



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

**LA INVERSIÓN JUDICIAL DE LA CARGA DE LA PRUEBA, SU INCIDENCIA
EN EL ORDENAMIENTO PROCESAL ECUATORIANO.**

AUTOR:

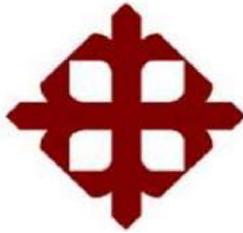
ABG. FELIPE JACINTO OCHOA UBILLA

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

TUTORA:

DRA. NURIA PÉREZ DE WRIGHT, PHD.

ECUADOR, MARZO DEL 2021



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

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo de titulación fue realizado en su totalidad por **Felipe Jacinto Ochoa Ubilla**, como requerimiento parcial para la obtención del grado académico de **Magister en Derecho** mención **Derecho Procesal**.

DIRECTORA DEL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

Dra. Nuria Pérez Puig-Mir de Wright

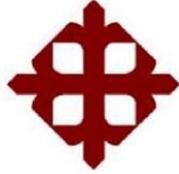
REVISOR

Dr. Johnny De La Pared Darquea

DIRECTOR DE LA MAESTRÍA

Dr. Miguel Hernández Terán

Guayaquil, 02 de marzo del 2021



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

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo, Ab. Felipe Jacinto Ochoa Ubilla

DECLARO QUE:

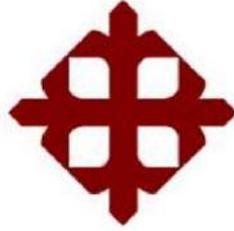
El proyecto de investigación: **“La inversión judicial de la carga de la prueba, su incidencia en el ordenamiento procesal ecuatoriano.”** previo a la obtención del **Grado Académico de Magister en Derecho mención Derecho Procesal**, ha sido desarrollado en base a una investigación exhaustiva, respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan durante el desarrollo del trabajo investigativo, cuyas fuentes se incorporan en la bibliografía. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

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

Guayaquil, 02 de marzo del 2021

EI AUTOR

Ab. Felipe Ochoa Ubilla



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

AUTORIZACIÓN

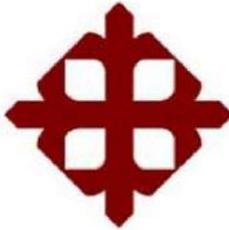
Yo, Ab. Felipe Jacinto Ochoa Ubilla

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 en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, titulado: “**La inversión judicial de la carga de la prueba, su incidencia en el ordenamiento procesal ecuatoriano**”, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, 02 de marzo del 2021

EL AUTOR:

Ab. Felipe Ochoa Ubilla



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO

MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL
INFORME DE URKUND

The screenshot displays the URKUND interface. On the left, the document details are shown:

- Documento: TESIS URKUND LISTA 11.docx (D97036852)
- Presentado: 2021-03-02 18:06 (-05:00)
- Presentado por: Andrés Isaac Obando Ochoa (ing.obandoo@hotmail.com)
- Recibido: santiago.velazquez.ucs@analysis.urkund.com
- Mensaje: RV: Trabajo de titulación Felipe Ochoa Ubilla [Mostrar el mensaje completo](#)

Below the message, it states: "4% de estas 55 páginas, se componen de texto presente en 24 fuentes." On the right, a list of sources is displayed under the heading "Lista de fuentes Bloques". The sources include various academic and legal documents, such as:

- http://secretarias.unc.edu.ar/academico/doctrina/articulos/cargas-probatorias-dinamicas/at_download/file
- <http://www.scielo.org.co/pdf/entra/v12n1/v12n1a14.pdf>
- TESIS FINAL PARA INFORMES CON ABSTRACT APROBADO.pdf
- <https://www.derechoecuador.com/la-prueba-en-el-cogep>
- TESIS SB.docx
- https://revistas.unilivre.edu.co/index.php/hipotesis_libre/article/download/3744/3136
- <https://repositorio.umsa.bo/bitstream/handle/123456789/19676/TS399.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- http://repositorio.udec.cl/bitstream/11594/1660/1/Tesis_Rol_del_Juez_en_el_nuevo_proceso_Civil_Image_Mar...
- <http://repositorio.puce.edu.ec/bitstream/handle/22000/5010/1/As%20version%20de%20la%20carga%20de%20...>
- <http://repositorio.urhile.cl/bitstream/handle/27250/147310/Hacia-una-aljeraci%C3%A9n-probatoria-en-el-der...>
- <https://bulletin.unileon.es/bitstream/handle/10612/9627/Wilacorteh%20Inju%C3%A9n%20Desar%C3%A9...>
- TRABAJO DE DERECHO PENAL AMBIENTAL.docx
- 1A_CUBILLAS_LUVO_GISELLA_ARACELLY_MAESTRIA_2019.docx
- <https://elderecho.com/la-carga-de-la-prueba-y-sus-reglas-de-distribucion-en-el-proceso-civil>
- <https://revistas.uvu.edu.uy/index.php/revistaderecho/article/download/743/733/2871>
- <http://www.encyclopedija-juridica.com/di/carga-de-la-prueba/carga-de-la-prueba.htm>
- <https://www.uv.es/ajv/obraspdf/Caop%CC%81tulo%20IV.%20Valoracio%CC%81n%20de%20carga%20de%20la...>
- <http://uvadoc.uva.es/bitstream/handle/10324/31442/TFG-%200691.pdf?sessionid=EBD7E77F3285ACE06D5A...>
- <http://www.unilibrecucuta.edu.co/ojs/index.php/hipotesis/article/view/155Peyrano>
- <https://www.camjdl.info/index.php/DERECHO/article/view/5672/5384>
- <https://dialnet.uninjoja.es/descarga/articulo/7546498.pdf>
- <http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2014/fju.81c/doc/fju.81c.pdf>
- <http://repositorio.unfvi.edu.pe/bitstream/handle/UNFV/4101/CUBILLAS%20LUVO%20GISELLA%20%20ARAC...>
- <https://dialnet.uninjoja.es/descarga/articulo/7546496.pdf>

The bottom of the screenshot shows a Windows taskbar with the search bar containing "Escribe aquí para buscar" and the system tray showing the date and time as 15:15 on 12/3/2021.

DEDICATORIA

Al hacedor de todas las cosas y a la eterna memoria de mis padres Juan Aquiles y Apolonia, faros que alumbran el camino de mi vida.

A mi esposa Sara Margarita, a mis hijos: Karla Vanessa, Felipe Giuseppe, Steven Jossúe; a mis nietos Samantha y Thiago, fuentes de mi inspiración.

Al resto de los miembros de mi familia, amigos y compañeros, que de una u otra forma contribuyeron para que pueda conseguir esta anhelada meta.

Felipe Jacinto Ochoa Ubilla

AGRADECIMIENTO

Una vez más al creador divino, hacedor de todas las cosas, ya que sin su voluntad nada es posible en la vida, a familiares y amigos que hicieron posible la culminación de este sueño.

A mi querida Universidad Católica, templo del saber que me brindó la oportunidad de conocer personas maravillosas. A mis dilectos profesores, verdaderos maestros que, sin egoísmo alguno y con verdadera vocación de enseñar, llegaron al corazón de sus alumnos impartiendo con mucha pasión sus conocimientos y experiencias.

Un agradecimiento especial e imperecedera gratitud a mi Tutora, Dra. Nuria Pérez Puig-Mir de Wright, por su invaluable tiempo, abnegada dedicación, aporte académico y tolerancia, en la dirección de este trabajo.

INDICE GENERAL

RESUMEN	X
ABSTRACT.....	XI
1. INTRODUCCIÓN	1
2. MARCO TEÓRICO.....	7
2.1. La prueba	7
2.2. El derecho a la prueba	10
2.3. Antecedentes de la Carga de la prueba	11
2.3.1. Período Romano 27 AC-476 DC	11
2.3.2. Período Clásico 400-900.....	11
2.3.3. Período Justiniano 534-565	12
2.3.4. Período Germano 235- 285.....	12
2.3.5. Período de la edad media siglo V-XV	13
2.3.6. Época Moderna XV-XVIII.....	14
2.4. La carga de la prueba.....	22
2.4.1. Regla específica de la carga de la prueba	27
2.4.2. Modalidades de la carga de la prueba	29
2.4.2.2. Carga dinámica de la prueba.....	30
2.4.3 Finalidad de la carga de la prueba.....	32
2.4.4. Criterios de distribución de la carga probatoria	33
2.4.5. Teoría de la naturaleza constitutiva, extintiva o modificativa de los hechos	37
2.4.6. Teoría que impone a cada parte la carga de probar el supuesto de hecho de las normas cuya aplicación solicita.....	38
2.4.7. Teoría que se funda en la dificultad para probar el hecho	38
2.4.8. Carácter excepcional de la carga dinamica	39
2.5. La inversión de la carga de la prueba	40
2.5.1. Modalidaes de la inversión de la carga de la prueba	43
2.6. La inversión de la carga de la prueba en Ecuador	59
3 METODOLOGIA.....	66
3.1. Metodología de la investigación.....	66
3.2. Diseño de la investigación.....	66
3.3. Métodos de investigación	66
3.3.1. Método descriptivo	67
3.3.2. Analítico.....	68

3.3.3. Sintético	69
3.3.4. Deductivo.....	69
3.4. Métodos comparativos.....	70
3.5. Técnicas de investigación.....	70
3.6. Análisis de las Encuestas aplicadas a Abogados miembros del Colegio de Abogados de Guayaquil	72
3.7. Entrevista N° 1	81
3.8. Entrevista N° 2.....	84
3.9. Entrevista N° 3	87
3.10. Análisis de resultados.....	89
PROPUESTA.....	92
CONCLUSIONES	96
BIBLIOGRAFÍA	97

RESUMEN

Esta investigación tuvo como objetivo general establecer la viabilidad de pasar del actual sistema probatorio a un sistema flexible de la carga de la prueba. Como objetivos específicos fundamentar jurídica y doctrinariamente como se afectan los principios procesales al utilizar el tradicional sistema de la carga de la prueba, realizar un análisis comparativo de la normativa ecuatoriana con la española y colombiana con respecto a la inversión judicial de la carga de la prueba, determinar si la aplicación de la flexibilidad probatoria o inversión judicial de la carga de la prueba afecta o no el principio de igualdad de los justiciables, analizar cómo el juez debe aplicar la distribución de la carga de la prueba y hasta que momento procesal es oportuno hacerlo. La investigación arrojó como resultado que se hace pertinente la aplicación del principio de flexibilidad en el Código Orgánico General de procesos por lo que se hizo una propuesta de modificar el artículo 169 de dicha normativa.

Palabras Claves: Carga, pruebas, flexibilidad, principios, inversión, judicial, pertinente, igualdad, juez.

ABSTRACT

The general objective of this investigation was to establish the viability of moving from the current evidentiary system to a flexible system of the burden of proof. As specific objectives to legally and doctrinally substantiate how procedural principles are affected when using the traditional system of the burden of proof, to carry out a comparative analysis of the Ecuadorian legislation with the Spanish and Colombian with respect to the judicial reversal of the burden of proof. , determine if the application of the evidentiary flexibility or judicial reversal of the burden of proof affects or not the principle of equality of the defendants, Analyze how the judge should apply the distribution of the burden of proof and until what procedural moment is appropriate do what. The investigation yielded as a result that the application of the principle of flexibility in the General Organic Code of processes becomes relevant, for which reason a proposal was made to modify article 169 of said regulation.

Keywords: Burden, evidence, flexibility, principles, investment, judicial, relevant, equality, judge

1. INTRODUCCIÓN

La idea relevante de esta investigación es ofrecer a los amantes del derecho un tema de trascendental importancia en la actividad judicial. La inversión de la carga de la prueba y su incidencia en el ordenamiento procesal civil ecuatoriano, para el efecto es necesario partir del siguiente concepto: la prueba constituye un tema de estudio inagotable en el Derecho Probatorio, mediante ella se ejercita el derecho de defensa de cada una de las partes en el proceso, ya que es el elemento fundamental en que el juez basa su decisión, erigiéndose como la columna vertebral de cualquier proceso judicial, en el cual las partes aleguen un hecho, sea este constitutivo, impeditivo o extintivo, tienen la obligación de probar los hechos en los cuales se basa su pretensión o su excepción.

Continuando, la prueba judicial es considerada, además, como una entidad que requiere de elementos que le sirvan de soporte, y en base a ellos el administrador de justicia puede dar por acreditadas las afirmaciones de hecho que han efectuado las partes dentro del proceso judicial. Bajo este punto de vista la doctrina señala que la prueba judicial constituye un *medio*, refiriéndose con ello de esta manera a los antecedentes y elementos que pueden traer las partes al proceso con la finalidad de probar sus alegatos, en las legislaciones procesales de Civil Law esta faceta es considerada con la expresión *medios de prueba o medios probatorios*. (Parra, 2011, p. 57).

Además, la doctrina procesal ha manifestado que la prueba judicial constituye un resultado, el cual consiste en la conclusión a la que ha llegado el juez de la causa luego de haber pasado por un procedimiento judicial en el cual escuchó las alegaciones de cada una de las partes y al final dicta una decisión en base a lo debatido en dicho juicio.

Corresponde a la parte final del trabajo valorar el acervo probatorio, entonces, el magistrado resuelve el conflicto originado por las partes con una decisión basada más que en los intereses de las partes, en la ley.

En este orden de ideas, se debe señalar que el proceso civil tiene la finalidad de satisfacer las pretensiones que han solicitado tanto el demandante como el demandado al órgano jurisdiccional con la finalidad de brindar tutela y garantizar sus derechos subjetivos e intereses legítimos. El derecho fundamental en todo proceso judicial es acceder a una tutela judicial efectiva, imparcial, expedita y sin indefensión; y ella, se refiere a la obligación del órgano jurisdiccional de sentenciar, como cometido que le viene atribuido por el Estado, con la finalidad de resolver los conflictos jurídicos que surgen en la sociedad.

Por esta razón, cuando las partes en cualquier causa que se presenten no logren probar los hechos alegados en sus pretensiones, porque no tienen el material probatorio adecuado, o el material probatorio es insuficiente o impertinente a lo que se quiere probar, se hace necesario acudir al principio de la carga de la prueba y en base a ello el juez de la causa debe dictar sentencia para poner fin a la controversia. Es ahí donde existe el riesgo que la verdad no se corresponda con el proceso al poder existir un desequilibrio entre las partes al tener una de ellas la imposibilidad de aportar pruebas.

La carga de la prueba adquiere sentido cuando el juzgador luego de valorar todos los hechos planteados a lo largo del proceso, así como también el material probatorio promovido por las partes, es del criterio que todavía todos o algunos de los hechos alegados o excepcionados no pueden considerarse como acreditados, debido a su insuficiencia probatoria, es en este momento que debe llevarse a cabo una distribución de la carga de la prueba distinta a lo que ordena nuestro tradicional sistema procesal con el fin de lograr una decisión más equitativa, hecho que se conoce como inversión de la

carga de la prueba que constituye el **objeto de estudio** de esta investigación.

En efecto, las normas sobre carga de la prueba establecen a cuál de las partes procesales le corresponde probar determinados elementos de hecho, jurídicamente relevantes para fundar la decisión del juez, ya que caso contrario, sufrirá las consecuencias negativas derivadas de la falta o insuficiencia probatoria sobre los mismos. Desde el punto de vista de cada una de las partes, implica los hechos sobre los cuales debe desarrollar su actividad probatoria para que, aplicando el derecho sobre los mismos, pueda beneficiarse de sus consecuencias.

Desde el punto de vista del operador de justicia, trae consigo la determinación de las consecuencias que están unidas de manera intrínseca a una eventual carencia probatoria sobre los hechos y, de esta manera, determinará el sentido a su decisión. Estas normas sobre la carga probatoria se han establecido para dar una solución ante el fracaso de los mecanismos legalmente previstos para la fijación de los elementos probatorios. Por esto, el problema de la carga de la prueba no surge cuando las afirmaciones de las partes no son controvertidas o cuando el tribunal está convencido de la certeza.

En este sentido es fundamental la distribución de la carga de la prueba, y se considera un factor clave del proceso civil, cuando se habla de la carga de la prueba en cualquier proceso se está haciendo referencia a quien de las partes intervinientes en el proceso judicial tiene la obligación de probar un supuesto de hecho, hace referencia de igual manera a quien de las partes resulta afectada en el proceso por no tener una actividad probatoria y, en ese sentido, determinar qué debe probar cada una de las partes en el proceso con la finalidad de lograr el éxito de sus intereses (Nisimblat, 2016, p. 84).

Esta investigación tiene como **Objetivo General**: Establecer la viabilidad de pasar

del actual sistema probatorio a un sistema flexible de la carga de la prueba.

De aquel objetivo general, derivan los siguientes **objetivos específicos**:

1.- Fundamentar jurídica y doctrinariamente como se afectan los principios procesales al utilizar el tradicional sistema de la carga de la prueba.

2.- Realizar un análisis comparativo de la normativa ecuatoriana con la española y colombiana con respecto a la inversión judicial de la carga de la prueba.

3.- Determinar si la aplicación de la flexibilidad probatoria o inversión judicial de la carga de la prueba afecta o no el principio de igualdad de los justiciables.

4.- Analizar cómo el juez debe aplicar la distribución de la carga de la prueba y hasta que momento procesal es oportuno hacerlo.

Esta investigación, a partir del estudio de los principios probatorios contemplados en la constitución de la república del Ecuador y en base a los principios legales relativos a la carga de la prueba contemplados en el Código Orgánico General de Procesos, busca información mediante interrogantes que han de responder y resolver el problema planteado y en este caso la **interrogante del problema de esta investigación es**:

¿Cuan factible es aplicar la noción de inversión judicial de la carga de la prueba, como complemento del sistema vigente en el ordenamiento procesal civil ecuatoriano?

El campo de estudio de la presente investigación está centrado dentro del derecho procesal civil, rama del derecho que regula la fase probatoria, concretamente en lo que a inversión de la carga de la prueba hecha por el juez se refiere. Esta investigación involucra una fuerte tendencia hacia la doctrina, la normatividad y la jurisprudencia nacional e internacional vigente, sobre la carga de la prueba y su distribución en función de la facilidad para probar, utilizando para el efecto las teorías que sobre actividad probatoria han realizado autores reconocidos como Eduardo Couture (1958), Jorge Peyrano (2008), Devis Echandía (1972), Parra Quijano (2011),

Nieva Fenol y Ferrer Beltrán (2019). Así como los aportes investigativos relacionados con el tema, los que han sido incorporados en revistas especializadas en Derecho, por juristas como: Juan C. Díaz Restrepo (2016), María José Fernandez-Figarez Morales (2015) y Mará Luisa Villamarín López, Angélica María Parra González, Martín Eduardo Jáuregui Ramírez, Ingrid Yajaira González Rico (2015), estos en el plano internacional, y en el plano nacional, se considera lo que al respecto ordenan el Código Orgánico General de Procesos, con fundamento en la Constitución de la República del Ecuador (2008), además; Ley de Enjuiciamiento Civil Español (2000) y el Código General de Procesos Colombiano. Es decir, se hará un análisis comparativo con la legislación Colombiana y Española.

Los métodos empíricos a aplicar a la presente investigación son los siguientes: método jurídico documental mediante la observación científica directa. Método jurídico analítico desde el análisis de la prueba en el proceso civil ecuatoriano. **Los métodos teóricos** a aplicar son los siguientes: método analítico sintético, histórico jurídico y sistematización jurídica doctrinal.

Como novedad científica esta investigación consiste en el hecho que se pudiese aplicar nuevos postulados de la flexibilidad y facilidad probatoria orientados como una modalidad no tradicional de la carga de la prueba, pues, se sigue aplicando el fundamento del *onus probandi* que expresa que *lo normal se presume, lo anormal se prueba*, es decir, quien invoca algo que rompe el estado de normalidad, debe probarlo. Esta tradicional aplicación corre el riesgo que la verdad procesal no sea justa, pues existe un desequilibrio en las partes, cuando a una de ellas le es imposible probar, situación que se corregiría migrando a un sistema flexible. Entonces, dicho fundamento no responde en su integralidad a las necesidades que el Derecho procesal civil vigente exige, debido a los cambios sociales que motivan una constante evolución de la teoría y

la práctica procesal.

Durante el desarrollo de esta investigación sobre la inversión judicial de la carga de la prueba, se tratarán concepciones teóricas básicas, normativas y jurisprudenciales de la prueba en general, y de la prueba judicial en particular; carga de la prueba e inversión y sus respectivas modalidades. Haciendo en primer lugar una interpretación exegética de las normas relacionadas al tema para luego teorizarlas.

2. MARCO TEÓRICO

2.1. La prueba

Toda acción en materia civil se realiza por iniciativa de las partes con la presentación de la demanda, para luego de un debido proceso llegar a una resolución favorable o no, dictada por un Juzgador. Pero para arribar a esa decisión, se debe practicar lo que se considera la parte medular de proceso judicial. Esta es la actividad probatoria, momento procesal donde se juega el destino del asunto controvertido, pues de ese acto deriva la resolución que decida el juzgador, es la fase donde las partes deben persuadir al juez, demostrando con solvencia el derecho pretendido o alegado, según la posición que la parte asuma en el proceso. Al respecto el Diccionario Jurídico Elemental Cabanellas (1993) definió a la prueba de una manera general así:

Demostración de la verdad de una afirmación, de la existencia de una cosa o de la realidad de un hecho. Cabal refutación de una falsedad. Comprobación. Persuasión o convencimiento que se origina en otro, y especialmente en el juez o en quien haya de resolver sobre lo dudoso o discutido. Razón, argumento declaración, documento u otro medio para patentizar la verdad o la falsedad de algo (p. 263-264).

Tomando en consideración lo anotado por Cabanellas (1993) al referirse a la prueba como una persuasión o convencimiento, Taruffo (2016) tiene una coincidencia con este criterio que lo ratificó en Chile con ocasión de las cuartas jornadas chilotas de derecho, *verdad y proceso* diciendo: La prueba es una herramienta retórica persuasiva que tiene como función no determinar el conocimiento de un hecho sino de crear en la cabeza del juez una creencia sobre algo. Considerando que el fin básico del abogado litigante, no es la búsqueda de la verdad, pues esta en realidad no le interesa, lo que busca es vencer en el pleito con herramientas legales, pero no necesariamente; eso sí, determinar en el juez

la certeza que el cliente que defiende tiene la razón. En cambio el juez no tiene que persuadir a nadie, pero tiene la obligación de descubrir la verdad sobre los hechos.

En la misma Jornada continuó Jordi Ferrer (2007) y se refirió a la prueba de la siguiente manera:

“La prueba es un elemento de juicio que versa de forma directa sobre el hecho principal a probar” esto prima facie no quiere decir que prueba y verdad sean sinónimos sino que existe una relación entre prueba y verdad, pero transitada por la noción de probabilidad” (p. 28).

Cuando Taruffo se refiere a la prueba como una herramienta persuasiva, es de anotar que a quién debe persuadir es al juez, entonces, se está hablando de la prueba judicial, que a juicio de la doctrina dominante desde un punto de vista amplio contempla una variedad de acepciones que, lejos de ser excluyentes unas de las otras, dan un entendimiento integral y complementario al término. Echandía (2012) puntualizó sobre las acepciones de la prueba judicial: “Es todo motivo o razón aportado al proceso por los medios y procedimientos aceptados en la ley, para llevarle al juez el convencimiento o la certeza sobre los hechos” (p. 25).

La prueba judicial permite que se efectúe un proceso de verificación entre la realidad y los hechos o afirmaciones que aportan cada una de las partes al proceso en relación de algunos hechos que, de acuerdo a su naturaleza, constituyan la base fáctica de la norma jurídica cuya aplicación invocan como base para el reconocimiento de algún objetivo dentro de la contienda judicial. La prueba busca obtener los elementos óptimos para establecer la correspondencia o no de unos enunciados ideales descritos por una de las partes frente a la realidad, con la finalidad de obtener un grado de convencimiento necesario para que el operador de justicia decida con cierta seguridad o fiabilidad del conocimiento adquirido en el procedimiento probatorio, el cual se

constituye como una actividad de que tiene como fin la comprensión y empoderamiento de la realidad conocida por el juez (Echandia, 1972; Diaz-Restrepo, 2016).

En relación con lo anterior vale la pena señalar que la prueba guarda relación directa con las actividades necesarias para establecer y verificar los hechos que se alegan en el proceso, esto es originado por la necesidad que se impone tras la incertidumbre que puede quedar al momento que la prueba se practique y se analice. La prueba tiene como fin el convencimiento y mucho más, obtener la verdad sobre los hechos alegados por las partes (Diaz-Restrepo, 2016).

La prueba, es el elemento fundamental en el cual el operador de justicia debe fundar su decisión judicial, sentencia que puede traer dos consecuencias por una parte imprimir impulso o hacer que el proceso continúe y por la otra poner fin al proceso (Diaz-Restrepo, 2016, p. 203).

En consecuencia, si no existe prueba de los hechos no existen en la contienda procesal, pues, aunque estos indudablemente pertenecen a una realidad que se encuentra fuera del derecho, solo son traídos al campo jurídico mediante la prueba con la finalidad de desempeñar un papel fundamental en el proceso judicial, el cual consiste en determinar, la verdad mediante el convencimiento del juez y, consecuentemente, el sentido de la decisión que se dé al final de la causa (Diaz-Restrepo, 2016).

La prueba como base de una sentencia justa, se erige necesariamente como un derecho fundamental que poseen las partes en un proceso, derecho que les permite la materialización efectiva de otros derechos como el de defensa y la contradicción que son garantías fundamentales para que un juicio determinado pueda ser llevado con equilibrio y al final de este las partes puedan quedar conforme como fue llevado el procedimiento independientemente de la conformidad en la decisión final (Diaz-Restrepo, 2016, p 205).

2.2. El derecho a la prueba

El derecho a la prueba es uno de los pilares fundamentales mediante los cuales se ejerce el derecho a la defensa de cada una de las partes en el proceso. Es por esa razón que se plantea desde el punto de vista doctrinal que dentro del proceso judicial cada una de las partes se defienden probando los hechos afirmados por cada uno de ellos, pues no hay otra forma desde el punto de vista procesal para desvirtuar un hecho o una afirmación contraria a los intereses de cada una de las partes en el proceso, sino probar el supuesto que desestime en todo o en parte tales hechos o afirmaciones (Díaz-Restrepo, 2016).

De igual manera se puede señalar que el derecho a la prueba constituye la base del cual se determina el derecho a la defensa de cada una de las partes, el derecho a la prueba es clave y permite materializar la exigencia que le plantea la ley al juez de basar su sentencia judicial en las pruebas presentadas por las partes. Este derecho implica la posibilidad de que cada litigante pueda presentar sus pruebas y controvertir las que la contraparte consigne en el proceso.

Por otra parte, hay que señalar que el derecho a la prueba es un derecho de medio ya que el constituye un instrumento que tiene como fin resguardar el derecho a la defensa de las partes en el proceso, por tal razón se considera un derecho de carácter instrumental. A través de su ejercicio es que se puede obtener la prueba judicial, en este sentido constituye un derecho de medio para poder obtener una decisión conforme a derecho.

Continuando, el derecho a la prueba se caracteriza porque le es propio a las partes en cualquier proceso judicial, él está formado por todas las garantías legales y constitucionales que en atención a la dignidad y a las prerrogativas consagradas en un

Estado Social de Derechos y justicia le son propios a cualquier persona que acuda a un proceso judicial solicitando la protección de sus derechos. Por último, el derecho a la prueba constituye el presupuesto que debe fundamentar, una vez finalizada la contienda judicial, la providencia o sentencia que resuelve el conflicto jurídico generado por las partes (Parra, 2006, p. 842).

2.3. Antecedentes de la Carga de la prueba

2.3.1. Período Romano 27 AC-476 DC

La carga de la prueba tiene sus inicios en el Derecho Romano donde existía el principio jurídico que indicaba que la afirmación en juicio por parte del actor, coloca sin más alternativas al demandado o agredido judicial ante la obligatoriedad de exculparse o demostrar lo contrario a lo alegado por actor en su demanda, caracterizando lo que hoy en día conocemos con el nombre de Cargas Procesales (Rosemberg, 2016, p. 45).

2.3.2. Período Clásico 400-900

En este periodo ya se especifican las obligaciones que tienen cada una de las partes en un proceso de carácter judicial, ya existe mayor claridad procesal, cada una de las partes sabe que debe probar en un proceso y los medios de prueba que debe aplicar, e inclusive se le da la potestad al juez de la causa a conseguir pruebas por sus propios medios. En el periodo clásico se encuentra un proceso en el que se reconoce al juez un poder discrecional bastante amplio y se le otorga la facultad no solo de dictar la sentencia valorando las pruebas a su prudente arbitrio otorgando el valor a cada prueba de acuerdo a su propio criterio, sino que aún puede el juez tomar en cuenta la posición social y moral de las partes como elementos de credibilidad y aún más, puede el juzgador determinar discrecionalmente quien de las partes tenía la obligación de probar en juicio, haciendo uso únicamente de reglas de experiencia personal mediante las cuales el decidía cuál de las dos partes se encontraba en mejor posición para alegar la prueba (Rosemberg, 2016, p. 47) .

2.3.3. Período Justiniano 534-565

En este período de la historia de la carga de la prueba toma importancia los acontecimientos del proceso del Derecho Justiniano que expone una concepción más estudiada y perfeccionada sobre la carga de la prueba y en él se consagran y afianza la evolución de los principios de las etapas anteriores con la variante de que en esta época se construye la concepción de la prueba contraria que permite controvertir los resultados de la prueba directa (Fernandez, 2015, p. 89).

En este momento cuando se convierte la valorización de las pruebas de libre a vinculada de manera que se determinó el valor probatorio de cada prueba, o bien algunos de ellos se les reconoció una eficacia no libremente apreciable por el juez, se fijaron los medios de prueba y se determinó en general, quien debía alegar las pruebas de las afirmaciones hechas en juicio y que consecuencias procesales le traía. En esta etapa se obliga a probar al que afirma, en principio quien afirma un derecho en su beneficio a su favor, es el que tiene la obligación de presentar las pruebas de lo alegado. Por tal motivo el demandante debe siempre justificar su presentación, pues de no cumplir con esa exigencia procesal, queda absuelto el demandado (Fernandez, 2015, p. 89).

2.3.4. Período Germano 235- 285

Al Derecho Germano se le considera el que más estudió y desarrolló el tema de la carga de la prueba, y gran parte de las normas en esa materia que existen hoy en día en las codificaciones, es necesario señalar que todos los principios desarrollados en esta época sirvieron de base para la evolución del derecho probatorio y en especial la carga de la prueba. En principio, en el sistema probatorio germánico, la prueba correspondía al actor o demandado. Posteriormente al juez se le otorgó la función de decidir cuál de las partes debía aportar las pruebas al proceso, tomando como base para su decisión, así

como también el juez valoraba mucho la situación de hecho y las condiciones culturales de la persona (Fernandez, 2015, p. 89).

Pero en todo caso se reconocía que el éxito en un proceso judicial era responsabilidad de las partes, considerando que ellas tenían la responsabilidad de entregar al juez las pruebas necesarias para salir airosos en un litigio y posteriormente cumpliendo aquellas actividades que servían para poder obtener el reconocimiento del derecho alegado (Fernandez, 2015, p. 90).

Fueron estas dos corrientes, la romana y la germánica las que en los inicios de la historia desarrollaron los principios de la carga probatoria y pudieron sentar las bases para su evolución con el pasar de los siglos, que elementos probatorios se debían consignar ante un juez, cuáles eran los medios probatorios más idóneos para probar de acuerdo al caso concreto, y quien debía probar.

2.3.5. Período de la edad media siglo V-XV

Es en la Edad Media donde se actualiza la fórmula probatoria concebida en el Derecho Justiniano, en el cual se ordena la carga de la prueba al actor o demandante, en principio, y al reo, cuando al contestar la demanda señala hechos positivos en su favor. El derecho romano resurge gracias a los criterios de la acción y al afán de los juristas de Bolonia, que defendieron la doctrina de la época y tomaron la carga de la prueba como un principio relevante (Escaler, 2017).

En este periodo estos principios se convirtieron en la base del Derecho español en el año de 1256 y por mandato de don Alfonso X, El Sabio, se comenzó con la creación de las Siete Partidas, instrumento jurídico con bastante semejanza al de las Pandectas romanas, que fue concluida en el año 1263 y en cuyo texto con respecto a la carga de la prueba, reaparecen los principios que fueron consagrados en las corrientes de Bolonia y años más tarde en 1807 se fijaba tal principio en el artículo 1315 del

Código Civil Español (Escaler, 2017, p. 72).

2.3.6. Época Moderna XV-XVIII

Desde la edad media hasta la edad moderna se desarrolló una etapa evolutiva en las concepciones de la carga de la prueba, que se caracterizaron como una regla de juicio para establecer al juez la manera en que se debía deliberar una controversia, regla que regula la actividad procesal de las pruebas, en cuanto les impone a cada una de las partes la conveniencia práctica de aportar los elementos probatorios de los hechos en que fundamentan sus acciones o excepciones, esto es de defender sus intereses evitando al aducir la prueba, el resultado desfavorable que puede traerles la aplicación de la prueba (Escaler, 2017, p. 73).

El Código de Napoleón, constituyó un ejemplo clásico del nacimiento de todos los demás códigos y leyes, que siglos más tarde originaron la revolución francesa en el año 1789, incluyó en su artículo 1315 una norma muy similar, que posteriormente fue aceptada y repetida por diversas legislaciones como el Código Civil Colombiano, art. 1757, Código Civil Chileno en su artículo 1968, Código Civil Italiano de 1865, en su artículo 1312, Código Civil español, artículo 1315) (Escaler, 2017, p. 73).

Las normas señaladas con anterioridad hacían referencia a que corresponde probar los hechos constitutivos a aquella parte que los afirma, y quien opone otro hecho o se exceptiona de manera que con su defensa pretenda extinguir sus efectos jurídicos o modificarlos, tiene la carga de probarlos, este criterio es el que permanece vigente en la mayoría de las legislaciones probatorias actuales.

Se mantiene el principio según el cual se exige la inocencia del demandado, si quien inicia la demanda no prueba los hechos en los cuales la fundamentó, y su condena, si se prueban los hechos base de la demanda, se atiende exclusivamente a su carácter definido o indefinido, pues solo los derechos indefinidos no requieren prueba,

en razón de que es imposible obtenerla.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano la reversión de la carga de la prueba tuvo su inicio en el artículo 14 ch de la Ley Especial de Procedimientos para Conflictos Individuales de Trabajo, específicamente en relación a la prueba del despido por cuanto señalaba que la carga probatoria en la relación laboral le correspondía al patrono.

Posteriormente la Ley Procesal de Trabajo también contemplaba inversión de la carga de la prueba, en la actualidad se encuentra en el artículo 414 C.T. que establece, si el patrono fuere el demandado y no concurriere a la audiencia conciliatoria sin causa justificada o concurriendo señalare que no tiene la disposición de conciliar, se presumirán ciertas, salvo prueba en contrario, las acciones u omisiones que se le imputen en la demanda (Nisimblat, 2016, p. 70).

1.4 Teorías sustantivas

1.4.1 Evolución del Código de Procedimiento Civil

La historia del derecho ecuatoriano reconoce como primer *Código de Procedimiento Civil* al que se promulgó con el título de Código de enjuiciamientos en Materia Civil, expedido en 1869, por la Asamblea Nacional Constituyente. Diez años después empezaron las reformas hasta que desde 1938, cambió su nombre, y se lo reconoce con la denominación de Código de Procedimiento Civil; este código ha sido objeto de varias codificaciones oficiales. Las dos codificaciones han sido: La codificación del código de procedimiento civil de 1987, publicada en el registro oficial 687 del 18 de mayo del año 1987, y la última reforma del año 2005, se promulgó en el registro oficial 58 del 12 de julio del 2005, la aplicación de este código contemplaba un sistema cien por ciento escritural, y así estuvo vigente hasta el año 2015 en que fue derogado por el Código Orgánico General de Procesos.

El nuevo cuerpo legal, denominado Código Orgánico General de Procesos conocido como *COGEP*, fue publicado en el Registro Oficial N° 506 del 22 de mayo de 2015. Dicho código tenía la disposición de entrar en vigencia a los doce meses de publicarse en el Registro Oficial, esto es el 23 de mayo de 2016, quedando derogado el Código de Procedimiento Civil en la mayoría de las provincias del país; sin embargo, debido a la afectación sufrida por la provincia de Manabí con ocasión del terremoto del año 2016, se postergó por seis meses más su entrada en vigencia, hasta que el 24 de octubre de 2016, fue totalmente derogado el Código de Procedimiento Civil.

Este código tiene como objetivo la unificación de los procesos que contenía de manera dispersa el Código de Procedimiento Civil que dificultaba la administración de justicia, tales como: procedimiento civil, laboral, contencioso tributario, contencioso administrativo, de familia mujer niñez y adolescencia, inquilinato y cualquier otro procedimiento que no sea penal. De esta manera a los juzgadores se les permite actuar en diversas materias, empleando normas similares y fomentando con aquello los principios de inmediación, transparencia, igualdad ante la ley, así como celeridad y economía procesal, y lo más importante ponen a consideración del público su imparcialidad y la garantía a la seguridad jurídica. Para conseguir aquello deben implantar el sistema por audiencias que permite instaurar la oralidad y dejar de lado el sistema escritural usado tradicionalmente.

1.4.2 Código De Procedimiento Civil – codificación 2005-011

El Código de Procedimiento Civil promulgado en el registro oficial 58 del 12 de julio del 2005, fue el que rigió en el país hasta el año 2015 en que fue derogado por el Código Orgánico General de Procesos. Predominaba y sigue en vigencia el sistema dispositivo, es decir: que todo juicio principia por iniciativa de parte y eran muy largos y generaban incertidumbre sobre la resolución final.

Las partes que integran el proceso son: el actor y el demandado, siendo el primero aquel que propone la demanda y el segundo aquel contra quién se la intenta, estos deben estar debidamente representados por un abogado en ejercicio de su defensa técnica. Considerando un juicio ordinario, el proceso se desarrollaba por instancias: Primera instancia, que iniciaba con la presentación de la demanda hasta que el juez decide o eleva los autos al superior, por consulta o concesión de recursos, su desarrollo era. Admisión de la demanda, contestación o reconvenición a la misma, dando para aquello un término de 15 días. Luego se convocaba a una junta de conciliación, con la intención de arribar a un acuerdo y finalizar el pleito, caso contrario continuar con el mismo y el juez recibirá la causa a prueba por un término de diez días, para que sean practicadas. Una vez que concluía el término probatorio, el juez pedía autos y pronunciará sentencia.

La segunda instancia tiene su inicio en la interposición de recursos dentro de los tres días siguientes a la última citación o notificación de una providencia, el mismo que debe ser fundamentado dentro de los siguientes diez días, caso contrario se tendrá como no interpuesto. De fundamentarse, se corre traslado a la contraparte y se le otorgan diez días, dentro de los que podrá adherirse al recurso. También existe un término de prueba de diez días y vencido este término se dictará sentencia. El proceso era netamente escritural.

En cuanto a la carga de la prueba contiene el tradicional concepto de que es un deber del actor probar las afirmaciones propuestas en el juicio, y que ha negado el reo, por lo tanto, el demandado no está obligado a producir pruebas, si su contestación ha sido simple o absolutamente negativa.

1.4.3 Código Orgánico General de Procesos

El Código Orgánico General de Procesos fue creado con la intención de armonizar el actual sistema procesal con las normas constitucionales y legales vigentes, con un cambio sustancial que propone la resolución de conflictos de una manera más ágil a través de un proceso por audiencias también llamado principio de oralidad, donde se unifican todas las materias, excepto la constitucional y penal. Con la vigencia del Código Orgánico General de Procesos, los conflictos civiles se guiarán por los principios de publicidad, transparencia, inmediación y contradicción, con una participación activa de los partes procesales.

El juez tiene un papel protagónico como director de la audiencia, y es el llamado a velar que se cumplan las garantías del debido proceso y a emitir de manera oral sus resoluciones, en presencia de las partes. A diferencia del Código de Procedimiento Civil, este nuevo cuerpo de ley incorpora como partes procesales a: comunidades, pueblos, nacionalidades, colectivos y a la naturaleza, esta última puede ser representada por cualquier persona natural o jurídica o por el defensor del pueblo.

El Código Orgánico General de Procesos contiene los siguientes procedimientos: Ordinario, sumario, voluntario, ejecutivo y monitorio, este último se aplicará para aquellos que pretendan cobrar deudas que no consten en títulos ejecutivo y cuyo monto no exceda de cincuenta salarios básicos unificados del trabajador en general; incluye, además, los procesos contencioso administrativo y contencioso tributario que se pueden ventilar en vía ordinaria o sumaria.

En este nuevo sistema no hay tiempo para la improvisación o para pruebas de última hora, ya que las partes deben anunciar toda la prueba que dispongan en la interposición de la demanda y en la contestación a ésta, así. Como en la reconvencción o en la contestación de aquella. La prueba que se conozca pero que no se tenga, será

anunciada y se debe solicitar el acceso judicial a la misma. Estas pruebas serán admitidas y practicada en audiencia. También se incorpora nueva tecnología a los procesos como la videoconferencia y reemplaza el expediente escrito por uno electrónico.

En cuanto a la carga de la prueba, el COGEP dispone que:

Es obligación de la parte actora probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en la demanda y que ha negado la parte demandada en su contestación y que la parte demandada no está obligada a producir pruebas si su contestación ha sido simple o absolutamente negativa: pero si deberá hacerlo si su contestación contiene afirmaciones explícitas o implícitas sobre el hecho, el derecho o la calidad de la cosa litigada.

Hasta aquí es el mismo sistema tradicional pero más explícito que el Código de Procedimiento Civil, pero el Código Orgánico General de Procesos agrega otras puntualizaciones en este aspecto que se establecen las comparaciones en el siguiente tema.

1.4.4 Comparación entre el Código de Procedimiento Civil y el Código Orgánico General de Procesos en cuanto a la carga de la prueba.

El Código de Procedimiento Civil (2010) se refiere a la carga de la prueba en el artículo 113 manteniendo el tradicional aforismo del *onus probandi* expresado de la siguiente manera:

Es obligación del actor probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en el juicio, y que ha negado el reo.

El demandado no está obligado a producir pruebas, si su contestación ha sido simple o absolutamente negativa.

El reo deberá probar su negativa, si contiene afirmación explícita o implícita sobre el hecho, el derecho o la calidad de la cosa litigada.

Impugnados en juicio una letra de cambio o un pagaré a la orden, por vía de falsedad, la prueba de ésta corresponderá a quién la hubiere alegado.

Mientras que el Código Orgánico General de Procesos (2019) al referirse a la carga de la prueba lo hace en el artículo 169:

Es obligación de la parte actora probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en la demanda y que ha negado la parte demandada en su contestación. La parte demandada no está obligado a producir pruebas si su contestación ha sido simple o absolutamente negativa; pero si deberá hacerlo si su contestación contiene afirmaciones explícitas o implícitas sobre el hecho, el derecho o la calidad de la cosa litigada. (p. 101)

El juzgador ordenará a las partes que pongan con anticipación suficiente a disposición de la contraparte, la prueba que esté o deba estar en su poder, así como dictar correctivos si lo hace de manera incompleta. Los medios de prueba anunciados y aquellos que fueron solicitados con auxilio judicial, deberán estar incorporados al proceso antes de la audiencia preliminar o única. Cuando se trate de derechos de niños, niñas y adolescentes, en materia de derecho de familia y laboral, el juzgador lo hará de oficio antes de la audiencia única. De igual manera continúa disponiendo el Código Orgánico General de Procesos (2019) al referirse a la carga de la prueba lo hace en el artículo 169:

En materia de familia, la prueba de los ingresos de la o el obligado por alimentos recaerá en la o el demandado, conforme con lo dispuesto en la ley sobre el cálculo de la pensión alimenticia mínima. En materia ambiental, la carga de la prueba sobre la inexistencia de daño potencial o real recaerá sobre el gestor de la

actividad o la o el demandado. También serán admisibles otros casos de inversión de la carga de la prueba, de conformidad con la ley (p. 101).

En los procesos contencioso tributario y contencioso administrativo, cuando el administrado entregue copias simples, como prueba a su favor, la administración cumplirá con remitir las actuaciones en la forma prevista en el artículo 309 de este Código, para que la o el juzgador valore la prueba documental en su conjunto.

Es de anotar que el Código de Procedimiento Civil (CPC) en su primer inciso del artículo 113 se refiere a la obligación de probar los hechos propuestos por el actor en el juicio, y que ha negado el reo. Entendiéndose que no establece en esta parte cual es el momento procesal oportuno para proponer los medios de prueba que llevaran al juez al convencimiento de los hechos controvertidos, mientras que en el Código Orgánico General de Procesos (COGEP) en el artículo 169, si determina con certeza el momento procesal en que se debe proponer el medio de prueba. Cuando el CPC dice que ha negado el reo, este termino se identifica más con el area penal que con la civil, palabra que corrige el COGEP y utiliza el término demandado, coincidiendo en ambos cuerpos de ley que estos no estan obligados a producir pruebas cuando su contestación sea simplemente negativa.

El cuarto inciso del artículo 113 del CPC se refiere a una impugnación de una letra de cambio o pagaré a la orden, por vía de falsedad, y dice que la prueba de ésta corresponderá a quién la hubiere alegado. Este enunciado desaparece integralmente en el COGEP en el capítulo de la carga de la prueba, sin embargo, aparece en este cuerpo de ley dentro de la excepciones en los procedimientos ejecutivos.

Se debe anotar como novedad en el COGEP que el artículo 169 en los incisos cuarto al siete incorpora la inversión de la carga de la prueba en materias de: Familia, ambiental, en procesos contencioso tributario y contencioso administrativo, así como

otros casos de inversión de la carga de la prueba de conformidad con la ley, es decir; hace referencia única y exclusivamente a una inversión legal de la carga de la prueba y no a una inversión judicial que es el objetivo de esta investigación

2.4. La carga de la prueba

Las definiciones que existen sobre la carga de la prueba son muy diversas, pero todas atinan a definir en que la función o propósito es la de probar. Así, el *onus probandi*, o carga de la prueba se puede definir como la necesidad de las partes de probar los hechos que constituyen el supuesto fáctico de la norma jurídica que invocan a su favor a riesgo de obtener una resolución desfavorable a sus pretensiones y resistencias. significa que debe probar el que alega, este enunciado es el que se ha visto desde el Derecho Justiniano, donde el demandado solo se limitaba a decir que los hechos que afirma el actor no eran ciertos y aquel no tenía obligación de demostrar su negativa. Peyrano (2008) en su obra *Problemas y soluciones procesales* menciona a Devis Echandía, con una máxima romana *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat* que significa que incumbe la prueba a la parte que formula la afirmación y no a la que niega.

La carga de la prueba como un fenómeno jurídico fue conocida desde el derecho romano, aunque solamente en forma de carga de la prueba en lo que hoy se conoce como la carga subjetiva de la prueba. La distribución de la carga en sus inicios surgía de fórmulas obligatorias y específicas que podían guiar la ponderación judicial sin gran dificultad. Con el paso del tiempo, la carga de la prueba se determinó en general por la decisión del juez. A lo largo de los siglos y de estudios se puede constatar que los principios jurídicos romanos desarrollaron una teoría de la prueba, que dependía de muchos detalles. Fue en el siglo pasado luego de la llamada Teoría Negativa (*Negativentheorie*) que es planteada una diferenciación entre los hechos positivos y

negativos (Nieva, Ferrer, & Giannini, 2019, pág. 57).

El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica (1988) sobre la carga de la prueba, en el artículo 129 dispone así:

Corresponde probar, a quien pretende algo, los hechos constitutivos de su pretensión; quien contradiga la pretensión de su adversario tendrá la carga de probar los hechos modificativos, impeditivos o extintivos de aquella pretensión. La distribución de la carga de la prueba no obstará a la iniciativa probatoria del Tribunal ni a su apreciación, conforme con las reglas de la sana crítica, de las omisiones o deficiencias en la producción de la Prueba. (p. 83)

La carga de la prueba, se encuentra en estrecha relación con los derechos que se pueden ejercer dentro del proceso, sin embargo, debemos entender que la carga como tal, no es una obligación que implica una sanción, sino el camino para ejercer nuestros derechos. (Herrera, 2012).

También Jairo Parra (2011) en relación a la carga de la prueba estableció lo siguiente:

La carga de la prueba es una noción procesal que consiste en una regla de juicio, que les indica a las partes la autorresponsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las normas jurídicas cuya aplicación reclaman aparezcan demostrados y que, además, le indica al juez cómo debe fallar cuando no aparezcan probados tales hechos. Utilizamos la palabra autorresponsabilidad para significar que no es la carga una obligación ni un deber, por no existir sujeto o entidad legitimada para exigir su cumplimiento. (p. 249)

También otro referente de la doctrina jurídica como Devis Echeandía (2012) dió su definición de carga de la prueba:

la carga de la prueba determina lo que cada parte tiene interés en probar para

obtener éxito en el proceso, es decir, cuáles hechos, entre los que forman el tema de la prueba en ese proceso, necesita cada uno que aparezcan probados para que sirvan de fundamento a sus pretensiones o excepciones (sin que se trate de una obligación o deber) y le dice al juez como debe fallar en caso de que esas pruebas falten. Se trata, por tanto, de una noción que es subjetiva, por que contempla la situación que las partes tienen frente a cada hecho que requiera prueba; pero que también es objetiva por cuanto consiste en una regla de juicio que determina el sentido de la decisión cuando falta la prueba; además, es concreta respecto de las partes, ya que se refiere a hechos precisos, y es mas singularizada que la anterior , pues establece cuáles de los varios hechos que forman el tema de la prueba en el proceso interesa a cada parte que sean demostrados para que sirvan de base a sus pretensiones y excepciones; mas es también abstracta respecto del juez, por que es una regla de juicio de alcance general sobre la manera como debe decidir el juez a falta de prueba y no un conjunto de reglas concretas para los diverso procesos. (p. 135)

De igual forma Eduardo Couture (1958) dió una visión sobre la carga de la prueba como imposición y como sanción, refiriendose así:

Carga de la prueba quiere decir, en primer término, en su sentido estrictamente procesal, conducta impuesta a uno o a ambos litigantes, para que acrediten la verdad de los hechos enunciados por ellos. La ley distribuye por anticipado entre uno y otro litigante la fatiga probatoria. La carga de la prueba no supone pues, ningún derecho del adversario, sino un imperativo del propio interés de cada litigante; es una circunstancia de riesgo que consiste en que quién no prueba los hechos que ha de probar, pierde el pleito. Puede quitarse esa carga de encima, probando, es decir, acreditando la verdad de los hechos que la ley le señala (p.

241-242).

Ante esta situación, Leo Rosenberg (1879-1963) por entonces un joven de 21 años en 1900, presentó su tesis doctoral acerca de la carga de la prueba, que hasta la actualidad se han efectuado cualquier cantidad de ediciones continuadas. Planteó en su postura que en primer lugar se hacía necesario que, además de la carga subjetiva de rendir la prueba ofrecida, se le debía agregar una carga objetiva, sobre lo que tiene su base la decisión judicial.

Continuando en segundo lugar reconoció que la distribución de la carga de la prueba no podía estar sujeta a la discreción del operador de justicia, de los principios individuales o los resultados de las hipótesis, sino que ella debía estar fundada tanto en la ley como en la naturaleza y estructura de la norma jurídica.

La carga de la prueba tal y como se emplea hoy en día, no despeja las incógnitas sobre los hechos, sino que simplemente las arrincona para alcanzar un juicio que puede alejar muchísimo al juez de la realidad, lo que es contrario a la justicia que debe intentar hacer la jurisdicción (Nieva, Ferrer, & Giannini, 2019, pág. 25).

Luego de la tesis expuesta por Rosenberg quedo evidenciado que la carga de la prueba está formada por dos dimensiones una objetiva denominada también material o directa y una subjetiva denominada formal o indirecta. Cuando se habla de la carga de la prueba desde el punto de vista objetivo hay que responder de manera obligatoria a la pregunta ¿Quién pierde sino hay prueba suficiente? En este caso opera como regla de juicio final, solamente aplicable si los elementos probatorios aportados al proceso no logran superar el estándar de prueba necesario para ese tipo de casos (Nieva, Ferrer, & Giannini, 2019, p. 57).

Continuando, se trata entonces de una regla de distribución del riesgo probatorio que existe entre las partes litigantes que determina las consecuencias de la

incertidumbre en relación a un hecho concreto. Por tal razón ha sido considerada la teoría de la carga de la prueba, como la teoría de las consecuencias de la falta de la prueba. Por último, también se señala a la carga de la prueba como una institución probatoria de carácter residual ya que ella solo tiene efectos o es aplicable a un caso concreto cuando fracasan los medios probatorios aportados por las partes (Nieva, Ferrer, & Giannini, 2019, p. 57).

Ahora bien, analizando la carga de la prueba desde la dimensión subjetiva ella responde a la pregunta sobre cuál de las partes del proceso debe aportar el material probatorio al proceso judicial. En este caso la idea es planteada de acuerdo a las circunstancias de que la incertidumbre en relación a un caso concreto pueda significar la pérdida del proceso para una parte trae como consecuencia que dicha parte deba esforzarse para consignar el material probatorio al proceso y de esta forma evitar una sentencia en su contra.

En fin, lo que se quiere significar con lo anterior es que la carga de la prueba objetiva incentiva a la parte cuya pretensión puede ser rechazada en caso de carencia de material probatorio a aportar las pruebas que sean necesarias para evitar una decisión contraria a sus pretensiones en el proceso debatido (Nieva, Ferrer, & Giannini, 2019, p. 58).

La carga de la prueba es una institución procesal que fundamentalmente es una regla de juicio dirigida al juez, quien tiene la obligación constitucional de resolver, ya que el ordenamiento jurídico les ha prometido a los ciudadanos que va a dar una respuesta jurisdiccional a todos los problemas que se presenten, pero ¿qué ocurre cuando los medios de prueba no le dicen nada? Entonces ¿cómo resuelvo? Se pregunta el juez, luego el ordenamiento jurídico es quien le dice al juez; no te preocupes, yo te voy a ayudar con ciertas pautas y esas pautas, son las reglas de la carga de la prueba (Priori,

2016).

En este sentido la carga de la prueba es una institución procesal que consiste en darle al juez una regla de juicio que le dice cómo debe fallar en aquellos casos donde los medios probatorios no resulten ser suficientes para poder formular una decisión debidamente fundamentada. La carga de la prueba por su naturaleza es una regla subsidiaria, esto significa que lo deseable es que cuando un juez sentencie, no deba aplicar carga de la prueba, lo que se espera es que cuando un juez dicte su sentencia, lo haga sobre la base de todas las pruebas que han sido actuadas en el proceso y que la conclusión a la que llegue sobre los hechos sea una conclusión derivada de los medios de prueba.

La carga de la prueba solo funciona en los casos en los que luego de aplicada una valoración conjunta de todos los medios probatorios el juez llega a determinar que estos no son suficientes. Solo en esa hipótesis fallará conforme a carga de la prueba. Esto en la práctica quiere decir, que no puede comenzarse una sentencia judicial diciendo, por ejemplo: Primero. Toda persona tiene derecho a una tutela judicial efectiva. Segundo. La carga de la prueba [...] No puede ser la carga de la prueba la segunda consideración de la sentencia porque no está funcionando como regla de juicio residual que es su naturaleza, sino que está convirtiéndose en un prejuicio, y la regla de carga de prueba no es un prejuicio, sino una regla de juicio residual, al colocarlo como fundamento número dos, estoy condicionando todo el razonamiento al prejuicio establecido en el legislador. Cuando el legislador previó esa norma solo para el supuesto en que haya ausencia o insuficiencia probatoria, es decir, una regla residual (Priori, 2016).

2.4.1. Regla específica de la carga de la prueba

Comúnmente se suele confundir la regla específica de la carga de la prueba con la institución de carga de la prueba cuyo concepto ya ha sido tratado en párrafos

anteriores, la regla de la carga de la prueba dice, que la carga de la prueba la tendrá aquel que tenga mayor facilidad de acceso a la prueba, debido a que jamás se le puede imponer a alguien la carga de la prueba de algo que no está en condiciones de probar. Pero si se le va a imponer al que le resulte menos costoso hacerlo, normalmente le resulta menos costoso hacerlo aquel que tiene el dominio de la prueba, y tiene normalmente el dominio de la prueba el que alegó el hecho, esto se conoce como la regla madre de la carga de la prueba. es decir, aquel que alega un hecho, tiene la carga de probarlo (Priori, 2016).

El enunciado anterior, la doctrina la conoce como una regla objetiva, por estar formulada independientemente de la condición del sujeto, sin importar quien alegue el hecho, sea demandante o demandado. Se diferencia de la regla subjetiva que existía antiguamente que decía, el demandante tiene la carga de probar, porque normalmente se pensaba que el demandante alegaba el hecho, pero ahora es sabido que el demandado también alega hechos en su defensa, luego esa regla subjetiva que imponía al demandante la carga de la prueba, desapareció.

Detrás de cada regla de la carga de la prueba hay un principio. Asignarle la carga a quien esté en mejores condiciones de probar, esta asignación hecha por el legislador tiene un límite, ese límite se llama indefensión, es decir, la asignación de la carga de la prueba no puede imponerle a una de las partes nunca una situación de probar algo que le es casi imposible probar o lo coloque en una situación de altísimo costo de prueba, siempre que al otro le sea menos costoso probar. Pero los legisladores no siempre aciertan, pues a veces también se equivocan y hasta resulta ser inequitativa o excesivamente desigual u onerosa, y por eso la doctrina contemporánea reconoce la institución de la carga probatoria dinámica, que es una institución residual que solo funciona cuando a criterio del juez en el caso concreto, la aplicación de la regla que la

ley ha establecido de carga de la prueba resulta excesivamente onerosa o imposible de cumplir por el afectado (Priori, 2016).

2.4.2. Modalidades de la carga de la prueba

En líneas anteriores se hizo referencias sobre lo que significa la carga de la prueba, sin embargo, a continuación, se analizará una vez más el concepto de carga estática de la prueba, de la que se ha hablado y se abordará conceptos de la carga dinámica de la misma.

2.4.2.1. La carga de la prueba en modalidad estática

Esta noción hace referencia a una carga de la prueba en la que prevalece una posición desde el punto de vista ecléctico y tradicional del Derecho. Ella se fundamenta en tres procesos básicos el primero de ellos señala que le corresponde probar al demandante, la segunda de ellas indica que el demandado debe probar los hechos en que basa su defensa y el tercero de ellos afirma que, si el actor no prueba, se debe absolver al demandado.

En consecuencia bajo estos supuestos normativos de este talante para determinar a qué parte le corresponde probar un hecho se hace necesario puntualizar dos aspectos, el primero de ellos hace referencia a cuál es la posición procesal que ocupa cada una de las partes en el proceso si es el demandante o por el contrario es el demandado, y, el segundo caso se hace necesario precisar cuál será el efecto jurídico que cada una de ellas persigue; es decir, que para determinar a cuál de las partes en el proceso le corresponde la carga de probar un hecho, es necesario considerar de un lado a la parte y del otro lado el efecto jurídico que es requerido por ella, a quien en todo caso, se le impone que debe probar los hechos en los cuales tienen sustento las normas jurídicas cuya aplicación solicitan, so pena de obtener una sentencia contraria a su pretensión (Díaz-Restrepo, 2016, p. 509).

De esta forma los hechos que rodean al conflicto, cuya carga probatoria debe soportar una determinada parte en el proceso, se encuentra limitada a aquellos que son de su interés por ayudar con su pretensión y por constituir la base fáctica de la norma en la cual se sustenta. En esta visión de corte tradicional o de carga estática de la prueba, señala en conclusión que la parte que persigue la obtención de una consecuencia jurídica tiene la obligación de acreditar los presupuestos fácticos de la norma que invoca a su favor, si la parte eleva la pretensión, su actuación procesal debe estar dirigida a fin de probar los hechos que le favorecerán, en tal sentido tiene la autorresponsabilidad que en el proceso aparezcan demostrados los hechos por el afirmados, a fin de obtener una providencia o decisión favorable.

La carga de la prueba tal y cual como lo definieron Jairo Parra Quijano (2011) y Hernando Devis Echandía (1972) en su manual de derecho probatorio y teoría general de la prueba judicial respectivamente, expuestos en líneas anteriores, son los conceptos que más llenan las aspiraciones en cuanto al tradicional sistema estático. Consideramos que esto ya ha sido tratado, a continuación, se expondrán conceptos sobre la carga dinámica de la prueba.

2.4.2.2. Carga dinámica de la prueba

Cuando hay un hecho por resolver, pero este resulta muy controvertido y engorroso para una resolución justa de la litis planteada, sin embargo, la parte que debe probar, por así determinarlo la norma cuya aplicación solicita, no está en condiciones de probarlo y al contrario, la contraparte cuenta con mejores condiciones para hacerlo, el juez puede alejarse de la tradicional regla estática del *onus probandi*, y ajustar la actividad probatoria a la noción de verdad y justificar en función de la buena fe y lealtad procesal que deben poner de manifiesto las partes, e imponer la carga de probar a la parte que esté en mejores condiciones de hacerlo, es decir; haría una inversión de la

carga de la prueba o lo que muchos la llaman la carga dinámica de la prueba, nuestro máximo representante en latinoamerica sobre esta doctrina, Jorge Peyrano (2018) al referirse a los casos difíciles se expresó así:

El favor probationes es pues, sencillamente, una necesidad que siente el juzgador, a veces intuitivamente, de salirse de su estática y fría posición de espectador para coadyuvar en pro de la parte que más dificultades objetivas encuentre en la producción y estimación de su prueba. (p. 321)

Esta noción de carga de la prueba aplica un concepto no tan rígido para el derecho probatorio, usada por el operador de justicia cuando de la aplicación de los presupuestos tradicionales de carga de la prueba, puede darse la posibilidad de que quede la verdad al margen del proceso judicial por existir un marcado desequilibrio entre las partes, radicado en que sobre una de ellas pesa la imposibilidad de poder aportar la prueba en relación con los hechos que basa la norma jurídica por ella alegada (Diaz-Restrepo, 2016, p. 509).

En consecuencia, el juez, con la finalidad de dar prevalencia a la verdad e invocando la equidad, puede distribuir la responsabilidad de probar los hechos entre cada una de las partes, en virtud al criterio de favorabilidad de la posición que posee cada parte respecto de la tarea de consignar la prueba en cuestión, sin consideración al efecto jurídico procesal que una u otra parte persigan. (Diaz J. , 2016)

De esta manera la autorresponsabilidad es relativa, en relación a la experiencia de cada caso y a la distribución de la responsabilidad que posee cada parte de probar los hechos que el juez considere necesario realizar, en procura que en el proceso se encuentren demostrados los hechos en los cuales se fundamentan las alegaciones de cada una de las partes, independientemente de la posición procesal ocupada por cada una de ellas y cuál es el efecto jurídico que buscan en el proceso . (Diaz J. , 2016).

Se puede determinar que el dinamismo procesal conduce a tener un equilibrio entre las partes en litigio, con una posición del juez mucho más activa que en el sistema tradicional, donde el administrador de justicia puede decidir la manera de distribuir la responsabilidad de probar lo alegado en función de aquel que tenga el dominio del elemento probatorio, en invertir la carga de la prueba e imponerla a aquel que esté en mejores condiciones de hacerlo, justificando hacerlo con buena fe y lealtad procesal y de manera excepcional.

2.4.3 Finalidad de la carga de la prueba

La finalidad de la carga de la prueba se puede sintetizar en dos aspectos. El primero se refiere al papel orientador que le indica a las partes la necesidad de que alcancen el resultado o consecuencia jurídica que desean obtener; ya que, en el caso de no realizar un despliegue correcto de actividad probatoria obtendrán una decisión adversa. El segundo hace referencia a la posibilidad que tiene el juez para fallar en contra de la parte que ha incumplido con la carga de probar los hechos objeto del litigio (Díaz J. , 2016).

Mientras para Laura Bernabé (2018):

la finalidad de la carga de la prueba es determinar el contenido de la sentencia que el juez tiene que pronunciar en los casos en los que exista incertidumbre sobre los hechos fácticos. Por esta razón, el problema del *onus probandi* no aparece cuando las afirmaciones de los hechos fácticos que formulan las partes no son controvertidas, o en aquellos supuestos en los que el juez queda convencido sobre la certeza o falsedad de los hechos fácticos determinados (p. 24).

De lo antes expuesto se deduce que la finalidad de la carga de la prueba, es darle al juez las reglas de juicio que debe aplicar cuando de la práctica de los medios

probatorios ofrecidos para elevarlos a la categoría de prueba, continua la incertidumbre sobre los hechos fácticos por una deficiencia probatoria. Por tal razón ha sido considerada la carga de la prueba, como la teoría de las consecuencias de la falta de la prueba. Es oportuno señalar a la carga de la prueba como una institución probatoria de carácter residual ya que ella solo tiene aplicación a un caso concreto cuando fracasan los medios probatorios aportados por las partes.

2.4.4. Criterios de distribución de la carga probatoria

En esta sección es imperativo mencionar algunas directrices dogmáticas que fueron aplicadas en el derecho romano y que orientan a la correcta distribución de la carga de la prueba, lo anterior da respuesta a tres interrogantes: ¿Qué se debe probar?, ¿quién debe probar? y ¿Quién debió probar? al respecto se presentan los siguientes criterios:

2.4.4.1. Criterio objetivo

Jordi Ferrer Beltrán (2019) consideró que con independencia de los intensos debates acerca de la mejor manera de conceptualizar la carga de la prueba, es bastante pacífico en la doctrina de los países del ámbito cultural considerar que la carga de la prueba, o las reglas que la regulan, tienen dos dimensiones: una objetiva también llamada material o directa, y otra subjetiva, llamada formal o indirecta, en esta parte se tratará de la dimensión objetiva:

La carga de la prueba en sentido objetivo responde a la pregunta ¿quién pierde si no hay prueba suficiente? En este sentido, opera como regla de juicio final, aplicable únicamente si los elementos de juicio aportados al proceso no permiten superar el estándar de prueba previsto para este tipo de casos. Se trata de una regla de distribución

del riesgo probatorio entre las partes que, al decir de Rosemberg (2016) “determina las consecuencias de la incertidumbre acerca de un hecho”. Por ello, se ha considerado también que, en este sentido, “la teoría de la carga de la prueba es...la teoría de las consecuencias la falta de prueba”. Finalmente, también por ello se considera la carga de la prueba como una institución probatoria residual o subsidiaria, que operaría solo ante el fracaso de la actividad probatoria de las partes conducente a acreditar los hechos del caso, y con la finalidad de ofrecer un criterio al juzgador para poder dar cumplimiento a su obligación de resolver todos los casos (evitando así el *non liquet*) (Nieva, Ferrer, & Giannini, 2019, p. 57-58).

2.2.4.2. Criterio subjetivo

Se funda en la necesidad de las partes de suministrar la prueba de sus alegaciones, esto es, atiende a la exigencia probatoria en función de la posición que ocupan las partes y por tanto de las pruebas que se les exigen como demandante y demandado de las alegaciones realizadas. En este criterio rige en el principio dispositivo o de aportación de parte (Vásquez, 2014, p. 34-35).

La carga de la prueba en su dimensión subjetiva, responde a la pregunta sobre que parte debe aportar prueba al procedimiento. Aunque su origen histórico es muy anterior a la difusión de la noción de la carga de prueba objetiva, hoy es común considerar la dimensión subjetiva como una derivación no muy clara de la objetiva. La idea puede expresarse en los términos que planteó Rosemberg (2016): “La circunstancia de que la incertidumbre acerca de un hecho pueda significar la pérdida del proceso para una parte...tiene como consecuencia evidente, que esta parte se esfuerce y deba esforzarse por aclarar la situación de hecho discutida para evitar el resultado desfavorable del pleito”. Así, la carga subjetiva de la prueba resultaría ser una

consecuencia de la carga objetiva de la prueba. Es claro que no se trata de una consecuencia lógica, puesto que del deber del juez de resolver en un cierto sentido en caso de falta de prueba suficiente no se infiere nada respecto de *deber* alguno de las partes. (Nieva, Ferrer, & Giannini, 2019, págs. 59-60).

La regulación de la carga procesal en el proceso civil español que hace el art. 217 LEC, constituye el punto de partida para tratar de comprender la razón de ser de la actual distribución de la carga de la prueba y entender el concepto de facilidad o flexibilidad probatoria que ha sido considerado en la reforma procesal civil española, y por el proyecto de Código Modelo para Iberoamérica en materia de procesos colectivos diseñado por el Instituto Iberoamericano de derecho procesal. Sin embargo, ha sido en Argentina, de la mano de Peyrano y sus adeptos, donde adquiere relevancia y elevada a la categoría de doctrina conocida como *cargas probatorias dinámicas* concebida como un mecanismo de flexibilización para resolver situaciones que con el rígido sistema del *onus probandi* no sería factible,

El sistema procesal ecuatoriano sostiene que deberá probar la obligación el que alega la existencia o la extinción de la misma, y una vez que se prueba la obligación, quien alega la extinción de la misma, deberá probarla, es decir; se crea una situación excepcional. Hasta aquí, no se habla de una inversión de la carga de la prueba, ya que cada parte prueba sus argumentos. En efecto, en la comunidad actual abundan situaciones relacionadas con actividades de riesgo y muy técnicas, admitiéndose la vía del desplazamiento de la carga de la prueba al demandado cuando tenga mayor facilidad. En consecuencia, se puede inferir que debe probar la parte a la cual el hecho de la norma le beneficie, así como también debe probar la parte que, según el juez, tiene mejor facilidad y disponibilidad para hacerlo (Torras, 2017; Vásquez, 2014).

Esa manera de observar ahora la carga de la prueba en el sistema procesal ecuatoriano encontraría asidero en la teoría de las cargas probatorias dinámicas, en donde se ponga de manifiesto la efectividad de principios como la solidaridad, igualdad de las partes, lealtad y buena fe procesal. De lo antes dicho se desprende que la norma no establece requisitos de manera taxativa para que el juez distribuya la carga de la prueba y la haga recaer en quien tenga mejor facilidad y disponibilidad para hacerlo, el juez ponente debiera distribuirla según el caso concreto, entonces podemos decir que ante ciertos supuestos el juzgador podrá recurrir a esta facultad que debe ser conferida por el asambleista (Torras, 2017; Vasquez, 2014).

El autor Vargas (2016) indicó:

El fundamento de la distribución de la carga de la prueba en general, se plantea este problema: ¿Por qué no se impone toda la carga de la prueba al demandante y se le imputa la incertidumbre con respecto a cualquier afirmación de hecho importante, tal como ocurre en general al acusador en el proceso penal? ¿Por qué el demandado tiene que participar en las consecuencias de la falta de prueba? Para contestar esta pregunta, suele remitirse con razón a las exigencias de la conveniencia y de la justicia conmutativa. Pues, efectivamente, se quitaría de antemano la probabilidad de éxito a cualquier demanda judicial, haciéndola con esto imposible, si se exigiera del demandante toda la prueba. Se entregaría el derecho a la buena voluntad del demandado; se llegaría a un estado de inseguridad jurídica, que equivaldría a la falta de toda protección.

Continuando, el demandado podría privar al demandante de su derecho mediante negaciones o afirmaciones arbitrarias. No se puede comparar el estado de cosas en el proceso civil con el existente en el proceso penal. Pues en este último, el

interés de la colectividad consiste en que sólo se castigue al culpable y que, por eso, más vale absolver a diez culpables que condenar a un inocente. En cambio, toda la economía nacional estriba en la seguridad de poder realizar los derechos privados, y la colectividad tiene un urgente interés en que el acreedor no sólo pueda acudir al órgano estatal pidiéndole protección jurídica, sino que también pueda obtenerla sin dificultades demasiado grandes (p. 6).

El tema de la carga de la prueba ha suscitado gran interés en el mundo procesal, precisamente por la importancia que guarda en relación con el sentido del fallo que por su aplicación pueda llegar a proferirse. En efecto, han sido considerables las disputas y teorías que se han generado respecto a la aplicación en este instituto jurídico, así lo expresó Katherine Müller (2014) en un artículo de investigación científica y tecnológica, menciona a Azula (2008) con su obra manual de derecho procesal, pruebas judiciales tercera edición. Tomo VI que plantea tres tendencias: 1. Teoría de la naturaleza constitutiva, extintiva o modificativa de los hechos. 2. Teoría que impone a cada parte la carga de probar el supuesto de hecho de las normas cuya aplicación solicita y 3. Teoría que se funda en la dificultad para probar el hecho.

2.4.5. Teoría de la naturaleza constitutiva, extintiva o modificativa de los hechos

El código civil de Colombia, en el título XXI de la prueba de obligaciones, trae la siguiente definición en el artículo 1757. Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta (Colombia C. C. 1873). Según lo antes indicado, le correspondía probar la obligación o extinción al que alega aquella o esta, en otras palabras, sobre el demandante o demandado recaía la carga de la prueba tanto de las obligaciones como de su extinción, según fueran sus intereses dentro del respectivo proceso; sin embargo, la carga de la prueba se limitaba única y exclusivamente a las obligaciones, excluyéndose los derechos reales (Azula, 2003, p. 29).

2.4.6. Teoría que impone a cada parte la carga de probar el supuesto de hecho de las normas cuya aplicación solicita

Esta segunda teoría es la utilizada en Colombia por expreso mandato del artículo 177.1 el código de procedimiento civil, por medio del cual perdió eficacia la disposición contenida en el artículo 1757 el código civil antes citado. Esta teoría atribuyó a cada parte la carga de la prueba en relación con los hechos controvertidos que debería demostrar, para que el juez pudiese proceder a la aplicación de las normas que invocara. Aquí se daba amplia aplicación al principio actor *incumbit probatio*, según el cual al actor le incumbe la prueba (Azula, 2003, p. 29).

2.4.7. Teoría que se funda en la dificultad para probar el hecho

Esta teoría se basa en la movilidad de la carga de la prueba entre las partes según la dificultad de acceder a ella. Esta tendencia tuvo asidero en los aportes realizados por Bentham (1971) y Carnelutti (1944), precursores de las llamadas teorías utilitaristas y teleológicas respectivamente, quienes atribuyeron la carga a la parte que se hallara en mejores condiciones de lograr la prueba. Precisamente, la insuficiencia de la doctrina precedente hizo que los juristas entendieran que la carga probatoria no estaba unida exclusivamente al rol de actor o demandante, pues con el tiempo se dieron cuenta que se presentaban situaciones donde la parte que negaba tenía a su alcance fácil prueba y la ocultaba de mala fe, mientras que estaba lejos de las posibilidades de la otra el poder aportar elementos de convicción (Peyrano, 1997; Mamani, 2019), lo que hizo que se permitiera la inversión de las cargas de la prueba en situaciones especiales en las que se presentaba la dificultad de acceder a ella. Esta teoría ha sido denominada, en la actualidad carga dinámica de la prueba y consiste en que “el deber de probar un determinado hecho o circunstancia se impone a la parte que se encuentra en mejores

condiciones de hacerlo, aun cuando no lo haya alegado o invocado” (Azula, 2003, p. 48).

2.4.8. Carácter excepcional de la carga dinamica

Antes los innumerables casos de dificultades probatorias y desventajas procesales, en donde no se puede probar por motivos ajenos a la voluntad de las partes, es que se podrá trasladar la carga de la prueba a quién esté en mejores condiciones de probar el hecho. Así, las reglas de la carga probatoria dinámica reconocen la vigencia de las normas clásicas, estrictas y rígidas, sobre distribución de la carga de la prueba como un *principio general*, mientras que a las normas de la carga dinámica de la prueba se le otorga un carácter de excepción. Por lo tanto esta carga dinámica tiene un carácter excepcional y restrictivo, toda vez que quien prueba no sea quien se encuentre obligado (probará quien alega), si no que mas bien probará quien este en mejores condiciones de hacerlo ya sea por sus habilidades técnicas o profesionales. Esta carga dinámica procederá solo cuando la aplicación de las reglas clásicas arojen consecuencias manifiestamente disvaliosas, y donde no se puede lograr una correcta administración de justicia. (Peyrano, 2018, pág. 72).

Es oportuno agregar que la concepción de carga dinámica de la prueba, no viene a desconocer la vigencia del tradicional, estricto y rígido sistema procesal, pero si viene a aliviar la responsabilidad de que no es dable imponerle la carga de probar a alguien, algo que realmente le es imposible y que su gestión la transforma en una prueba diabólica. Por el contrario y de manera excepcional, otorga una especie de flexibilidad para que pruebe aquel que esté en mejores condiciones de hacerlo.

2.5. La inversión de la carga de la prueba

La inversión de la carga de la prueba ocurre en los casos de presunciones legales *iuris tantum*, o sea en aquellos casos en que la ley presume ciertos hechos, y quien pretenda negarlas, debe probarlo. Este modelo dentro de la carga de la prueba se presenta como una excepción, en la que será el demandado quien va a tener que probar o demostrar aquello que afirma a manera de contradicción contra el actor o demandante (Cubillas, 2019). En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, la inversión de la carga de la prueba está contenida en el artículo 169 del Código orgánico general de procesos, que establece: “La parte demandada (...) está obligada a producir pruebas (...), si su contestación contiene afirmaciones explícitas o implícitas sobre el hecho, el derecho o la calidad de la cosa litigada (...)”. En buen romance y para concluir, la carga de la prueba está presta a ser invertida solamente como una excepción, puesto que la regla general en el *Onus probandi* es que solamente se prueba lo que se afirma y por parte del actor. (Salcedo, 2015, p. 48).

Concepto que no es de total, si no de parcial aceptación, con el respeto que se merece el catedrático Salcedo (2015), pero no se comparte el hecho afirmado por él, al decir, que en el artículo 169 del Código Orgánico General de Procesos, está contenida la inversión de la carga de la prueba. Cuando establece taxativamente el inciso segundo:

la parte demandada no está obligada a producir pruebas si su contestación ha sido simple o absolutamente negativa; pero si deberá hacerlo si su contestación contiene afirmaciones explícitas o implícitas sobre el hecho, el derecho o la calidad de la cosa litigada, pues esta última parte es la confirmación de - la concepción estática de la carga de la prueba y no una inversión de la misma. (p. 33).

Para fundamentar este desacuerdo, es oportuno recordar que el código procesal

civil modelo para Iberoamérica cuando se refiere a la carga de la prueba, se expresa así: “corresponde probar, a quien pretende algo, los hechos constitutivos de su pretensión; quien contradiga la pretensión de su adversario tendrá la carga de probar los hechos modificativos, impeditivos o extintivos de aquella pretensión”.

Y, el Maestro Couture (1958), citado en líneas anteriores, cuando da una visión sobre la carga de la prueba dice: en su sentido estrictamente procesal, conducta impuesta a uno o a ambos litigantes, para que acrediten la verdad de los hechos denunciados por ellos. La carga de la prueba supone un imperativo del propio interés de cada litigante; por lo antes expuesto, se puede concluir que el catedrático Salcedo se refiere en su enunciado al tradicional sistema estático y no a una inversión de la carga de la prueba, sin embargo, el mencionado artículo 169 si menciona los casos donde hay una inversión legal de la carga de la prueba y son: En materia de familia, materia ambiental y en los procesos contenciosos tributarios.

Al respecto de la inversión de la carga de la prueba otros han escrito como sigue: La inversión de la carga de la prueba. Una garantía del derecho del demandante. Bajo este enfoque la carga de la prueba no le corresponde a quien alega el hecho. Este proceder se justifica en atención a que se pretende proteger a la parte más débil de la relación procesal, por lo cual se define la imposición de probar a quien le queda más fácil, es decir, al demandado. En este sentido, ante las particularidades del caso, el demandante encuentra la justicia porque su pretensión resulta favorecida en la inversión (Polanco, 2015, c.p., Parra, Jáuregui, Gonzalez, 2015, p. 3)

Se ha dicho mucho sobre la inversión judicial de la carga de la prueba, unos le dicen flexibilidad probatoria, otros la llaman carga dinámica de la prueba, entre quienes han realizado estudios sobre el tema: Jordi Nieva Fenol, catedrático de derecho

procesal, se refirió a la inoportunidad de las inversiones de la carga de la prueba y de la carga dinámica de la prueba o facilidad probatoria así: Ya es justo de por sí inferir que quién no tiene prueba no tiene razón, o peor aún, que quien no aporta prueba al proceso es porque la está ocultando, al serle adverso su contenido. Esa es la base del pensamiento que está detrás del principio de facilidad probatoria, o carga dinámica y que en realidad es la idea inferencial básica de toda la institución de la carga de la prueba. (Nieva, Ferrer, & Giannini, 2019, p. 45-46).

La idea rectora de la carga de la prueba es ilógica. Quizá en realidad, puede considerarse como una persistencia milenaria en una idea falsa. Esa idea es el pensamiento base de la carga de la prueba, recargada durante el periodo del sistema legal de valoración de la prueba y complicada aún más con las llamadas inversiones de la carga de la prueba, pese al intento de simplificación de la facilidad probatoria, más modernamente llamada carga dinámica de la prueba: que el que alega un hecho – lógicamente en su beneficio – lo pruebe. (Nieva, Ferrer, & Giannini, 2019, p. 41).

Continúa diciendo: Y es que a pesar de que esa idea base romana parece absolutamente lógica, en realidad no lo es. Cuando el proceso era un asunto de las partes que intentaban demostrar algo ante un tercero, que era el juez, lo lógico es que el litigante demostrara lo que le beneficia, pero en realidad no es así. En cualquier proceso una parte afirma siempre hechos, sin más, y muchas veces no dispone de la prueba sobre los mismos. En la actualidad, siendo de ese modo, el litigante lo mejor que puede hacer es no iniciar el proceso, puesto que la otra parte no le va a ayudar, y difícilmente el juez podrá utilizar la prueba de oficio, simplemente por una lógica falta de medios muchas veces irremediable. Pero ello no fue así siempre. Durante mucho tiempo se utilizó la ordalía para resolver los procesos. Cuando ambas partes carecían de prueba y el juez no tenía manera humana de saber que había sucedido. Por ello se acudía a esa

especie de *ojo que todo lo ve* de la época: La divinidad. (Nieva, Ferrer, & Giannini, 2019, pág. 41).

Por lo antes anotado, se puede inferir que existen al menos dos modalidades de inversión de la carga de la prueba, las que se analizan a continuación.

2.5.1. Modalidades de la inversión de la carga de la prueba

2.5.1.1. Inversión legal de la carga de la prueba

La inversión legal se conforma básicamente de las presunciones de hecho que la ley hace en el ordenamiento jurídico. Las presunciones son juicios lógicos que ha hecho el legislador, en los cuales dice que, a partir de un hecho cierto, por regla general, se deduce la existencia de otro hecho. Se parte entonces de un hecho base que, fundamentado en la regla general ya expuesta, debe ser probado por la persona que pretende los efectos jurídicos de la presunción. Una vez demostrado este hecho base, se excluye al interesado la carga de probar el hecho que se presume, y se asigna la carga probatoria a la otra parte quien, si llega a fracasar en desvirtuar la situación presumida, se tendrá como probado el mismo. Estas presunciones las hace el legislador a lo largo de todo el ordenamiento sustancial atendiendo a las reglas de la lógica, reconociendo situaciones empíricas reiteradas que por razones de equidad las dota de esta característica. (Díaz Baquero, 2014).

Al respecto Lluch (2012) citado por Jarrín (2017) dijo: “la inversión legal de la carga de la prueba es la distribución especial que hace el legislador. Es decir, que el legislador introduce esta regla al ordenamiento legal propio” (p. 40).

Sin embargo, los sujetos procesales se preguntan ¿quién debe probar?, ¿cuál de las partes soporta la carga de probar? y ¿para quién prueba? De acuerdo al Código Orgánico General de Procesos, corresponde probar a las partes y sobre ellas recaerá la carga de aportar los hechos facticos que han afirmado. Y está claro que ante quien

deben probar es ante el juzgador. Sobre el derecho a la prueba, el ilustre maestro Montero Aroca (2005) se refirió de la siguiente manera

El derecho a la prueba es un verdadero derecho subjetivo, de contenido procesal y de rango fundamental, sin perjuicio de que luego se trate de un derecho de configuración legal, el cual en la jurisprudencia se presenta como instrumental respecto del derecho de defensa. (p. 100)

Lo que trata de explicar Montero Aroca (2005) es que cuando el derecho a la prueba es de orden legal, no se trata de un derecho sin límites, ya que estos han sido previamente conformados por el legislador y se considera que el derecho a la prueba es un derecho instrumental, que tiene requisitos intrínsecos como: pertinencia, utilidad, conducencia y licitud. Entonces aquí se estaría hablando si de inversión se trata, de una inversión legal de la carga de la prueba. Así como también obedece a circunstancias de forma y de tiempo que deben sujetarse a la legalidad dentro del proceso. La Constitución del Ecuador en el numeral 1 del artículo 397 en su inciso final dice que para obtener una tutela efectiva en materia ambiental, la carga de la prueba sobre la existencia de daño potencial o real, recaerá sobre el gestor de la actividad o el demandado. También el artículo 169 del COGEP en sus incisos cuarto, quinto y siguientes, habla sobre inversión de la carga de la prueba en materia de familia, ambiental, tributaria y otros casos de conformidad con la ley.

2.5.1.2. Inversión judicial de la carga de la prueba

En la inversión judicial de la carga de la prueba, el juez aplica los criterios de facilidad y disponibilidad de creación jurisprudencial, lo que provoca que a menudo, el juez utilice la jurisprudencia de manera distinta. Para entender mejor esta regla, el maestro Montero (2005) señaló que un suministrador de productos reclama a una compañía el pago de la mercancía, sin embargo, la persona que recibió el producto ya

no trabaja en dicha compañía, por lo que el actor no tiene ningún otro elemento de prueba, en este caso se invierte la carga de prueba al demandado, puesto que la compañía cuenta con un registro de operaciones diarias y puede probar la entrega (Jarrín, 2017, p. 30).

Se marca entonces una nítida diferencia respecto a la posible alteración del gravamen probatorio entre lo que la doctrina denomina la inversión legal y la llamada inversión judicial, de la cual precisamente tratará este estudio. Así, mientras la inversión legal procede cuando una norma establece de forma expresa a que tipo de supuesto de hecho se aplicará dicha modificación, sin embargo, la inversión judicial no recoge un tipo especificado de supuesto de hecho. Sobre el que aplicaría sino que sólo prescribe los criterios en virtud de los cuales el juez valorará si aplicar dicha inversión en el pleito entablado, con independencia del asunto sobre el que verse. El autor se centra en el análisis de la denominada inversión judicial en cuanto merecedora de cierta reflexión sobre las consecuencias jurídico- procesales y sobre el diseño de las estrategias de las partes que la aplicación de dicha alteración puede suponer (Fernández, 2015).

En este sentido la incidencia de la inversión judicial de la carga de la prueba entre las partes en la seguridad jurídica y la tutela efectiva de los litigantes, se encuadra a partir de la potestad intervencionista del juez en el proceso, se profundiza en la institución y la potestad consistente en la inversión por el juez de la carga de la prueba entre las partes del artículo 217.7 LEC. (Ley de enjuiciamiento criminal). Analiza en especial los efectos que pueden revertir en cuanto a la redistribución de la carga probatoria en la tutela efectiva y la seguridad jurídica (Fernández, 2015).

Es decir, hace referencia a lo que contempla el artículo 24.1 (Constitución Española de 1.978) que al respecto dice: "Todas las personas tienen derecho a obtener la

tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”. Cuando se refiere a la seguridad jurídica, menciona el artículo 9.3: “La constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

De lo antes expuesto se puede deducir que en la inversión judicial de la carga de la prueba, no existe una norma taxativa que le indique al juez, cómo distribuir la carga probatoria, éste la hará de manera excepcional sin importar la posición que la parte ocupe en el proceso (actor o demandado) en función de aquel que esté en mejores condiciones de probar, aplicando criterios de facilidad o flexibilidad probatoria.

2.5.2. Países referentes que aplican la flexibilidad o facilidad probatoria y su efecto jurisprudencial

2.5.2.1. España

En España, como se sabe, la moderna Ley de Enjuiciamiento Civil (2000) consagra de manera sistemática toda la materia relativa a la distribución de la carga de la prueba en su artículo 217. En particular, luego de establecer las tradicionales reglas de adjudicación del riesgo de inexistencia de prueba en los incisos 2 y 3 de la norma, en su inciso 7 dispone que “Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio”.

Es decir, consagra la flexibilización de las pautas rígidas de distribución de la carga de la prueba a través de los criterios de *facilidad y disponibilidad* probatoria. Sin embargo, como luego se verá en detalle, la norma no hizo más que recoger la pacífica

tendencia jurisprudencial de los Tribunales Supremo y también el Constitucional de España, al que ya desde hacía años adhería también la doctrina especializada (Vargas, 2020, pág. 88).

En líneas generales se habla de inversión de la carga de la prueba cuando se cambian los criterios de distribución señalados en el ordenamiento jurídico. Para algunos son del criterio que la inversión de la carga de la prueba constituye la modificación de los ordinales 2º y 3º del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Española, otro sector de la doctrina es del criterio que puede ser la modificación de cualquier criterio de tipo legal que traiga como consecuencia un cambio en la iniciativa probatoria o que haga ver de una manera diferente los hechos que normalmente deben ser probados por una de las partes pasen a ser de manera obligatoria responsabilidad de la otra (Fernandez, 2006, p. 124).

Ello quiere decir que, la doctrina, tras una larga historia y tradición, emplea la expresión de inversión de la carga de la prueba como una solución jurisprudencial y legislativa, para hacer referencia a aquellas situaciones en las que la carga de probar se atribuye de una manera diferente a lo establecido en los apartados 2º y 3º del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española (2000) que señala:

2. Corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvenición.3. Incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior. (p. 88)

Nieva, Ferrer, y Giannini (2019) a lo antes citado se refirieron así:

Si realmente existiera una inversión de la carga de la prueba, se supondría que el demandante debería probar los hechos impeditivos, extintivos y excluyentes y que el demandado debería probar los hechos constitutivos. Pero no es así. En los casos de inversión de carga de la prueba lo que sucede habitualmente es que al demandante le basta con alegar lo que afirme, siendo el demandado quien tiene que descartar la presencia del hecho constitutivo. Es decir, lo que sucede en estos supuestos es que el demandante es relevado de prueba. Se supone que de esa forma se favorece su posición en el proceso, que se presume débil, haciendo de ese modo que se materialice el principio de igualdad de las partes. Sin embargo, las cosas son muy distintas, analizando simplemente las dos normas de inversión de la carga de la prueba del artículo 217 de la LEC española. (p. 46-47).

En todo caso los cambios que se pueden evidenciar en la distribución de la carga de la prueba y la exclusión de los numerales del artículo 217 ya señalados anteriormente responden de una manera directa a la necesidad de hacer prevalecer la posición que ocupa cada parte en relación al hecho que se pretende probar sobre las normas imperantes en la ley. Cuando se habla de inversión de la carga de la prueba hay que tomar en cuenta los principios de facilidad y disponibilidad probatoria ya que a través de ellos se hace necesario evaluar cada una de las posiciones procesales que ocupan las partes en el litigio en relación a los hechos que necesitan ser probados, de tal manera que no recaiga sobre una parte del proceso la obligación de probar un hecho que de acuerdo a la posición que ocupa en el juicio le sea imposible o muy difícil de probar (Fernandez, 2006, p. 124).

En este mismo sentido mediante la sentencia N° 37/2000 donde el Tribunal Constitucional Español (2000) dejó sentado el siguiente criterio

Esta sentencia, afirma el carácter de legalidad ordinaria de las normas de

atribución de la carga probatoria y de su interpretación por los tribunales, pero aclarando que pueden dar lugar al recurso de amparo cuando se produzca vulneración del art. 24 CE, al impedirse el acceso a la tutela judicial por reclamar de una parte una prueba diabólica o imposible. (p. 48)

En concordancia con lo anterior tomando en consideración el criterio del máximo tribunal español se evidencia que no se trata de una modalidad de la carga de la prueba, pero, tampoco se trata de una presunción legal, al final lo expresado consiste en la creación de una norma específica de la carga de la prueba. En consecuencia, para aquellos supuestos en los que tenga lugar la inversión de la carga probatoria se producirá también una divergencia entre la carga de la alegación o afirmación de un hecho y la carga de su prueba (Villacorta, 2017).

2.5.2.2. Su aplicación jurisprudencial

Antes de la vigencia del actual artículo 217, apartado 6º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española del año 2000 – que para la doctrina introduce un nuevo criterio el de la *disponibilidad y facilidad probatoria*. Tellez Rico manifestó que servirá para “minorar el rigor de la norma frente a posturas desleales o contrarias a la buena fe procesal”, esto es, la distribución de la carga de la prueba no estaba en el ordenamiento ritual de aquel país sino, como ocurre en otros lugares, en el Código Civil Español, más precisamente en su artículo 1214 que contenía la siguiente regla rígida de adjudicación del *onus probandi*: Incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento y la de su extinción al que la opone (Vargas, 2020, p. 105).

Ello así y más allá de las lógicas críticas que la doctrina siempre deparó a esta norma, lo cierto es que la jurisprudencia fue matizando, a lo largo de los años, el rigor de la misma. Fue por eso que se entendió que los principios a que

respondía la norma aludida no eran absolutos o inflexibles, sino que debían adaptarse a cada caso, según la naturaleza de los hechos afirmados o negados y los criterios de normalidad y disponibilidad probatoria (Vargas, 2020, p. 105).

La flexibilización, según las investigaciones doctrinales, comenzó con una vieja sentencia del Tribunal Supremo del 3.6.1935 donde se lee “... de la misma forma habrá de acreditar también aquellos eventos que por su naturaleza especial o su carácter negativo no podrían ser demostrados por la parte adversa sin grandes dificultades”.

Continua Valls Lloret citado por Vargas (2020) señaló:

La doctrina de la facilidad probatoria valora las posibilidades de las partes, desplazando la carga de una a otra según criterios de mayor facilidad o dificultad. En este sentido, a cada parte le corresponde la prueba de lo que, conforme a la razón y a la experiencia, es más fácil de probar para ella que para la parte contraria, siguiendo por tanto un criterio de facilidad probatoria en cuanto a la acreditación de la existencia del hecho alegado. Habrá que acudir al criterio de la facilidad probatoria a fin de mantener el principio de igualdad en el proceso (p. 106) .

En definitiva:

La carga de la prueba está inicialmente impuesta a aquel que alega los hechos sobre los que fundamenta su pedimento. Pero le es muy difícil, cuando no imposible, acreditar estos hechos; es en ese momento procesal cuando la doctrina tanto científica como jurisprudencial, a través de los criterios de normalidad, facilidad o flexibilidad, así como de la aplicación de los principios de presunción de la buena fe y de la equidad, aboga por una inversión

del *onus probandi* en perjuicio del más fuerte en el proceso o de aquel al que la prueba le resulta más difícil, bien por carecer de los medios de prueba, por serle imposible acudir a las fuentes o cuando el hecho que se quiere acreditar es de muy difícil prueba (Vargas, 2020, p. 106).

Posteriormente, reiteró amplió el criterio y aludió a que los criterios legales debían flexibilizarse conforme la “disponibilidad de los medios probatorios. (sentencia del T.S. del 24.12.1958).

Así, por ejemplo, en la sentencia del TS del 20.10.1998 se expresó: La moderna doctrina jurisprudencial viene matizando el principio del *onus probandi* que sanciona el artículo 1214 del Código Civil en el sentido de que incumbe al actor la prueba de los hechos normalmente constitutivos de su pretensión y al demandado, en general, la de los impeditivos o extintivos que alegue; y aun cuando no cabe admitir en todos los casos que los hechos negativos no puedan ser probados, pues pueden serlo por hechos positivos contrarios, aquella norma distributiva de la carga de la prueba no responde a unos principios inflexibles, sino que se deberá adaptar a cada caso según la naturaleza de los hechos afirmados o negados y la disponibilidad o facilidad para probar que tenga cada parte (p.107).

O, la tendencia que indicaba que la apreciación de la prueba debe hacerse “según criterios flexibles y no tasados, que se deben adaptar a cada caso según la naturaleza de los hechos afirmados o negados”. (p.107).

En síntesis, la doctrina del Tribunal Supremo alude a la *relatividad* del principio procesal *incumbit probatio ei qui dicit, non qui negat*, y la coordina con la que proclama la necesidad de tener en consideración la *disponibilidad o facilidad* de una determinada prueba a cargo de una de las partes.

En ese sentido, la STS 8.3.91 (RAJ 2200) tiene declarado que:

si bien es cierta la vigencia de la conocida regla '*Incumbit probatio...*', la misma no tiene un valor absoluto y axiomático, matizando la moderna doctrina el alcance del principio del *onus probandi* en el sentido de que incumbe al actor la prueba de los hechos normalmente constitutivos de su pretensión y al demandado, en general, la de los impeditivos o extintivos que alegue y que no puede admitirse como norma absoluta que los hechos negativos no pueden ser probados, pues negar los hechos constitutivos de la acción o pretensión ejercitada, sino que alegan otros impeditivos, extintivos u obstativos al efecto jurídico reclamado por el actor, tendrán que probarlos -SSTS 23.9.86, RAJ 4782, y 13.12.89, RAJ 8828-,y, finalmente, que la norma distributiva de la carga de la prueba no responde a unos principios inflexibles, sino que se deben adaptar a cada caso, según la naturaleza de los hechos afirmados o negados y la disponibilidad o facilidad para probar que tenga cada parte -SSTS 18.5.88, RAJ 4314, 15.7.88, RAJ 5694, 17.6.89, RAJ 4695, y 23.9.89, RAJ 6352 (Vargas, 2020, p. 107).

Ocurre lo propio en los siguientes pronunciamientos:

Mas, como razonablemente sugiere el órgano *a quo*, esta Sala como órgano *ad quem* comparte el criterio de que en los casos en que se obstaculiza la práctica de la prueba o no se coopera de buena fe por las partes, sean actoras o demandadas, a facilitar su producción, cabe que se atenúe el rigor del principio que hace recaer la prueba de los hechos constituidos de la parte (aunque sea la demandada) que se halle en mejor posición probatoria por su libertad de acceso a los medios de prueba. Asimismo debe establecerse que, no obstante, ser la profesión médica una actividad que exige diligencia en cuanto a los

medios que se emplean para la curación o sanación, adecuados según la *lex artis ad hoc*, no se excluye la presunción desfavorable que pueda generar un mal resultado, cuando éste, por su desproporción con lo que es usual comparativamente, según las reglas de la experiencia y el sentido común, revele inductivamente la penuria negligente de los medios empleados, según el estado de la ciencia y las circunstancias de tiempo y lugar, o el descuido en su conveniente y temporánea utilización. Por todas las razones expuestas, el motivo sucumbe (Vargas, 2020, p. 107-108).

Más recientemente y ya aplicando el criterio legalmente acogido por el artículo 217, apartado 6º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pueden computarse los siguientes pronunciamientos del Tribunal Supremo del 23.12.2002347. Del 20.1.2003 348 y del 25.1.2005349. También ha sido objeto de un estudio detenido las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 1ª, del 29.11.2002 (responsabilidad médica por olvido de una gasa durante una intervención quirúrgica), sentencia STS 1288/2002, del 23.12.2002 (parálisis cerebral de recién nacida como consecuencia de la duración excesiva del parto) (p.108-109).

2.5.2.3. Colombia

Se puede señalar al maestro Trujillo Cabrera (2020) como un referente colombiano quien se ha encargado de esta teoría. Así, por ejemplo, en otro de sus trabajos, el autor citado explicó que:

Un claro ejemplo de la flexibilización de las reglas jurídicas por parte de los jueces, en aras de minimizar los costos de transacción del Derecho, es la aplicación elástica de la carga de la prueba. En efecto, en los últimos años las altas Cortes colombianas han venido aplicando la denominada carga dinámica de la prueba, según la cual el peso de la prueba no se mantiene rígido y estático según conceptos a priori

establecidos inflexiblemente por el legislador, sino que se desplaza pendularmente en uno u otro sentido de acuerdo a la facilidad de producción de la prueba que tenga cada una de las partes. (Doctrinariamente se concibe el desplazamiento del *onus probandi* dinámico, bajo el entendido que “incumbe a las partes probar los hechos que les resulten de más fácil demostración, en comparación con la extrema dificultad de su adversario en demostrarlos, conforme a la experiencia de cada proceso”. Concluye que en términos simplificados la aplicación de la carga dinámica de la prueba se justifica cuando los costos de producción probatoria son menores para una de las partes en relación con la otra, ya sea por razones de disponibilidad o posesión del medio, por facilidades técnicas, capacidad económica o cualquier otro motivo, al emplear la regla de juicio, el juez se encuentra obligado a aplicar las reglas convencionales y estáticas del *onus probandi*. Sin embargo, una vez aplicada en abstracto la regla, el juez puede concluir que por la ausencia de prueba debe responsabilizarse no a quien apriorísticamente le asistía ese deber, sino a la parte que contando con todas las facilidades de su producción (frente a las ostensibles desventajas o incluso imposibilidad de la otra) omitió alegarla, lo cual hubiese permitido la eficiencia económica en la búsqueda de la verdad material en el proceso (p. 84).

A su vez, la doctrina aludida ha tenido fértil aplicación en el campo de la responsabilidad profesional de los médicos y, también, en el de la responsabilidad de las entidades oficiales y privadas del servicio de salud. En igual sentido, algunos doctrinarios han sostenido que, en Colombia, La aplicación del principio de las cargas probatorias dinámicas, no tiene sustento en la legislación procesal, pero sí encuentra fundamentos constitucionales: el planteamiento ha llevado a aplicar, en todos los casos de daño en el desarrollo de la prestación del servicio médico asistencial, la teoría de la

falta del servicio presunta, exigiéndosele siempre a las Entidades Públicas demandadas la prueba de que dicho servicio fue prestado debidamente, para poder exonerarse de responsabilidad; habrá que valorar, en cada caso, si éstas se encuentran presentes o no (Vargas, 2020, p. 85).

Lo propio hace Catalina Rosero Díaz del Castillo y Carlos José Mansilla (2004) en los siguientes términos:

La teoría de la carga dinámica se basa en principios de solidaridad, equidad e igualdad material de las partes dentro de los procesos judiciales, y propende porque en cada caso concreto, la demostración de ciertos hechos esté a cargo del demandante, otras del demandado, de acuerdo con quien esté en mejor posición de allegar al proceso las pruebas correspondientes, para que de esta manera el juzgador alcance la certeza requerida para emitir su sentencia. La teoría de la carga dinámica supone la repartición de las cargas probatorias entre médico y paciente de acuerdo con las situaciones particulares de cada proceso, y no supone, pues, establecer reglas inamovibles sobre la parte que deberá demostrar ciertos hechos. Se observa entonces como elementos importantes de la teoría de las cargas dinámicas, los siguientes:

1. La carga de la prueba recae sobre quien esté en mejor posición de probar.
2. La distribución de las cargas se hace en cada caso concreto.
3. La teoría en sí misma no establece presunciones en contra de las partes.

Por lo antes expuesto, se puede concluir que la inversión e la carga de la prueba en Colombia se conforman principalmente de las presunciones de hecho que ha establecido el ordenamiento jurídico. Las presunciones son juicios de carácter lógicos

que ha hecho el legislador, en las cuales se parte de un hecho cierto, y por una regla general, se deduce la existencia de otro hecho. En este sentido se parte entonces de un hecho que fue la base o el fundamento de la regla de carácter general que ya fue expuesta, debe ser probado por el sujeto procesal que pretende obtener los efectos jurídicos de dicha presunción. Una vez que ha sido evidenciado este hecho base, se excluye al interesado la carga de la obligación de probar el hecho que se presume, y se asigna la carga probatoria a la otra parte del proceso quien, si no llega a desvirtuar la situación presumida, se tendrá como probado el mismo (Díaz, 2004, p. 44).

Sin embargo y como bien lo dijo el profesor español Jaime Guasp (1968) “el problema de la carga de la prueba no puede ser resuelto a base de una consideración aislada de los sujetos procesales” (p. 325), en este sentido se observa que no es posible para el operador de justicia efectuar una reconstrucción de los hechos que se acerque más a la verdad, si el material probatorio no es consignado a la causa en su totalidad, por cuanto de esta forma se estaría violando el principio de la verdad procesal, tomando en cuenta que debido a la rigidez de la carga de la prueba, se pueden ocultar hechos que a pesar de ser necesarios para una de las partes, a la misma le es físicamente imposible probarla por no tener acceso a los distintos medios de acceso para obtener la información requerida.

En consecuencia, cuando lo anterior sucede es que se da lugar a la flexibilización de la carga de la prueba para de esta manera poder despejar las dudas que el operador de justicia en relación a los hechos concretos. Ella consiste en la posibilidad que tiene el operador de justicia a lo largo del proceso, de determinar quién de las partes tiene la carga de probar un determinado hecho concreto.

La inversión de la carga de la prueba se trata entonces de una excepción a la regla general en materia de la determinación de las cargas procesales, además ella

responde a la facilidad que tienen las partes de probar un hecho determinado en este sentido el artículo 167 del Código General del Proceso establece que ella se da en virtud de:

1. su cercanía con el material probatorio; 2. Que tenga en su poder los elementos probatorios o evidencia física necesarios para la demostración del hecho; 3. Por haber intervenido en los hechos de manera directa o; 4. Que la contraparte se encuentre en estado de indefensión.

2.5.2.4. Su aplicación jurisprudencial

En Colombia, se ha producido una interesante evolución jurisprudencial relativa a la responsabilidad de las entidades prestadoras del servicio de salud. En efecto, el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil de aquel país, establece que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. Ello así, hasta el año 1992 se consideró jurisprudencialmente:

Que la persona que alegaba haber sufrido un daño con ocasión de la actuación irregular del Estado en la prestación del servicio médico, debía demostrar los supuestos de hecho que apoyaban su pretensión, teniendo de esta manera el criterio de la falla probada del servicio. Cuando el actor no probaba la falla de la entidad, ésta era exonerada de los cargos, y se negaban las pretensiones del paciente y/o su familia (Vargas, 2020, pág. 100).

Esta regla se ha creado con la finalidad de poder obtener una justicia material que toda regla de juicio debiese buscar para el proceso y no limitarse únicamente a la conclusión procedimental. Su objetivo es lograr que las reglas rígidas en materia de la carga probatoria no se conviertan en una obstrucción para poder obtener una solución justa a consecuencia de la obligación de llevar al proceso pruebas de difícil recolección,

es decir, pruebas que le será físicamente imposible de obtener. Es una determinación que hace el operador de justicia a petición de parte o de oficio, y es de manera excepcional.

Sin embargo, como bien lo recuerda la doctrina colombiana:

La teoría de la carga dinámica se basa en principios de solidaridad, equidad e igualdad material de las partes dentro de los procesos judiciales, y propende porque en cada caso concreto, la demostración de ciertos hechos esté a cargo del demandante, otras del demandado, de acuerdo con quien esté en mejor posición de allegar al proceso las pruebas correspondientes, para que de esta manera el juzgador alcance la certeza requerida para emitir su sentencia. La teoría de la carga dinámica supone la “repartición” de las cargas probatorias entre médico y paciente de acuerdo con las situaciones particulares de cada proceso, y no supone, pues, establecer reglas inamovibles sobre la parte que deberá demostrar ciertos hechos. Observamos entonces como elementos importantes de la teoría de las cargas dinámicas, los siguientes: 1. La carga de la prueba recae sobre quien esté en mejor posición de probar. 2. La distribución de las cargas se hace en cada caso concreto. 3. La teoría en sí misma no establece presunciones en contra de las partes (Vargas, 2020, p. 103).

La Corte Constitucional (2006) ha establecido su criterio en Sentencia de Tutela N° 415 expediente T-1288146 en la que expreso lo siguiente

En los casos en que exista incapacidad económica del usuario del servicio, le compete al afiliado o beneficiario probar tal situación. No obstante, en presencia de afirmaciones en tal sentido sin acervo probatorio que las respalde, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo a la E.P.S. o A.R.S. desvirtuar lo sostenido por el usuario. Así, lo ha precisado esta Corporación, por virtud de la

incapacidad económica de la accionante probada a través de la manifestación expuesta en el escrito de tutela y de la presunción de falta de capacidad económica que recae sobre los afiliados al nivel II del Sisben. (p. 45)

Por otra parte, la Corte Constitucional (2012) ha establecido su criterio en Sentencia de Tutela N° 628-2012 en la que expreso lo siguiente:

Esta Corte ha construido una presunción de discriminación que invierte la carga de la prueba a favor de la persona que denuncia haberla sufrido. Por regla general, en los procesos judiciales es el demandante el que debe probar lo que sustenta su pretensión, que en este caso sería la discriminación. Sin embargo, en este evento, la carga de la prueba se invierte y, en consecuencia, el demandado debe probar que no ha existido discriminación, demostrando una razón objetiva para su conducta. (p. 52)

2.6. La inversión de la carga de la prueba en Ecuador

Ecuador en materia de la carga de la prueba se rige por el principio clásico y ello se demuestra en el artículo 169 del Código Orgánico General de Procesos (2019) que dispone lo siguiente “*Carga de la prueba*. Es obligación de la parte actora probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en la demanda y que ha negado la parte demandada en su contestación” (p. 33).

Ahora bien, en materia de inversión de la carga de la prueba el cuarto, quinto y sexto aparte del artículo 169 del Código Orgánico General de Procesos (2019) dispone lo siguiente:

En materia de familia, la prueba de los ingresos de la o del obligado por alimentos recaerá en la o el demandado, conforme con lo dispuesto en la ley sobre el cálculo de la pensión alimenticia mínima. En materia ambiental, la carga de la prueba sobre la inexistencia de daño potencial o real recaerá sobre el gestor de la

actividad o la o el demandado (p. 33).

2.7. Referentes empíricos

Se han analizado ensayos realizados por juristas generalmente hispanoamericanos que se han interesado en estudiar los problemas que se presentan en la actividad probatoria, induciendo y proponiendo migrar a sistemas flexibles de la carga de la prueba, entre estos se encuentran:

Los juristas Colombianos Angélica María Parra González, Martín Eduardo Jáuregui Ramírez e Ingrid Yajaira González Rico; realizaron un estudio sobre *La inversión de la carga de la prueba en Colombia y el debido proceso del demandado* exponiendo su tesis así:

En el proceso judicial en Colombia la etapa probatoria trata de establecer en el Juez el más alto grado de conocimiento sobre la razón de una de las partes en la pretensión y la excepción. Es así como en la noción clásica de la carga de la prueba, la de oficio, principalmente, se ha construido en desarrollos directos del ordenamiento jurídico que expresamente los ha consagrado y desarrollado. Sin embargo, un razonamiento distinto se ha edificado desde la jurisprudencia en la institución de la inversión de la carga de la prueba, noción distinta de las anteriores dada su influencia sobre el debido proceso particularmente del demandado. Esta naturaleza distinta evidencia la necesidad de un estudio preciso que le distinga de la nueva incorporación del Código General del Proceso en la carga dinámica de la prueba.

Frente a la evolución de los problemas sociales y las estrategias cuestionables a la hora de enfrentar los procesos y dirigir *inteligentemente* la aportación de las pruebas, nuevas nociones han pretendido salvaguardar una protección efectiva de los derechos, entre ellas la inversión de la carga de la prueba. De la que se

concluye lo siguiente:

El derecho a la prueba no privilegia a ninguno de los extremos de la relación procesal. Dependiendo del caso concreto la noción clásica de la carga de la prueba perjudica al demandante al enfrentarlo a la configuración de una prueba diabólica. Así mismo, la inversión de la carga que sorprende perjudica al demandado al configurar un deber que conforme a la regla aplicable y previsible no le correspondía. En este sentido resulta oportuno señalar aspecto particular aplicable en materia de responsabilidad extracontractual por falla en la prestación del servicio médico-sanitario en los siguientes términos:

“...El Consejo de Estado enunció el principio probatorio de la carga dinámica de la prueba, pero nunca lo aplicó conforme a sus contenidos esenciales. Lo que hizo el Consejo de Estado en el lapso comprendido entre el año 1990 y 2006 fue invertir la carga de la prueba bajo la teoría de la falla presunta, en ocasiones con base al principio de equidad, y aplicar los indicios para atenuar su prueba y la del nexo de causalidad a partir de la probabilidad, nunca distribuir la carga de la prueba”.

La inversión de la carga de la prueba es una institución de creación netamente jurisprudencial que podría ser inconstitucional. Ahora, cuando se aplica el principio de buena fe o de interpretación favorable con este propósito se justifica siempre y cuando exista el indicio o un principio de prueba. Fue el juez contencioso administrativo, quien en un primer momento invirtió la carga de la prueba; posteriormente, en la lógica de hechos que planteaban una prueba diabólica el juez constitucional invirtió la carga de la prueba al advertir que esa regla se tornaba imposible.

También Juan Carlos Díaz-Restrepo refirió que:

La carga dinámica de la prueba es una regla de juicio en materia probatoria, vigente en el ordenamiento jurídico colombiano, que consiste en asignar el gravamen de probar a la parte que se encuentre en mejores condiciones para hacerlo. Su implementación trae importantes y novedosas consecuencias prácticas, que, analizadas a la luz de razonamientos constitucionales, atentan contra la supremacía constitucional en materia de igualdad. Esta regla favorece a uno de los extremos procesales y se consagra como una medida de diferenciación instituida en virtud del mandato de trato diferencial equitativo incluido en la Constitución política. Por ello se debe acreditar, para su válida procedencia, el cumplimiento de los requisitos exigidos por la Corte, como: la existencia de una justificación objetiva y razonable, una relación de proporcionalidad y racionalidad entre la justificación, los hechos y el fin perseguido. Sin embargo, la regla no cumple con el requisito de ser cimentada sobre una justificación que sea objetiva y, por ello, constituye una diferenciación que contrario a materializar la igualdad real, termina por ocasionar su vulneración. Por esa razón se propone la regulación de la norma, a fin de asegurar que su aplicación solo se dé cuando exista justificación objetiva y razonable, esto es, ante la verificación de un desequilibrio real, que posea la entidad suficiente para hacer imperiosa la distribución de las cargas, ante la inminencia de afectación del derecho de defensa. Los procesos de cambio en la sociedad han motivado permanentemente la evolución de la teoría y la práctica del Derecho. La continua actualización de la interpretación del sentido de las instituciones conforme a los cambios sustanciales de orden ético y técnico, así como el propósito de normar el mayor número de fenómenos sociales con relevancia jurídica a través de los proyectos de codificación, ha sido el reflejo de tal situación. La presente investigación, en atención a lo comentado, ha centrado

su interés en el estudio de las modalidades de carga probatoria aplicables en el proceso judicial colombiano con la entrada en vigencia del CGP, y particularmente, en la modalidad de carga dinámica de la prueba, pues se estima que los presupuestos e implicaciones prácticas que entraña, constituyen un cambio de hondo calado en materia probatoria que es menester analizar, pues se pasa de un sistema en el que la responsabilidad de probar los hechos que sirven de sustento a la norma cuya aplicación reclama estaba inamoviblemente en cabeza de la persona que los alegaba, a un sistema que en principio sigue esta regla pero que le otorga al juez la posibilidad, de que en atención a las particularidades del caso, distribuya la carga de la prueba, es decir, se entra al terreno de lo que se ha conocido como dinamismo de la carga probatoria. La posibilidad comentada tiene su sustento en la igualdad material y busca la corrección de los desatinos judiciales derivados de la aplicación de las reglas inflexibles sobre carga de la prueba, entendiendo que existen situaciones de desequilibrio entre las partes que impiden el derecho de defensa en real igualdad de derechos y oportunidades, es decir, inequitativamente, y pueden ocasionar que el acervo probatorio propuesto por las partes en tales condiciones se vea limitado y se precipiten providencias definitivas que no correspondan con la verdad y la justicia.

De otro lado, Jorge W. Peyrano (2008) se refirió a *Las cargas probatorias dinámicas*, hoy diciendo: Ya hace un tiempo, se afirmó, que la doctrina que nos ocupa implicaba un verdadero cambio de paradigma. Se nos antojó un poco desproporcionada tal aseveración, pero resulta ser que el transcurso de los años parece darle la razón a quienes así opinaban. Es que más allá que se trata de una doctrina que se *derramó* por sobre todo el espectro jurídico nacional -Laboral, de Derecho de Familia y hasta en terreno penal- y de que ha tenido fuerte recibimiento internacional (España, Brasil,

Colombia), vino a constituir una suerte de preludio para la flexibilización que tanto necesitaba el proceso civil argentino. Efectivamente y si bien se mira, se repara en que las cargas probatorias dinámicas encierran una flexibilización de las reglas ortodoxas de distribución de la carga probatoria; aceptando así la validez de apartamientos excepcionales de las susodichas reglas clásicas que diseñara Chiovenda y que luego fueron mejoradas por Rosenberg. Precisamente, la teoría en estudio procura respetar las diferencias y de algún modo privilegiar la consagración de un Derecho flexible (como quería Carbonnier) o dúctil.

La referida flexibilización procesal no se limitó al ámbito probatorio. Así, por ejemplo, también puede subrayarse la triunfante en materia de principios procesales, que, acertadamente, reseña Berizonce: “Los principios procesales sufren, por ende, significativas mutaciones derivándose en general una pronunciada atenuación o flexibilización del principio dispositivo y en paralelo, el reforzamiento de los deberes de cooperación y buena fe a cargo de las partes, el acentuamiento de la celeridad y economía procesal, la flexibilización de la preclusión y de la congruencia, condiciones todas ellas necesarias para el dictado de una sentencia justa sustentada en la realidad litigiosa, en el marco de una justicia de resultados. Las reglas procesales estampadas en el Código no pueden ser leídas en clave de su sola y dogmática textualidad, si no, antes bien, en función de tales valores y principios, que se resumen y compendian en los 2 contenidos, antes referidos, de la tutela judicial efectiva. El juez no se limita ya, simplemente, a actuar la voluntad de la ley, sino que su misión en la interpretación y aplicación de la normativa procesal reside más bien en tornar efectiva la tutela jurisdiccional de los derechos, en el marco, naturalmente, de la observancia de las garantías del proceso -contradictorio, publicidad, fundamentación suficiente del decisorio, razonabilidad, consistencia”. Especialmente, merece ser destacada la atención que despierta en la actualidad la

flexibilización de la congruencia en sede civil.

De todos modos y pasados los entusiasmos iniciales, se comenzaron a ver las cosas con más claridad y así se discernió que, en modo alguno, las cargas probatorias dinámicas importan una inversión total de la carga probatoria ya que su campo de acción abarca, en principio, sólo a la prueba de la culpa. (Peyrano, 2016).

3 METODOLOGIA

3.1. Metodología de la investigación

La metodología que se utilizó en el presente estudio, se encuentra formada por una pluralidad de métodos que fueron concebidos, con el fin de lograr los objetivos que fueron establecidos al inicio del presente estudio, acerca de la viabilidad de pasar del actual sistema probatorio a un sistema flexible de la carga de la prueba. La metodología está formada por todas aquellas experiencias que son obtenidas con el paso del tiempo, y que generan reflexiones esenciales para poder obtener resultados en los cuales se sustente la investigación (Hernandez, Fernandez, & Baptista, 2014).

3.2. Diseño de la investigación

El diseño que se utilizó para la realización de la presente investigación, fue llevado a cabo mediante un estudio de carácter documental y bibliográfico, el cual se centró en la figura del paradigma interpretativo, tuvo su base fundamental en el estudio la viabilidad de pasar del actual sistema probatorio a un sistema flexible de la carga de la prueba. De esta manera fue planteado el presente estudio bajo un nivel descriptivo, que para desarrollarlo fueron necesarios los métodos deductivo, inductivo, analítico y sintético, lo que facilitó la formación de las opiniones y conclusiones.

3.3. Métodos de investigación

Los métodos de investigación, son aquellos que están formados por la secuencia que debe llevar todo investigador con la finalidad de obtener el logro de los objetivos buscados en su investigación, por tal razón, él debe ayudarse del método científico por cuanto él se sirve de técnicas como la observación, demostración e interpretación para determinar el comportamiento de un fenómeno de estudio (Hernandez, Fernandez, & Baptista, 2014).

Estos pasos o procesos son esenciales para realizar cualquier estudio, y lograr el procesamiento de la información que se necesita para de esta manera lograr efectuar un análisis sobre los distintos referentes teóricos, la doctrina considera que los métodos son de gran importancia para poder determinar cada una de las etapas de la investigación y de esta manera determinar cuáles son los objetivos y metas fundamentales de cada fase, como se plasma la información como se recopila la manera de hacerla para de esta forma colaborar en la verificación contrastación empírica mediante la aplicación de los procesos metodológicos.

Esta investigación fue concebida tomando como punto de partida la complementariedad de cada uno de los métodos utilizados de una manera sincronizada, con el fin que mediante la utilización de una variedad de métodos se pueda tener un conocimiento profundo acerca el estudio la viabilidad de pasar del actual sistema probatorio a un sistema flexible de la carga de la prueba. Por tal motivo, en el proceso de esta investigación se utilizó el método analítico y sintético para de esta manera poder efectuar la interpretación de toda la información que fue recabada, mediante la revisión documental y bibliográfica relacionada con las variables de estudio.

3.3.1. Método descriptivo

Este método es aquel en el cual el investigador se inmiscuye de manera directa en la investigación, el acude al sitio de los acontecimientos en tal sentido el conocimiento del problema de estudio lo observa de una manera vivencial, el método descriptivo tiene como fin brindar una interpretación de una manera clara y precisa, la información que es obtenida en un medio de acuerdo a los puntos específicos que posee cada ciencia (Calduch, 2015).

Desde este panorama, se ha elegido el método descriptivo con la finalidad de estudiar la viabilidad de pasar del actual sistema probatorio a un sistema flexible de la carga de la prueba. Este método se aplicó en el presente estudio, cuando fueron descritos todos los elementos que conforman la prueba los orígenes de la misma, la carga de la prueba su finalidad, así como la inversión de ella y la opinión de los doctrinarios más destacados en la materia relativos al estudio la viabilidad de pasar del actual sistema probatorio a un sistema flexible de la carga de la prueba.

3.3.2. Analítico

El método analítico es aquel que concentra su punto de partida en la existencia de un conocimiento que parte de lo general en relación a un problema determinado que se encuentra vinculado con un hecho concreto, del cual se tiene un conocimiento en el cual se pueden determinar cada uno de sus elementos esenciales de las partes que lo conforman, así como también las relaciones existentes entre ellas. En tal sentido este método comprende la descomposición de todo el fenómeno estudiado para extraer conclusiones de cada parte estudiada (Calduch, 2015).

Se eligió este método en la presente investigación, ya que permite el estudio la viabilidad de pasar del actual sistema probatorio a un sistema flexible de la carga de la prueba. Este método fue aplicado cuando se efectuó el análisis doctrinario y legal el estudio la viabilidad de pasar del actual sistema probatorio a un sistema flexible de la carga de la prueba.

3.3.3. Sintético

Este método es aquel que parte del conocimiento acerca de una realidad y de un problema que a nivel general es conocido por el investigador, con la idea de extraer de él conclusiones individuales y resumidas de la idea general, el no busca la profundidad de conocimiento, sino obtenerlo de una manera más reducida, sencilla pero que se evidencia lo principal de la idea general, es ir decantando variables (Calduch, 2015).

Este método fue seleccionado en la presente investigación con la finalidad de decantar las teorías más importantes relacionadas al estudio de la viabilidad para pasar del actual sistema probatorio a un sistema flexible de la carga de la prueba. Este método se utilizó, cuando se obtuvo la totalidad de todas las obras a analizar en la presente investigación y de ella se seleccionaron los autores más relevantes, el estudio la viabilidad de pasar del actual sistema probatorio a un sistema flexible de la carga de la prueba.

3.3.4. Deductivo

En relación a la utilización de este método, parte de conocimientos generales que se tienen de un hecho que se pretende investigar con la finalidad de que partiendo de ese conocimiento llegar a conclusiones individuales. Este método se utiliza en aquellas investigaciones que pretenden estudiar un fenómeno amplio del que se tiene conocimiento y posteriormente se busca conocer cómo se afecta a grupos pequeños o a individualidades (Calduch, 2015).

Fue seleccionado este método por cuanto permite partir de unos conocimientos generales y llegar a conclusiones particulares, el estudio la viabilidad de pasar del actual sistema probatorio a un sistema flexible de la carga de la prueba. Este método se utilizó en la presente investigación cuando se analizaron las normas legales que tenían

pertinencia el estudio la viabilidad de pasar del actual sistema probatorio a un sistema flexible de la carga de la prueba.

3.4. Métodos comparativos

Es un método que tiene como objetivo crear analogías o diferencias en relación al objeto que se pretende estudiar con la finalidad de observar cómo se comporta en otros ambientes si de igual manera o de manera diferente. En tal sentido, este método es aplicado cuando se quiere observar realidades en ambientes que son diferentes al estudiado pero cuya temática es la misma lo que cambia es el escenario de estudio, (Calduch, 2015).

Este método fue seleccionado para realizar comparaciones de las distintas teorías relativas a la carga de la prueba, y fue aplicado en el desarrollo de la misma cuando eran descritas cada una de ellas.

3.5. Técnicas de investigación

Las técnicas para el logro de los objetivos establecidos en el presente estudio, se consideró en primer lugar la observación, la entrevista y la encuesta.

3.5.1. La entrevista

Este instrumento fundamental para cualquier investigador está formado por un dialogo abierto que se efectúa entre dos o más personas, donde una de ellas realiza un conjunto de interrogantes a otras sobre un tema determinado y esta responde de conformidad a su criterio y conocimiento (Hernandez, Fernandez, & Baptista, 2014).

3.5.2. Encuesta

La encuesta estuvo dirigida a 375 personas involucradas en el área del Derecho procesal y el Derecho Probatorio.

3.5.3. Población

La población está formada por todos aquellos elementos cosas o sujetos, de los cuales el investigador necesita determinar todas sus características. De esta forma se afirma que una investigación puede tener como finalidad, el obtener un conocimiento acerca de un fenómeno amplio, de una pluralidad de objetos, personas, e incluso documentos. A todo ese que se necesita ser estudiado se le denomina población (Arias, 2012)

Por tal motivo, se observa que la población es considerada como el conjunto objeto de estudio, que puede ser presentado de una forma finita o infinita con características usuales definida por el problema y los objetivos del estudio. En relación al tema aquí descrito, esta investigación se desarrolla en una población aproximada de 375, abogados independientes de Guayaquil, Provincia de Guayas, Ecuador.

3.5.4. Muestra

La muestra es concebida como un elemento que forma parte de un conjunto del universo que pretende ser estudiado, los cuales se concentran en uno o pocos elementos que se observan, no partiendo de un conjunto amplio sino de aspectos específicos y determinados (Arias, 2012). Por tal razón, cuando resulta complejo tomar en cuenta todos los elementos de un caso específico, de un problema a solucionar, se busca a determinar la muestra, de una manera que se asume en un conjunto que representa al fenómeno representativo y finito extraído de la población. La muestra es una representación o porción de la realidad que se estudia y que posee características similares a las de la población.

$$N = \frac{Npq}{\frac{(N-1)E^2}{Z^2} + Pq}$$

tamaño de muestra	N	16.840
probabilidad de que ocurra un evento	p	0,5
probabilidad de que no ocurra un evento	q	0,5
error de la estimación	E	0,05
nivel de confianza	Z	1,96
Resultado	=	375

3.6. Análisis de las Encuestas aplicadas a Abogados miembros del Colegio de Abogados de Guayaquil

Encuesta

1.- ¿Considera usted que los jueces aplican de manera correcta los principios procesales al utilizar el tradicional sistema de la carga de la prueba?

Tabla 1
¿Aplican los jueces los principios procesales en la carga de la prueba?

	Frecuencia	Porcentaje
Totalmente de acuerdo	15	4%
De acuerdo	150	40%
En desacuerdo	165	44%
Totalmente en desacuerdo	45	12%
TOTAL	375	100%

Fuente: encuesta aplicada

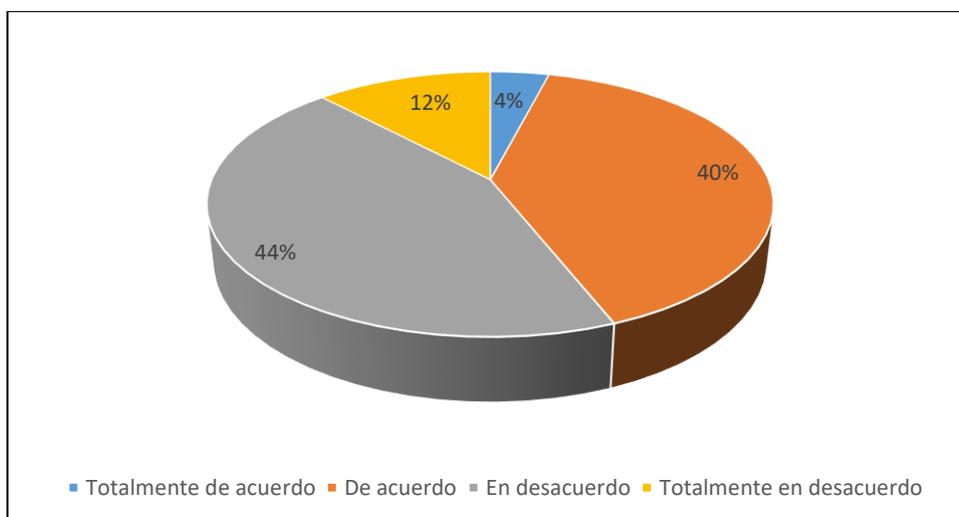


Figura 1
¿Aplican los jueces los principios procesales en la carga de la prueba?
Fuente: encuesta aplicada

Análisis: Del presente ítem se evidencia que la mayoría de los encuestados están en desacuerdo con la forma como se aplican los principios procesales al utilizar el tradicional sistema de la carga de la prueba, mientras que otro porcentaje similar manifestó estar de acuerdo.

2.- ¿Considera usted que otros países se encuentran más avanzados que Ecuador en materia probatoria?

Tabla 2
¿Otros países se encuentran más avanzados en materia probatoria que Ecuador?

	Frecuencia	Porcentaje
Totalmente de acuerdo	180	48%
De acuerdo	150	40%
En desacuerdo	38	10%
Totalmente en desacuerdo	7	2%
TOTAL	375	100%

Fuente: encuesta aplicada

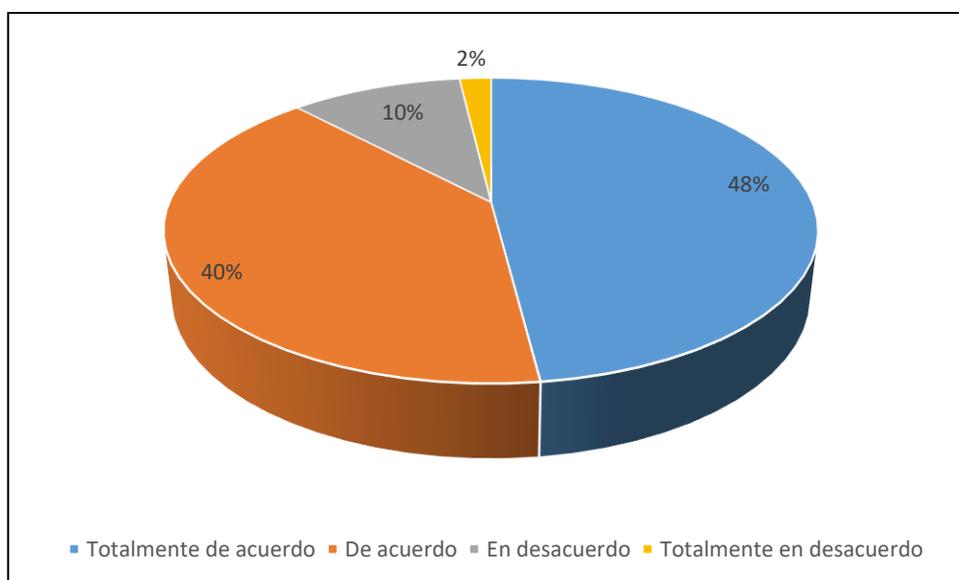


Figura 2
¿Otros países se encuentran más avanzados en materia probatoria que Ecuador?
Fuente: encuesta aplicada

Análisis: La gran mayoría de los encuestados manifestó estar totalmente de acuerdo en que otros países se encuentran más avanzados que Ecuador en materia probatoria.

3.- ¿Considera acertados los criterios que adopta el legislador ecuatoriano en materia de inversión de la carga de la prueba?

Tabla 3
¿Son acertados los criterios del legislador en materia de carga probatoria en Ecuador?

	Frecuencia	Porcentaje
Totalmente de acuerdo	10	3%
De acuerdo	155	41%
En desacuerdo	158	42%
Totalmente en desacuerdo	52	14%
TOTAL	375	100%

Fuente: encuesta aplicada

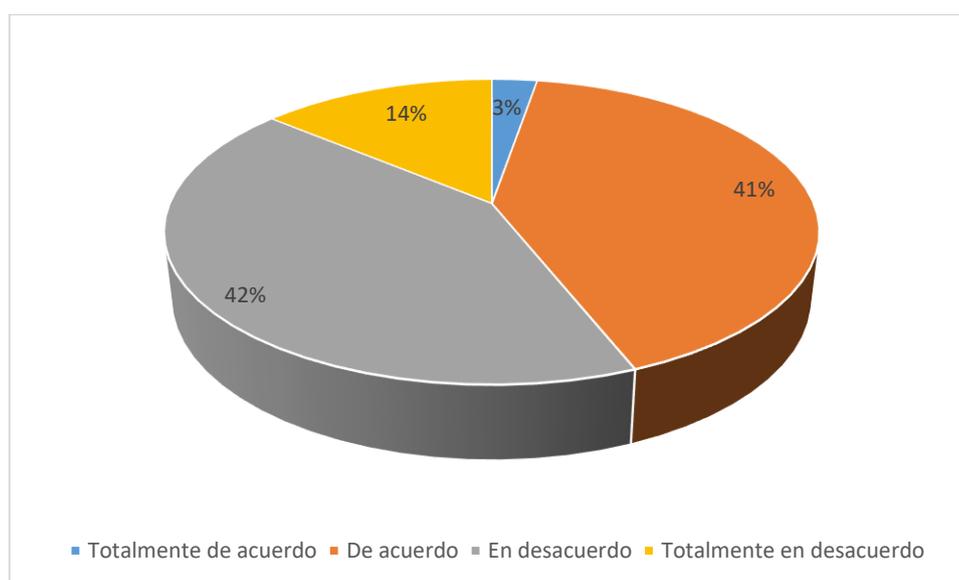


Figura 3
¿Son acertados los criterios del legislador en materia de carga probatoria en Ecuador?
Fuente: encuesta aplicada

Análisis: del presente ítem se evidencia que hay polarización muy igualitaria ya que el 42% de los encuestados manifestó estar en desacuerdo y el 41% está de acuerdo donde se observa una igualdad en estas opiniones.

4.- ¿Considera usted que en el sistema probatorio ecuatoriano debería ser modificado?

Tabla 4
¿Debería ser modificado el sistema probatorio ecuatoriano?

	Frecuencia	Porcentaje
Totalmente de acuerdo	145	39%
De acuerdo	165	44%
En desacuerdo	40	11%
Totalmente en desacuerdo	25	7%
TOTAL	375	100%

Fuente: encuesta aplicada

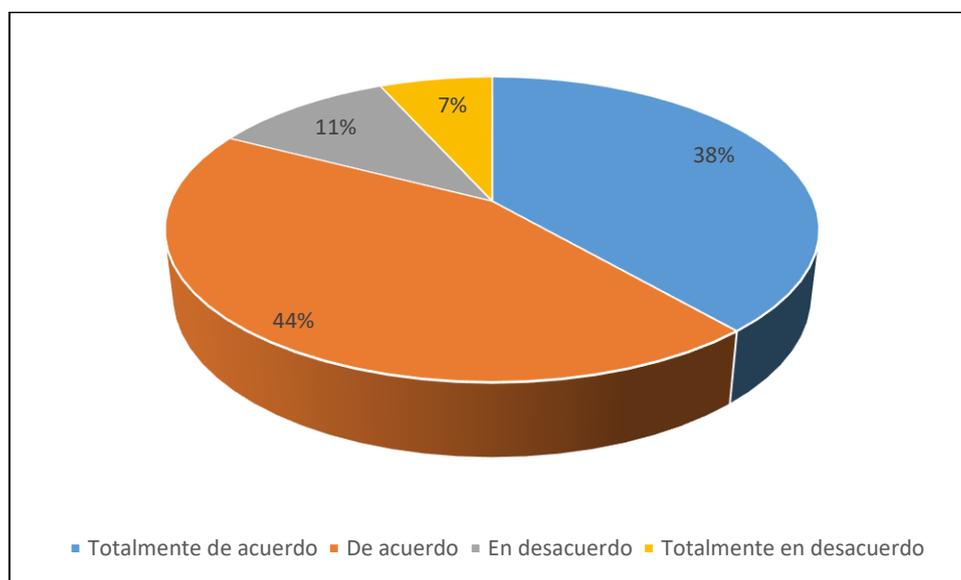


Figura 4
¿Debería ser modificado el sistema probatorio ecuatoriano?

Fuente: encuesta aplicada

Análisis: La mayoría de los encuestados en el presente ítem opinaron estar de acuerdo y totalmente de acuerdo en la idea que el sistema probatorio que rige en la justicia ecuatoriana debe ser modificado.

5.- ¿Considera usted que la carga de la prueba es interpretada de manera correcta en el ordenamiento jurídico ecuatoriano?

Tabla 5
¿La carga de la prueba es bien interpretada en Ecuador?

	Frecuencia	Porcentaje
Totalmente de acuerdo	30	8%
De acuerdo	130	35%
En desacuerdo	170	45%
Totalmente en desacuerdo	45	12%
TOTAL	375	100%

Fuente: encuesta aplicada

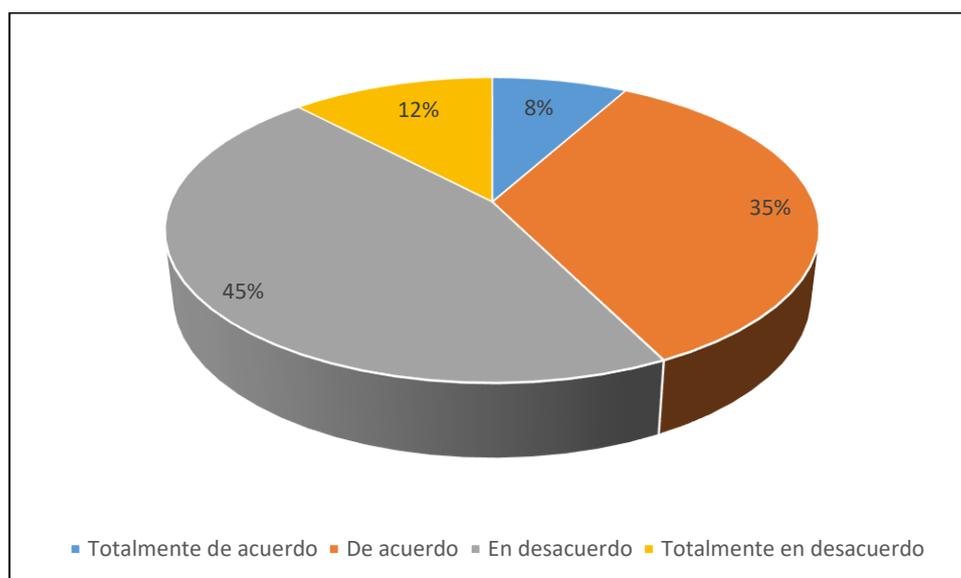


Figura 5 *¿La carga de la prueba es bien interpretada en Ecuador?*

Fuente: encuesta aplicada

Análisis: En el presente ítem la mayoría de los encuestados manifestó estar en desacuerdo con la forma como es interpretada la carga de la prueba en Ecuador hubo otro sector que se inclinó por estar de acuerdo, pero en minoría.

6.- ¿Considera usted que la fase probatoria es la más importante del proceso?

Tabla 6
¿La fase probatoria es la más importante del proceso?

	Frecuencia	Porcentaje
Totalmente de acuerdo	210	56%
De acuerdo	140	37%
En desacuerdo	17	5%
Totalmente en desacuerdo	8	2%
TOTAL	375	100%

Fuente: encuesta aplicada

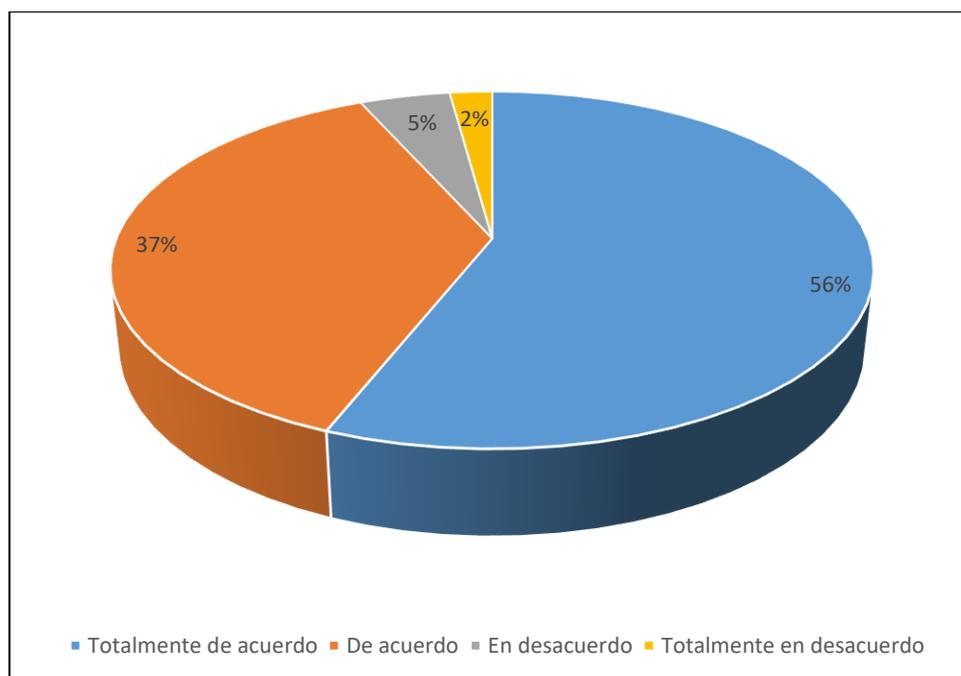


Figura 6 *¿La fase probatoria es la más importante del proceso?*

Fuente: encuesta aplicada

Análisis: En el presente ítem se observa como una amplia mayoría de los encuestados está totalmente de acuerdo con el hecho que la fase probatoria es la más importante del proceso.

7.- ¿Considera usted que es acertado el criterio de la carga de la prueba cuando las partes no prueban sus alegatos?

Tabla 7
¿Es acertado el criterio de la carga de la prueba ante la ausencia de ellas?

	Frecuencia	Porcentaje
Totalmente de acuerdo	60	16%
De acuerdo	200	53%
En desacuerdo	100	27%
Totalmente en desacuerdo	15	4%
TOTAL	375	100%

Fuente: encuesta aplicada

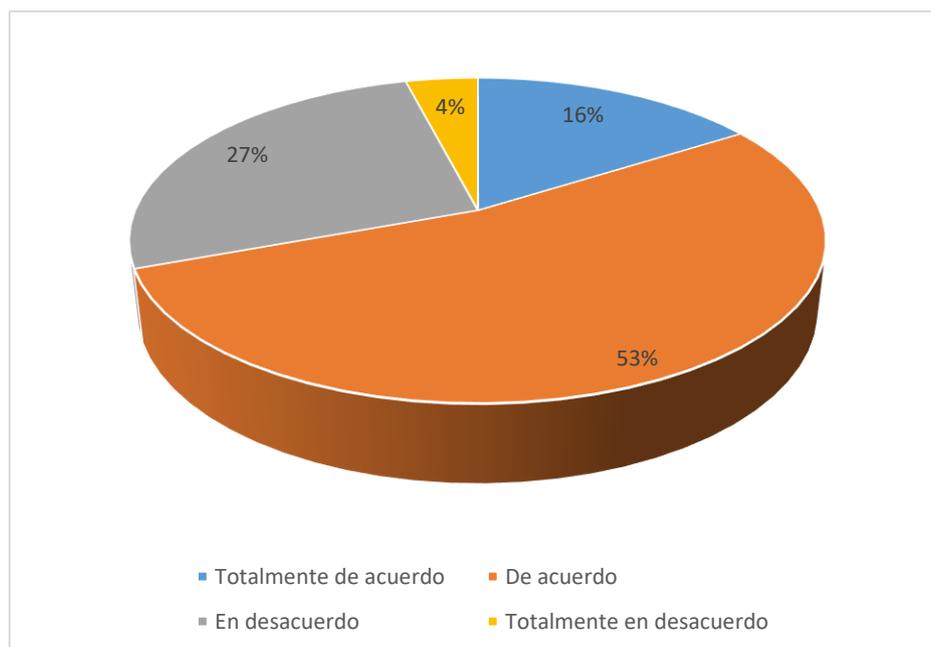


Figura 7 ¿Es acertado el criterio de la carga de la prueba ante la ausencia de ellas?
Fuente: encuesta aplicada

Análisis: En el presente ítem se observó como la gran mayoría de los encuestados manifestó que se encuentran de acuerdo en que se aplique el criterio de la carga de la prueba cuando las partes no prueben sus alegatos, es decir, ante una insuficiencia probatoria en el proceso.

8.- ¿Considera usted que es viable pasar del actual sistema probatorio a un sistema flexible de la carga de la prueba?

Tabla 8
¿Es viable pasar del actual sistema probatorio a uno flexible?

	Frecuencia	Porcentaje
Totalmente de acuerdo	101	27%
De acuerdo	170	45%
En desacuerdo	79	21%
Totalmente en desacuerdo	25	7%
TOTAL	375	100%

Fuente: encuesta aplicada

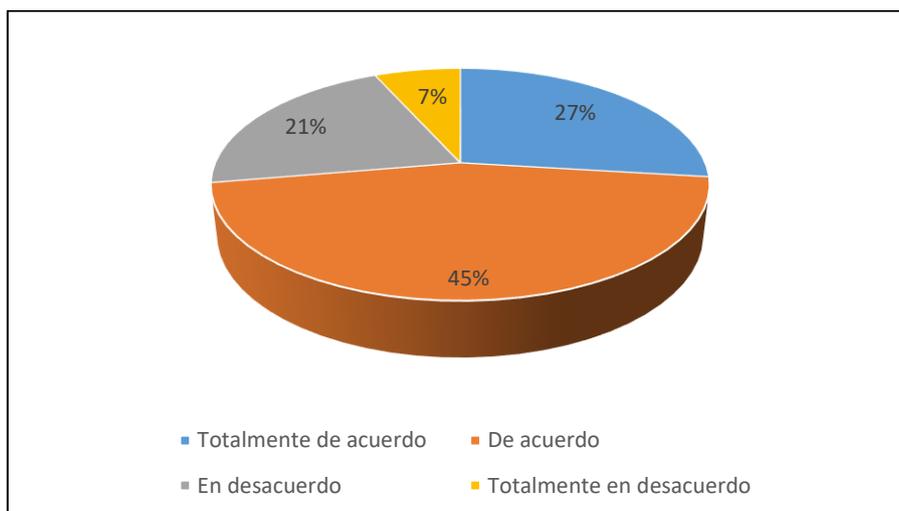


Figura 8 *¿Es viable pasar del actual sistema probatorio a uno flexible?*

Fuente: encuesta aplicada

Análisis: En el presente ítem se observó como la gran mayoría de los encuestados se manifestó por la opción de acuerdo y totalmente de acuerdo en que es viable pasar del actual sistema probatorio a uno flexible de la carga de la prueba.

3.7. Entrevista N° 1

Entrevista realizada al Dr. Johnny De La Pared Darquea, abogado de los juzgados y Tribunales de la República, Master en Derecho Constitucional UCSG, Abogado autorizado por la Barra de Abogados para ejercer en el Estado de NY, profesor titular de pregrado de las materias Derecho Procesal Civil y Práctica Constitucional UCSG, Profesor de Posgrado de UCSG, UEES, USFQ y Ecotec. Abogado consultor y litigante. Experto en materia civil y probatoria.

Objetivo: Obtener opinión relativa a la carga de la prueba

Entrevista: 4 de agosto del 2020

1.- ¿Considera usted que la carga de la prueba es interpretada de manera correcta en el ordenamiento jurídico ecuatoriano?

Conforme el principio dispositivo y el art. 169 del COGEP, incumbe a las partes aportar la prueba de los hechos que son materia de la discusión, de modo que los no probados se entienden inexistentes. Se trata de una carga y no de una obligación ya que las cargas procesales son imperativos del propio interés de cada litigante, cuya actividad o inactividad beneficia o perjudica exclusivamente a la parte sobre la que recae la carga en tanto que, el cumplimiento o no de una obligación, favorece a quien tiene el derecho, pues, la contraprestación se realiza en favor de él. De ahí que, si conforme el principio dispositivo, la parte prepara, estudia, planifica adecuadamente su teoría del caso y la prueba con la que acreditará, demostrará, justificará, comprobará los hechos que afirma en sus pretensiones y excepciones, probablemente gane el juicio; si no los prueba, lo hará otro; por eso la trascendencia del trabajo técnico del profesional del derecho en organizar su caso desde el inicio, cuando su cliente le consulta sobre su problema

jurídico, temas de los cuales es necesario seguir profundizando. Bajo este análisis de forma general, estimo que la carga de la prueba si es interpretada correctamente.

2.- ¿Considera usted que la fase probatoria es la más importante del proceso?

Soy del criterio que todas las fases son importantes. ¿Por qué? ¿De qué serviría contar con pruebas oportunamente presentadas, procedentes y legales si los actos de proposición no han sido correctamente dirigidos? En la práctica, considero que todas las fases son importantes, incluyendo la fase de alegatos, como sustento final de nuestras pretensiones.

3.- ¿Considera usted que es acertado el criterio de la carga de la prueba cuando las partes no prueban sus alegatos?

Para las partes, la carga de la prueba se traduce en una decisiva norma orientadora de su actividad y estrategia probatoria en el proceso, al punto que la parte que no levanta la carga que le corresponde resultará derrotado, pues el juez debe establecer las consecuencias de la falta de prueba de los hechos que una parte ha alegado, decidiendo en su contra: "El principio fundamental que se sigue en numerosos ordenamientos se expresa tradicionalmente a través del *brocar-do onus probandi incumbit ei qui dicit*. Se trata de la versión procesal de una regla generalísima de *fairness*, en virtud de la cual, quien hace una afirmación debe estar listo y dispuesto, si es requerido, a demostrar la verdad de lo que ha afirmado". Pero estas afirmaciones se sustentan en el caso de que quienes están obligados a probar no lo hacen, cuidado esto se confunde con la posibilidad de que un juez al ver una falta de equivalencia probatoria intenta subsanarla disponiendo una prueba para mejor resolver, situación que no debería aceptarse.

4.- ¿Considera usted que es viable pasar del actual sistema probatorio a un sistema más flexible de la carga de la prueba?

La flexibilización de la carga probatoria nos permite aspirar a un Derecho posible, tratando de despegarse de los sistemas fijos o como parte de la doctrina cataloga de “pétreos”. Pasar a un sistema de cargas dinámicas que pueden recaer en cabeza del actor o del demandado según fueren las circunstancias del caso y la situación procesal de las partes y así flexibilizar el sistema, no quiere decir desestructurarlo, sino en muchos casos lograr que se encuentren en planos de efectiva igualdad las partes que intervienen en el proceso. Sin embargo, todo es perfectible y requerirá más allá de una reforma legal la debida preparación de jueces y defensores técnicos.

5.- ¿Considera acertados los criterios que adopta el legislador ecuatoriano en materia de inversión de la carga de la prueba?

La teoría de la inversión de la carga de la prueba se estableció con el fin de intentar reducir la desigualdad probatoria generada entre las partes en diferentes procedimientos, especialmente en aquellos con un alto interés social, como alimentos o en materia medio ambientales. Estoy de acuerdo con nuestra legislación en este sentido. Nuestra jurisprudencia acepta la inversión de la carga de la prueba en los términos que se ha dispuesto en la Ley, no obstante, estimo que habría que analizar si fuera conveniente una distribución o una redistribución del onus probandi como producto de nuevas reglas y presunciones en ese sentido.



3.8. Entrevista N° 2

Dr. Javier Aguirre Valdez. Doctor en jurisprudencia - Master en derecho procesal- Juez elegible de la corte constitucional - Arbitro del centro de arbitraje y mediación de la cámara de comercio de Guayaquil - Diplomado en argumentación jurídica - Socio de la firma Zabala Egas. Abogados - Profesor de pregrado y postgrado de: Universidad Católica de Santiago de Guayaquil - Universidad de especialidades Espíritu Santo - Ecotec - Universidad de Guayaquil y Universidad del pacífico.

Objetivo: Obtener opinión relativa a la carga de la prueba

Entrevista: 3 de agosto del 2020

1.- ¿Considera usted que la carga de la prueba es interpretada de manera correcta en el ordenamiento jurídico ecuatoriano?

Sí, es interpretada de manera correcta, pero también de manera limitada o desactualizada. La concepción de la carga de la prueba ha tenido una importante evolución en los últimos años y muchos jueces o abogados no han tenido el cuidado de capacitarse a través de seminarios o de la lectura jurídica moderna en materia probatoria a fin de que se puedan aplicar todos los interesantes alcances que la institución denominada como “carga de la prueba” ha obtenido en los últimos tiempos.

2.- ¿Considera usted que la fase probatoria es la más importante del proceso?

La prueba es el eje central del proceso, sin embargo, a lo que se le denomina como “fase probatoria” es básicamente a la ejecución o práctica de la prueba y no hay que olvidar que la institución probatoria comienza desde la misma demanda, pues allí debe ser anunciada o adjuntada, para luego ser admitida por el juez si considera que ha

cumplido con su obligación de ser conducente, pertinente y útil. Posteriormente a ello se produce su práctica o evacuación en audiencia y, finalmente, al momento de la decisión, se valora el acervo probatorio en general, así como las pruebas aportadas en específico. Por lo tanto, si bien es innegable que la etapa de práctica de la prueba en audiencia es la más notoria, no podemos olvidar que la institución probatoria está presente desde la misma presentación de la demanda hasta la notificación de la sentencia escrita por parte del juez.

3.- ¿Considera usted que es acertado el criterio de la carga de la prueba cuando las partes no prueban sus alegatos?

Si bien la obligación de probar compete exclusivamente a las partes, respecto de sus aseveraciones, existen casos de excepción (conocidos doctrinariamente como “flexibilización del principio de la carga procesal”) entre los cuales se encuentran la prueba de oficio (también conocida como “prueba para mejor proveer”) o la denominada “carga dinámica de la prueba”. En la primera, el juez puede decidir, por su propia iniciativa, la práctica de una prueba no solicitada por las partes y en la segunda la obligación probatoria recaerá sobre quien esté en mejores posibilidades de aportar la prueba al proceso, ya sea una de las partes o inclusive un tercero. Finalmente, existen aquellos hechos a los cuales la ley los ha liberado de carga probatoria, como los previstos en el artículo 163 del Código Orgánico General de Procesos.

4.- ¿Considera usted que es viable pasar del actual sistema probatorio a un sistema más flexible de la carga de la prueba?

Las herramientas ya existen, pero están un poco difusas en la legislación procesal. En otros casos, se requiere algo de actualización o capacitación en los jueces o las partes para que dichas figuras puedan ser aplicadas. Todo esto debe ser complementado con un

capítulo dentro del Código Orgánico General de Procesos que se refiera específicamente a este tipo de casos y donde se agrupen las normas que detallen los casos y condiciones bajo las cuales dichas flexibilidades pueden o deben ser utilizadas.

5.- ¿Considera acertados los criterios que adopta el legislador ecuatoriano en materia de inversión de la carga de la prueba?

Yo sostengo constantemente que aquello a lo que se le denomina “carga de la prueba” se la puede reducir a una sencilla frase: “cada parte debe probar lo que alega, inclusive los fundamentos de sus negativas”. En ese sentido, considero que la expresión “inversión de la carga de la prueba” se utiliza indebidamente en muchos casos, al menos en nuestro país. Se suele decir que un caso clásico de inversión de carga probatoria se da cuando el demandado debe presentar pruebas, pero, en mi criterio, ahí no hay inversión alguna. Si la carga de la prueba no es otra cosa que la obligación que cada parte tiene de probar lo que ha afirmado, cuando el demandado debe probar sus propias aseveraciones, no hay ninguna inversión de carga procesal sino la carga ordinariamente prevista para las partes (“Deben probarse todos los hechos alegados por las partes, salvo los que no lo requieran” / Art. 162, inciso 1 COGEP) lo cual se deriva del principio clásico de la paridad de armas o igualdad procesal. Obviamente, el demandado no tiene la obligación de probar sus negativas simples, porque aquellas no contienen afirmación alguna (169,2 COGEP). Sin embargo, hay casos muy específicos donde sí se produce la figura de inversión de carga probatoria, como por ejemplo en los casos previstos en los incisos cuarto y quinto del artículo 169 del Código Orgánico General de Procesos, además de otros expresamente señalados en la ley. En definitiva: la figura existe, pero hay que ser muy cuidadosos en observar cuándo la ley se ha referido de modo específico a su aplicación y no llevarla a otros campos donde lo que existe es una obligación probatoria ordinaria.



3.9. Entrevista N° 3

Dr. Damián Armijos Álvarez. Abogado por la Universidad De Cuenca con estudios de Especialización y Maestría en Derecho Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar. Director General del Instituto Latinoamericano de Investigación y Capacitación Jurídica Latin Iuris. Fue Director Ejecutivo del Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional de la Corte Constitucional del Ecuador. Ha dictado clases y conferencias en Congresos, Cursos y Seminarios en Ecuador, Brasil, Colombia, Bolivia, México y Perú en materia constitucional, procesal constitucional, argumentación jurídica, ciencias políticas y teoría del derecho.

Objetivo: Obtener opinión relativa a la carga de la prueba

Entrevista: realizada el 14 de agosto del 2020

1.- ¿Considera usted que la carga de la prueba es interpretada de manera correcta en el ordenamiento jurídico ecuatoriano?

Considero que la carga probatoria obedece a la tradición decimonónica del derecho cuya implicancia es que quien afirma lo debe probar, sin embargo, en nuestro

país las excepciones a esta regla tradicional no son bien empleadas por los operadores de justicia, es así que en materia constitucional, laboral o penal en la que se invierte la carga de la prueba, generalmente es una dificultad que esto sea considerado por el juzgador.

2.- ¿Considera usted que la fase probatoria es la más importante del proceso?

Considero el éxito del proceso implica darle la importancia que merece cada etapa respetando la sinergia procesal, no serviría tener éxito en las pruebas si en la etapa de proposición hubo un error en las pretensiones, pues el juez no podría conceder aquello que no solicitó el accionante, en ese caso las pruebas no habrán ayudado mucho.

3.- ¿Considera usted que es acertado el criterio de la carga de la prueba cuando las partes no prueban sus alegatos?

Sostengo que los alegatos deben enfocarse exclusivamente en los hechos que deberán (en la fase inicial) o han sido probados (en el alegato de cierre), ya que a partir de estos el juez tendrá presente los elementos sobre los que deberá resolver, los alegatos facilitan el ejercicio de motivación para una sentencia correctamente estructurada.

4.- ¿Considera usted que es viable pasar del actual sistema probatorio a un sistema más flexible de la carga de la prueba?

Sí, estimo pertinente que los procesos deben procurar llegar a la verdad de los hechos y las pruebas son un instrumento fundamental para este propósito. La rigidez en materia probatoria podría sacrificar la justicia.

5.- ¿Considera acertados los criterios que adopta el legislador ecuatoriano

en materia de inversión de la carga de la prueba?

El ejercicio legislativo para la implementación de normas procesales exige técnica jurídica y conocimiento de la práctica jurisdiccional, el legislador que desconoce de esta realidad está condenando a cometer graves predicamentos en los operadores de justicia (jueces, defensa, fiscales, etc.) Por eso la actual regulación de inversión de la carga probatoria es deficiente.



3.10. Análisis de resultados

De las entrevistas realizadas en la presente investigación se puede afirmar que, en Ecuador, el sistema de la carga de la prueba es aplicado de manera correcta por los tribunales de justicia, lo que sucede es que lo hacen de una manera muy limitada, en muchas oportunidades por la falta de capacitación de los jueces, los cuales deben actualizarse en materia probatoria, al efecto de obtener los conocimientos de carga de la prueba y las doctrinas que se aplican a nivel internacional. En este sentido hay que entender que la carga de la prueba no es una obligación procesal, es una facultad que tienen las partes dentro de todo proceso. Sin Embargo, esta opinión respetable porque viene de académicos con trayectoria en el derecho, es contraria a lo que piensan los

Abogados en libre ejercicio que se han encuestado, los que en un 45% manifestaron su desacuerdo, frente a un 35% que coinciden con los catedráticos entrevistados.

Continuando, dentro del proceso existen varias fases con la finalidad de garantizar la defensa a las partes que se encuentran en el proceso y la etapa probatoria juega un papel fundamental, porque es allí donde las partes demuestran sus alegatos, se debe afirmar que la fase probatoria se encuentra presente no solo de manera específica en la fase que señala la ley, sino desde el inicio, ya que cuando el actor introduce su demanda debe consignar los elementos en los cuales ella se fundamenta con la finalidad de lograr su admisión, por lo que se afirma que la fase probatoria se encuentra desde el inicio del proceso judicial. Ese criterio lo comparten de manera mayoritaria los profesionales en libre ejercicio que fueron encuestados.

Cada una de las partes en el proceso tiene la responsabilidad de probar sus alegatos, con la finalidad de lograr el convencimiento de lo alegado, para que el operador de justicia dicte una sentencia a su favor. La carga de la prueba entra en acción cuando las partes no prueban sus alegatos, o lo hacen de una manera muy precaria, que sus elementos probatorios no son capaces de ser influenciadores de una decisión judicial. En fin, la carga de la prueba se reduce al principio que cada una de las partes en el proceso debe probar sus afirmaciones, para lograr el convencimiento del juez quien decidirá en función de la parte que alegue mejor derecho. Criterio que fue compartido en la encuesta realizada con un 53% que están de acuerdo, frente a un 27% que están en desacuerdo con la noción de la carga de la prueba cuando las partes no prueban sus alegatos.

Por último, en esta entrevista hay una posición unánime respecto de la viabilidad de pasar del actual sistema probatorio a un sistema más flexible de la carga de la prueba, permitiendo aspirar a un Derecho posible, tratando de despegarse de los sistemas fijos

que la doctrina cataloga de “pétreos”. Las herramientas ya existen, pero están algo difusas en la legislación procesal. Sin embargo, todo es perfectible y requerirá más allá de una reforma legal, donde se agrupen en un solo capítulo las normas que detallen los casos y condiciones bajo las cuales dichas flexibilidades pueden o deben ser utilizadas. Una debida preparación de jueces y defensores técnicos. Este criterio lo compartieron los encuestados al estar de acuerdo un 45% y totalmente de acuerdo en 27% de pasar a un sistema flexible de la carga de la prueba.

En cuanto a los criterios que adopta el legislador ecuatoriano en materia de inversión de la carga de la prueba, hay opiniones compartidas en las entrevistas; unos dicen estar de acuerdo con la legislación ecuatoriana y aceptan la inversión de la carga de la prueba en los términos que se ha dispuesto en la Ley. Otros sostienen que aquello a lo que se le denomina *carga de la prueba* se la puede reducir a una sencilla frase: *cada parte debe probar lo que alega, inclusive los fundamentos de sus negativas*. Que la expresión *inversión de la carga de la prueba* se utiliza indebidamente en muchos casos, luego, no hay ninguna inversión de carga procesal sino la aplicación del principio de la paridad de armas o igualdad procesal. Pues la teoría de la inversión de la carga de la prueba intenta reducir la desigualdad probatoria generada entre las partes. Este tema en opinión de los abogados encuestados también tiene criterios compartidos, al preguntarle si consideran acertados los criterios que adopta el legislador ecuatoriano en materia de inversión de la carga de La prueba, el 41% considera acertados los criterios del legislador, mientras que un 42% lo considera desacertados.

PROPUESTA



Tomando en consideración:

Que el artículo 11.2 de la Constitución de la República de Ecuador establece “Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación.

El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad”.

Que el artículo 82 de la Constitución de la República de Ecuador establece “El derecho a la seguridad jurídica se fundamente en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.

Que el artículo 158 del Código Orgánico General de procesos establece “La prueba tiene por finalidad llevar a la o al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias controvertidos”.

Que el artículo 159 del Código Orgánico General de procesos establece:

Oportunidad. La prueba documental con que cuenten las partes o cuya obtención

fue posible se adjuntará a la demanda, contestación a la demanda, reconvención y contestación a la reconvención, salvo disposición en contrario.

La prueba a la que sea imposible tener acceso deberá ser anunciada y aquella que no se anuncie no podrá introducirse en la audiencia, con las excepciones previstas en este Código.

Todo documento o información que no esté en poder de las partes y que para ser obtenida requiera del auxilio del órgano jurisdiccional, facultará para solicitar a la o al juzgador que ordene a la otra parte o a terceros que la entreguen o faciliten de acuerdo con las normas de este Código.

La práctica de la prueba será de manera oral en la audiencia de juicio o en la segunda fase de la audiencia única. Para demostrar los hechos en controversia las partes podrán utilizar cualquier tipo de prueba que no violente el debido proceso ni la ley.

Que el artículo 169 del Código Orgánico General de procesos dispone “Carga de la prueba. Es obligación de la parte actora probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en la demanda y que ha negado la parte demandada en su contestación. La parte demandada no está obligada a producir pruebas si su contestación ha sido simple o absolutamente negativa; pero sí deberá hacerlo si su contestación contiene afirmaciones explícitas o implícitas sobre el hecho, el derecho o la calidad de la cosa litigada.

La o el juzgador ordenará a las partes que pongan con anticipación suficiente a disposición de la contraparte, la prueba que esté o deba estar en su poder, así como dictar correctivos si lo hace de manera incompleta. Los medios de prueba anunciados y aquellos que fueron solicitados con auxilio judicial, deberán estar incorporados al proceso antes de la audiencia preliminar o única. Cuando se trate de derechos de niñas,

niños y adolescentes, en materia de derecho de familia y laboral, la o el juzgador lo hará de oficio antes de la audiencia única.

En materia de familia, la prueba de los ingresos de la o del obligado por alimentos recaerá en la o el demandado, conforme con lo dispuesto en la ley sobre el cálculo de la pensión alimenticia mínima.

En materia ambiental, la carga de la prueba sobre la inexistencia de daño potencial o real recaerá sobre el gestor de la actividad o la o el demandado.

También serán admisibles otros casos de inversión de la carga de la prueba, de conformidad con la ley.

En uso de las facultades que le confiere el numeral seis del artículo 120 de la Constitución de la República de Ecuador. La Asamblea Nacional:

RESUELVE LA MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 169 DEL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS. EL CUAL QUEDARA DE LA SIGUIENTE MANERA

Art. 169 Carga de la prueba. Incumbe la carga de probar a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido, o a quién lo contradice de manera explícita o alega nuevos hechos. Es decir, cada parte deberá probar el presupuesto de hecho que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción

La o el juzgador ordenará a las partes que pongan con anticipación suficiente a disposición de la contraparte, la prueba que esté o deba estar en su poder, así como dictar correctivos si lo hace de manera incompleta. Los medios de prueba anunciados y aquellos que fueron solicitados con auxilio judicial, deberán estar incorporados al proceso antes de la audiencia preliminar o única. Cuando se trate de derechos de niñas, niños y adolescentes, en materia de derecho de familia y laboral, la o el juzgador lo hará de oficio en la audiencia única.

En materia de familia, la prueba de los ingresos de la o del obligado por alimentos

recaerá en la o el demandado, conforme con lo dispuesto en la ley sobre el cálculo de la pensión alimenticia mínima.

En materia ambiental, la carga de la prueba sobre la inexistencia de daño potencial o real recaerá sobre el gestor de la actividad o la o el demandado.

También serán admisibles otros casos de inversión de la carga de la prueba, de conformidad con la ley.

En los procesos contencioso tributario y contencioso administrativo, cuando el administrado entregue copias simples, como prueba a su favor, la administración cumplirá con remitir las actuaciones en la forma prevista en el artículo 309 de este código, para que la o el juzgador valore la prueba documental en su conjunto.

Cuando el administrador de justicia considere insuficiencia probatoria para dictar su resolución, desestimaré las pretensiones de las partes en litigio, entonces, considerando la facilidad o flexibilidad probatoria podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir la carga de la prueba, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de resolver, exigiendo demostrar el hecho no probado a la parte que se encuentre en mejor condición para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor condición para probar en virtud de: Su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, generalmente por exigirles pruebas imposibles o diabólicas, entre otras circunstancias similares.

CONCLUSIONES

Luego de haberse culminado la presente investigación que tuvo como objetivo general establecer la viabilidad de pasar del actual sistema probatorio a un sistema flexible de la carga de la prueba se ha arribado a las siguientes conclusiones:

- El sistema tradicional de la carga de la prueba, señala que cada una de las partes que se encuentran dentro del proceso judicial deben probar lo que alegan, inclusive los fundamentos de sus negativas, por tal razón se evidencia que carga de la prueba no es otra cosa que la responsabilidad que cada parte tiene de probar lo que ha afirmado.
- Al analizar la legislación española se evidencio que este país contempla el principio de facilidad y flexibilidad probatoria, Colombia de igual manera contempla este principio que señala que le corresponde probar los hechos, a las partes que se le es más fácil demostrar los mismos dentro del proceso judicial.
- El principio de la flexibilización probatoria es una garantía que tienen las partes en el proceso, mediante la cual el juez debe determinar en base a la facilidad de poder desahogar la prueba cuál de ellas debe hacerlo.
- El juez al aplicar criterio de la carga de la prueba, debe determinar cuál de las partes procesales tenía la obligación de probar los elementos controvertidos en la causa, y en base a ello aplicará la distribución de la carga de la prueba para los casos que no se hubieren presentado pruebas o las misma fueren insuficientes para lograr el convencimiento del juez.

BIBLIOGRAFÍA

- Arias, F. (2012). *Proyecto de Investigación Científica* (Sexta Edición ed.). Caracas-Venezuela: Episteme. doi:<https://ebevidencia.com/wp-content/uploads/2014/12/El-Proyecto-De-Investigaci%C3%93N-6ta-Ed.-FIDIAS-G.-ARIAS.pdf>
- Asamblea Nacional (2010). Código de Procedimiento Civil. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Asamblea Nacional (2019). Código Orgánico General de Procesos. Registro oficial suplemento 506-22 de mayo-2015-Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Azula, C. (2003). *Manual de Derecho Procesal. Pruebas judiciales* ([https://sidn.ramajudicial.gov.co/SIDN/DOCTRINA/TABLAS%20DE%20CONTENIDO%20Y%20TEXTOS%20COMPLETOS/345%20-%20DERECHO%20PROCESAL%20PENAL%20Y%20PROCESAL%20CIVIL/11302_BTAC-1763\(Manual%20de%20derecho%20procesal%20](https://sidn.ramajudicial.gov.co/SIDN/DOCTRINA/TABLAS%20DE%20CONTENIDO%20Y%20TEXTOS%20COMPLETOS/345%20-%20DERECHO%20PROCESAL%20PENAL%20Y%20PROCESAL%20CIVIL/11302_BTAC-1763(Manual%20de%20derecho%20procesal%20) Bogotá: Temis, segunda edición.
- Bernabé, L. (4 de Junio de 2018). *La carga de la prueba en el proceso civil*. Recuperado el 1 de Abril de 2020, de http://uvadoc.uva.es/bitstream/handle/10324/31442/TFG-%20D_0691.pdf;jsessionid=2BD7E77F8285ACE06D5A044AC9A5C9B7?sequence=1: http://uvadoc.uva.es/bitstream/handle/10324/31442/TFG-%20D_0691.pdf;jsessionid=2BD7E77F8285ACE06D5A044AC9A5C9B7?sequence=1

- Cabanellas, D. (1993). *Diccionario jurídico elemental. undécima edición*. Heliasta S. R. L.
- Calduch, R. (2015). *Metodos y técnicas de investigación internacional*. (U. C. Madrid, Ed.) *Metodos y técnicas de investigación internacional*, 29. Recuperado el 30 de 10 de 2019, de <https://www.ucm.es/data/cont/docs/835-2018-03-01-Metodos%20y%20Tecnicas%20de%20Investigacion%20Internacional%20v2.pdf>
- Carga de la prueba, 628-2012 (Corte Constitucional 2012 de 08 de 2012).
- Cubillas, G. (2019). El derecho a probar en la acción y la inversión de la facultad probatoria. Obtenido de: <http://repositorio.unfv.edu.pe/bitstream/handle/UNFV/4101/CUBILLAS%20LUYO%20%20GISELA%20%20ARACELLY%20-%20MAESTRIA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Couture, E. J. (1958). *Fundamentos de derecho procesal civil, tercera edición*. Buenos Aires: Roque de Palma.
- Del Castillo, Rosero, C., & Jose, C. (2004). Cuando el Estado falla en la prestación del servicio médico, ¿a quien corresponde probarla??. *Revista Médico Legal, N° 4, Colombia*.
- Devis Echandia, H. (1972). *Teoría general de la prueba judicial*. Buenos Aires: Zavalia.
- Devis Echandiá, H. (2012). *Teoría general de la prueba judicial*. Bogotá: Temis.
- Díaz. (2004). *De la inversión de la carga de la prueba en el derecho aeronautico*. Bogota: Legis.
- DíazBaquero, (2014). De la inversión de la carga de la prueba en el derecho aeronáutico. Desproporción de la carga de la prueba. Recuperado el 25 de Marzo de 2020 <https://cienciasjuridicas.javeriana.edu.co/documents/3722972/4335815/11+DE+>

LA+INVERSI%C3%93N+DE+LA+CARGA.pdf/afd7720a-f4b2-4f08-b823-f70ed5db2d92

- Díaz-Restrepo, J. (2016). *La carga dinamica de la prueba como modalidad de la carga probatoria*. Bogota: Unilibre Cali.
- Escaler, R. (2017). *La Carga de la Prueba*. Atelier.
- Fenoll, N., Ferrer, J., & Giannini, L. (2019). *Contra la carga de la prueba*. Madrid: Marcial pons.
- Fernandez, M. (2015). *La Carga de la Prueba*. Madrid: La Ley.
- Fernández, M. J. (17 de Junio de 2015). Incidencia de la inversión judicial de la carga de la prueba entre las partes en la seguridad jurídica y la tutela efectiva de los litigantes. *Diario la ley*, págs. 10-14.
- Ferrer, J. (2007). *La valoracion racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- Guasp, J. (1968). *Derecho Procesal*. Madrid: Instituto de estudios politicos de Madrid.
- Hernandez, R., Fernandez, C., & Baptista, P. (2014). *Metodologia de la investigacion*. Mexico: Mc Graw Hill.
- Herrera, E. (2012). De la inversión de la carga de la prueba en Materia Penal. Recuperado el 31 de Marzo de 2020 <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13060>
- Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (1988). *ElCodigo Procesal Civil Modelo Para Iberoamerica*. Montevideo.
- Inversion de la carga de la prueba, 37/2000 (Tribunal Constitucional 14 de 02 de 2000).
- Inversion de la carga de la prueba, 415 (Corte Constitucional 24 de 05 de 2006).
- Jarrín, t. C. (2017). De la inversión de la carga de la prueba exigida por el COGEP para la homologación de laudos arbitrales. Recuperado el 29 de Marzo de 2020, : <http://dspace.udla.edu.ec/bitstream/33000/9368/1/UDLA-EC-TAB-2017-106.pdf>

- Jefatura de Estado. (2000). *Ley de enjuiciamiento civil*. Madrid: Jefatura de Estado.
- Juan Carlos I, R. d. (2012). *Constitución Española de 1978*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Mamani, A. (2019). Bases jurídicas y doctrinales para la implementación de la teoría de cargas probatorias dinámicas en la ley no. 439. Obtenido de <https://repositorio.umsa.bo/bitstream/handle/123456789/19676/T5399.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Montero, J. (2005). *La prueba en el proceso civil*. Navarra: Aranzadi, s.a.
- Müller, R. K. (2014). La carga de la prueba en el proceso penal acusatorio en Colombia: disyuntiva de aplicación en la jurisprudencia de las altas cortes. *Revista de derecho público N. 32 de la facultad de derecho de la Univ. de los Andes.*, 1 - 25.
- Asamblea Nacional (2019). *Código orgánico General de Procesos*. Quito.
- Nieva, J., Ferrer, J., & Giannini, L. (2019). *Contra la carga de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- Nisimblat, N. (2016). *Derecho Probatorio*. Quito: Ediciones Doctrina y Ley.
- Parra, J. (2011). *Manual de Derecho Probatorio*. Bogotá: Librería ediciones el profesional.
- Parra, A., Jáuregui, M., & González, I. (2015). La inversión de la carga de la prueba en Colombia y el debido proceso del demandado. Obtenido de <http://www.unilibrecucuta.edu.co/ojs/index.php/hipotesis/article/view/155>
- Peyrano, J. (2008). *Problemas y soluciones procesales*. Rosario - Argentina: Librería Juris.
- Peyrano, J. (Recuperado junio 15/2020 de 2018). *Carga dinámica de la prueba*. Recuperado el 22 de Marzo de 2020, de Carga dinámica de la prueba: <https://www.studocu.com/es/document/universidad-andres-bello/prueba/resumenes/carga-dinamica-de-la-prueba/2550363/view>

- Polanco, A. (2015). Consideraciones epistémicas respecto de la decisión en materia procesal penal. *Revista Academia & Derecho*, 217-240.
- Priori, P. G. (12 de Agosto de 2016). La Carga de la Prueba en el Proceso Laboral. Tacna, Tacna, Perú.
- Rosemberg, L. (2016). *La Carga de la prueba en la practica judicial civil*. Elick.
- Salcedo, E. (6 de Diciembre de 2015). <https://es.slideshare.net/neantohi/la-inversin-de-la-carga-de-la-prueba>. Recuperado el 29 de Marzo de 2020, de La inversión de la carga de la prueba: <https://es.slideshare.net/neantohi/la-inversin-de-la-carga-de-la-prueba>
- Torras, J. (2017). La carga de la prueba y sus reglas de distribución en el proceso civil. Obtenido de <https://elderecho.com/la-carga-de-la-prueba-y-sus-reglas-de-distribucion-en-el-proceso-civil>
- Trujillo, J. (2020). aproximación al Análisis Económico del Derecho de algunas Instituciones del Sistema Jurídico Colombiano. Derecho y Economía” de la Corporación Universitaria Republicana.
- Valls, J. D. (2008). La responsabilidad civil por negligencia médica. Su acreditación procesal. Recuperado el 24 de Abril de 2020, de <http://www.ajs.es/RevistaDS/VOLUMEN%2008/Vol0801-7.pdf>:
<http://www.ajs.es/RevistaDS/VOLUMEN%2008/Vol0801-7.pdf>.
- Vargas, A. L. (2020). Cargas probatorias dinámicas. Recuperado el 05 de Abril de 2020, de <https://docplayer.es/21514266-Cargas-probatorias-dinamicas-sus-perfiles-actuales-y-algunas-respuestas-para-sus-criticos-1.html>:
<https://docplayer.es/21514266-Cargas-probatorias-dinamicas-sus-perfiles-actuales-y-algunas-respuestas-para-sus-criticos-1.html>
- Vásquez, G. C. (2014). Rol del Juez en el nuevo Proceso Civil en relacion a lla carga de

la prueba. Tesis, Universidad de Concepción. Concepción, Chile.

Villalón, J. C. (2015). La Metodología de la Investigación en el Derecho del Trabajo.

España: Temas Laborales núm. 132/2016. Págs. 73-121.

doi:file:///C:/Users/user/Downloads/Dialnet-

LaMetodologiaDeLaInvestigacionEnElDerechoDelTrabaj-5446475.pdf

Villacorta, D. (2017). Carga de la prueba y justicia en el proceso civil. Uso y abuso del

fiel de la balanza. Obtenido de

[https://buleria.unileon.es/bitstream/handle/10612/9627/Villacorta%20Migu%C3%A9lez](https://buleria.unileon.es/bitstream/handle/10612/9627/Villacorta%20Migu%C3%A9lez%2C%20Desir%C3%A9e.pdf?sequence=1)

[%2C%20Desir%C3%A9e.pdf?sequence=1](https://buleria.unileon.es/bitstream/handle/10612/9627/Villacorta%20Migu%C3%A9lez%2C%20Desir%C3%A9e.pdf?sequence=1)

VALIDACIÓN PARA EL DESARROLLO DE LA PROPUESTA:

FICHA TÉCNICA DEL VALIDADOR

Nombre: Dr. Byron López Castillo
 Cédula N°: 0900643644
 Profesión: Abogado
 Dirección: Aguirre 324 y Pedro Carbo , 4º piso oficina 3

ESCALA DE VALORACIÓN ASPECTOS	MUY ADECUADA 5	ADECUADA 4	REGIARANAMENTE ADECUADA 3	POCO ADECUADA 2	NADA ADECUADA 1
Introducción	X				
Objetivos	X				
Pertinencia	X				
Secuencia	X				
Premisa	X				
Profundidad	X				
Coherencia	X				
Comprensión	X				
Creatividad	X				
Beneficiarios	X				
Consistencia lógica	X				
Cánones doctrinales jerarquizados	X				
Objetividad	X				
Universalidad	X				
Moralidad social	X				

Fuente: (Obando, 2015)

Comentario:

Se trata de una tesis que reúne los requisitos necesarios para ser considerada dentro del entorno jurídico de nuestro país.

El autor demuestra un gran conocimiento jurídico y en el tema de su tesis destaca su conocimiento alrededor del tema propuesto "La inversión judicial de la carga de la prueba, su incidencia en el ordenamiento procesal ecuatoriano" que constituye un aporte para nuestra legislación en un tema de mucha controversia.

Fecha: Guayaquil, 07 Diciembre 2020

Firma

Ci: 0900643644



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, Felipe Jacinto Ochoa Ubilla, con C.C: 0906002043 autor del trabajo de titulación: *La inversión judicial de la carga de la prueba, su incidencia en el ordenamiento procesal ecuatoriano*, previo a la obtención del grado de **MAGÍSTER EN DERECHO MENCION 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 SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación 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 SENESCYT a tener una copia del referido trabajo de graduación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, 02 de marzo del 2021

f. _____

Felipe Jacinto Ochoa Ubilla

C.C: 0906002043



Presidencia
de la República
del Ecuador



Plan Nacional
de Ciencia, Tecnología,
Innovación y Saberes



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

REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE GRADUACIÓN

TÍTULO Y SUBTÍTULO:	LA INVERSIÓN JUDICIAL DE LA CARGA DE LA PRUEBA, SU INCIDENCIA EN EL ORDENAMIENTO PROCESAL ECUATORIANO		
AUTOR(ES) (apellidos/nombres):	Felipe Jacinto Ochoa Ubilla		
REVISOR(ES)/TUTOR(ES) (apellidos/nombres):	Pérez-Puig-Mir, Nuria		
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:	02 de marzo del 2021	No. DE PÁGINAS:	
ÁREAS TEMÁTICAS:	Derecho Procesal		
PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:	Carga, pruebas, flexibilidad, principios, inversión, judicial, pertinente, igualdad, juez.		
RESUMEN/ABSTRACT Esta investigación tuvo como objetivo general establecer la viabilidad de pasar del actual sistema probatorio a un sistema flexible de la carga de la prueba. Como objetivos específicos fundamentar jurídica y doctrinariamente como se afectan los principios procesales al utilizar el tradicional sistema de la carga de la prueba, realizar un análisis comparativo de la normativa ecuatoriana con la española y colombiana con respecto a la inversión judicial de la carga de la prueba, determinar si la aplicación de la flexibilidad probatoria o inversión judicial de la carga de la prueba afecta o no el principio de igualdad de los justiciables, Analizar cómo el juez debe aplicar la distribución de la carga de la prueba y hasta que momento procesal es oportuno hacerlo. La investigación arrojó como resultado que se hace pertinente la aplicación del principio de flexibilidad en el Código Orgánico General de procesos por lo que se hizo una propuesta de modificar el artículo 169 de dicha normativa.			
ADJUNTO PDF:	<input checked="" type="checkbox"/> Si	<input type="checkbox"/> NO	
CONTACTO CON AUTOR/ES:	Teléfono: 0999097591	E-mail: felipe_ochoa23@hotmail.com	
CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN:	Nombre: Andrés Obando Ochoa		
	Teléfono: +593-992854967		
	E-mail: ing.obandoo@hotmail.com		

SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA

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