y otros versus Surinam, Sentencia de 10 de septiembre de 1993, párrafo 57.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Apitz Barbera y otros versus Venezuela, en sentencia de 5 de agosto de 2008.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Blake versus Guatemala, Sentencia de 24 de enero de 1998, voto razonado del juez Cançado Trindade.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Carpio Nicolle y otros versus Guatemala, sentencia de 22 de noviembre de 2004.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros versus Trinidad y Tobago, sentencia de 21 de junio de 2002

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Castillo Páez versus Perú, sentencia de 26 de noviembre de 2013.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Chinchilla Sandoval versus Guatemala, sentencia de 29 de febrero de 2016.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek versus Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 24 de agosto de 2010, serie C No. 214.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos Y Otros) versus Ecuador, sentencia de 28 de agosto de 2013.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Díaz Peña versus Venezuela, excepción preliminar, Fondo reparaciones y costas, sentencia de 26 de junio de 2012. Serie C No. 244.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Escher y otros versus Brasil, sentencia de 6 de julio de 2009.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Furlan y Familiares versus Argentina, sentencia de 31 de agosto de 2012.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Genie Lacayo versus Nicaragua-Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 29 de enero de 1997, Serie C No. 30.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Goiburú y otros versus Paraguay, sentencia de 22 de septiembre de 2006.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Jenkins versus Argentina, sentencia de 26 de noviembre de 2019.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso La Cantuta versus Perú, sentencia de 30 de noviembre de 2007.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso López Lone y otros versus Honduras, sentencia de 5 de octubre de 2015.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Masacre de Pueblo Bello versus Colombia, sentencia de 26 de noviembre de 2013, voto razonado del juez Cançado Trindade.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Mendoza y otros versus Argentina., Sentencia de 14 de mayo de 2013.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Montesinos Mejía versus Ecuador, sentencia de 27 de enero de 2020.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Ramírez Escobar y Otros versus Guatemala, sentencia de 9 de marzo de 2018.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Rodilla Pacheco versus México, sentencia de 23 de noviembre de 2009.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Suárez Rosero versus Ecuador, sentencia de 12 de noviembre de 1997.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Valle Jaramillo y otros versus Colombia, Fondo Reparaciones y costas, sentencia de 27 de noviembre de 2008, serie C No. 192.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Zegarra Marín versus Perú, sentencia 15 de septiembre de 2017.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Garrido y Baigorria versus. Argentina, sentencia de 27 de agosto de 1998.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Heliodoro Portugal versus Panamá, sentencia de 12 de agosto de 2008.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, opinión consultiva OC-18/03, 17 de septiembre de 2003.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-21114.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC6/86, 9 de mayo de 1986.

Corte Nacional de Justicia, resolución de 03 de mayo del 2017, No. 12-2017.

Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Civil y mercantil, sentencia de 27 de mayo de 2014, No. 0387-2012.

Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Laboral, sentencia de 20 de noviembre de 2014, No. 886-2014.

Corte Nacional de Justicia, sentencia de 14 de noviembre del 2022, No. 17230-2015-19365.

Corte Suprema de Colombia, Sala de casación Laboral, sentencia de 14 de febrero de 2015, No. 22923.

Corte Suprema de Justicia de Colombia Sala de Casación Laboral, caso 11325-2016, radicación No. 45089, 1 de junio de 2026.

Corte Suprema de Justicia del Ecuador, Gaceta Judicial año CXIX, serie, XVIII, No. 13, 2013.

Corte Suprema de Justicia del Ecuador, Gaceta Judicial año XXV, serie IV. No. 211 de 07 de mayo de 1925.

Corte Suprema de Justicia del Ecuador, Gaceta Judicial No. 3 de III del 2000.

Corte Suprema de Justicia del Ecuador, Resolución No. 137-99 publicada en el R.O. 185 de 6 de mayo de 1999.

Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, sentencia de 22 de octubre de 1999, No. 157-99.

Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 000S-09-SAN-CC, 09 de diciembre del 2009.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, sentencia No. 1018-1997.

Sentencia del Tribunal de Justicia del Distrito Federal y de los Territorios de Brasil, No. 1234200, 07128439420188070020, Relator: Carlos Rodrigues, Primera Sala Civil, 19 de febrero de 2020, publicada en el Diario de Justicia Electrónico el 19 de marzo del 2020.

Sentencia del Tribunal de Justicia del Distrito Federal y de los Territorios de Brasil, No. 984997, 20160020474032AGI, Relator: Fábio Eduardo Marques, Séptima Sala Civil, 30 de noviembre del 2016, publicada en el Diario de Justicia Electrónico el 5 de diciembre de 2016.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Brasil, Recurso Especial No. 1.738.656 - RJ (2017/0264354-5), Relator: Nancy Andrigli.

Superior Tribunal de Justicia de Santiago del Estero, 2 de Julio de 1996, Nro. Interno: 20321, Id. SAIJ: SUZ0002606.

Tribunal Constitucional español No. 184/1998 de 28 de septiembre.

Tribunal Constitucional español, BOE No. 276 de 17 de noviembre de 1982.

Tribunal Constitucional español, sentencia No. 100/1996 de 11 de junio.

Tribunal Constitucional español, sentencia No. 140/2016 de 21 de julio.

Tribunal Constitucional español, sentencia No. 167/2002 de 18 de septiembre

Tribunal Constitucional español, sentencia No. 177-2014 de 3 de noviembre, Voto particular del Magistrado don Ricardo Enríquez Sancho

Tribunal Constitucional español, sentencia No. 19/1985 de 13 de febrero.

Tribunal Constitucional español, sentencia No. 31/1997 de 24 de febrero.

Tribunal Constitucional español, sentencia No. 55/1990 de 28 de marzo.

Tribunal Constitucional español, sentencia No. 55/2019, de 6 de mayo, BOE núm. 138, de 10 de junio de 2019.

Tribunal Constitucional español, sentencia No. 7/1997 de 14 de enero.

Tribunal Constitucional español, sentencia No. 85/1992 de 8 de junio.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos sentencia de 21 de diciembre de 2000, caso Wettstein versus Suiza, No. 33958/96.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Piersack, sentencia de 1 de octubre de 1982.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 06 de junio del 2000, caso Morel versus Francia, No. 34130/96.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 07 de julio de 1989, caso Unión Alimentaria Sanders, S. A. versus España, No. 11681/85.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 10 de julio de 1984, caso Guincho, No. 8990/80.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 13 de noviembre de 2007, caso Driza versus Albania, No. 33771/02.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 15 de octubre 2009 caso Micallef versus Malta, No. 17056/06.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 16 de septiembre de 1999, caso Buscemi versus Italia, No. 29569/95.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 17 de junio de 2003, caso Pescador Valero versus España, No. 62435/00.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 19 de febrero de 1991, caso Motta, No. 195-A.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 2 de septiembre de 2009, caso Codarcea versus Rumanía, No. 31675/04.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 21 de julio de 2009, caso Luka versus Rumania, No. 34197/02.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 22 de junio de 2004, caso Pabla Ky versus Finlandia, No. 47221/99.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 23 de junio de 1993, caso Ruiz Mateos versus España, No. 262.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 23 de marzo de 1994, caso Silva Pontes versus Portugal, No. 14940/89.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 23 de septiembre de 1997, caso Robins versus Reino Unido, No. 22410/93.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 26 de septiembre de 1996, caso Di Pede versus Italia, No. 15797/89.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 26 de septiembre de 1996, caso Zappia versus Italia, No. 24295/94.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 27 de febrero 2013, caso Golubović versus Croacia, No. 43947/10.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 28 de junio de 1981, caso Le Compte, Van Leuven y De Meyere versus Bélgica, No. 6878/75.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 28 de junio de 1978, caso König, No. 232/73.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 29 de enero de 1997, caso Genie Lacayo, No. 30.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 29 de marzo de 2006, Caso Cocchiarella versus Italia, No. 64886/01.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 30 de octubre de 1998, caso *Styranowski versus Polonia*, No. 28616/95.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 31 de marzo de 1992, caso *X. versus Francia*, No. 18020/91.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 6 de abril de 2004, caso *Krzak versus Polonia*, No. 51515/99.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 6 de mayo de 1981, caso *Buchholz Serie A*, No. 42.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 8 de Julio de 1987, caso *H. versus Reino Unido*, No. 9580/81.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 9 de marzo de 2004, caso *Jablonská versus Polonia*, No. 60225/00.

Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valencia 1025/2016, 10 de mayo de 2016.

Tribunal Supremo español No. 544/2005 de 27 de junio

Tribunal Supremo español No. 719/1999 de 6 de febrero.

Tribunal Supremo español, No. 140/2012, 13 de marzo del 2012

Tribunal Supremo español, No. 2563/1998, 20 de octubre de 2004.

Tribunal Supremo español, No. 4131/1999, 07 de julio de 2006.

Tribunal Supremo español, Sala cuarta de lo Social, No. 3156/1994, 24 de abril.

Tribunal Supremo español, Sala de lo Civil, No. 607/2019, 14 de noviembre.

Tribunal Supremo español, Sala de lo Social No. 448/2004, 2 de marzo.

Tribunal Supremo español, Sala primera de lo Civil, No. 199/2010, 05 de abril.

Tribunal Supremo español, Sala Primera de lo Civil, No. 2186/1990, 26 de enero.

Tribunal Supremo español, Sala Primera de lo Civil, No. 603/1985, 10 de abril.