

**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

SISTEMA DE POSGRADO

MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL

TEMA:

**EL ACTIVISMO JUDICIAL Y SU INFLUENCIA EN EL COMPORTAMIENTO DEL
JUEZ EN PROCESOS CIVILES.**

AUTOR:

ABOGADO CARLOS ALBERTO ZAMBRANO PIN

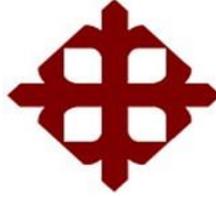
**PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL GRADO ACADÉMICO DE: MAGÍSTER EN
DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**

TUTORA:

DRA. MARÍA ISABEL NUQUES MARTÍNEZ

GUAYAQUIL, ECUADOR

2021



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo fue realizado en su totalidad por el Abogado **Carlos Alberto Zambrano Pin**, como requerimiento parcial para la obtención del Grado Académico de **MAGISTER EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**.

DIRECTOR DEL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

DRA. ISABEL NÚQUEZ MARTINEZ

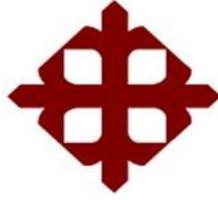
REVISOR

DRA. NURIA PEREZ PUIG

DIRECTOR DEL PROGRAMA

DR. MIGUEL HERNÁNDEZ TERÁN

Guayaquil, a los 13 días del mes de febrero del año 2021



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo, Carlos Alberto Zambrano Pin

DECLARO QUE:

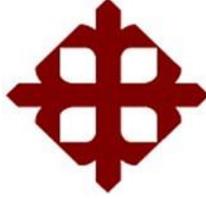
El Proyecto de Investigación **EL ACTIVISMO JUDICIAL Y SU INFLUENCIA EN EL COMPORTAMIENTO DEL JUEZ EN PROCESOS CIVILES**, previo la obtención del **Grado Académico de MAGISTER EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**, ha sido desarrollado en base a una investigación exhaustiva, respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan en la sección de bibliografía. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance científico de la tesis del Grado Académico en mención.

Guayaquil, a los 13 días del mes de febrero del 2021.

EL AUTOR

Ab. Carlos Alberto Zambrano Pin



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**

AUTORIZACIÓN

Yo, Carlos Alberto Zambrano Pin,

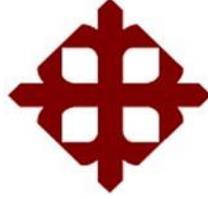
Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, la publicación en la biblioteca de la Institución del Proyecto de Investigación previo a la obtención del grado académico de **MAGISTER EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL** titulado **EL ACTIVISMO JUDICIAL Y SU INFLUENCIA EN EL COMPORTAMIENTO DEL JUEZ EN PROCESOS CIVILES**, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, a los 13 días del mes de febrero del 2021.

EL AUTOR



Ab. Carlos Alberto Zambrano Pin



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**

INFORME DE URKUND

← → ↻ secure.orkund.com/old/view/81662808-946560-340822#FcMxDslwDEDru2T+QnbsOHGvghhQBSgDXToi7k540vuU91m2q6Co/NV17YGqtRBTUwxwwjLHBeCUMKJpDMal2+Uc760+Zz7/dgfZZOLWLqPlj1C0yz69wc= ☆ ≡ 🔴

Aplicaciones ★ Bookmarks 📺 Hotmail, TV, Videos... 📧 Gmail 📺 YouTube 📍 Maps 🔄 Inicio de sesión en... 🔄 Roundcube Webma... 🔑 Sign In

ORKUND

Documento [Trabajo Carlos Zambrano Pin agosto 2020 bien.docx](#) (D85320145)

Presentado 2020-11-14 14:59 (-05:00)

Presentado por Andrés Isaac Obando Ochoa (ing.obandoo@hotmail.com)

Recibido santiago.velazquez.ucsg@analysis.orkund.com

Mensaje RV: INFORMES DE REVISIÓN 100% DEL TRABAJO DE TITULACIÓN [Mostrar el mensaje completo](#)
4% de estas 43 páginas, se componen de texto presente en 10 fuentes.

Lista de fuentes Bloques

+	Categoría	Enlace/nombre de archivo	-
+		https://repositorio.uta.edu.ec/bitstream/123456789/24714/1/FJCS-DE-983.pdf	-
+		EC ALEJANDRO.docx	-
+		1- PROYECTO FINAL PIEDAD ALEJANDRA REVELÓN agosto.docx	-
+		https://editorial.tirant.com/es/monocnt?dald=116&patron=01&asamblea	-
+		https://core.ac.uk/download/pdf/71903099.pdf	-
+		KARLA ESTEFANI ULLOA JIMENEZ.docx	-
+		Mercedes - Tesis de Maestría - La prueba de oficio - revision mc281019.docx	-
+		https://www.orimerainstancia.com.mx/articulos/la-disputa-entre-el-activismo-y-el-garantismo-en-el-proceso-civil-s...	-
+		INFORME DE TESIS LEYVA ALTAMIRANO VICTOR HUGO.docx	-
+		PRUEBA PERICIAL final.docx	-

AGRADECIMIENTO

A mi Dios todopoderoso por darme la inspiración y fuerzas para volver a estudiar.

A María Isabel Nuques, por sus consejos y dirección en este trabajo.

A los docentes Miguel Hernández y Carlos De Tomasso quienes con su enseñanza de me dieron una visión progresista de la abogacía.

A María Parrales, Daniela Zambrano, Sofía Zambrano y Alonso Zambrano, miembros de mi círculo familiar, por quienes día a día me esfuerzo.

A los magistrados y abogados quienes tuvieron la gentileza de ayudarme a obtener datos estadísticos.

Carlos Alberto Zambrano Pin

DEDICATORIA

A los magistrados del país que administran justicia con probidad y ética.

A los jueces que buscan la verdad de los hechos en los procesos judiciales.

A los administradores de justicia que muestran interés en resolver los conflictos con rapidez y eficiencia.

A todos ellos mi admiración y dedicatoria.

Carlos Alberto Zambrano Pin

INDICE GENERAL

Agradecimiento	VI
Dedicatoria	VII
Indice General	VIII
Resumen	XI
Abstract	XII
 CAPITULO I	
INTRODUCCIÓN	1
1.1. OBJETO DE ESTUDIO	2
1.2. CAMPO DE ESTUDIO	2
1.3. DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA	3
1.4. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	5
1.5. PREMISAS PARA INVESTIGACIONES CUALITATIVAS	5
1.6.OBJETIVOS	
1.6.1. Objetivo General	8
1.6.2. Objetivos Específicos	8
1.7. MÉTODOS TEÓRICOS A APLICARSE	8
1.8. MÉTODOS EMPÍRICOS A APLICARSE	9
1.9.NOVEDAD CIENTÍFICA O RESULTADOS A ALCANZAR	9
 CAPÍTULO II	
CAPÍTULO TEÓRICO	
2.1. Definición de activismo judicial	10

2.2. Orígenes del activismo judicial	10
2.3. Postulados del activismo judicial y defensores	12
2.4. Críticas y detractores del activismo judicial	14
2.5. Ventajas / beneficios de la doctrina del activismo judicial	20
2.5.1. El impulso oficioso del proceso	22
2.5.2. La prueba de oficio	24
2.5.3. Motivación de resoluciones sobre principios Constitucionales y de Derechos Humanos	26
2.5.3.1. Revisión de la normativa ecuatoriana respecto de la motivación de resoluciones en base a principios	34
2.6. Análisis y comparación de la legislación procesal ecuatoriana con la normativa peruana y colombiana, y la contenida en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica	39
2.6.1. Respecto al impulso oficioso del proceso	39
2.6.2. Iniciativa probatoria del Juez	41
CAPÍTULO III	
CAPÍTULO METODOLÓGICO	
3.1. Metodología	47
3.2. Cuadro de operacionalización de variables	48
3.4. Cuadro de unidades de análisis	50
CAPÍTULO IV	
CAPÍTULO DE RESULTADOS	

4.1. Presentación de resultados	51
4.1.1. Resultados de las encuestas	51
4.1.2. Resultados de las entrevistas	57
CAPÍTULO V	
CAPÍTULO DE DISCUSIÓN	
5. Argumentación jurídica de los resultados	64
CAPÍTULO VI	
6.1. PROPUESTA	67
6.1.1. Modelo de Reforma Legal Propuesta	68
6.2. CONCLUSIONES	75
6.3. RECOMENDACIONES	75
BIBLIOGRAFÍA	77
ANEXOS	
Anexo 1. Formato de la encuesta	80
Anexo 2. Formato de la entrevista	82

EL ACTIVISMO JUDICIAL Y SU INFLUENCIA EN EL COMPORTAMIENTO DEL JUEZ EN PROCESOS CIVILES

RESUMEN.

Lograr que la sociedad ecuatoriana se sienta conforme con el sistema de administración de justicia en el país, no es tarea sencilla, sobre todo porque por regla general, dentro de un proceso judicial habrá un vencedor y un vencido, siendo este último quién con más razón, buscará hasta el mínimo detalle para expresar que la función judicial no fue imparcial, ni diligente para resolver su caso. Es por esto que, se deben crear las condiciones para que el juez ecuatoriano deje de ser un mero espectador o moderador del desarrollo del proceso judicial, para empoderarse del mismo, el juez tiene que tener un rol protagonista en el desarrollo del juicio, sin afectar su imparcialidad y su independencia, respetando siempre las garantías del debido proceso. Mediante el análisis del activismo judicial se extraerán las tendencias necesarias para que la Función Judicial Ecuatoriana sea una instancia de protección de derechos de las personas, minimizando los riesgos que una deficiente defensa técnica pueda causar, y sin dejar abierta la puerta a actuaciones arbitrarias de los jueces. Comparando la legislación procesal ecuatoriana, con el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica y las normas procesales civiles de los países vecinos la República del Perú y la República de Colombia, se descubrirá la deficiencia de la normativa procesal de la República del Ecuador y se concluirá identificando las reformas legales necesarias para que el juez tenga un rol protagónico en la búsqueda de administrar justicia material.

PALABRAS CLAVE.

Activismo judicial, impulso de oficio, prueba de oficio, motivación, test de razonabilidad.

ABSTRACT.

Achieving that Ecuadorian society to be satisfied with their justice administration is not an easy task, especially since as a general rule is that in judicial process there will be a victor and a vanquished, and the latter being will have more reason will look to the smallest detail to express that the judicial function was not impartial, nor diligent to resolve his case. That is why the ecuadorian judge should not be a spectator or moderator of the development of the judicial process, and has to start to empower himself, and play a leading role in the development of the trial, without affecting his impartiality his independence and respecting the guarantees of the due process. Through the analysis of judicial activism, the necessary tendencies will be extracted so the Ecuadorian Judicial Function will be an instance of protection of people's rights, minimizing the risks that a poor technical defense may cause, and without leaving the door open to arbitrary actions of the judges. By comparative analysis of the Ecuadorian procedural law with the Model Civil Process Code for Iberoamerica and the civil procedural rules of the neighboring countries, the Republic of Peru and the Republic of Colombia, deficiency of the procedural law of the Republic of the Ecuador will be discovered and this work will conclude identifying the necessary legal reforms, that will lead the ecuadorian judges to have an active role in the seeking of material justice.

KEY WORDS.

Judicial activism, impulse ex officio, ex officio proof, motivation, reasonableness test.

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN.

Como lo ha mencionado el profesor colombiano Devis “no puede concebirse la existencia de una sociedad humana sin conflictos de intereses y de derechos, porque las normas jurídicas que la reglamentan son susceptibles de ser violadas.” (Devis, Teoría General del Proceso, 2004, pág. 39), motivo por el cual es necesario para el desenvolvimiento de la sociedad que se reglamente de manera adecuada cómo ha de operar el sistema de administración de justicia, para que las personas sientan que el Estado protege sus derechos.

Desde las concepciones más antiguas de las estructuras de poder, se ha evitado que las personas recurran a “la llamada autotutela, vale decir la reacción directa y personal de quien se hace justicia con manos propias.” (Couture, 1958, pág. 9); y se ha encargado a un tercero imparcial a que dirima la controversia entre las partes. Este tercero imparcial, a quien en la actualidad lo conocemos como juez o tribunal dependiendo de su composición, es un representante del Estado que da el servicio público de administrar justicia.

Este servicio público, al igual que los demás servicios públicos, está constantemente sujeto al observatorio ciudadano y a las críticas que los medios de comunicación, lo que ha ocasionado en el caso ecuatoriano, un desgaste de confianza y pérdida de credibilidad en esta función del Estado, tanto que no es extraño escuchar que la justicia ecuatoriana va de la mano con el gobierno de turno, que la administración de justicia ecuatoriana es lenta, que se dictan resoluciones absurdas o que los jueces no muestran interés buscar una solución justa al conflicto que conocen.

Dotar a las personas de un sistema de administración de justicia eficiente, eficaz, rápido, imparcial, de tutela de derechos, es un deber del Estado, que no puede ser descuidado ni rezagado ante otras prioridades que se definan en las políticas públicas. Es por este motivo que este trabajo buscará identificar qué reformas legales deben hacerse y qué políticas públicas deben seguirse para que la administración de justicia en el Ecuador sea confiable, para ello se plantea la premisa de que el juez debe tener un rol más activo en el conocimiento de las causas que tramitan, para lo cual se analizarán las diversas concepciones que se conciben del derecho procesal, y se concluirá cuál es la concepción procesal que debe ser concebida para realidad ecuatoriana.

Para llegar a la solución al problema que se planteará, se utilizarán los métodos de sistematización jurídico doctrinal; el método jurídico comparado; el método de análisis y síntesis; y, de observación científica. Luego se llegará a la novedad científica que es el aporte jurídico académico de este trabajo.

1.1. OBJETO DE ESTUDIO.

El presente trabajo tiene como **objeto de estudio** “El poder del Juez” dentro del desarrollo del proceso en materias civiles en general.

1.2. CAMPO DE ESTUDIO.

El **campo de estudio** a analizar, será la controversial corriente procesal conocida como el “activismo judicial”, la misma que ha tenido tanto defensores como detractores, quienes han liberado largas discusiones relativas tanto a la protección de derechos, como al origen de las atribuciones de cada función del estado y el respeto a la independencia de poderes. No es la pretensión este trabajo decir que todo activismo judicial es bueno o todo activismo judicial es malo, se prefiere dar los elementos necesarios para que el activismo judicial se transforme en una

herramienta de protección de los derechos de las personas, sin llegar a la exageración absurda de concebir al juez como una autoridad arbitraria que aplique ampliamente su concepción personal de lo que considera justo, creando incertidumbre en la sociedad, poniendo en peligro la seguridad jurídica. Tampoco se buscará defender la idea de que el juez puede interferir en el trabajo técnico de otras funciones del Estado.

1.3. DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA.

La **delimitación del problema** de este trabajo está dada por la necesidad de mejorar la reputación y confianza de las personas hacia el sistema de administración de justicia en el Ecuador.

Para empezar a abordar el problema es oportuno compartir las palabras de Salazar Marín, quien respecto de la justicia en Ecuador ha expuesto que: “La confianza en la Justicia está totalmente minada. No confiar en los jueces significa no confiar en el organismo al que le hemos confiado la tarea de que la Constitución y las leyes se cumplan por sobre la voluntad del Gobierno de turno. La independencia judicial tiene que ser, pero también tiene que parecer. Es muy grave lo que está sucediendo.” (Salazar, 2017, pág. S/N).

Es por ello que al cuestionarse qué ha hecho la Función Judicial ecuatoriana, y en concreto los administradores de justicia, para dar confianza a la ciudadanía, para reflejarse como una instancia de poder independiente, donde el ciudadano a pie y las personas en general puedan acudir para proteger sus derechos e intereses, en contra de cualquier abuso de poder o de vulneración de sus derechos; asimismo, al cuestionarse qué ha hecho la Función Judicial ecuatoriana para socializar su trabajo y resultados con las personas, nos encontramos ante la desagradable respuesta de que la Función Judicial ecuatoriana no ha hecho lo suficiente por mejorar su prestigio y aceptación en general.

Dentro de este mismo contexto es necesario recalcar que las políticas públicas estatales, tampoco han mostrado gran interés en mejorar la administración de justicia, ya que si bien es cierto se han invertido considerables sumas de dinero en mejorar la infraestructura al servicio de la función judicial, no existe una capacitación y evaluación constante a los administradores de justicia, para que este servicio mejore en relación a la celeridad del despacho, para que este servicio siga un desarrollo procesal que busque en lo posible acercarse a la realidad de los hechos y que mejore contenido jurídico de lo que se resuelve.

Es evidente que la Función Judicial ecuatoriana no se ha convertido en una estructura de poder estatal al que las personas acudan con confianza, tanto así que es muy común escuchar sobre un posible conflicto intersubjetivo de intereses, decir que “es preferible un mal arreglo, que un buen juicio.”, lo que evidentemente no da las mejores referencias del sistema de justicia en Ecuador; ya que, quien acude a la Función Judicial para pedir su tutela, aun saliendo vencedor en un proceso, los costos de este y el tiempo que se toma para llegar a la decisión final, cuando se han agotado todos los recursos disponibles, no se compensan con el resultado final que la justicia da, sobre todo porque luego de tener el derecho declarado por la autoridad judicial, queda pendiente ejecutar la resuelto mediante un procedimiento que, aunque es sumario, no deja de ser una carga más para quien acude a la justicia, y con la contingencia de que el transcurso del tiempo, pueda traer consigo la muerte del vencedor en el proceso o la del obligado a cumplir, la disolución de la persona jurídica demandada o el ocultamiento y enajenación de bienes del vencido.

En la República del Ecuador, esta institución conocida como “proceso judicial” se adapta a la explicación dada por el guardasellos austriaco Klein, citado por Cipriani, quien consideraba: “que el proceso es un mal social y que la lentitud del proceso incide en la economía nacional.”

(Cipriani, 1995, pág. S/N), ya que se tiene presente que la existencia de un proceso judicial implica un conflicto que no ha podido ser resuelto entre los particulares, lo que sin duda constituye un mal a la sociedad cuyo ideal es la convivencia en armonía; y que la incertidumbre del objeto de la pretensión procesal impide la ejecución de proyectos que recaigan sobre el uso que se pretenda dar a esos recursos. Por lo expuesto, el proceso judicial en el Ecuador debería tener un pronto y justo desenlace, y como se ha dicho, no es así.

Es evidente que en la República del Ecuador, los jueces no cumplen un rol activo en el proceso, no solo porque quieren evitar que sus actuaciones sean consideradas como parciales, sino también porque la normativa procesal ecuatoriana no les da las herramientas para empoderarse del proceso, ya que nuestro Código Orgánico General de Procesos, si bien reconoce al juez como director del proceso, también lo excluye del impulso procesal para procurar una pronta solución al conflicto; se lo limita en la facultad de disponer pruebas de oficio para buscar una resolución que más acorde a la realidad; se lo ata a ser la boca de la ley, sin considerar si la misma da una justa solución al conflicto; y, porque le hacen falta herramientas correctivas para evitar conflictos desiguales.

Lo expuesto nos revela claramente que existe una contradicción e inconsistencia en la normativa procesal ecuatoriana, ya que no guarda coherencia que un director del proceso, este limitado a los requerimientos que le hagan las partes para avanzar en el desarrollo del mismo o para llegar a dictar una resolución justa. Estas incoherencias han provocado que gran número de juicios sean declarados en abandono y que la deficiente defensa técnica de como resultado resoluciones injustas y derechos vulnerados a las personas.

1.4. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.

Se hace necesario para el presente trabajo identificar qué puede hacer la Función Judicial Ecuatoriana, la Función Legislativa Ecuatoriana y las políticas públicas estatales, para recuperar la imagen y prestigio de la administración de justicia en el Ecuador, que tanto desgaste ha sufrido en el observatorio ciudadano, producto de sus controversiales decisiones y del linchamiento mediático que frecuentemente enfrenta.

1.5. PREMISAS PARA INVESTIGACIONES CUALITATIVAS

Esta investigación parte de la premisa general de que el activismo judicial, bien aplicado, será una herramienta de protección de derechos, de recuperación de confianza y prestigio de la Función Judicial Ecuatoriana, para que este poder se refleje como una esfera de poder que inspire respeto e integridad, donde los problemas sociales no se retrasan tanto que las personas prefieran evitar acudir a ella, donde no solamente triunfe el que tiene los recursos para hacerlo, sino también las personas de escasos recursos; motivo por el cual se debe exigir mayor protagonismo judicial en la sustanciación y resolución de los procesos, sin afectar su imparcialidad ni independencia, y dejando de lado la pasividad ante un evidente injusto que podría suceder por deficiente defensa técnica o desinterés de un defensor.

Es por este motivo que los jueces en el ejercicio de sus funciones deben hacer algo más que simplemente despachar lo que les piden, cumplir con la ley y resolver en virtud de lo aportado por las partes en el momento procesal oportuno; los jueces ecuatorianos deberían ser los directores y protagonistas del proceso; deberían procurar la culminación pronta del proceso con una solución que se adapte a la realidad de los hechos, sin temor a que sus actuaciones sean consideradas como parciales, sino que sean vistos como magistrados que procuran investigar

los hechos y dar una solución oportuna y justa al conflicto, dando a cada cual lo que le corresponda.

Solo mediante el ejercicio de una magistratura activa, directora y protagonista del proceso, con celeridad procesal, que busque la verdad, independiente de los demás poderes del Estado y sin temor a ser cuestionada como parcializada, se podrá crear la consciencia ciudadana de que es preferible cumplir con las obligaciones contraídas y/o resolver extrajudicialmente sus controversias, sin necesidad de acudir a métodos heterocompositivos para la solución de conflictos, ya que la justicia ecuatoriana no va a escatimar esfuerzos en dar una respuesta justa, pronta y contundente a quien acude a su tutela.

Ahora bien, no se está afirmando que el activismo judicial va a eliminar todos los conflictos sociales, pero seguramente se evitará que asiente la idea de que en la justicia ecuatoriana solo triunfa el más fuerte, quien tenga mayor cercanía con la función judicial o quien posea mejores recursos para pagar una mejor defensa técnica.

Sería muy útil para el prestigio de la justicia ecuatoriana, que protagonista del proceso sea el juez, y que sea “él quien domina el desarrollo del proceso; él quien acepta o rechaza sin más el marco de las alegaciones y pruebas que las partes pudieran proponerle; él quien, con independencia de lo que las partes propongan, fija lo que debe ser objeto de prueba y los medios de hacerlo; aplica o no el derecho que las partes le propusieron.” (Fairén, 1992, pág. 46), ya que de esta manera se garantiza a quien acude a la justicia, la obtención de un resultado que no dependa exclusivamente de la capacidad de la defensa técnica que las partes puedan contratar.

Por lo expuesto, se puede decir que existen cuatro comportamientos que debe tener el juez, que son considerados como parte del activismo judicial y que sirven de premisas específicas para el desarrollo del presente trabajo: 1) El impulso procesal oficioso; 2) La

iniciativa probatoria del juez; 3) La motivación de resoluciones basadas en principios; y, 4) La facultad de disponer la sustitución de una deficiente defensa técnica.

1.6. OBJETIVOS

1.6.1. OBJETIVO GENERAL.

Se ha fijado como objetivo general fundamentar doctrinariamente al activismo judicial como una corriente procesal que permite mejorar la confianza ciudadana en la Función Judicial en la República del Ecuador.

1.6.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS.

Los objetivos específicos de este trabajo serán los siguientes:

1. Fundamentar los presupuestos teóricos del activismo judicial;
2. Determinar si la normativa ecuatoriana en vigencia permite al juez tener un rol activo en el desarrollo de los procesos civiles;
3. Revisar lo que la jurisprudencia ecuatoriana y de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos ha dicho sobre el activismo judicial; y,
4. Comparar la legislación procesal ecuatoriana con el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica; y, las legislaciones procesales de la República del Perú y la República de Colombia, para tener una visión sobre el rol de los jueces en los países vecinos.

1.7. MÉTODOS TEÓRICOS A APLICARSE

Para lograr los objetivos propuestos se revisará el marco teórico de lo que se ha escrito sobre el activismo judicial, el impulso oficioso del proceso, la práctica de pruebas de oficio y la motivación de las resoluciones judiciales basadas en principios, aplicando la metodología jurídico doctrinal, inductivo – deductivo y jurídico comparado.

1.8. MÉTODOS EMPÍRICOS A APLICARSE

Se aplicarán también el método empírico de la observación científica mediante, encuestas y entrevistas a los diversos actores de la administración de justicia, tales como jueces y abogados litigantes.

1.9. NOVEDAD CIENTÍFICA O RESULTADOS A ALCANZAR

Este trabajado traerá como novedad científica determinar que una sociedad como la ecuatoriana, debe tener un sistema de administración de justicia más activo, que aplique el principio de celeridad soportado con el impulso oficioso del proceso; que el juez ecuatoriano debe tener amplias facultades probatorias para acercar lo más posible su resolución a la verdad de los hechos y a la justicia material; y, que el juez debe mejorar el contenido jurídico de sus resoluciones motivándolas en principios constitucionales correctamente aplicados a los casos sometido a su conocimiento.

CAPÍTULO II

CAPÍTULO TEÓRICO

2.1. Definición de activismo judicial

Respecto a la definición de este término, la jurista canadiense Murchison ha expresado que: El concepto de activismo judicial es un tema ampliamente discutido en la academia, con poco consenso en cuanto a lo parece ser o qué lo define. Es un fenómeno que ha sido altamente politizado, pero que ha permanecido en gran parte impreciso y mal definido, con juristas, ciudadanos y, a veces, académicos adoptando un enfoque de "lo sabré cuando lo vea". (Murchinson, 2017, pág. 426).

Es por esto que la definición de activismo judicial, va a depender de la óptica que se tenga sobre el comportamiento que debe tener el juez en durante el desarrollo del proceso; por lo que este concepto variaría dependiendo de la época, el lugar y las personas. Así para unos significaría un comportamiento desubicado y erróneo de un juez que busca imponer su opinión personal sobre el litigio, y para otros puede significar como el comportamiento diligente y eficiente de un juez, quien ha mostrado entereza y valor en su deber de administrar justicia y para efectos de este trabajo se partirá del segundo criterio expuesto.

Resulta ahora pertinente tratar sobre el origen de la expresión activismo judicial, en la literatura jurídica en nuestro continente, identificando en estos orígenes los rasgos que se adapten al criterio escogido.

2.2. Orígenes del activismo judicial

Cuando se menciona sobre el origen de la expresión activismo judicial, resulta casi obligatorio remitirse a la historia judicial de los Estados Unidos de América, ya que es ahí donde nace la expresión "judicial activism". Al respecto el profesor colombiano Vila nos comenta que:

Es bastante conocida la actividad proteccionista de los derechos civiles desplegada por la Corte Suprema bajo la presidencia de Earl Warren desde 1953 hasta 1969. Este periodo se distinguió por decisiones que fortalecieron de manera significativa la libertad de expresión, de pensamiento, y la libertad política, pero sobre todo, por la labor antisegregacionista.

La Corte declaró contrarias a la Constitución las bases legales del segregacionismo racial en los Estados sureños y eliminó los residuos de la esclavitud de los negros mantenidos casi un siglo después de la Guerra Civil, con la aquiescencia de una Corte Suprema empeñada en impedir la conciliación de la democracia norteamericana con el principio de igualdad de los seres humanos.

La Corte Warren no se limitó a intervenir en los ámbitos hasta entonces vedados, por considerárselos políticos, sino que llevó su activismo judicial hasta el punto de imponerles obligaciones “afirmativas” a los poderes públicos, con el objeto de lograr la plena realización de los derechos que la Constitución consagra. (Vila, 2012, pág. 89 y 90)

De ahí que esta expresión haya migrado a varios países de Latinoamérica, junto con el auge de la doctrina jurídica conocida como el neoconstitucionalismo, que empezó a tener eco en nuestra región, ya en la República de Colombia a partir del 1991, en la República del Perú a partir del año 1993 y en la República del Ecuador a partir del año 2008, con la expedición de sus actuales constituciones, que otorgaban a los Tribunales o Cortes Constitucionales, la calidad de intérpretes últimos de las cartas fundamentales, pudiendo incluso declarar si determinada norma de derecho es conforme o contraria a las Constituciones.

Ahora bien, desde que se acuñó la expresión activismo judicial, ha habido tanto defensores de sus postulados como detractores cuyos puntos de vista serán brevemente mencionados en próximas líneas.

2.3. Postulados del Activismo Judicial y defensores

Este trabajo tiende a reforzar la concepción publicista o social del proceso, aquella que “somete a las partes y sus derechos sustanciales y procesales a la preeminencia del Estado y, por tanto a la supremacía del juez, que el poder y la autoridad del Estado debería ser llamado a expresarse en el ejercicio de la jurisdicción civil” (Monteleone, 2006, pág. 173), pero claro está que esta supremacía del juez en su actuación procesal, debe respetar los principios constitucionales del debido proceso, ya que no es concebible que una prueba practicada de oficio por un juez , no respete el principio contradictorio o de inmediación.

Respecto de los postulados del activismo judicial, el jurista argentino Peyrano ha expresado que este pregona los siguientes postulados:

1. El activismo procesal confía en los magistrados;
2. El activismo procesal es creativo y le ha aportado numerosos nuevos institutos y herramientas procesales;
3. Las ideas activistas han tenido un buen eco legislativo;
4. El activismo procesal pareciera involucrar una dinámica de sus propios conceptos;
5. El activismo procesal se preocupa ante todo por las justa solución del caso y no tanto por no contradecir o erosionar al sistema procesal respectivo;
6. El activismo procesal propone una lectura distinta de la Constitución Nacional; y,

7. El activismo procesal se caracteriza por depositar en manos de los jueces la facultad de dictar pruebas oficiosas o para mejor proveer, pero no se agota con el otorgamiento de dicha atribución. (Peyrano, Sobre el activismo judicial, 2009, pág. S/N)

En complemento con lo expuesto por el tratadista argentino citado, resulta necesario citar lo dicho por Cappelletti, quien justifica la conducta activa de los jueces porque:

“Son demasiado conocidos, por otra parte, también los arbitrios, los abusos y las flagrantes injusticias que por siglos se han ido cometiendo en nombre de una absoluta neutralidad y apartamiento del juez, y de una igualdad puramente formal. La teoría de la prueba legal fue un antiguo ejemplo de ello. La teoría deportiva del derecho procesal, es un ejemplo moderno de lo mismo... Es conocida la incisiva denuncia de Roscoe Pound respecto del procedimiento civil americano al que le imputa haber degenerado en una teoría deportiva de la justicia, en la que el juez desempeña el papel de un mero árbitro, que asegura que se observen las reglas del juego” (Cappelletti, 1972, pág. 79 y sgts.)

El profesor Pico I Junoy respecto del comportamiento del juez ha expresado que “...sin discutir la vigencia del principio dispositivo (*dispositions-prinzip*), va a ponerse en tela de juicio el de aportación de parte (*verhandlungsmaxime*), al menos en lo que respecta al reparto de funciones entre el juez y los litigantes y al incremento de facultades al órgano jurisdiccional, quien frente al modelo clásico del juez pasivo o inerte, pasa a ocupar una posición activa en el proceso” (Pico I Junoy, 2003, pág. 55)

El activismo judicial, también se entiende en las palabras de Bidart Campos, citado por Peyrano, como la potestad que tiene: “el juez como administrador de Justicia; con ley, sin ley, o contra la ley. Porque el valor justicia prevalece sobre la ley y nuestra Constitución así lo deja entrever a quienes saben comprenderla cuando manda el Preámbulo a afianzar la Justicia. Con

ley, sin ley o contra la ley.” (Peyrano, Sobre el activismo judicial, 2009, pág. S/N). Esta definición que consideramos aplica para toda concepción del activismo, abarca tanto el fin que persigue el activismo judicial, como los escenarios que enfrenta en la búsqueda la de justicia, labor que se encuentra expresamente contemplada en la Constitución de la República del Ecuador donde dispone:

“Art. 169.- 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.” (Asamblea Constituyente, 2008, pág. 56).

Por lo expuesto un buen activismo judicial debe ser concebido como el comportamiento del magistrado, quien durante el desarrollo del proceso desde la presentación de la demanda, hasta la ejecución de lo resuelto, busca una pronta conclusión al conflicto, acercándose lo más posible a la realidad de los hechos con amplias facultades probatorias y con amplias facultades correctivas sobre quienes actúan con negligencia o deslealtad procesal; y, que al dictar una resolución, busca administrar justicia haciendo uso de principios constitucionales y de derechos humanos, complementados con la normativa de inferior jerarquía.

Revisadas estas posturas a favor del activismo judicial, es necesario mencionar lo que los críticos y detractores han dicho sobre esta corriente procesal.

2.4. Críticas y detractores del activismo judicial

Es necesario hacer referencia que existen tratadistas que han expresado reparos al activismo judicial, básicamente partiendo de la idea de que si se otorga esta libertad a los administradores de justicia, habrán tantas concepciones de justicia, como jueces en un Estado, lo

que no es acertado, ya que las decisiones judiciales, por regla general, favorecerán a una parte, en perjuicio de otra; quedando por consiguiente la parte perjudicada en plena libertad de recurrir ante el superior, tribunal que analizará y revisará si se ha dictado una resolución arbitraria o que en efecto, se ha buscado proteger un derecho o un interés superior.

En el estudio de la actividad del juez en su función de dirigir el proceso y administrar justicia, tenemos también las teorías privatistas y liberales del proceso, las mismas que consideran que “la inactividad material del juez reside en el carácter privado del objeto discutido en el proceso civil, esto es, en la idea de que las partes deben ser libres en su disposición. En consecuencia, toda actividad del juez se configura como una inaceptable intromisión estatal en el libre ejercicio de los derechos de los litigantes” (Picó i Junoy, 2006, pág. 121). Es así que estas teorías privatistas del proceso afirman que el juez debe ser un simple moderador del proceso, que su actuar dependerá exclusivamente de lo que le pidan las partes, tesis que podría tener sentido exclusivamente si se litiga entre partes iguales, pero en una sociedad tan desigual como la ecuatoriana, donde no todos tiene acceso a los mismos medios para defender sus derechos, es absurdo pensar que se va a obtener justicia material si el juez no tiene los medios para impulsar el proceso, para buscar por su iniciativa aclarar sus dudas sobre los hechos controvertidos y la libertad de resolver en justicia por encima de la norma.

Tanto en los Estados Unidos de América como en los países de habla hispana de la región se han levantado voces de crítica al comportamiento activo de los jueces en el conocimiento y resolución de las causas, es así que el jurista estadounidense Kmiec ha expresado que:

“En el centro de las críticas al activismo judicial se encuentra la preocupación de que el poder judicial está yendo más allá de su propia función judicial. Algunos se quejan de que el poder judicial activista está actuando "como una legislatura" en lugar de un tribunal” (Kmiec, 2004, pág. 1443).

De este modo se construye una crítica respecto de la intromisión judicial en la actividad legislativa de otros poderes del Estado.

Los profesores norteamericanos Cross y Lindquist es su artículo *The Scientific Study of Judicial Activism* (Un Estudio Científico al Activismo Judicial), consideran que:

“La crítica del activismo judicial esencialmente desafía esta sinceridad y afirma que los jueces simplemente están imponiendo sus preferencias políticas a la sociedad, sin responsabilidad electoral ni fidelidad a la Constitución.” (Cross & Stefanie, 2006, pág. S/N)

Esta cita hace una crítica al activismo judicial, considerando que el mismo deja abierta la puerta a que el juez imponga su convicción o preferencias personales sobre el contenido claro de la norma.

Para el profesor español Montero Aroca “El proceso no puede verse sólo desde el punto de vista del juez, sino que debe verse también desde la óptica de las partes; para éstas es asimismo medio, camino, método e instrumento para que el derecho objetivo se realice en su caso concreto.” (Montero Aroca, 1994, pág. 283). Es así que este conocido jurista se aparta de la idea de que el juez deba ser el protagonista del proceso, para darles exclusivamente a las partes la facultad de dirigirlo.

El tratadista chileno García, respecto a la corriente del activismo judicial es enfático en señalar que: “estas decisiones judiciales se traducen en dejar de utilizar reglas jurídicas específicas, en la aplicación de alguna moral extrajurídica asociada a la adjudicación de derechos para grupos de interés particular, y otras veces en la declaración de ilegitimidad de las mismas, como ocurre en algunos casos de control de constitucionalidad de las leyes o en la revisión judicial de decretos del Poder Ejecutivo, o en cualquier otra hipótesis donde, existiendo una respuesta jurídica clara, el juez se aparta de ella para seguir lo que cree personalmente correcto.” (García J. , 2013, pág. 24). Esta cita sin duda lanza una concepción peyorativa del activismo judicial, y a la vez considera que la labor del legislador, es perfecta y adecuada a todas las situaciones que regula, cuando se conoce que no es así, ya que la norma abstracta tiene por regla general un presupuesto de hecho atado a una consecuencia jurídica, pero como se ha dicho, este presupuesto de hecho, no es absoluto e incuestionable, ya que la limitación fáctica de la provisión de derecho positivo, da lugar a varias circunstancias que hacen necesario someter a test la norma.

Abundando en la crítica contra el activismo judicial, el tratadista chileno García J. manifiesta que: “... podrían existir ejemplos donde los beneficiados por el activismo son, realmente, las mayorías. Sin embargo, creemos que esas mayorías deberían expresarse a través de las elecciones, para que sean sus representantes electos los que en definitiva tomen la decisión, y no un grupo de jueces con bajos niveles de rendición de cuantas y una relativa baja predictibilidad de sus decisiones.” (García J. , 2013, pág. 37). De este modo el tratadista chileno trata de persuadirnos de que la labor del legislador representa incuestionablemente la voluntad soberana, si el juez no la sigue al pie de la letra, prácticamente está causando una alarma social, que pondría en riesgo la institucionalidad del país, postura que no se puede compartir, sobre

todo en un país como el Ecuador, donde la Asamblea Nacional tiene una popularidad que no sobrepasa del 14% de la población. (Rodríguez, 2019, pág. S/N)

En la contraparte de la doctrina del activismo judicial, se encuentra el garantismo procesal el mismo que en palabra de Alvarado Velloso:

Es una posición doctrinal aferrada al mantenimiento de una irrestricta vigencia de la Constitución y, con ella, del orden legal vigente en el Estado en tanto tal orden se adecue en plenitud con las normas programáticas de esa misma Constitución. En otras palabras, los autores así enrolados no buscan un juez comprometido con persona o cosa distinta de la Constitución, sino a un juez que se empeñe en respetar a todo trance las garantías constitucionales. La voz garantista o su sucedáneo garantizador proviene del subtítulo que Luigi Ferrajoli puso a su magnífica obra Derecho y razón y quiere significar que por encima de la ley con minúscula está siempre la Ley con mayúscula (la Constitución). En otras palabras: guarda adecuado respeto a la gradación de la pirámide jurídica. (Alvarado Velloso, 2009, pág. 145)

En la ciudad de Azul, Provincia de Buenos Aires, República del Argentina, durante el X Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista, se emitió la conocida “Declaración de Azul” que en sus partes pertinentes manifiesta:

- Algunos jueces se han creído titulares de no se sabe bien qué fuerza o qué don natural que les hace sentirse desvinculados del Derecho, considerando que su justicia vale más que la justicia que la sociedad democrática plasma en las leyes.
- De este modo, la ley se convierte para ellos (los jueces) en un obstáculo; no están sujetos al imperio de la ley.

- No puede ni debe hacer las cosas que son propias de las tareas de las partes. Por tanto, no puede asumir las funciones que son propias de las partes.
- Lo que en las normas se dice que puede hacer la parte es obvio que no debe hacerlo el juez: si compete a la parte afirmar hechos, el juez no puede hacerlo; si le compete probar, el juez tampoco no puede hacerlo, etcétera.
- De ahí que al juez le quepa sólo la dirección formal del proceso y la emisión de la sentencia, con todo lo que ella implica.
- Cuantas más soluciones publicistas se han aplicado a la justicia civil más se ha degradado su situación (Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista, 2008, pág. S/N)

Asimismo, en la ciudad de Valencia del Reino de España, durante la celebración de la Primera Jornada Internacional sobre Proceso Civil y Garantía, celebrada el 27 de enero del 2006, se emitió la Moción de Valencia que en sus partes pertinentes expresaba:

- Si en el siglo XX los procesos civiles regulados desde las concepciones “publicistas” no han dado buen resultado y han llevado en la práctica a una situación de innegable ineficacia.
- Al servicio de esa función se debe respetar primero y garantizar después por los otros poderes del Estado la independencia del juez, que no es un fin en sí misma pero que supone el sometimiento exclusivo a la ley.
- Los titulares del Poder Judicial no deben convertirse en titulares de todos los poderes del Estado o en una especie de “suplentes” de los otros poderes o de “correctores”.

- La condición del juez como tercero, esto es, extraño a los hechos y al objeto deducido en el proceso, es incompatible con la posibilidad misma de que las normas le permitan asumir en el proceso funciones que son propias de las partes.
- El principio del llamado libre convencimiento del juez no puede tener la función de permitir la introducción de modo arbitrario e incontrolado medios de prueba no previstos por la ley. (Alvarado, y otros, 2006, pág. S/N)

Estas declaraciones sin duda alguna tienen el sesgo neoliberal de considerar que todo servicio público es deficiente, ya que en sus antecedentes se hacen severas críticas a las concepciones procesales publicistas propias de los Estados socialistas o comunistas, cuyas organizaciones gubernamentales han quedado para la historia; pero llegar al extremo de concebir al juez como un servidor público que a sabiendas de que puede actuar para administrar justicia material, decide no hacerlo ya que su trabajo no es ese, sino el de darle la razón a quien mejor se desempeña en el proceso, cual juez de boxeo, es una concepción que en sociedades tan inequitativas como la ecuatoriana, no sirve para “Administrar Justicia”.

Hechas estas referencias de los partidarios y detractores del activismo judicial, en este trabajo se hará énfasis en las ventajas y/o beneficio que esta corriente procesal aporta a la administración de justicia.

2.5. Ventajas / beneficios de la doctrina del activismo judicial.

El filósofo y jurista argentino Nino nos trajo el siguiente comentario que constituye una base que justifica el activismo en nuestra región, al mencionar que:

En los países latinos, y sobre todo en los de origen hispano, el procedimiento judicial suele ser engorroso, lleno de formalidades solemnes y en general, elusivo al control por parte de la opinión pública. Todavía se advierten, en esos ámbitos, resabios de una

actitud mágica ante el procedimiento judicial, según el cual, pronunciar ciertas palabras o cumplir ciertas fórmulas es condición necesaria y suficiente para obtener determinados efectos jurídicos. Estos obstáculos en el procedimiento judicial son, obviamente, represivos respecto de la capacidad del derecho de influir en la realidad social. Crean una actitud ritualista y medrosa en los abogados y el gente en general, quienes terminan por ver el proceso judicial como un juego del que saldrá triunfador quien supere todos los obstáculos y haga caer a la otra parte en el mayor número posible de trampas, en vez de enfatizar la discusión sobre los intereses que constituyen el telón de fondo del pleito sobre su compatibilidad con principios de moralidad social. (Nino, 2003, pág. 303)

Este trabajo se aparta en gran manera de la postura de los tratadistas críticos del activismo judicial, es más, se reforzará con fundamento teórico, lo dicho por Montana (2012) quien expuso: “el juez a no es más como pensaba Montesquieu, los liberales del siglo XIX, la boca muda de la ley sino que se convierte en el protagonista de la acción del Estado, mediante el papel de garantes últimos de los derechos constitucionales, y con ellos las garantías procesales se convierten en un elemento esencial de este nuevo modelo.” (Montana & Porras, 2012, pág. 35). Esta idea es plenamente válida para la consolidación de un Estado Constitucional de derechos y justicia, y este comportamiento activo de los jueces debe estar presente en todo tipo de causas, no solo en las acciones o garantías constitucionales, ya que, para que el derecho cumpla con ese noble fin que es alcanzar la equidad y el bien común, se hace necesario que los jueces tengan una participación activa, pero a la vez imparcial, dentro de las causas que conocen.

Para dar un enfoque teórico sobre los beneficios y ventajas del activismo judicial se hace necesario de las premisas de esta investigación las mismas que serían:

2.5.1. El impulso oficioso del proceso

Continuando con el estudio teórico de los elementos necesarios del activismo judicial, es necesario compartir las palabras del maestro uruguayo Couture quien respecto del vocablo proceso ha expresado que este es “el transcurso del tiempo, acción de ir hacia adelante, desenvolvimiento. En sí mismo, todo proceso es una secuencia.” (Couture, 1958, pág. 121). De este modo tenemos una acepción de proceso que nos incluye como aspecto indiscutible a estudiar el factor cronológico o temporal, ya que no puede existir proceso, sin una secuencia de actos que se desarrollan en el tiempo.

Ahora bien, si revisamos lo dicho por Alsina, quien ha expuesto que:

El proceso es un organismo sin vida propia, que avanza al tiempo que se construye por virtud de los actos de procedimiento que ejecutan las partes y el juez. Esa fuerza externa que lo mueve se llama impulso procesal, concepto que se vincula a la institución de los términos, cuya función consiste en poner un límite en el tiempo a los actos procesales, y al principio de preclusión, que establece un orden entre los mismos e impide su regresión, haciendo posible el desenvolvimiento de la relación procesal. (Alsina, 1956, pág. 448).

Es por esto que cabe analizar cómo debe ser esta fuerza externa que hace que el proceso se desarrolle de la mejor manera y llegue a su final en el Ecuador, asimismo hay que determinar quién o quiénes deben ejercer esta fuerza.

Para hacer entender lo que se ha dicho sobre las fuerzas que llevan a su conclusión al proceso se tiene que hacer referencia al impulso procesal que en palabras de Couture es “el fenómeno por virtud del cual se asegura la continuidad de los actos procesales y su dirección hacia el fallo definitivo,” (Couture, 1958, pág. 172). Como ya se ha dicho, el derecho procesal tiene una íntima relación con el factor cronológico, por consiguiente, para que el derecho

procesal sea efectivo y útil, es necesario que el tiempo sea un aliado del mismo y no una traba para su desarrollo, para lo que se debe regular correctamente cómo deben operar los términos y plazos en la ley procesal; asimismo, es imperativo conocer sobre quiénes debe recaer la responsabilidad de que los actos procesales se desarrollen de manera continua con el menor número de interrupciones posibles.

Con lo expuesto se hace necesario revisar lo que se ha escrito sobre del principio de impulsión oficiosa del proceso, para aquello se citará a Devis Echandía (2004) para quien este principio “consiste en que, una vez iniciado el proceso, debe el juez o el secretario, según el acto de que se trate, impulsar su marcha sin necesidad de que las partes lo insten a hacerlo, pues simplemente se trata de cumplir con las normas legales que lo regulan, y son responsables de cualquier demora ocasionada por su culpa. Es muy importante para la celeridad de la justicia.” (Devis, Teoría General del Proceso, 2004, pág. 65).

De este modo, el tratadista citado explica la línea de pensamiento del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica en su artículo 3, disposición que es sumamente práctica para el Ecuador, ya que si uno de los males principales que adolece el sistema procesal ecuatoriano es la lentitud del mismo, qué mejor herramienta para la celeridad procesal que sea la Función Judicial quien se tenga la responsabilidad de procurar la conclusión del mismo, sin la necesidad de que constantemente haya que presentar escritos para pedir despachos, tales como la calificación de la demanda, la razón de haberse citado a los demandados, la razón de haber comparecido a contestar la demanda, la convocatoria a audiencia, la notificación por escrito de la sentencia y demás actos procesales. Por lo expuesto, resulta claro que nadie puede sentirse afectado, salvo el obligado en mora, por el hecho de que la Función Judicial, impulse el proceso sin necesidad de constantes requerimientos, ni presentación continua de escritos.

No se pretende con esto llegar a la conclusión que el juez debe ignorar el principio dispositivo, ya que son las partes quienes pueden disponer sobre el derecho sustancial en litigio y sobre la forma de concluir el proceso, ya sea con desistimiento de la pretensión, el retiro de la demanda, mediante transacción, etc.; pero mientras el proceso esté siendo sustanciado, el juez, y la función judicial en su conjunto, deben procurar su desenvolvimiento continuo hasta llegar a la resolución final.

El impulso oficioso del proceso no entra en conflicto con el principio dispositivo, ya que no se contradice con la congruencia que debe existir entre las pretensiones planteadas por las partes y lo que vaya a resolver el juez, ya que, de lo que se está hablando, es de la continuidad del proceso para buscar su pronta culminación, y no de otorgarle al juez la potestad de resolver sobre algo que no le han pedido ni debatido, ni tampoco que otorgue más de lo solicitado.

2.5.2. La prueba de oficio

Corresponde ahora revisar el contenido teórico de la potestad de practicar prueba de oficio, para lo cual se empezará citando a Carnelutti quien respecto de la prueba ha dicho que “Hasta cierto punto, el valor originario del vocablo, que radica en el concepto de comprobación, se conserva en el lenguaje jurídico. Es notable que con el nombre de prueba se designen sólo los procedimientos mediante los cuales el juez comprueba los hechos afirmados por las partes.” (Carnelutti, 1982, pág. 80). Con esta definición resulta claro que la prueba cumplirá su función en la medida que sirva para crear certeza al juez sobre lo que una de las partes alega.

Para Couture, la prueba debe ser entendida como verificación y como convicción. En la primera concepción de la prueba, esta sería “un medio de verificación de las proposiciones que los litigantes formulan en el juicio” (Couture, 1958, pág. 217), en tanto que en su segunda

concepción sería “una forma de crear la convicción del magistrado.” (Couture, 1958, pág. 218), es así como se entiende que la prueba y los hechos deben tener una relación íntimamente ligada, dado que la prueba que no sirva para probar los hechos en controversia sería inútil y la que no se refiere a los hechos controvertidos sería impertinente.

Para explicar la importancia de la prueba en el derecho y en el proceso, se compartirán las palabras de Devis Echandía, quien ha expuesto que “No hace falta mayor imaginación para comprender la enorme importancia que a la prueba tiene en la vida jurídica; sin ella los derechos subjetivos de una persona serían, frente a las personas o al Estado y entidades públicas emanadas de este, simples apariencias, sin solidez y sin eficacia alguna diferente de la que pudiera obtenerse por propia mano (sistema primitivo de justicia privada) o por espontánea correspondencia de los demás hipótesis excepcional, dado el egoísmo, la ambición y la inclinación a la rapiña, propias de la naturaleza humana (Devis, Teoría General de la Prueba Judicial, 1972, pág. 12). De lo transcrito se entiende que la prueba es una herramienta indispensable para el proceso y la administración de la justicia, y una prueba mal actuada, o no actuada puede influir en la decisión de la causa, es por esto que dejar exclusivamente la facultad de aportar prueba al proceso a las partes, excluyendo al juez de esta iniciativa, puede resultar muy perjudicial.

En este orden de ideas, y como se ha mencionado que la prueba sirve para verificar hechos y convencer al magistrado, es oportuno citar a Parra Quijano para quien “ya no es necesario sostener que en el proceso civil se busca una verdad formal y que en el penal una verdad real; en todo proceso judicial se debe buscar la verdad, pero es búsqueda no es a costa de cualquier cosa y mucho menos cuando interviene el órgano judicial.” (Parra, 2007, pág. 32), por esto se entiende que para la administración de justicia es necesario que el juez tenga iniciativa

probatoria, para formarse una convicción sobre hechos reales, sin necesidad de limitarse a lo que las partes le puedan aportar.

Sobre este tema, este trabajo comparte la posición ideológica de Taruffo, citado por Alfaro, quien ha dicho que “el proceso está orientado no sólo a resolver la contienda, sino que lo haga mediante decisiones justas.” (Alfaro, 2016, pág. 71), y en sentido es lógico pensar que la facultad de pedir pruebas de oficio es indispensable para que el juez se forme su convicción sobre los hechos que las partes exponen ante él, ya que de no tener esta facultad, o en caso de tenerla limitada, el magistrado no puede despejar sus dudas, y debe conformarse con lo que le aportan las partes.

2.5.3. Motivación de resoluciones sobre principios constitucionales y de Derechos Humanos. Doctrina y Jurisprudencia

Respecto de lo que sería la motivación de las resoluciones judiciales se comparten las palabras de Gómez, para quien esta consiste en “la obligación del tribunal de expresar los motivos, razones y fundamentos de su resolución.” (Gómez, 2012); es decir, que la motivación es un requisito indispensable que debe tener toda resolución judicial, con la falta consecuencia de que su ausencia o deficiencia, provoca la nulidad de lo dicho por el juez o tribunal, conforme lo establece la Constitución de la República del Ecuador.

Hernández Terán, durante el módulo de la Constitución y el Proceso, materia de esta maestría fue enfático en señalar que toda resolución judicial o administrativa debe ser motivada, explicando los motivos que la llevan a decidir de determinada manera, si una resolución no es motivada, la autoridad judicial o administrativa estaría actuando con arbitrariedad. Es así que la garantía de la motivación se convierte en un gran avance para el derecho público ecuatoriano,

dejando atrás las épocas en las que las autoridades decidían sobre los derechos de las personas sin dar una explicación de los motivos que los llevaban a tomar determinada decisión.

La obligación de motivar las resoluciones judiciales en el Ecuador se encuentra contenida tanto en la Constitución de la República del Ecuador como en el Código Orgánico General de Procesos y el Código Orgánico de la Función Judicial, pero esta obligación va más allá de explicar las normas o principios jurídicos en que se funda la resolución y de explicar la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho, y sobre este tema la Corte Constitucional Ecuatoriana a expuesto sobre la motivación lo siguiente:

Para que determinada resolución se halle correctamente motivada es necesario que la autoridad que tome la decisión exponga las razones que el Derecho le ofrece para adoptarla. Dicha exposición debe hacérsela de manera razonable, lógica y comprensible, así como mostrar cómo los enunciados normativos se adecúan a los deseos de solucionar los conflictos presentados. Una decisión razonable es aquella fundada en los principios constitucionales. La decisión lógica, por su lado, implica coherencia entre las premisas y la conclusión, así como entre esta y la decisión. Una decisión comprensible, por último, debe gozar de claridad en el lenguaje, con miras a su fiscalización por parte del gran auditorio social, más allá de las partes en conflicto..... (SENTENCIA 227-12-SEP-CC, 2012, pág. 14)

De lo transcrito se extrae la idea de que una sentencia, o cualquier resolución en general para que sea debidamente motivada debe estar fundada en principios constitucionales, no solamente en normas jurídicas de categoría infraconstitucional; es por esto que se hace necesario tener claro la definición y distinción entre principio y norma.

Dentro de este contexto, hay que tener presente que para ser juez en el Ecuador, se atraviesa un riguroso proceso de selección que pasa por la revisión de la formación académica y profesional, pruebas escritas, orales, psicológicas, entrevistas y la capacitación a través de la llamada Escuela de la Función Judicial, por lo que por lógica se deduce que estas personas que han superado todos estos filtros, tienen la capacidad de dar respuesta justa y equitativa, a las necesidades de justicia y equidad que tanto exige la sociedad, por encima de lo que abstractamente se regule en la ley.

En este mismo orden de ideas, hay que mencionar que la Constitución de la República del Ecuador no limita al juzgador a resolver exclusivamente sobre la base de normas jurídicas, ya que expresamente se faculta a motivar una resolución en principios tal como se transcribe a continuación:

Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

.....

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

.....

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

En el caso ecuatoriano, las resoluciones dictadas por los jueces, básicamente las sentencias, están basadas concretamente en normas y los principios son referidos de manera abstracta y sin explicar cómo se lo aplica al caso concreto. Es muy poco común ver en una sentencia ecuatoriana, la explicación de cómo se ha aplicado un principio, se lo ha aplicado de la mejor manera, de acuerdo a las posibilidades jurídicas y fácticas del caso en concreto, la mayoría de los jueces aplican la consecuencia jurídica prevista en la norma.

Para explicar sobre estas posibles dicotomías, entre norma y principio, a las que se ven envueltos los casos sometidos a resolución judicial, y cuál debe ser la solución que adopte el juzgador, es necesario hacer eco de las palabras Zagrebelsky quien sobre el tema ha expuesto: “Las exigencias de los casos cuentan más que la voluntad legislativa y pueden invalidarla. Debiendo elegir entre sacrificar las exigencias del caso o las de la ley, son estas últimas las que sucumben en el juicio de constitucionalidad al que la propia ley viene sometida.” (Zagrebelsky, 2011, pág. 134). Esta cita es totalmente acertada para el desarrollo de este trabajo, no sin antes aclarar que tampoco debe entregarse a los jueces un cheque en blanco para resolver las controversias sometidas su conocimiento de una manera arbitraria y antojadiza; se hace necesario que los jueces motiven suficientemente el razonamiento lógico, que los lleva a concluir que determinada norma o no es idónea, o no es necesaria, o no es proporcional, para dar una justa solución al caso, por lo que se aparta de su aplicación, en protección de un interés legítimo o derecho superior que el texto literal de la norma amenaza con vulnerar.

Es por esto que se hace necesario dar libertad para que los jueces, en todas las materias (entiéndase no solo en materia constitucional), puedan apartarse de la aplicación rigurosa de la norma expresa, cuando consideren que la misma, a pesar de regular expresamente el caso en análisis, no otorga una solución justa ni equitativa a las partes, que deja en indefensión a un

parte procesal o que lejos de solucionar la controversia, la complica en mayor manera. Para este acometido, el juez debe desarrollar de la manera más concreta posible un test de razonabilidad que permita, como dicen Roca y Ahumada, citados por Vázquez “resolver conflictos entre derechos, intereses o valores en concurrencia sin necesidad de generar jerarquías en abstracto de los derechos, intereses o valores involucrados y, por ende, sin necesidad de prejuzgar su mayor o menor legitimidad, ni producir prohibiciones absolutas.” (Vázquez, 2018, pág. 22).

El test de razonabilidad, también conocido como test de proporcionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional ecuatoriana, es entendido como la evaluación, en concreto, que debe hacer el juzgador de una norma respecto a los siguientes aspectos:

- Que la norma persiga un fin válido; es decir, que con su aplicación se proteja un derecho subjetivo.
- Que los medios empleados para llegar a este fin válido sean idóneos para la protección del derecho subjetivo.
- Que los medios empleados para llegar a este fin válido sean necesarios para la protección del derecho subjetivo; es decir, que este medio sea el único útil, o menos riesgoso, para la protección del derecho subjetivo.
- Que los medios para llegar a este fin válido sean proporcionales, al derecho subjetivo, cuya satisfacción se protege.

De fallar alguno de estos exámenes se entendería que la norma, deja de dar una solución justa al conflicto, por consiguiente el juzgador deberá basar su resolución en la aplicación de un principio que permita materializar la justicia en este caso, apartándose de la provisión abstracta del derecho positivo, que regula la situación.

Se entiende que por regla general el derecho positivo ofrece o debería ofrecer, una solución justa a las controversias que son sometidas a conocimiento y resolución de los jueces que forman parte de la Función Judicial, pero hay que tener presente que no existe norma de derecho que en cuyos presupuestos lleven implícitos todas las posibles circunstancias que rodeen al hecho que se subsume a la norma, pudiendo en varios casos no encontrarse con una respuesta justa o satisfactoria en esta previsión abstracta.

Este particular ya ha sido objeto de análisis de varios tratadistas, así Atienza (2013) al respecto ha citado a Radbruch, quien ha dicho que:

La validez del Derecho (en sentido pleno) no puede provenir ni del propio Derecho positivo ni de ciertos hechos, sino de valores de carácter suprapositivo, o sea, de un Derecho natural extraíble de «la naturaleza de la cosa». Según él, la idea de Derecho contiene varias nociones de valor, una de las cuales es la justicia; cuando una ley es extraordinariamente injusta (lo que, en su opinión, habría ocurrido con algunas de la época nazi), entonces carece de validez y, en consecuencia, no existe la obligación jurídica de obedecerla. Cabría pensar, sin embargo, que esa apelación a un «Derecho suprallegal» ha dejado de tener sentido en los Derechos del Estado constitucional. (Atienza, 2013, pág. 26).

Esta doctrina conduce a la idea que la norma servirá para la aplicación de la generalidad de los casos, donde se dará una solución justa o aparentemente justa al conflicto, pero habrán casos, y no necesariamente pocos, en que para la materialización de la justicia habrá que recurrir a principios constitucionales, cuya aplicación puede estar o no contemplada en la norma, puede estar fuera de la norma o incluso en contra de la norma.

Corresponde ahora hacer una referencia jurisprudencial sobre lo que tanto los tribunales nacionales como internacionales han dicho sobre la posibilidad que tienen los jueces de apartarse de la norma de derecho positivo, cuando de su aplicación resulta una vulneración de derechos. Tenemos así que en la República de Chile, cuando se vivían tiempos de dictaduras, se produjeron una serie de violaciones a los derechos humanos, tales como asesinatos, torturas, desapariciones forzadas y encarcelamientos arbitrarios, que luego los gobiernos buscaron dejar en impunidad con la expedición de leyes de amnistía o indulto, que presuntamente buscaban la reconciliación nacional y dejar en el olvido las atrocidades cometidas por los miembros de la fuerza pública que reprimían brutalmente toda manifestación de inconformidad o desacuerdo a las disposiciones del dictador que ostentaba el poder.

Esta impunidad que generaban estas leyes de amnistía, provocaron que la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, dicte una sentencia, de gran contenido activista, dirigida a los jueces de los países que han ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos, donde los instruí a que a partir del control de convencionalidad que deben ejercer las autoridades judiciales, es obligación de ellos desconocer cualquier norma del derecho positivo de su país, que vaya en contra de la Convención Americana de los Derechos Humanos, es así que en la histórica decisión dentro del caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, con fecha 26 de septiembre de 2006, la Corte dispuso:

124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones

de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. (Almonacid Arellano y otros vs. Chile, 2006, pág. 53)

Es decir, que cuando exista un convenio internacional, ratificado por el Ecuador, se está ante instrumento, que junto con su desarrollo jurisprudencial, son considerados como justos, equitativos y necesarios para la convivencia social, que jamás pueden ser tomados como injustos, porque sus preceptos son aceptados por diversos estados, indiferentemente de su organización política y forma de gobierno. Por estos motivos un instrumento de derecho internacional es lo más próximo a una ley natural, que siempre va a estar presente en todos los pueblos, porque es necesaria para el normal desenvolvimiento de todo tipo de conglomerado social.

Hablando propiamente del caso ecuatoriano, no se puede negar que también han existido sentencias de la Corte Constitucional que, previo los análisis de los fundamentos del caso sometido a su conocimiento, se han apartado de las normas de derecho positivo, sean estas legales o de inferior jerarquía, para dar mayor cobertura a los derechos humanos garantizados en la Constitución, los convenios internacionales de derechos humanos y a los principios, tal es el caso de la sentencia dictada dentro del caso No. 1567-13-EP, que dentro de sus consideraciones expresa:

Cabe recalcar que dentro del Estado constitucional de derechos y justicia, los valores y los principios encuentran supremacía respecto de las reglas, en tanto, tienen como finalidad otorgar mayor eficacia a la protección de los derechos, de acuerdo con las realidades, porque no solo se defiende el estatus personal de sus titulares, sino que se erigen en criterios hermenéuticos preferentes en la aplicación del derecho. (Sentencia 90-15-SEP-CC, 2015, pág. 19)

Esta histórica sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador, aparte de ser muy progresista, reconoce expresamente en materia de protección de derechos y principios, el juez debe tener un comportamiento activista, que haga prevalecer mediante la ponderación, la aplicación de principios sobre la norma, no debe ser únicamente la boca de la ley o de la norma de derecho positivo en general. Esta sentencia recibió un premio internacional, en el Segundo Foro Regional sobre el Poder Judicial y los Derechos Humanos de las Personas Migrantes y Sujetas de Protección Internacional, por reunir los más altos estándares internacionales de protección de derechos humanos y del derecho internacional de las personas refugiadas.

Es por esto que el activismo judicial debe utilizarse como una herramienta de uso judicial, al servicio y protección de los principios de justicia universal y de los derechos de gran relevancia para el ser humano.

2.5.3.1.Revisión de la normativa ecuatoriana respecto de la motivación de resoluciones en base a principios

Bajo este título se revisará si en el sistema normativo ecuatoriano, en materia procesal civil en general, existe el respaldo suficiente para que los jueces puedan administrar justicia dejando de aplicar normas específicas y buscar en su motivación la aplicación de principios y

valores supralegales, y lamentablemente no es así, que por el contrario existen figuras legales como el error judicial inexcusable y el prevaricato, que obligan al juzgador a ser la boca de la ley, a simplemente subsumir los hechos a la norma y aplicar la consecuencia normativa prevista expresamente por las disposiciones de derecho positivo.

Si revisamos la disposición legal contenida en el Código Orgánico Integral Penal que dice:

“Art. 268.- Prevaricato de las o los jueces o árbitros.- Las o los miembros de la carrera judicial jurisdiccional; las o los árbitros en derecho que fallen contra ley expresa, en perjuicio de una de las partes; procedan contra ley expresa, haciendo lo que prohíbe o dejando de hacer lo que manda, en la sustanciación de las causas o conozcan causas en las que patrocinaron a una de las partes como abogadas o abogados, procuradoras o procuradores, serán sancionados con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

Se impondrá además la inhabilitación para el ejercicio de la profesión u oficio por seis meses.” (Asamblea Nacional, 2013, pág. 41)

Al emplearse las expresiones “que fallen contra le expresa”; “dejen de hacer lo que la ley manda”; y, “procediendo contra ley expresa”, nuestra legislación penal no deja margen de acción para que un juez considere que determinada norma no es justa o proporcional, para la solución de la controversia. Es claramente visible que la norma penal se está atando al juez a ser simplemente la boca de la ley, lo conmina a aplicar la ley, aunque esta no otorgue una solución justa al litigio, vulnere derechos, o los resultados de su aplicación sean desproporcionados en relación con el objeto del litigio. La disposición normativa transcrita ahuyenta al juez de la posibilidad de aplicar principios sobre la norma, situación que constituye un obstáculo para la realización de la justicia, sobre todo porque los principios son en palabras de Alexy, citado por

García (2016): “mandatos de optimización, porque ordenan que algo se realice en la mayor medida posible, de conformidad con las posibilidades fácticas jurídicas. Pueden por tanto cumplirse en diferente grado” (García L. , 2016, pág. 64)

Dentro del Código Orgánico de la Función Judicial, al tratarse sobre el régimen disciplinario de la Función Judicial, se tipifica la siguiente sanción:

“Art. 109.- INFRACCIONES GRAVISIMAS. - A la servidora o al servidor de la Función Judicial se le impondrá sanción de destitución, por las siguientes infracciones disciplinarias:

.....

7. Intervenir en las causas que debe actuar, como Juez, fiscal o defensor público, con dolo, manifiesta negligencia o error inexcusable;

.....” (Asamblea Nacional, 2011, pág. 18)

Cabe mencionar que esta figura del error inexcusable no está definida o conceptualizada en la Ley, por lo que ha sido necesario que la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador se pronuncie sobre lo que se debe entender por error judicial inexcusable y la Corte ha dado la siguiente definición:

..... Cuando hablamos de error judicial inexcusable, nos estamos refiriendo a la notoria ineptitud o descuido al momento de administrar justicia por parte del servidor judicial. El error judicial, por su propia naturaleza, es atribuible al juzgador, más que cualquier otro servidor judicial. El error judicial, en sentido estricto, se produce exclusivamente cuando se la comete en un acto forma de la administración de justicia.

.....” (Sentencia No. 083-1S-SEP-CC, 2018, pág. 38)

Es decir que en nuestra normativa legal tenemos estas dos figuras, una de ellas tipificada como delito, con las consecuencias que derivan de las acciones penales; y la otra como falta administrativa causal de destitución del juez, la que traen como consecuencia que el magistrado simplemente prefiera no buscar una solución justa al litigio, sino que simplemente, buscará resolver una controversia en base a la fórmula prevista en la norma a la que se subsuman los hechos, sin revisar si su decisión es justa, si es idónea, si es necesario, si es proporcional, si deja en indefensión o si vulnera algún derecho; por lo que, con esta atadura normativa, resulta claro pensar que la labor del juez ya no es la de administrar justicia, sino simplemente resolver en virtud de lo actuado.

Si bien es cierto, la Corte Constitucional del Ecuador como máximo organismo de control, interpretación constitucional y de administración de justicia constitucional, ha expresado que:

... vivimos en un Estado constitucional de derechos y de justicia y las resoluciones de los poderes públicos tienen que enmarcarse en los lineamientos de la Constitución y demás leyes de la República, no se está en el estado legalista, en la que se establecía que el juez es la boca de la ley ... (Sentencia No. 183-17-SEP-CC, 2017, pág. 12)

No se ha dado a conocer a la luz pública de jueces que hayan fallado, en procesos no constitucionales, alejándose de la norma, buscando la protección de un derecho o interés superior, es más, se hizo público el siguiente caso:

Un padre había dejado de trabajar porque está enfermo. La profesional del derecho revela que tenía cáncer y que por ese motivo suspendió los pagos de las pensiones alimenticias de sus hijos. “Había días en los que estaba al filo de la muerte y otros en que se levantaba y pasaba unos meses bien”. Él terminó preso. Salió de la cárcel después de que los

abogados hicieron una propuesta de pago ante el juez y de que expusieron su situación de salud. (<https://www.eltelegrafo.com.ec>, 2016, pág. S/N)

En este caso se ve claramente que el juez que conoció la causa, se limitó a aplicar la ley, sin tener en cuenta que, para este caso particular, la ley era totalmente injusta, innecesaria e inútil para resolver el caso en particular, y con una sanción desproporcionada en relación a las circunstancias que provocaron el atraso en las pensiones de alimentos. Situación que tuvo que ser considerada por la Corte Constitucional del Ecuador, quien luego de aproximadamente 5 meses, dentro de una acción de inconstitucionalidad de la norma adjetiva civil, sostuvo que:

Por lo expuesto, esta Corte colige que existen casos como los señalados en el párrafo precedente en los cuales el artículo 137 del Código Orgánico General de Procesos no permite al juzgador dictar medidas idóneas, necesarias y proporcionales: considerando además, que en los casos relatados, la del obligado principal pertenece a uno de los grupos de atención prioritaria previstos en el Capítulo III del Título II de nuestra Constitución de la República, cuyo tratamiento jurídico debe ser especial. (SENTENCIA N.º 012-17-SIN-CC, 2017, pág. 67)

Es decir, se ve como en este caso, primero se produjo la injusticia, la violación de derechos, la falta de sentido común para despachar una causa, y la aplicación indiscriminada de la ley, que el caso se vuelva mediático, llegando incluso a tener que el Ejecutivo denunciar públicamente este atropello, para que la Corte Constitucional del Ecuador, resuelva con cierta agilidad, la demanda de inconstitucionalidad de la norma. Sin duda alguna si el caso se no hubiera mediatizado tanto, la Corte Constitucional seguramente habría demorado varios años en dictar su sentencia, como lo hacía en la mayoría de los casos.

2.6. Análisis y comparación de la legislación procesal ecuatoriana con la normativa peruana, colombiana y la contenida en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica.

Para concluir el capítulo teórico se seguirán los métodos análisis de síntesis y jurídico comparado, y se comparará lo contenido en la legislación procesal modelo propuesta por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, y las legislaciones de la República del Perú y la República de Colombia.

2.6.1. Respecto del impulso officioso del proceso.

Se iniciaría citando el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica que en su artículo 3 dispone:

“Art. 3. (Impulso procesal).

Promovido el proceso, el Tribunal tomará de oficio las medidas tendientes a evitar su paralización y adelantar su trámite con la mayor celeridad posible.” (Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 1988, pág. S/N)

Pero el Código Orgánico General de Procesos ecuatoriano, en su artículo 5 dispone que “corresponde a las partes procesales el impulso del proceso, conforme con el sistema dispositivo.”; es decir que el código adjetivo civil ecuatoriano se expresa como publicista al reconocer al juez como director del proceso y a la vez subordina el desarrollo cronológico del mismo, a lo que le pidan las partes, situación que además de ser contradictoria, empuja a los litigantes a presentar constantemente escritos, para que el proceso siga su normal desenvolvimiento y no caer en abandono con las irreparables consecuencias que hasta mediados del año 2019 acarrearía la declaratoria del abandono. Es por esto que la redacción propuesta por

el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, se ajusta más a las necesidades de celeridad y de justicia de la sociedad ecuatoriana, que la norma procesal civil del Ecuador.

Sobre este mismo tema el Código Procesal Civil del Perú, en su artículo 2, dentro de su Título Preliminar dispone:

La dirección del proceso está a cargo del Juez, quien la ejerce de acuerdo a lo dispuesto en este Código.

El Juez debe impulsar el proceso por sí mismo, siendo responsable de cualquier demora ocasionada por su negligencia. Están exceptuados del impulso de oficio los casos expresamente señalados en este Código. (Ministerio del Justicia del Perú, 1993, pág. S/N).

De igual manera el Código General del Proceso de la República de Colombia, en su artículo 8 establece que:

“Los procesos solo podrán iniciarse por demanda de parte, salvo los que la ley autoriza promover de oficio.

Con excepción de los casos expresamente señalados en la ley, los jueces deben adelantar los procesos por sí mismos y son responsables de cualquier demora que ocurra en ellos, si es ocasionada por negligencia suya.” (Congreso de la República de Colombia, 2012, pág. S/N)

Es decir que, tanto en la República del Perú como en la República de Colombia, la función judicial debe, por iniciativa propia y por obligación legal, procurar la conclusión del proceso, situación que aporta en gran manera al fin tan deseado de celeridad en la administración de justicia, y Ecuador, en este aspecto se ha quedado atrás respecto de sus vecinos, optando por excluir al juez del impulso procesal.

2.6.2. Iniciativa probatoria del juez.

Respecto a la iniciativa probatoria del juez, es un aspecto en el que también no existe una similitud entre el Código Orgánico General de Procesos ecuatoriano y el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, ya que la norma ecuatoriana expresamente menciona que “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...” (Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2015, pág. 25); es decir que, obliga al juez a pensar dos veces antes de ordenar una prueba de oficio, ya que expresamente la norma contempla que esta potestad es excepcional, y si el juez decide disponer al práctica de una prueba de oficio, casi que deben motivar su decisión con los mismos razonamientos que utiliza para emitir una resolución.

Con la disposición transcrita en el párrafo anterior, es lógico pensar que el juez va a preferir quedarse con una duda fáctica, antes que pedir la práctica de oficio de alguna prueba. Para qué el juez va a complicar más su trabajo e incluso exponerse a ser considerado y denunciado como parcializado al ordenar una prueba de oficio como declaración de parte, de testigos o requerimientos de información a terceros, si la ley no le da la amplia potestad de hacerlo, no se ve cómo el juez se puede acercar a la realidad de los hechos con la limitación normativa que consta en la normativa adjetiva ecuatoriana, es más se le impone al juez el papel de títere de la iniciativa probatoria de las partes.

Al respecto el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, dentro de las bases para la preparación del Código Procesal Civil, sugería que:

Además de los medios de prueba que enumere la ley, podrán utilizarse los demás que sirvan a la formación del convencimiento del juez, siempre que no estén expresamente

prohibidos por aquella, ni violen los derechos humanos o sean contrarios a la moral o al orden público. El juez debe disponer de amplias facultades para decretar pruebas de oficio cuando las considere necesarias, pero si se trata de testigos es indispensable que aparezcan mencionados en cualquier acto del proceso. (Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 1988, pág. S/N)

Se claramente que este Instituto promueve la concepción publicista del proceso, donde el juez tiene un rol activo y protagonista en el desarrollo del proceso, al parecer el Instituto reconoce que en sociedades tan desiguales e inequitativas como las iberoamericanas, para la consecución de la justicia material, no se puede dejar a los particulares litigar sin la intervención de un juzgador que dirija el proceso en busca de la verdad.

Limitar al juez para que se conforme solamente con la verdad que se ha podido probar dentro de un proceso, gracias a la labor acuciosa y dedicada de un abogado preparado y con experiencia, deja abierta la puerta a grandes injusticias, principalmente cuando las partes en litigio estén en desventaja, como es temas laborales donde el empleador y el trabajador no litigan en igualdad de condiciones; en inquilinato donde el arrendador y el arrendatario, por regla general, tampoco están en igualdad de condiciones; los temas contenciosos administrativos y tributarios, donde a los particulares les toca litigar en contra de ese inmenso aparataje burocrático conocido como Estado; y así algunas materias adicionales.

No se está diciendo con esto que el juez deba caer en el extremo de defender los intereses de alguna de las partes, sino que debería tener una participación activa en el proceso, haciendo preguntas a las partes a los testigos a los peritos, disponiendo la práctica de pruebas de oficio, dado que “por el rol activo que se le reconoce al juez, este por lo general puede solicitar la

práctica de todas las pruebas que considere pertinentes a fin de tener la mayor convicción posible al momento de decidir.” (Montana & Porras, 2012, pág. 42)

Siguiendo este orden de ideas resulta necesario citar los artículos del texto del anteproyecto del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, donde se reconoce la potestad del juez de practicar pruebas de oficio:

“Art. 139 (Interrogatorio).

139.1. El interrogatorio se hará por el Tribunal, sea el dispuesto de oficio o por pedido de parte.....

139.2. El interrogatorio de la parte podrá efectuarse por el Tribunal en el curso de cualquier audiencia, de oficio o a solicitud de la parte contraria, sin necesidad de previa citación.”

“Art. 152 (Careo).

Podrá ordenarse, de oficio o a petición de parte, careos de los testigos entre sí o de éstos con las partes, con fines aclaratorios.”

“Art. 165 (Procedencia)

.....

165.2. Las partes no podrán solicitar sino un dictamen pericial sobre un mismo punto, salvo que se produjera la impugnación de sus conclusiones en tiempo y forma. El tribunal podrá disponer de oficio un nuevo dictamen cuando, a su juicio, proceder.”

“Art. 168. (Procedimiento).

La parte que solicite un dictamen pericial señalará concretamente las cuestiones sobre las cuales debe versar; al conocer esa solicitud, el adversario podrá adherir a la misma agregando nuevos puntos.

El Tribunal resolverá sobre la procedencia del dictamen y determinará los puntos que han de ser objeto del mismo de acuerdo con las proposiciones de las partes y los que de oficio considere conveniente formular....”

“Art. 171.3. El Tribunal también podrá requerir del perito las aclaraciones y ampliaciones que estime convenientes y disponer, por pedido de la parte que entienda fundado o de oficio, la realización de un nuevo peritaje.”

“Art. 174. (Inspección Judicial). El Tribunal, a petición de las partes o de oficio, pueden inspeccionar personas, lugares o cosas con la finalidad de esclarecer hechos que interesen a la decisión del proceso.” (Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 1988, pág. S/N).

Hechas estas citas y teniendo presente que “en el proceso se puede establecer sólo una verdad formal, o una fijación formal de los hechos, mientras que fuera del proceso se comprobaría la verdad real. La verdad que se averigua en el proceso sería sólo formal y diferente de la real, a causa de los límites normativos, temporales y prácticos que la disciplina y el funcionamiento concreto del proceso imponen a la búsqueda de la verdad; fuera del proceso, se establecería, en cambio, la verdad real dado que estos límites no están.” (Taruffo, 2013, pág. 35), no se puede dejar de lado pensar que si el juez carece de iniciativa probatoria o esta es limitada de tal manera que dificulta su ejercicio, como en el caso ecuatoriano, tanto menos se podrán acercar las resoluciones judiciales a la realidad de los hechos y a la tan compleja labor de administrar justicia entre partes divergentes y desiguales.

Por lo expuesto, resulta necesario que el juez goce de amplias facultades de disponer pruebas de oficio, respetando siempre los principios contradictorio y de inmediación, ya que las partes pueden sentir que han expuesto sus argumentos con tal claridad, que el juez no tiene otra

opción resolver a su favor, pero si en el intelecto del juez surgen dudas que las partes desconocen, y el magistrado no tiene las herramientas para despejarlas y aclarar los hechos, la administración de justicia ecuatoriana es lejos de ser una estructura estatal protectora de los derechos y al servicio de la ciudadanía y personas en general.

En la República de Colombia tenemos que el Código General del Proceso establece en su artículo 170, que:

“El juez deberá decretar pruebas de oficio, en las oportunidades probatorias del proceso y de los incidentes y antes de fallar, cuando sean necesarias para esclarecer los hechos objeto de controversia.

Las pruebas decretadas de oficio estarán sujetas a la contradicción de las partes.”

(Congreso de la República de Colombia, 2012, pág. S/N).

Es así como se aprecia el contraste entre la concepción colombiana y ecuatoriana respecto de la iniciativa probatoria del juez. Mientras que para el sistema procesal ecuatoriano el juez es un director del proceso con pocas y limitadas potestades probatorias, en el sistema procesal colombiano el juez es un protagonista del proceso que libremente puede aportar al acervo probatorio sobre el que basará su resolución.

En la República del Perú, al igual que en la República del Ecuador, tampoco se le conceden amplias facultades a los jueces para la práctica de pruebas de oficio, es así como tenemos que en el artículo 194 del Código de Procedimiento Civil peruano se expresa que:

“Excepcionalmente, cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción, el Juez de Primera o de Segunda Instancia, ordenará la actuación de los medios probatorios adicionales y pertinentes que considere necesarios para formar convicción y resolver la controversia, siempre que la fuente de la prueba

haya sido citada por las partes en el proceso. Con esta actuación probatoria el Juez cuidará de no reemplazar a las partes en su carga probatoria, y deberá asegurarles el derecho de contradicción de la prueba.

La resolución que ordena las pruebas de oficio debe estar debidamente motivada, bajo sanción de nulidad, siendo esta resolución inimpugnable, siempre que se ajuste a los límites establecidos en este artículo.

En ninguna instancia o grado se declarará la nulidad de la sentencia por no haberse ordenado la actuación de pruebas de oficio.

.....” (Ministerio del Justicia del Perú, 1993, pág. S/N)

Así, se aprecia como en la República del Perú, al igual que en Ecuador, el juez debe ser simplemente un espectador de lo que en materia probatoria practiquen las partes, incluso esta norma es más limitante y exigente que la ecuatoriana para la práctica de pruebas de oficio, ya que además de contemplar su procedencia de manera excepcional, se exige que las partes hayan hecho referencia a la misma durante el desarrollo del proceso, por lo que si bien es cierto la normativa peruana lo faculta al juez para ordenar pruebas de oficio, esta decisión le impone varias cargas adicionales al magistrado, quien va a preferir, en gran número de ocasiones, no hacer uso de esta facultad.

CAPÍTULO III

CAPÍTULO METODOLÓGICO

3.1. Metodología.

Al presente trabajo de investigación se le ha dado un enfoque práctico, de mejora del servicio de la Administración de Justicia en el Ecuador, para lo cual se ha dado al Poder Judicial una visión de organismos protector de los derechos, que debe constantemente buscar mejoras en su trabajo, para ganarse la confianza y aprobación ciudadana.

Para este cometido se ha desarrollado el presente trabajo utilizando los siguientes métodos investigativos que han permitido llegar a las conclusiones, propuestas y recomendaciones constantes en el capítulo final:

- **Método de sistematización jurídico doctrinal:** Ya que se ha desarrollado este trabajo citando a reconocidos tratadistas cuyas opiniones han servido de soporte teórico y se ha analizado la pertinencia de sus criterios en la realidad procesal ecuatoriana.
- **Método de jurídico comparado:** Este método fue empleado en el capítulo anterior, haciendo una revisión de las similitudes y diferencias entre la legislación procesal modelo para Iberoamérica, y las legislaciones procesales de la República del Perú y la República de Colombia, en temas referentes al impulso procesal y la práctica oficiosa de pruebas.
- **Método de análisis y síntesis:** Empleado en el capítulo anterior mediante el estudio de casos ecuatorianos y de la región, donde se han extraído elementos que nos permiten concebir un activismo judicial protector de derechos, al servicio de las personas.

- **Método de observación científica:** Mediante la elaboración de entrevistas y encuestas a los partícipes de la gestión procesal ecuatoriana, se pudo obtener datos relevantes, para sacar conclusiones sobre en qué debe mejorar gestión judicial en el Ecuador.

Como en este trabajo se plantea la premisa de que el que el activismo judicial, bien aplicado, será una herramienta de protección de derechos, de recuperación de confianza y prestigio de la Función Judicial Ecuatoriana, resultó necesario entrevistar y encuestar a las personas que hacen del derecho procesal, su día a día, y en este grupo humano se escogió a los jueces y abogados en el ejercicio profesional, para fundamentar esta investigación de manera cualitativa, para el efecto se procedió a explicar el motivo de la encuesta y de la entrevista.

Para la fundamentación cuantitativa, se partió de la idea de que al ser Guayaquil es la ciudad más poblada del Ecuador, se consideró que con obtener los referentes empíricos de este cantón, serviría para obtener un acertado criterio referencial, sobre los puntos que se consideran necesarios reformar, para el desarrollo de este trabajo y sacar las conclusiones y recomendaciones que formar la parte final de este trabajo, no sin antes mencionar que también se contó con la valiosa encuesta a tres profesionales del derecho del cantón Babahoyo.

3.2. Cuadro de operacionalización de variables.

Para esquematizar el resultado de esta investigación se presenta el siguiente cuadro de operacionalización de variables.

				OPERACIONALIZACIÓN	
VARIABLES	DEFICIÓN CONCEPTUAL	DIMENSIÓN	SUB DIMENSIONES	INDICADOR	TIPO DE VARIABLE
VARIABLE DE ESTUDIO: SATISFACCIÓN CON EL SISTEMA DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN EL ECUADOR	Grado de protección y respuesta eficaz que otorga la justicia ecuatoriana a las personas que acuden a pedir la tutela de sus derechos.	CALIDAD DEL SERVICIO JUDICIAL	IMPULSO PROCESAL	Impulso de oficio	Comparación porcentual
				Impulso de parte	
			CELERIDAD PROCESAL	Procesos resueltos en corto tiempo	Comparación porcentual
				Procesos siguen siendo lentos	
			INICIATIVA PROBATORIA DEL JUEZ	Libertad de prueba de oficio	Comparación porcentual
				Restricción de la prueba de oficio	
			MOTIVACIÓN DE RESOLUCIONES	Aplicación estricta de la ley	Comparación porcentual
				Aplicación de principios por encima de la ley	
FACULTADES CORRECTIVAS DEL JUEZ	Poder sustituir la defensa técnica	Comparación porcentual			
	No poder sustituir al defensa técnica				

3.3. Cuadro de unidades de análisis.

Las unidades de análisis que han servido de referencia para la investigación cualitativa de este trabajo se detallan a continuación:

	UNIDADES DE ANÁLISIS PARA LAS INVESTIGACIONES CUALITATIVAS	MUESTRA	UNIVERSO DE LA MUESTRA
1	ABOGADOS EN EL LIBRE EJERCICIO PROFESIONAL GUAYAS	49	17258
2	ABOGADOS EN EL LIBRE EJERCICIO PROFESIONAL LOS RÍOS	3	N/D
2	JUECES DE UNIDADES JUDICIALES CIVILES Y MATERIAS AFINES - GUAYAQUIL	5	80

CAPÍTULO IV

CAPÍTULO DE RESULTADOS

4.1 Presentación de Resultados

4.1.1. Resultados de las encuestas.

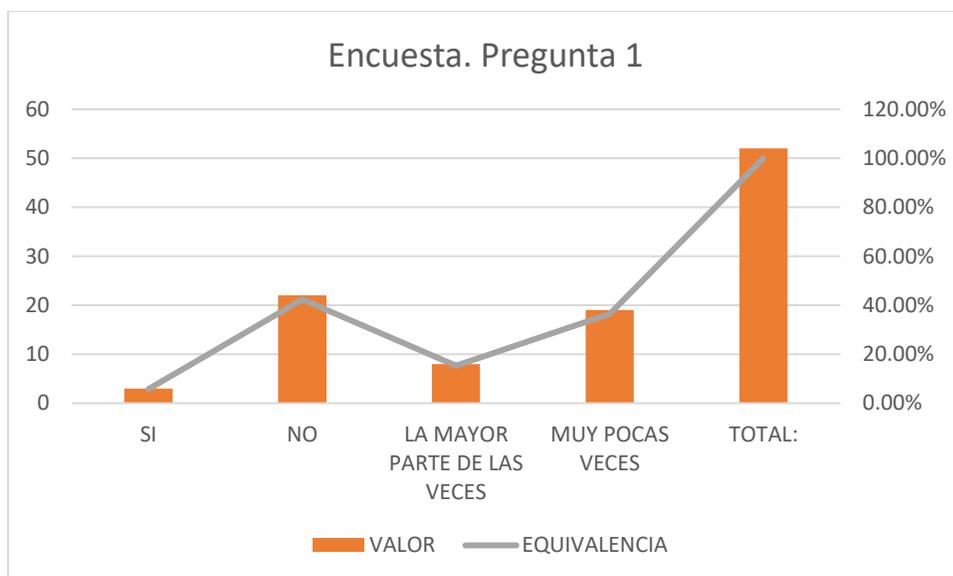
Como parte del método empírico que se aplicó en este trabajo, se encuestó a una población de 53 profesionales del derecho que litigan en las diversas unidades judiciales en la Provincia del Guayas y de Los Ríos, y se obtuvo el siguiente resultado.

Pregunta 1. Considera usted que el despacho de las causas civiles en general, es rápido.

RESPUESTA	VALOR	EQUIVALENCIA
SI	3	6%
NO	22	42%
LA MAYOR PARTE DE LAS VECES	8	15%
MUY POCAS VECES	19	37%
TOTAL:	52	100%

Como se puede apreciar en los resultados de la encuesta el 79% de los abogados encuestados en términos generales no considera que el principio de celeridad se cumple de manera satisfactoria. Aunque esto no es novedad para el sistema procesal ecuatoriano, cabe mencionar que con la entrada en vigencia del Código Orgánico General de Procesos, se esperaba que los juicios fueran más rápidos, pero el problema de la lentitud del despacho de causas sigue presente.

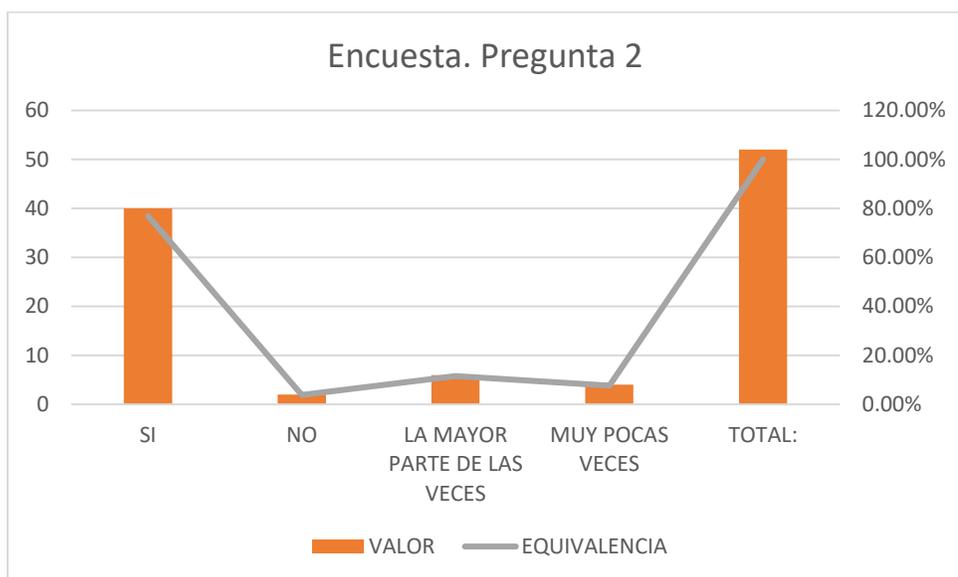
Un pequeño porcentaje de los encuestados opina que el principio de celeridad se cumple de manera total o parcial, por lo que este criterio quedaría excluido de ser tomado en cuenta.



Pregunta 2. Tiene usted que presentar quejas por el despacho tardío de los procesos civiles bajo su patrocinio.

RESPUESTA	VALOR	EQUIVALENCIA
SI	40	77%
NO	2	4%
LA MAYOR PARTE DE LAS VECES	6	12%
MUY POCAS VECES	4	8%
TOTAL:	52	100%

El criterio mayoritario sobre esta pregunta va en armonía con la pregunta anterior, y es consecuencia del retraso en el despacho de las causas. Actualmente se deben presentar tres requerimientos en línea para el despacho, y luego, si persiste la falta de pronunciamiento judicial, se debe presentar una queja, y este procedimiento es frecuente en los abogados litigantes, por lo que el malestar por el retraso judicial, persiste en los usuarios de la función judicial.



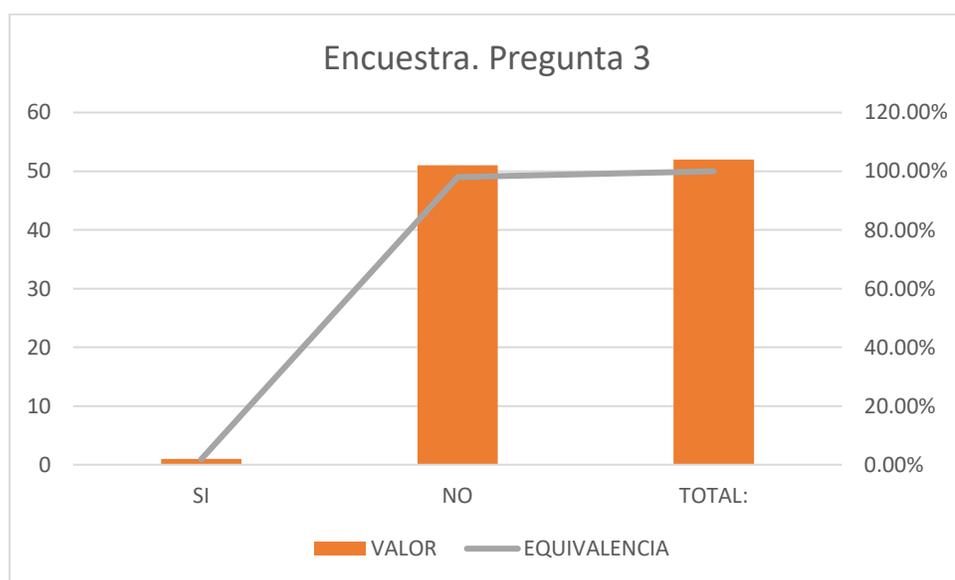
Pregunta 3. En los procesos que usted ha patrocinado en materia civil, ha tenido casos en los que el administrador de justicia ha dispuesto la práctica de pruebas de oficio.

RESPUESTA	VALOR	EQUIVALENCIA
SI	1	1.92%
NO	51	98.08%
TOTAL:	52	100.00%

Solo uno de los 52 abogados encuestados manifestó que en una ocasión un juez ordenó la práctica de la prueba de oficio, este dato estadístico nos permite concluir que nuestros jueces ecuatorianos no se preocupan por despajar las dudas que puedan tener sobre algún hecho con la

práctica de oficio de alguna prueba, simplemente se conforman con valorar lo probado por las partes para resolver la controversia.

Este dato estadístico nos permite concluir claramente que la prueba de oficio no es la regla, sino la excepción. En la práctica el juez prefiere quedarse con la duda fáctica en la mayoría de los casos, antes que despejarla ordenando una prueba.

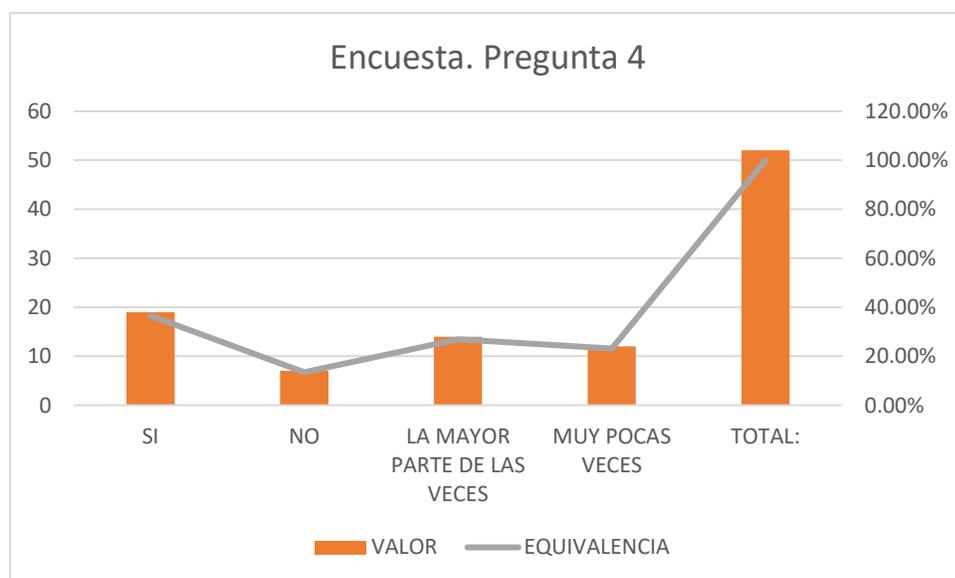


Pregunta 4. Considera usted que existe gran desigualdad en la capacidad de litigar de los abogados en el país.

RESPUESTA	VALOR	EQUIVALENCIA
SI	19	36.54%
NO	7	13.46%
LA MAYOR PARTE DE LAS VECES	14	26.92%
MUY POCAS VECES	12	23.08%
TOTAL:	52	100.00%

Como se puede apreciar en el resultado de esta encuesta, en la mayoría de los casos, los abogados han notado que no existe preparación académica y profesional equitativa entre los abogados litigantes.

Este dato es muy preocupante, ya que se deduce que quien tiene mayores recursos podrá contar con los servicios de un abogado con estudios y experimentado en los litigios y quien no tenga mayores recursos deberá conformarse con el patrocinio de un abogado que no precisamente tenga la experiencia en litigios, situación que provoca que no se fijen bien los puntos de debate, que no se produzcan pruebas pertinentes, útiles y conducentes, y por consiguiente se resuelva sin una pretensión correcta y sin pruebas.



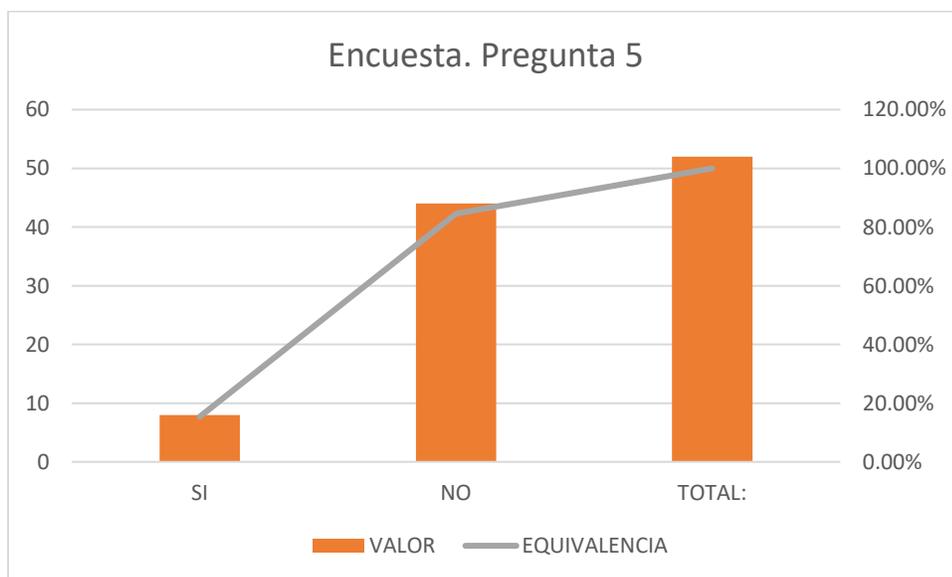
Pregunta 5. Ha tenido casos en los que la ley u otra norma de inferior jerarquía al ser aplicada rigurosamente, no da una solución justa al derecho sustancial en litigio o vulnera derechos de las partes en litigio.

(Nota.- esta pregunta tuvo que ser explicada para mejor comprensión de su alcance)

RESPUESTA	VALOR	EQUIVALENCIA
SI	8	15.38%
NO	44	84.62%
TOTAL:	52	100.00%

Como se puede observar las respuestas a estas preguntas mayoritariamente fueren negativas, ya que no son casos frecuentes o visibles, pero posibles.

Como en el ejercicio profesional, por regla general, se acostumbra a invocar la ley o determinada norma de derecho de inferior jerarquía, para exigir una pretensión, sin analizar si la norma persigue un fin constitucionalmente válido, si es necesaria y proporcional al caso en particular, es por esto que los encuestados, en su mayoría, no se sienten identificados con estos supuestos, pero se explicó el contenido de esta pregunta y se obtuvieron los resultados que se exponen.



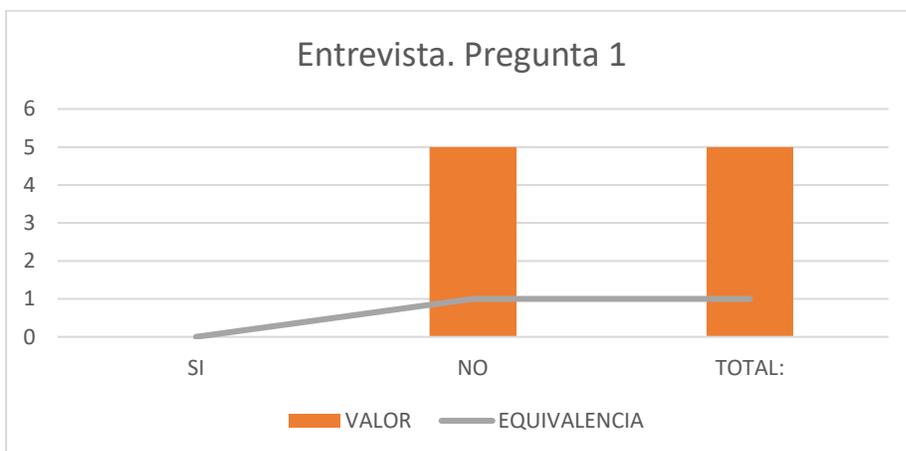
4.1.2. Resultados de las entrevistas.

Siguiendo con el método empírico se entrevistó a 5 jueces de diversas unidades judiciales en la Provincia del Guayas y se obtuvo el siguiente resultado.

Pregunta 1. Considera usted que el impulso procesal debería estar a cargo del juez para que el proceso avance rápidamente.

RESPUESTA	VALOR	EQUIVALENCIA
SI	0	0.00%
NO	5	100.00%
TOTAL:	5	100.00%

De los magistrados encuestados todos estuvieron de acuerdo en que el proceso debe ser impulsado por las partes, ya que la cantidad de procesos a cargo de ellos les complica hacerse cargo del impulso procesal.

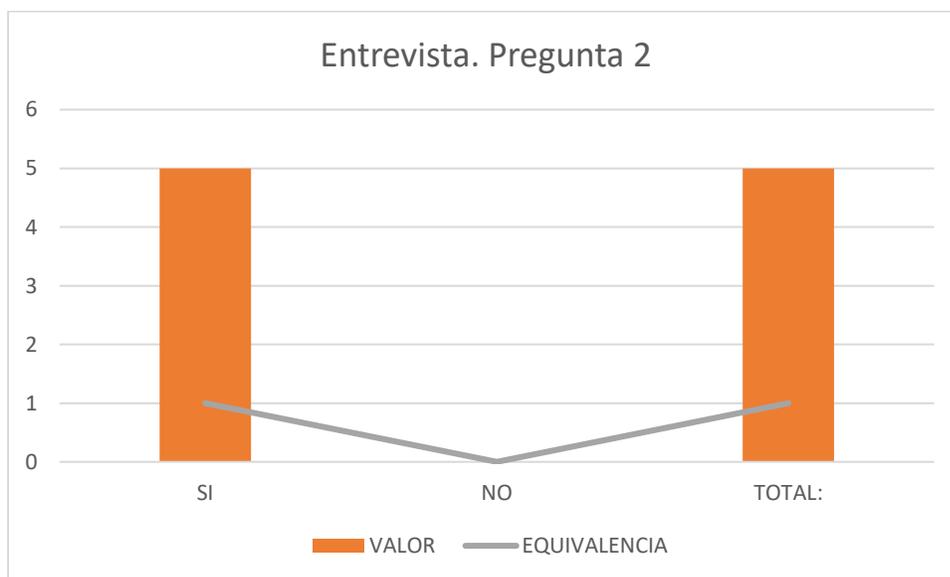


Pregunta 2. Ha recibido quejas el juzgado a su cargo por el retardo en el despacho de causas.

RESPUESTA	VALOR	EQUIVALENCIA
SI	5	100.00%
NO	0	0.00%
TOTAL:	5	100.00%

Como era de esperarse, todos los magistrados entrevistados, han manifestado haber recibido alguna clase de queja en contra de ellos por el retraso en el despacho de las causas, uno de ellos incluso afirmó haber tenido comparecer ante una queja presentada en su contra en el Consejo de la Judicatura.

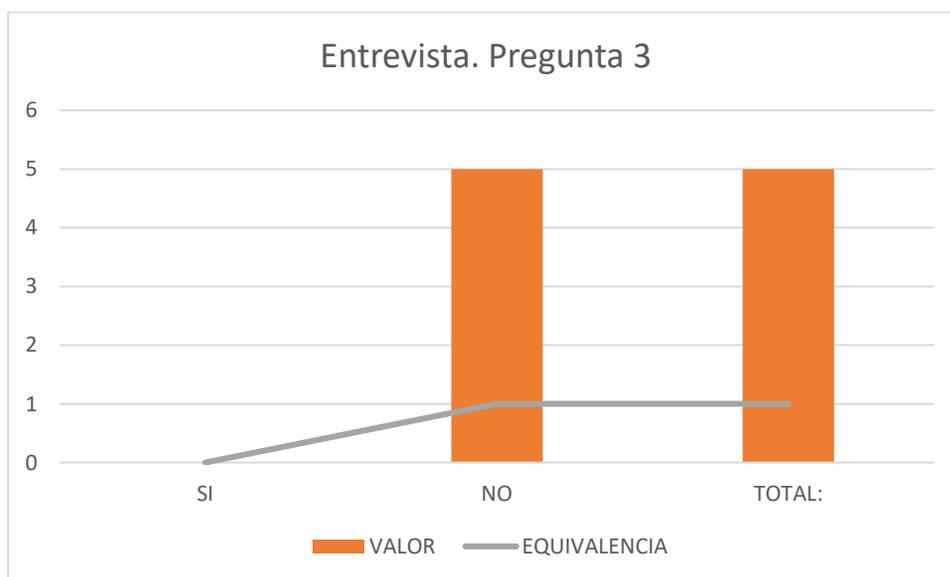
Las quejas a las que hace mención esta pregunta no son solamente las quejas formales, abarcan también las hechas a través del formulario que el Consejo de la Judicatura ha creado para el efecto, o cualquier queja hecha a través de Coordinación de la Unidad Judicial, que son de las que llegan a tener conocimiento los jueces.



Pregunta 3. Se ha visto en la necesidad de ordenar pruebas de oficio para esclarecer los hechos controvertidos.

RESPUESTA	VALOR	EQUIVALENCIA
SI	0	0.00%
NO	5	100.00%
TOTAL:	5	100.00%

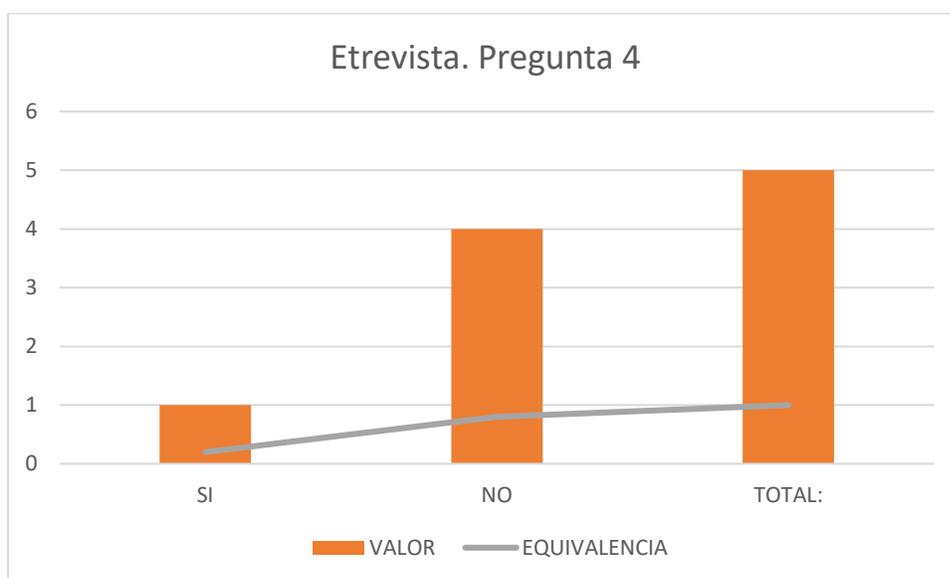
En este punto, existe una equivalencia con la pregunta número 3 de las encuestas realizadas y resulta evidente que esta negativa o falta de predisposición de los magistrados de ordenar pruebas de oficio, se debe a la limitación normativa que sobre el tema tiene el Código Orgánico General de Procesos.



Pregunta 4. Considera usted que tiene la libertad para ordenar pruebas de oficio, o prefiere no hacerlo.

RESPUESTA	VALOR	EQUIVALENCIA
SI	1	20.00%
NO	4	80.00%
TOTAL:	5	100.00%

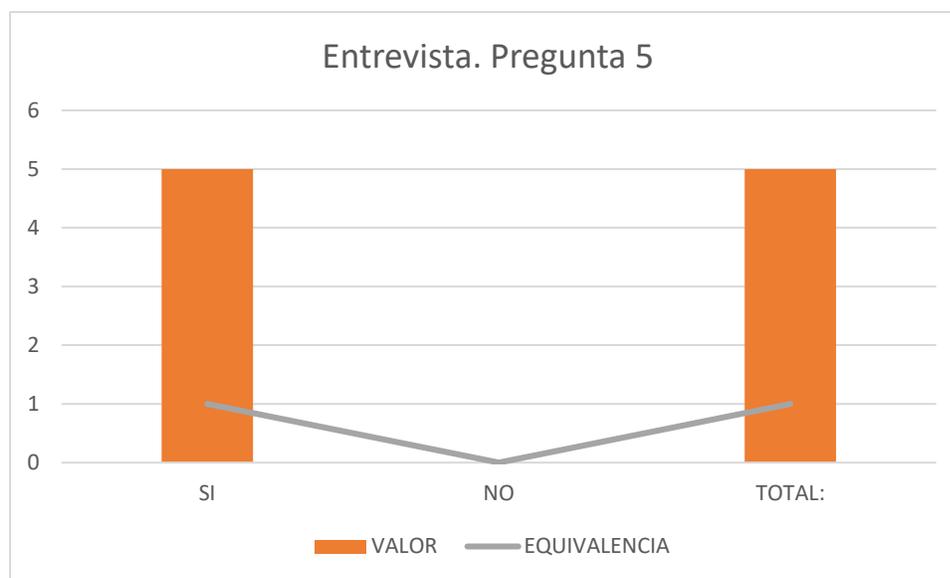
En concordancia con la pregunta anterior, se puede comprobar que la norma adjetiva disuade al juzgador de ordenar pruebas de oficio.



Pregunta 5. Conoce usted lo que es el testeo de razonabilidad de la norma.

RESPUESTA	VALOR	EQUIVALENCIA
SI	5	100.00%
NO	0	0.00%
TOTAL:	5	100.00%

Al ser los magistrados entrevistados jueces de acciones constitucionales, por consiguiente, todos afirmaron conocer lo que es el test de razonabilidad de la norma, unos con mayor precisión que otros, pero en fin, están familiarizados con el término.

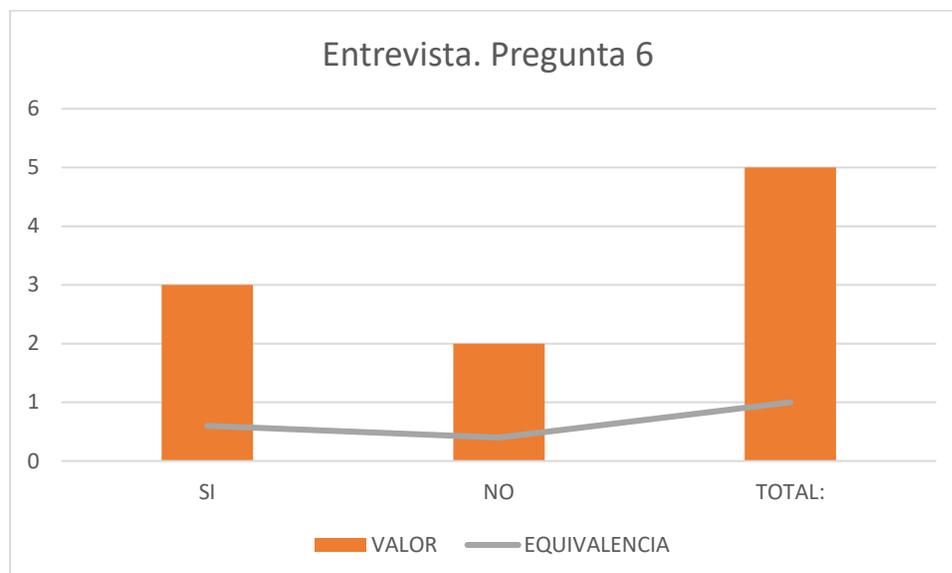


Pregunta 6. Aplica usted el test de razonabilidad a la norma en los procesos ordinarios a su cargo, o en garantías jurisdiccionales.

RESPUESTA	VALOR	EQUIVALENCIA
SI	0	0.00%
NO	5	100.00%
TOTAL:	5	100.00%

Esta respuesta es consecuencia de que el test de razonabilidad de la norma, al estar regulado en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, es

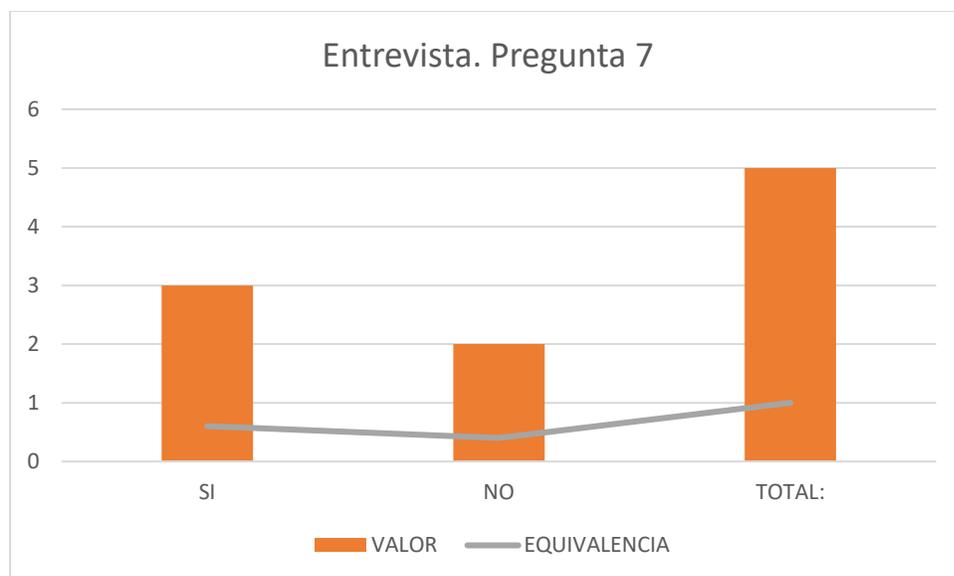
considerado como herramienta exclusiva de las Acciones Constitucionales, lo que ahuyenta a los jueces de aplicarla en procesos ordinarios.



Pregunta 7. Considera usted que el juez debería tener la facultad de disponer la sustitución de la defensa de una de las partes cuando considere que esta perjudica los derechos de su patrocinado.

RESPUESTA	VALOR	EQUIVALENCIA
SI	3	60.00%
NO	2	40.00%
TOTAL:	5	100.00%

La mayoría de los magistrados consideran que sería conveniente que el juez pueda disponer la sustitución de la defensa de una de las partes procesales cuando esta es evidentemente deficiente. Esto un reflejo de que la desigualdad de la preparación académica de los abogados litigantes.



CAPÍTULO V

CAPÍTULO DE DISCUSIÓN

5. Argumentación jurídica de los resultados

De los resultados del análisis jurídico doctrinal, de legislación comparada y del análisis empírico se obtuvo, se extrajo la conclusión de que persiste la inconformidad de los usuarios de la Función Judicial, sobre todo porque no se cumple con el principio de celeridad, que por varios años ha estado contenido en nuestro derecho interno, pero sigue sin poder materializarse; es por esto que se debe hacer más a nivel normativo y administrativo, para conseguir que las causas sean resueltas en un tiempo razonable, exigencia contenida en la Convención Americana de Derechos Humanos.

El otorgar el impulso procesal al juez, es un reto de gran magnitud, que a primera vista creará rechazo de los administradores de justicia, ya que pensarían que se les está dando una responsabilidad adicional, pero si se genera una nueva metodología de trabajo de las unidades judiciales, se ordenan los expedientes por su estado procesal y se organiza eficazmente el tiempo de los jueces, no debería haber ningún problema en que el proceso avance rápidamente hacia su conclusión. Esta nueva metodología de trabajo deberá ser socializada entre todos los servidores de la función judicial, para que todos los actores de la administración de justicia, se vean comprometidos con la celeridad del proceso.

Este nuevo modelo a utilizarse, debe ser objeto de profundos estudios estadísticos y operativos para que del mismo se obtengan los resultados esperados, no se lo puede implementar de la noche a la mañana, ya que implica el cambio de responsabilidades de los servidores judiciales lo que no será bien visto por todos y sobre todo por la innata tendencia del ser humano a resistirse a los cambios.

Respecto de otorgar mayor iniciativa probatoria al juez, también se considera como un cambio necesario, ya que actualmente su aplicación constituye la excepción a la regla. De las encuestas y entrevistas realizadas se deduce que los administradores de justicia prefieren quedarse con alguna duda fáctica sobre el litigio antes que disponer la práctica de una prueba por iniciativa propia, quizá por temor a ser calificados como parcializados, quizá por la restricción legal que recae sobre la iniciativa probatoria.

Estas dudas fácticas que se pueden crear en el intelecto del juez, y que no pudieron ser previstas por las partes litigantes, motivo por el cual no se anunciaron ni se practicaron medios de prueba para despejarlas. Sin la iniciativa probatoria el juez no podrá dudas que lo pueden llevar desechar una justa pretensión o a conceder una injusta pretensión. Como ya se ha expresado, el juez no puede ser considerado como parcializado al disponer la práctica de una prueba de oficio, ya que no se puede conocer anticipadamente a qué parte beneficiará la prueba.

Sobre la mejora del contenido jurídico de las resoluciones y sentencias, mediante la aplicación de principios y su aplicación sobre casos concretos, por sobre el contenido de la norma, se concluyó que existe desconocimiento sobre este tema, ya que en el medio ecuatoriano procesal ecuatoriano casi todo se resuelven mediante el ejercicio de la subsunción de los hechos a la norma, ya que si la norma contiene un presupuesto fáctico y una consecuencia jurídica del mismo, se aplica esta fórmula, sin analizar circunstancias que rodean al hecho.

Este problema no es de fácil comprensión como los demás que se han expuesto, pero debe servir de análisis, estudio y difusión, para que los jueces, abogados y demás partícipes del sistema procesal ecuatoriano, sepan aplicarlo de manera correcta, y dejar de llevarse por la antigua creencia del “Dura lex, sed lex”, y empezar a dar protección a los derechos de las

personas partiendo de principios reconocidos en la Constitución de la República y en los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos.

Otra conclusión contundente que se puede extraer de la contrastación empírica de esta investigación, es la necesidad de otorgar la facultad correctiva a los jueces de disponer la sustitución de la defensa técnica de una de las partes procesales, cuando sea de manifiesto que la misma no está actuando de manera correcta dentro de la audiencia.

La mayoría de los jueces entrevistados fueron claros en señalar que muchas veces la falta de preparación de abogados litigantes, provocan que no se fijen correctamente los puntos de debate, que se inadmitan medios de prueba o que se practiquen pruebas de manera errónea. Si estos errores pudieran ser subsanado posteriormente, se les deja a las partes procesales la libertad de poder sustituir la defensa técnica y corregir errores, pero como está concebido el proceso actualmente, no se puede regresar a fijar los puntos de debate, anunciar pruebas o practicar pruebas.

Como consecuencia de lo expuesto, se extrae como conclusión que la escasa preparación de un abogado, respecto del manejo de un proceso legal, provoca una violación a la tutela judicial efectiva, al no darle a la administración de justicia las herramientas que necesita para proteger los derechos de las personas, ayudando a incrementar la insatisfacción ciudadana, quienes en muchas ocasiones no comprenderán que hubo un deficiente patrocinio de sus pretensiones, y harán eco de lo dicho por su abogado quien descargará su frustración en contra del administrador de justicia, afirmando que no fue imparcial, que se dejó influenciar o que se vendió a los intereses de la contraparte.

CAPÍTULO VI

6.1. PROPUESTA

Principalmente se propone que la Función Legislativa reforme varios artículos del Código Orgánico General de Procesos, a fin de que el impulso procesal sea responsabilidad principal de la función judicial, para que quien acuda a pedir su tutela, tenga la seguridad de que su proceso no se verá retardado por la negligencia de un servidor de la judicatura, ya que será responsabilidad del juez y de todo su equipo de trabajo, que el proceso avance hasta su final conclusión, debiendo de responder ante el organismo disciplinario de la función judicial, por el retardo injustificado en despacho del juicio.

Si bien es cierto, siempre se ha tenido disposiciones normativas que sancionan en retardo injustificado de los procesos, se hace necesario dar más énfasis al impulso procesal para la materialización del principio de celeridad.

Resulta necesario también otorgar amplias facultades probatorias al juez, mediante la reforma del artículo 168 del Código General de Procesos, ya que la iniciativa probatoria del juez no debe estar limitada a circunstancias excepcionales, y no se puede considerar que estaría siendo parcializado al ordenar oficiosamente una prueba, ya que no se puede concebir a priori a qué parte favorecería la prueba solicitada por el juez.

En el orden de ideas expuesto en este trabajo resulta necesario que la administración de justicia comprenda que en ocasiones la consecuencia prevista en la norma, para el supuesto de hecho que regula, puede ser claramente injusta y absurda para resolver un caso concreto ya que el mismo (el hecho) puede estar rodeado de circunstancias excepcionales de difícil previsión, que hacen necesario recurrir a una motivación basada en principios que excluirán a la norma, pero esta motivación debe ser un trabajo técnico jurídico, suficientemente explicado

para que el juez no sea tachado de arbitrario o parcializado, es más, para que sea elogiado como jurista y administrador de justicia. Para este cometido resulta necesario también reformar el Código Orgánico Integral Penal, para que el tipo penal del prevaricato no sea la espada de Damocles sobre la cabeza del juez, asimismo, se debe eliminar la figura del error judicial inexcusable de las causales de destitución del juez.

Finalmente, resulta necesario proponer que se le otorguen a los jueces la facultad correctiva de disponer al sustitución de la defensa de una de las partes procesales, cuando el defensor técnico está haciendo un trabajo deficiente, no solo desde el punto de vista académico, sino también por el desinterés que muestre en dar una adecuada protección a los intereses de su defendido. Esta figura se vería respaldada con la actuación suplente de la Defensoría Pública, Institución que cuenta con excelentes Profesionales del Derecho, que buscan la protección de los derechos de sus defendidos, con una adecuada intervención técnica.

6.1.1. Modelo de reforma legal propuesta

A continuación se detalle el modelo de norma que reformaría el Código Orgánico General de Procesos, el Código Orgánico Integral Penal y el Código Orgánico de la Función Judicial, para que los resultados extraídos del presente trabajo de investigación se materialicen en el derecho procesal ecuatoriano.

LA ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

CONSIDERANDO

Que la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 1, establece que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia.

Que la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 3, establece que como uno de los deberes primordiales del Estado garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales.

Que la Constitución de la Republica del Ecuador en el numeral 9 del artículo 11 establece que el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizado en la Constitución.

Que la Constitución de la República del Ecuador en el numeral 1 del artículo 76, establece que corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.

Que la Constitución de la República del Ecuador en el literal 1) del numeral 7 del artículo 76 establece que las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes del hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.

Que la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 84 establece que la Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades.

Que la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 169 establece que el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, intermediación, celeridad y

economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.

Que resulta necesario dar a las personas un sistema procesal de resolución de conflictos que busque una solución justa y pronta a los conflictos que se someten a conocimiento y resolución de la Función Judicial.

Que el impulso oficioso del proceso no se contrapone con el principio dispositivo que rige el sistema procesal ecuatoriano.

Que resulta necesario otorgar libertad a los administradores de justicia para disponer la práctica de pruebas de oficio, ya que solo así podrá despejar las dudas fácticas del caso a resolver y acercar su resolución a la realidad de los hechos.

Que es necesario mejorar el contenido jurídico de la motivación de las resoluciones judiciales, mediante la aplicación de principios constitucionales y protectores de los derechos humanos.

Que es necesario ampliar las facultades correctivas del juez para que pueda ordenar al sustitución de la defensa técnica de una de las partes procesales, cuando esta sea evidentemente deficiente o desinteresada en el litigio.

En ejercicio de las atribuciones que le confieren el numeral del artículo 120 de la Constitución de la República del Ecuador y el numeral 9 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, expide la siguiente

LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS

Artículo 1.- Sustitúyase el artículo 5 por el siguiente:

Artículo 5.- Impulso procesal.- Promovido el proceso, el Tribunal tomará de oficio las medidas tendientes a evitar su paralización y adelantar su trámite con la mayor celeridad posible.”

Artículo 2.- Sustitúyase el artículo 168 por el siguiente:

Artículo 168.- El juez deberá decretar cualquier prueba de oficio, en las oportunidades probatorias del proceso y de los incidentes y antes de fallar, cuando sean necesarias para esclarecer los hechos objeto de controversia.

Las pruebas decretadas de oficio estarán sujetas a la contradicción e intermediación de las partes.”

Artículo 3.- Agréguese a continuación del artículo 89 del Orgánico General de Procesos el siguiente artículo innumerado:

“Art.- Test de razonabilidad o proporcionalidad.-

Para que se entienda debidamente motivada la decisión del juez o tribunal de apartarse de la aplicación de una norma a un caso concreto, deberá evaluar si la norma persigue proteger un derecho subjetivo, que la norma es idónea para la protección de este derecho, que la norma es necesaria para la protección del derecho; y, si al entrar en conflicto de derechos o intereses legítimos, la norma aplicada da una solución proporcional para la protección del derecho.

El juez que jurídicamente verifique que la norma no ha superado alguno de los parámetros expuestos, deberá apartarse de la aplicación de esta, y resolver el caso en base a los principios constitucionales o los que la ley de cada materia, haya fijado como rectores para su aplicación”

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

PRIMERA.- Los procesos que se encuentren tramitando hasta antes de la fecha de publicación de la presente norma en el Registro Oficial, seguirán sustanciándose de conformidad con la normativa, vigente hasta su culminación.

DISPOSICIONES REFORMATARIAS

PRIMERA.- Agréguese como tercer párrafo al artículo 268 del Código Orgánico Integral Penal el siguiente texto:

“Para la configuración del delito de prevaricato, se deberá demostrar que el juez o árbitro en derecho, a más de fallar o proceder en contra de ley expresa, ha dictado una resolución arbitraria, no motivada o insuficientemente motivada, carente de fundamentación en principios constitucionales y sin aplicar un test de razonabilidad o proporcionalidad para justificar su apartamiento de la norma.

SEGUNDA.- Sustitúyase el numeral 7 del artículo 109 del Código Orgánico de la Función Judicial, por el siguiente texto:

“7. Intervenir en las causas que debe actuar, como Juez, fiscal o defensor público, con dolo o manifiesta negligencia.”

TERCERA.- Agréguese al artículo 131 del Código Orgánico de la Función Judicial, por el siguiente texto:

“Art. 131.- Facultades correctivas de las juezas y jueces.- A fin de observar una conducta procesal correspondiente a la importancia y respeto de la actividad judicial, las juezas y jueces deben:

1. Devolver los escritos ofensivos o injuriosos, sea que las injurias vayan dirigidas contra la jueza o juez, servidora o servidor del tribunal o juzgado, la contraparte o su defensora o

defensor, sin perjuicio de la sanción que pudiere imponer y lo dispuesto por el Código Orgánico Integral Penal.

Para devolver el escrito e imponer la sanción, el tribunal, jueza o juez ordenará que la secretaria o el secretario deje copia de la fe de presentación en el expediente y archive la copia del escrito. Si este contuviere la interposición de un recurso, una petición de aclaración, ampliación, reforma o revocatoria u otra semejante, dispondrá que la actuario o el actuario deje copia de la parte que contiene la petición, y la proveerá.

El procedimiento reiterado de injuria por parte de la defensora o defensor obliga a la jueza o juez a aplicar la sanción correspondiente;

2. Expulsar de las actuaciones judiciales a quienes alteren su desarrollo o atenten contra su legal evolución. Si se trata de una de las partes, se le impondrá además los apercibimientos que hubieren sido aplicables de no haber asistido a la actuación. Estas medidas se aplicarán sin perjuicio de las acciones penales a que hubiere lugar si el hecho constituyera contravención o delito;
3. Declarar en las sentencias y providencias respectivas, la incorrección en la tramitación o el error inexcusable de servidoras y servidores judiciales, y comunicar al Consejo de la Judicatura a fin de que dicho órgano sustancie el procedimiento administrativo para la imposición de sanciones;
4. Sancionar a las y a los defensores privados que no comparezcan a cualquier audiencia judicial, con multa de hasta dos salarios básicos unificados del trabajador en general, salvo caso fortuito o fuerza mayor;

5. Disponer la sustitución de la defensa técnica de una de las partes procesales, cuando sea evidente que la misma es deficiente, y que la misma podría causar un grave perjuicio a la parte que representa; y,
6. Aplicar las demás sanciones que este Código y otras normas establezcan.”

DISPOSICION FINAL

La presente reforma entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial Dado y suscrito en la sede de la Asamblea Nacional, ubicada en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha, a los quince días del mes de mayo del dos mil veinte.

PRESIDENTE DE LA ASAMBLEA

SECRETARIO GENERAL DE LA ASAMBLEA

Se propone también, capacitar y evaluar constantemente, mínimo una vez al año, a los servidores de la Función Judicial, principalmente a los jueces en la aplicación del test de razonabilidad o proporcionalidad, recordarles que su labor, sobre todo, es la de administrar justicia, proteger los derechos e interese legítimos de las personas, no ser simplemente la boca de la ley. Para que este acometido se materialice se deberá normar la obligatoriedad tanto del Consejo de la Judicatura, como de los servidores judiciales de organizar y asistir a estos eventos.

Se hace necesario también para este cometido, que el Consejo de la Judicatura evalúe constantemente el impulso procesal que los jueces hagan en todas las causas que conocen, aunque las partes no lo pidan, solo de esta manera se garantizará el principio de celeridad.

Esta nueva metodología de la aplicación de la justicia servirá para que la sociedad vuelva a recuperar la confianza en el poder judicial, que esta función del estado recupere su prestigio y que el ciudadano vea en el juez un protector de sus derechos y no un simple aplicador irracional de la ley.

6.2. CONCLUSIONES

Sintetizando el contenido de este trabajo se puede concluir que la justicia ecuatoriana debe mejorar su prestigio ante la ciudadanía y personas en general, es por esto que debe reformular su trabajo principalmente en el desarrollo de las causas que conocen, debiendo tener como responsabilidad el impulso del proceso hasta llegar a su conclusión; los jueces debe estar más interesados en acercarse a los hechos sobre los cuales las partes litigan; y, mejorar el contenido jurídico de sus resoluciones, dejando atrás la costumbre de copiar y pegar los textos de los fallos y explicando jurídicamente cómo se han formado la convicción de los hechos y cómo han aplicado los principios y las normas al caso que conocen.

6.3. RECOMENDACIONES

Para tener una base real sobre las consecuencias de la pasividad judicial en el Ecuador se recomienda:

1. Que en Consejo de la Judicatura levante una basa de datos de todos los juicios que fueron declarados en abandono.

2. Que en Consejo de la Judicatura evalúe el contenido jurídico de las sentencias emitidas por los jueces del Ecuador, para determinar que resoluciones son copias unas de otras.
3. Que el Consejo de la Judicatura levante una base de datos de todos los juicios en que los magistrados han ordenado la práctica de pruebas de oficio.
4. Que el Consejo de la Judicatura levante una base de datos donde se determine qué jueces han retrasado injustificadamente el despacho de las causas.

Con esta información se tendrán datos precisos, para determinar las consecuencias de la deficiencia de la normativa ecuatoriana en temas relativos al impulso procesal, la facultad probatoria a cargo de los jueces y en contenido jurídico de lo que se resuelve en la justicia ecuatoriana.

Se quiere concluir este capítulo haciendo eco de las palabras del filósofo griego Heráclito “la única constante es el cambio”, por lo que, si la administración de justicia no busca mejorar su imagen y prestigio, mediante el cambio de su modelo de gestión procesal, estará condenada a perder confianza y apoyo de la ciudadanía. La justicia ecuatoriana no puede darse el lujo de volver a ser el ojo del huracán de la opinión ciudadana, debe reinventarse constantemente para anticiparse a las críticas de las que será objeto, caso contrario se vería nuevamente atacada por la demagogia y el oportunismo de la clase política.

Bibliografía

(s.f.).

Alfaro, L. (2016). La motivación y la prueba de oficio: racionalidad de la iniciativa probatoria del juez. *Revisata de la Maestría de Derecho Procesal*, 71.

Almonacid Arellano y otros vs. Chile (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2 de Septiembre de 2006).

Alsina, H. (1956). *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*. Buenos Aires: Ediar Sociedad Anónima de Editores.

Alvarado Velloso, A. (2009). El garantismo procesal. En J. W. Peyrano, *Activismo y garantismo procesal* (pág. 146). Córdoba : Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

Alvarado, A. (2006). *Proceso Civil e Ideología*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Alvarado, A., Ariano, E., Cipriani, F., Domínguez, F. C., Monteleone, G., & Montero Aroca, J. (27 de Enero de 2006). *Tirant Editorial*. Obtenido de <https://editorial.tirant.com/es/monocnt?daId=116&patron=01&>

Asamblea Constituyente. (2008). Constitución de la República del Ecuador. *Normativa*. Montecristi, Manabí, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Asamblea Nacional. (2011). *Código Orgánico de la Función Judicial*. Quito.

Asamblea Nacional. (2013). *Código Orgánico Integral Penal*. Quito.

Asamblea Nacional de la República del Ecuador. (12 de Mayo de 2015). *Asamblea Nacional de la República del Ecuador*. Obtenido de <https://www.asambleanacional.gob.ec/es/leyes-aprobadas?leyes-aprobadas=All&title=&fecha=&page=5>

Atienza, M. (2013). *Curso de Argumentación Jurídica*. Madrid - España: Editoria Trotta.

Cappelletti, M. (1972). *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*. Buenos Aires - Argentina: Ejea.

Carnelutti, F. (1982). *La Prueba Civil*. Buenos Aires: Editorial De Palma.

Cipriani, F. (1995). <https://campus.academiadederecho.org>. Obtenido de <https://campus.academiadederecho.org/upload/webs/sistemasproc/Links/ordenanzaautriaca.htm>

Congreso de la República de Colombia. (12 de Julio de 2012). *Secretaria General del Senado*. Obtenido de http://secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html

Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista. (2008). *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*. Obtenido de

- <http://secretarias.unc.edu.ar/acaderc/novedades/declaracion-de-azul-el-proceso-civil-en-los-paises>
- Couture, E. (1958). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Roque de Palma.
- Cross, F., & Stefanie, L. (2006). The Scientific Study of Judicial Activism. *Minnesota Law Review*.
- Devis, H. (1972). *Teoría General de la Prueba Judicial*. Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía.
- Devis, H. (2004). *Teoría General del Proceso*. Buenos Aires: Editorial Universidad.
- Fairén, V. (1992). *Teoría General del Derecho Procesal*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- García, J. (2013). *Activismo Judicial en Chile. Hacia el gobierno de los Jueces?* Santiago de Chile: Andros Impresores.
- García, L. (2016). *Activismo Judicial y Dogmática de los Márgenes de Acción: Una discusión en la clave neocostitucional*. Querétaro - México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.
- Gómez, C. (2012). *Teoría General del Proceso*. Mexico, DF: Oxford University Press México, S.A. de C.V.
- <https://www.eltelegrafo.com.ec>. (6 de Diciembre de 2016). Obtenido de <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/sociedad/6/los-casos-de-pensiones-de-alimentos-predominan-en-los-juicios-de-familia>
- Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. (10 de marzo de 1988). <http://www.iibdp.org>. Obtenido de http://www.iibdp.org/images/codigos_modelo/IIDP_Codigo_Procesal_Civil_Modelo_Iberoamerica.pdf
- Kmiec, K. (2004). *The Origin and Current Meaning of "Judicial Activism"*. California: California Law Review.
- Ministerio del Justicia del Perú. (8 de enero de 1993). <http://spijlibre.minjus.gob.pe>. Obtenido de http://spijlibre.minjus.gob.pe/normativa_libre/main.asp
- Montana, P., & Porras, A. (2012). *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional*. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.
- Monteleone, G. (2006). *Proceso Civil e Ideología*. Valencia: Tirant lo blanch.
- Montero Aroca, J. (1994). *Derecho Jurisdiccional*. Barcelona: José María Bosch.
- Murchinson, M. (2017). Making Numbers Count: An Empirical Analysis of Judicial Activism. *Canada Manitoba Law Journal*, 426.

- Nino, C. S. (2003). *Introducción al análisis del Derecho*. Barcelona: Editorial Ariel S.A.
- Parra, J. (2007). *Manual de Derecho Probatorio*. Bogotá D.C.: Editorial ABC.
- Peyrano, J. (2008). *Sobre el Activismo Judicial. Activismo y Garantismo Procesal*. Córdoba - Argentina: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.
- Peyrano, J. (2009). Sobre el activismo judicial. En J. Peyrano, *Activismo y Garantismo Procesal* (págs. 11, 12 y 13). Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.
- Pico I Junoy, J. (2003). *El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia un debate mal planteado*. Lima - Perú: Fondo Desarrollo Editorial. Universidad de Lima.
- Rodriguez, R. (25 de Diciembre de 2019). Los asambleistas en deuda con su trabajo. *Expreso de Guayaquil*, pág. 3.
- Salazar, D. (15 de Septiembre de 2017). La confianza en la justicia esta totalmente minada. (A. Serrano, Entrevistador)
- SENTENCIA 227-12-SEP-CC, CASO N.º 1212-11-EP (Corte Constitucional del Ecuador 21 de Junio de 2012).
- Sentencia 90-15-SEP-CC, 1567-13-EP (Corte Constitucional del Ecuador 25 de marzo de 2015).
- SENTENCIA N.º 012-17-SIN-CC, CASOS NROS. 0026-10-IN. 0031-10-IN v 0052-16-IN. ACUMULADOS (Corte Constitucional del Ecuador 10 de Mayo de 2017).
- Sentencia No. 083-1S-SEP-CC, 1730-12-EP (Corte Constitucional del Ecuador 07 de marzo de 2018).
- Sentencia No. 183-17-SEP-CC, 1209-15-EP (Corte Constitucional 14 de Junio de 2017).
- Taruffo, M. (2013). *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos*. Mexico: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.
- Vásquez, D. (2018). *Test de razonabilidad y derechos humanos; instrucciones para armar. Restricció, igualdad y no discriminación, ponderación, contenido esencial de derechos. progresividad, prohibición de regresión y máximo uso de recursos disponibles*. Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Vila, I. (2012). *Fundamentos del Derecho Constitucional Contemporáneo*. Bogotá D. C.: Legis Editores.
- Zagrebelky, G. (2011). *El derecho dúctil*. Madrid - España: Editorial Trotta.

ANEXOS**Anexo 1. Formato de la encuesta.****UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL****SISTEMA DE POSGRADO****MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL**

Como parte del método empírico para sustentar mi trabajo titulado **EL ACTIVISMO JUDICIAL Y SU INFLUENCIA EN EL COMPORTAMIENTO DEL JUEZ EN PROCESOS CIVILES**, previo a la obtención del título de Magister en Derecho Mención Derecho Procesal, solicito a usted como Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador, se gentil ayuda contestando la siguiente encuesta.

1. Considera usted que el despacho de las causas civiles en general, es rápido.

SI ()

NO ()

LA MAYOR PARTE DE LAS VECES ()

MUY POCAS VECES ()

2. Tiene usted que presentar quejas por el despacho tardío de los procesos civiles bajo su patrocinio.

SI ()

NO ()

LA MAYOR PARTE DE LAS VECES ()

MUY POCAS VECES ()

3. En los procesos que usted ha patrocinado en materia civil, ha tenido casos en los que el administrador de justicia ha dispuesto la práctica de pruebas de oficio.

SI ()

NO ()

4. Considera usted que existe gran desigualdad en la capacidad de litigar de los abogados en el país.

SI ()

NO ()

LA MAYOR PARTE DE LAS VECES ()

MUY POCAS VECES ()

5. Pregunta 5. Ha tenido casos en los que la ley u otra norma de inferior jerarquía al ser aplicada rigurosamente, no da una solución justa al derecho sustancial en litigio o vulnera derechos de las partes en litigio.

(Nota.- esta pregunta tuvo que ser explicada para mejor comprensión de su alcance)

SI ()

NO ()

De antemano quedo agradecido

Anexo 2. Formato de la entrevista.

**UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL**

Como parte del método empírico para sustentar mi trabajo titulado **EL ACTIVISMO JUDICIAL Y SU INFLUENCIA EN EL COMPORTAMIENTO DEL JUEZ EN PROCESOS CIVILES**, previo a la obtención del título de Magister en Derecho Mención Derecho Procesal, solicito a usted como Administrador de Justicia, se gentil ayuda concediéndome la siguiente entrevista.

1. Considera usted que el impulso procesal debería estar a cargo del juez para que el proceso avance rápidamente.
2. Ha recibido quejas el juzgado a su cargo por el retardo en el despacho de causas.
3. Se ha visto en la necesidad de ordenar pruebas de oficio para esclarecer los hechos controvertidos.
4. Considera usted que tiene la libertad para ordenar pruebas de oficio, o prefiere no hacerlo.
5. Conoce usted lo que es el testeo de razonabilidad de la norma.
6. Aplica usted el test de razonabilidad a la norma en los procesos ordinarios a su cargo, o en garantías jurisdiccionales.
7. Considera usted que el juez debería tener la facultad de disponer la sustitución de la defensa de una de las partes cuando considere que esta perjudica los derechos de su patrocinado.

De antemano quedo agradecido



**Presidencia
de la República
del Ecuador**



**Plan Nacional
de Ciencia, Tecnología,
Innovación y Saberes**



SENESCYT
Secretaría Nacional de Educación Superior,
Ciencia, Tecnología e Innovación

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, CARLOS ALBERTO ZAMBRANO PIN, con cédula de ciudadanía 0913563177 autor del trabajo de titulación **EL ACTIVISMO JUDICIAL Y SU INFLUENCIA EN EL COMPORTAMIENTO DEL JUEZ EN PROCESOS CIVILES**, previo a la obtención del grado de **MAGISTER EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**, en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tienen las Instituciones de Educación Superior, de conformidad con el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENECYT en formato digital una copia del referido trabajo de titulación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2. Autorizo a la SENECYT a tener una copia del referido trabajo de graduación, con el propósito de generar un repositorio de democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, 13 de febrero del 2021

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO PIN

C.C. 0913563177



REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA			
FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE GRADUACIÓN			
TÍTULO Y SUBTÍTULO:	EL ACTIVISMO JUDICIAL Y SU INFLUENCIA EN EL COMPORTAMIENTO DEL JUEZ EN PROCESOS CIVILES		
AUTOR(ES) (apellidos/nombres):	Zambrano Pin, Carlos Alberto		
REVISOR(ES)/TUTOR(ES) (apellidos/nombres):	Dr. Juan Carlos Vivar; Dra. Isabel Núñez Martínez		
INSTITUCIÓN:	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
UNIDAD/FACULTAD:	Sistema de Posgrado		
MAESTRÍA/ESPECIALIDAD:	Maestría en Derecho Mención Derecho Procesal		
GRADO OBTENIDO:	Magíster en Derecho Mención Derecho Procesal		
FECHA DE PUBLICACIÓN:	13 de febrero del 2021	No. de páginas:	82
ÁREAS TEMÁTICAS:	El proceso como medio para la realización de los derechos		
PALABRAS CLAVES/KEYWORDS:	Activismo judicial, impulso de oficio, prueba de oficio, motivación, test de razonabilidad.		
RESUMEN/ABSTRACT (150-250 palabras):			
<p>Lograr que la sociedad ecuatoriana se sienta conforme con el sistema de administración de justicia en el país, no es tarea sencilla, sobre todo porque por regla general, dentro de un proceso judicial habrá un vencedor y un vencido, siendo este último quién con más razón, buscará hasta el mínimo detalle para expresar que la función judicial no fue imparcial, ni diligente para resolver su caso. Es por esto que, se deben crear las condiciones para que el juez ecuatoriano deje de ser un mero espectador o moderador del desarrollo del proceso judicial, para empoderarse del mismo, el juez tiene que tener un rol protagonista en el desarrollo del juicio, sin afectar su imparcialidad y su independencia, respetando siempre las garantías del debido proceso. Mediante el análisis del activismo judicial se extraerán las tendencias necesarias para que la Función Judicial Ecuatoriana sea una instancia de protección de derechos de las personas, minimizando los riesgos que una deficiente defensa técnica pueda causar, y sin dejar abierta la puerta a actuaciones arbitrarias de los jueces. Comparando la legislación procesal ecuatoriana, con el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica y las normas procesales civiles de los países vecinos la República del Perú y la República de Colombia, se descubrirá la deficiencia de la normativa procesal de la República del Ecuador y se concluirá identificando las reformas legales necesarias para que el juez tenga un rol protagónico en la búsqueda de administrar justicia material.</p>			
ADJUNTO PDF:	SI	NO	
CONTACTO CON AUTOR/ES:	Teléfono: 0987224252	E-mail: cayazaarqs@hotmail.com	
CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN:	Nombre: Ing. Andrés Isaac Obando		
	Teléfono: 0982466656, E-mail: ing.obando@hotmail.com		

SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA	
Nº. DE REGISTRO (en base a datos):	
Nº. DE CLASIFICACIÓN:	
DIRECCIÓN URL (tesis en la web):	