

**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS

CARRERA DE DERECHO

TEMA:

**LA PRUEBA PARA MEJOR RESOLVER SU PLANTEAMIENTO EN EL CÓDIGO
ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS.**

AUTOR:

Yáñez Pérez Ariana Valentina

**Trabajo de titulación previo a la obtención del título de
ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPÚBLICA DEL
ECUADOR**

TUTOR:

Dr. Aguirre Valdez Javier Eduardo

Guayaquil, Ecuador

28 de agosto del 2020



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS

CARRERA DE DERECHO

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo de titulación, fue realizado en su totalidad por **Yánez Pérez Ariana Valentina**, como requerimiento para la obtención del título de **Abogado de los tribunales y Juzgados de la Republica del Ecuador**.

TUTOR

f. _____

Dr. Aguirre Valdez Javier Eduardo

DIRECTOR DE LA CARRERA

f. _____

Ab. Lynch Fernández María Isabel

Guayaquil, a los 28 del mes de agosto del año 2020



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS

CARRERA DE DERECHO

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo, Yánez Pérez Ariana Valentina

DECLARO QUE:

El Trabajo de Titulación: **La Prueba para Mejor Resolver su Planteamiento en el Código Orgánico General de Procesos**, previo a la obtención del título de **Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador**, ha sido desarrollado respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan en el documento, cuyas fuentes se incorporan en las referencias o bibliografías. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance del Trabajo de Titulación referido.

Guayaquil, a los 28 del mes de agosto del año 2020

EL AUTORA

f. _____

Yánez Pérez Ariana Valentina



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS

CARRERA DE DERECHO

AUTORIZACIÓN

Yo, Yánez Pérez Ariana Valentina

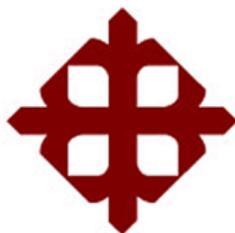
Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil a la **publicación** en la biblioteca de la institución del Trabajo de Titulación: **La Prueba para Mejor Resolver su Planteamiento en el Código Orgánico General de Procesos**, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, a los 28 del mes de agosto del año 2020

LA AUTORA:

f. _____

Yánez Pérez Ariana Valentina



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
CARRERA DE DERECHO**

TRIBUNAL DE SUSTENTACIÓN

f. _____
Mgs. José Miguel, García Baquerizo
DECANO O DIRECTOR DE CARRERA

f. _____
Abg. Maritza Ginette, Reynoso Gaute
COORDINADOR DEL ÁREA O DOCENTE DE LA CARRERA

f. _____
NURIA, PÉREZ PUIG-MIR,
OPONENTE

REPORTE DE URKUND

URKUND	
Documento	TESIS Arianna Yanez. Tutor Dr. Aguirre.docx (D77897475)
Presentado	2020-08-18 06:44 (-05:00)
Presentado por	maritzareynosodewright@gmail.com
Recibido	maritza.reynoso.ucsg@analysis.orkund.com
Mensaje	tesis Arianna Yanez. Tutor Dr. Aguirre Mostrar el mensaje completo 2% de estas 10 páginas, se componen de texto presente en 1 fuentes.

f. _____

Dr. Aguirre Valdez Javier Eduardo.

DOCENTE TUTOR

f. _____

Yánez Pérez Ariana Valentina

ESTUDIANTE

AGRADECIMIENTO

Agradezco a mi Mamá, quien es una parte fundamental en mi vida y por ser la promotora de mis sueños, más aún en este logro, fue ella la persona que me inculcó esta pasión por el Derecho, ha sido mi apoyo, mi fuerza y motivación en cada momento de mi vida. Gracias por tus consejos y por ser mi guía en cada circunstancia que se me presentó y sobre todo gracias por creer en mí.

A mi esposo Daniel, quien ha sido mi apoyo y soporte en estos últimos años, siempre dispuesto a ayudarme en cada proceso, mi guía, mi inspiración, gracias por tu amor y cariño, por no dejar que desista, y permitirme junto con tu apoyo a culminar la carrera de derecho. nuestro hijo. **A mi hijo Daniel**, que pese a su corta edad comprendió muchas cosas, y respetó mis momentos de estudio, eres mi mayor y mi mas grande inspiración, el motor de mi vida y agradezco cada día tu existencia en nuestra vida. y sobre todo agradezco **A Dios** por permitirme ser una mujer bendecida, y ser mi fortaleza, por cada obstáculo que me ayudo a enfrentar.

A mis suegros Oriana y Xavier un agradecimiento especial, sin ustedes esto no hubiera sido posible, gracias por siempre estar dispuestos a ayudarme y apoyarme. Se llevan una parte de este logro es suyo también. Por aconsejarme a no dejar mis estudios a un lado, y equilibrar mi vida entre ser mama y estudiante. **A mi Familia**, mis hermanos, cuñados, primos por siempre estar junto a mí, ayudándome siempre. A mis Ángeles que desde el cielo me acompañan.

A mi querido tutor Javier Aguirre, por ayudarme a culminar este trabajo, mi admiración y respeto hacia usted. **A Néstor**, mi compañero y amigo incondicional en toda mi carrera universitaria, por ayudarme con sus conocimientos a lo largo de estos años, de los cuales estaré eternamente agradecida

DEDICATORIA

Le dedico esta tesis a mi madre, sin duda eres mi inspiración y ejemplo a seguir, espero algún momento llegar a ser como tú. A mi esposo, y a mi hijo los motores de mi vida y a mis futuros hijos que vendrán.

Este logro es tan de ustedes como mío.

ÍNDICE

Capítulo I.....	2
1.1 Breves aspectos generales del derecho procesal.....	2
1.2 La potestad jurisdiccional.....	3
1.3 Sistemas procesales.....	4
1.3.1 Sistema Acusatorio o Dispositivo.....	4
1.3.2 Sistema Inquisitivo.....	6
1.3.3 El juez activo frente al juez inquisidor.....	7
1.4 Principios procesales.....	8
Capítulo II.....	12
2.1 La prueba judicial, medios y carga probatoria.....	12
2.2 La prueba de oficio.....	14
2.3 La prueba para mejor resolver en la legislación ecuatoriana.....	16
2.4 La prueba de oficio en la Legislación Comparada.....	18
CONCLUSIONES.....	20
RECOMENDACIONES.....	21

RESUMEN

Las personas, al vivir en sociedad, hacen que la interrelación genere conflictos, las normas no pueden evitar aquello pues son susceptibles de ser violadas y ante tales hechos el Estado, para prevenir que cada individuo busque su autotutela, se apodera de la capacidad de dirimir la controversia resolviéndola sin que se llegue a la justicia por mano propia. Ahora bien, si el monopolio de resolver controversias queda en manos del Estado sin que éste tenga un mecanismo de aplicabilidad en la práctica, sería utópica la aplicabilidad de la justicia y, ante ello, nace el derecho procesal.

El derecho procesal busca la realización del derecho sustancial, pero, para llegar a esa concreción en la resolución de un conflicto, es indispensable un elemento conductor entre el derecho sustancial y el medio para resolverlo que, sin duda, es la prueba. La generalidad de la prueba es la actividad procesal, cuya titularidad recae sobre las partes, y por excepcionalidad al juez, siempre y cuando se tomen en cuenta las garantías constitucionales.

Palabras Claves: Prueba de Oficio, Principio Dispositivo, Jurisdicción, Sistema Dispositivo, Sistema Acusatorio, Principio de Contradicción, Principio de Imparcialidad.

ABSTRACT

People, by living in society, cause the interrelation to generate conflicts, while the norms cannot avoid because they are susceptible to being violated and in such events the State, to prevent each individual from seeking self-protection, seizes the capacity to settling the controversy by resolving it without reaching justice by one's own hand. Now, if the monopoly of resolving disputes remains in the hands of the State without it having a mechanism of applicability in practice, the applicability of justice would be utopian and, before this, procedural law is born.

The procedural law seeks the realization of the substantial right but, in order to reach that specificity in the resolution of a conflict, a conductive element between the substantial law and the means to resolve it is essential, which, without a doubt, is evidence. The generality of the evidence is the procedural activity, whose ownership falls on the parties, and by exception to the judge, as long as the constitutional guarantees are taken into account.

Key Words: Proof of Office, Device Principle, Jurisdiction, Device System, Accusatory System, Contradiction Principle, Impartiality Principle.

DESARROLLO

Capítulo I

1.1 Breves aspectos generales del derecho procesal.

El derecho procesal nace a raíz de la necesidad de resolver los conflictos entre privados con la intervención del Estado, para proteger el derecho del individuo frente a terceros y para evitar arbitrariedades entre el mismo grupo de individuos (Devis Echandía, 1964).

El derecho procesal entonces ,desde la vision de este autor, nace para proteger al individuo contra el propio individuo en un conflicto (Couture, 1993):

Es una secuencia o serie de actos que se desenvuelven progresivamente para resolver mediante juicio (como acto de autoridad) el conflicto de intereses. Su función sustancial es dirimir, con fuerza vinculatoria el litigio sometido a los órganos de la jurisdicción (p.122).

Podemos compartir, desde otra perspectiva, el criterio de que el proceso es una serie de sucesiones de actos regulados por el derecho en la que interviene el ente público para resolver un conflicto entre privados (Díez-Picazo, 1994).

Lo enunciado nos lleva a definir al derecho procesal como una norma regla que regula una serie de actos que fijan un procedimiento a seguir para obtener un pronunciamiento sometido a la jurisdicción de un Estado que se materializa a través de un tercero que ejerce esa potestad, llamado juez.

1.2 La potestad jurisdiccional.

Al hablar de jurisdicción se nos viene a la mente la capacidad que tiene un funcionario previamente designado por el Estado para impartir justicia dentro de un territorio determinado: La jurisdicción en sentido exacto consiste en mera aplicación del derecho objetivo en el caso en concreto y es ejercida por los tribunales solicitados por las partes. Los tribunales a que corresponde la jurisdicción tienen por ello la capacidad de decisión eficaz de las controversias comprendidas por la jurisdicción (Rosenberg, 1955).

A la jurisdicción también se la define, desde la jurisprudencia chilena, como la capacidad que tienen los tribunales para, en primer momento, conocer el conflicto y luego resolverlo; esto mediante un proceso previamente establecido, con competencia territorial para lo cual le corresponde intervenir (Fernandez, 2004).

Siendo que la jurisdicción es la potestad que el Estado le confiere a un tercero, conocido como juez, para intervenir en un proceso y resolverlo, no es menos cierto que esa potestad se la ejerce según la competencia que la ley les asigna, en razón del territorio, las personas, la materia y los grados. Dejando de lado el estudio de la competencia en razón del territorio, las personas y los grados para una posterior investigación, me referiré en este trabajo investigativo siendo el campo de estudio el Derecho Procesal Civil, a la competencia Procesal Civil, cuyo ámbito se puede abreviar del siguiente modo:

El ejercicio de la función jurisdiccional en cuestiones civiles y mercantiles. La razón que justifica el Derecho Procesal Civil es la prohibición estatal de la auto tutela o realización arbitraria del propio derecho. En esta radical prohibición y como su contrapartida se funda en última instancia el derecho de los particulares a obtener tutela jurisdiccional y la obligación de los Jueces y Tribunales de prestarla mediante un proceso con

todas las garantías, en el que se evite la indefensión (García Falconi, y otros, 2018).

En ese sentido, en el proceso civil el Estado interviene solo a través del Juez, para dirimir y resolver el conflicto evitando la autotutela que puede conllevar a la venganza privada. Sobre aquello, es importante dilucidar en qué medida la actividad probatoria puede ser trasladada a las manos del juez civil teniendo en cuenta que resolverá conflictos entre privados de naturaleza comúnmente patrimoniales. Para llegar a comprender aquello, debemos revisar los diferentes sistemas y principios del Derecho Procesal Civil.

1.3 Sistemas procesales.

Un sistema es el conjunto organizado de varios elementos que se interrelacionan con el fin de dar funcionalidad a un objeto o ente; en el campo jurídico es el conjunto de normas que hacen que el derecho funcione en sociedad, materializándose en el conocido sistema procesal considerado como un “sistema medio para la efectivización de la justicia” que se compone de varias etapas y actividades procesales impulsados por las partes y la actuación del juez. La doctrina y la historia han determinado diferentes sistemas para la efectivización de los derechos, entre los que podemos citar los siguientes:

1.3.1 Sistema Acusatorio o Dispositivo.

El conocido sistema acusatorio o dispositivo, es un conjunto de etapas preestablecidas en una norma en el cual dos sujetos desiguales discuten una controversia en igualdad jurídica, la cual es asegurada por un tercero ajeno a la controversia que dirige y regula el debate de las partes, para llegar en su momento a decidir sobre lo discutido (Alvarado, 2014). Debemos concebir de ese modo al sistema dispositivo o acusatorio como pilar fundamental del procedimiento civil, en la medida que el Estado interviene como ajeno a la controversia y solo

se activa la tutela judicial por iniciativa de la parte interesada, siendo los particulares la pieza fundamental para que el proceso siga y termine en una resolución. (Aguirrezabal,2017)

Concordando con esta idea podemos decir que el sistema dispositivo es de libre disposición en la que las partes fijan los puntos de la controversia y la prosiguen hasta obtener un resultado a sus pretensiones:

El sistema dispositivo es de libre disposición, cuando las partes son las que disponen de su derecho a discutir libremente, del método de discusión y del cómo debe conducirse esa discusión. Luego, las partes son las únicas que impulsan el proceso, fijan la litis, aportan las pruebas necesarias para confirmar o desmentir argumentos y finalizan el proceso por el medio que consideren más idóneo (Gaitán, 2010)

El sistema o principio dispositivo tiene su mayor expresión en el proceso civil ya que en aquel procedimiento se resuelven controversias privadas. En pensamientos de Ana María Neira Peña, este sistema se apoya en la presunción de que en los asuntos en que la controversia sea netamente privada en la cual se discutan intereses particulares el Estado no debería intervenir, mas allá de ser un controlador del proceso sin que este vaya más allá de lo que desean los particulares; más adelante veremos que esta posición iría cambiando en los nuevos sistemas procesales contemporáneos (2019).

Queda claro, entonces, que el sistema dispositivo en principio obliga al juez a no intervenir en el proceso: su rol es inerte. Ni aun alegando la búsqueda de la verdad material, el principio dispositivo finaliza con la búsqueda de la verdad formal o procesal que las partes aportan al proceso; y obliga a las partes a impulsar el proceso quienes se encuentran obligados a fijar la controversia, aportar pruebas, y tienen la potestad de finalizar el proceso por el medio procesal que fuere de su interés. (Alvarado, 2014)

1.3.2 Sistema Inquisitivo.

El sistema Inquisitivo, a través de la historia, ha tenido como base la primacía del interés público, que es el que tiene el Estado, representado por el funcionario judicial "juez". El interés particular queda en segundo plano, las controversias pasan a ser monopolizadas por el Estado, pues el Juez ya no es un mero espectador, sino que se convierte en director activo de la actividad procesal, yendo más allá de la simple dirección del proceso y convirtiéndose en investigador de la verdad material o real.

Podemos agregar que el sistema inquisitivo es llamado también de "oficialidad" o de "investigación", pues faculta al juez a investigar de oficio la verdad real. La idea del principio Inquisitivo radica en que por encima del interés particular está el interés general (Pezo, 1959).

En la misma línea Loly Aylú Gaitán Guerrero, concuerda con Pezo al establecer que el sistema inquisitivo se caracteriza por una autoridad unilateral conocida como "juez" quien a su vez tiene el monopolio del proceso al ser quien impulsa, investiga, acusa y juzga. En definitiva, quien tiene el monopolio del proceso no son las partes si no el Estado a través del Juez (2010). En este sistema la actividad probatoria de parte queda en segundo plano y toma protagonismo la prueba de oficio, institución que hablaremos de forma amplia en apartados siguientes.

El sistema inquisitivo estuvo presente en los procesos penales en el cual el interés ya no es particular sino Estatal, facultando al Estado el perseguir delitos llegando a la imputación con el fin de conseguir una pena mayormente privativa de libertad para el que delinque y este monopolio, dentro este sistema, estaba en manos de un solo funcionario conocido como juez.

Adolfo Alvarado en su crítica a las tendencias actuales del derecho procesal nos dice que el sistema inquisitorio al igual que el sistema dispositivo es un método, pero aquel no es bilateral sino unilateral, en el cual el propio acusador, imputa un delito a otra, siendo esa

imputación propuesta ante el mismo sujeto acusador como encargado de juzgarlo, esto es como Juez y parte (2014).

Como vemos, a diferencia del sistema dispositivo en el cual el monopolio del proceso se encuentra en manos de los privados en igual proporción de forma bilateral, en este sistema el proceso es monopolizado por el Estado y es unilateral pues, al parecer no existen partes adversarias si no un acusado y acusador, donde éste último tiene el poder de investigar y juzgar a la vez; por eso es que a lo largo de la historia este sistema ha sido duramente criticado considerándose como arbitrario.

1.3.3 El juez activo frente al juez inquisidor.

Una vez estudiados los sistemas adversariales o dispositivos y el inquisidor, vemos que existe un término medio en donde el juez es el protagonista. Tradicionalmente en el Proceso Civil, el Juez ha sido desde siempre, aquella figura jurídica encargada de administrar justicia, en donde las partes eran activas teniendo el control de la actividad procesal.

Ahora bien, de reciente data, toma fuerza la doctrina del juez activo, donde la figura del juez evoluciona y ya no solo es encargado de administrar justicia y ser ajeno a la controversia como lo es en el sistema dispositivo sino que, además, se le atribuyen mayores facultades y activismo judicial como la dirección del proceso, llegando incluso bajo la doctrina de la verdad material a ser parte de la actividad probatoria, todo esto con el fin de lograr mayor efectividad en pro de la justicia.

El Juez activo es la nueva tendencia en el ordenamiento jurídico procesal iusprivatista de los países de América Latina donde la figura del juez pasó de ser un mero espectador a quien deba buscar una mayor eficiencia dentro del proceso, siempre respetando los principios procesales y las garantías jurisdiccionales. Es entonces donde nace la interrogante: ¿el rol del

juez evolucionó con el tiempo? ¿Está el juez ligado a diferentes roles en los que podría enfrentar en el Proceso Civil de administrar justicia?

El Proceso Civil, como vemos, está siendo influenciado por la doctrina del Activismo Judicial, que ha sido criticada pues se la considera un sistema inquisidor aparente. No obstante, esta doctrina se ha logrado posicionar en los sistemas procesales de conflictos privados, atribuyéndole al Juez ya no solo la dirección del proceso sino, además, se le atribuye su participación en la actividad probatoria con la llamada prueba de oficio.

Esta nueva tendencia será estudiada en este trabajo con el fin de establecer la inflexión que provoca el activismo probatorio judicial a las partes y sobre todo al sistema dispositivo como eje central de los conflictos privados.

1.4 Principios procesales.

Los principios procesales constituyen la base de todo proceso. Estos informan y dan el camino a seguir para la realización de la justicia y deben ser respetados por los justiciables y garantizados por el juzgador, los principios básicos e informadores del derecho procesal son varios entre los que citaremos los más relevantes, no obstante, todos deben ser respetados, so pena de que a su incumplimiento el proceso sea declarado nulo.

Principio de imparcialidad: El principio de imparcialidad: es un derecho fundamental que adquiere cualquier persona o grupo de personas al momento de acceder a la administración de justicia y se centra en que el funcionario -en este caso el juez- no debe tener interés alguno dentro del proceso, sus decisiones deben estar alejadas de todo prejuicio, ya que su figura corresponde a ser un tercero imparcial e independiente del proceso.

La manera de garantizar este principio, sin duda alguna, es la motivación la cual obliga al juez a que su decisión sea debidamente motivada, con una carga argumentativa que convenza al auditorio social de que la misma está alejada de todo perjuicio, presión externa o sesgo ideológico. La imparcialidad no solo se ve reflejada en la decisión final sino en todo el proceso.

En el caso *Camba Campos y otros vs. Ecuador* se afirma que “la imparcialidad exige que la autoridad judicial que interviene en una contienda particular se aproxime a los hechos de la causa careciendo, de manera subjetiva, de todo perjuicio y, asimismo, ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2013). Podemos decir que el principio de imparcialidad exige, además de la ausencia de todo perjuicio o sesgo ideológico del juzgador, como se anotó antes, que el Estado deba garantizar que no intervendrá en esa decisión mediante actos tendientes a violar la independencia externa del juzgador:

La imparcialidad es el corolario del principio de igualdad entre los justiciables; no se pueden realizar distinciones arbitrarias dentro del proceso, razón por la cual el litigio solo puede derivar de la correcta aplicación del Derecho y no de otros factores ajenos a la juridicidad, como es el favoritismo que resultan irregulares (Oyarte, 2016).

Como vemos, la imparcialidad es propia de los sistemas adversariales dispositivos siendo incompatible con el sistema inquisidor que, como dijimos, es un sistema unilateral en el que el Estado es acusador y juzgador a la misma vez.

Principio De Inmediación: La inmediación es generalmente el contacto o la comunicación de los intervinientes en el proceso con el Juez relacionado a los hechos controvertidos, la inmediación puede ser subjetiva, objetiva o de actividad:

Se entiende por inmediación subjetiva la proximidad o contacto entre el acto probatorio y determinados elementos personales o subjetivos, bien sean los sujetos mismos del proceso, bien sean personas distintas de tales sujetos, es decir terceros. La manifestación principal del requisito de inmediación subjetiva es la que impone que el acto de prueba se practique en presencia de su destinatario, es decir, que la prueba se verifique ante el Juez.

La inmediación objetiva se refiere a la comunicación de juez con las cosas y los hechos del juicio.

En ocasiones se establece igualmente un necesario contacto o proximidad entre el acto de la prueba y una determinada circunstancia objetiva, como cuando se permite u ordena la inmediación física del actor del acto con determinada cosa mueble o inmueble; así ocurre cuando se autoriza que la parte o testigo consulten notas o apuntes, cuentas, libros o papeles. Y también puede considerarse como requisitos de inmediación objetiva, en su manifestación negativa, la prohibición para que estos mismos sujetos de valerse de cualquier borrador de respuestas en sus declaraciones.

Por último, se da el requisito formal de la inmediación de actividad cuando se prescribe la proximidad o contacto del acto probatorio con otro acaecimiento distinto, que a su vez puede proceder, acompañar o seguir a la actividad de la prueba, originándose de este modo los correspondiente presupuestos similitudes y condiciones (Devis Echandía, 1964).

Principio De Contradicción: El principio de contradicción se encuentra jurídicamente entrelazado con el derecho a la defensa.

El principio de contradicción, tiene relevancia en el proceso civil, por cuanto significa que "el demandado debe respetársele su derecho de defensa y que no es posible adelantar el juicio sin que este haya tenido noticias de él y dispuesto de algún termino para contestar la demanda" (Devis Echandía, 1964).

Siendo así, el principio de contradicción está íntimamente ligado al derecho de defensa:

La corte Constitucional ha señalado que a este derecho se lo define como un valor elemental en el cual se sustenta el debido proceso, pues constituye una de sus más importantes garantías básicas, es decir, se trata del principio jurídico constitucional, procesal o sustantivo, mediante el cual toda persona tiene derecho a ciertas garantías mínimas para asegurar un resultado justo y equitativo dentro de un proceso, además de la oportunidad para ser oído y hacer valer pretensiones frente al juez (Ruiz Guzmán, Aguirre Castro, & Avila Benavidez, 2016).

Sin desconocer a todos los principios informadores del derecho procesal, que son de igual valía, me he permitido darle relevancia en este trabajo a los principios de imparcialidad, inmediación y contradicción pues los mismos están íntimamente relacionados con la actividad probatoria.

Capítulo II

2.1 La prueba judicial, medios y carga probatoria

La prueba tiene un valor importante en el proceso desde tiempos históricos dígase desde que los conflictos se formalizaron en un proceso, pues las partes utilizan este instrumento para demostrar sus afirmaciones del cual el juez se sirve para dictar su resolución. En términos muy generales, se entiende como prueba cualquier instrumento, método, persona, cosa o circunstancia que pueda proporcionar información útil para resolver un conflicto (Taruffo, 2008).

La prueba podemos entenderla desde la doctrina como el demostrar de forma legal en un proceso la verdad de un hecho mediante los medios que las partes aporten para demostrar ese hecho controvertido (Lessona, 1906).

La prueba es el núcleo central del proceso, que clarifica y le da certeza al juez respecto a los hechos controvertidos: “la actividad procesal que tiende a alcanzar la certeza en el juzgador respecto de los datos aportados por las partes, certeza que en unos casos se derivará del convencimiento psicológico del mismo juez y en otros de las normas legales que fijarán los hechos” (Montero & Chacón, 2002).

Al ser la prueba el núcleo central del proceso, da las razones que conducen al juez a adquirir certeza sobre los hechos controvertidos. Una vez entendido el concepto de prueba, se necesita de un medio eficaz para poder efectivizarla, naciendo de ese modo los conocidos “medios de prueba”.

Nuestro código procesal no define qué son medios de prueba o cuáles son todos los medios de prueba permitidos, entendiendo que nuestra normativa prevé la cláusula abierta

probatoria en la medida que los medios sean constitucionales y legalmente admisibles. Nuestra normativa solo define a tres medios de prueba como son los medios de prueba testimoniales, documentales, periciales y la inspección judicial, pero como dijimos nuestra legislación procesal sigue la doctrina de la libertad probatoria.

Una vez definidos los medios de prueba hay que aclarar que no se debe confundir entre medios y fuentes de prueba, como dice Claudio Meneses Pacheco: “las fuentes de prueba se encuentran en un plano precedente e indiferente al proceso jurisdiccional, los medios de prueba se establecen en relación del juicio” (2014). Empero cualquier fuente de prueba no puede llegar a ser un medio de prueba.

De lo expuesto, podemos deducir que la prueba no consiste en una averiguación, o una investigación, sino en la verificación de los hechos para determinar si ocurrieron o no, y en qué determinado momento. Los hechos se prueban a través de los diferentes medios de prueba, como lo son: la declaración de parte, la confesión, juramento, testimonios de terceros, dictamen pericial, inspección judicial, documentos, informes, con el fin de lograr la búsqueda de la verdad, y que además son las partes las encargadas de proveer al juez los medios de prueba, siguiendo las reglas de la carga probatoria.

En la investigación de Goldschmidt (1936, citado en Neira. 2019, p.213), dentro de su trabajo sobre derechos colectivos para diferenciar la carga probatoria particular y difusa nos dice que:

Una carga es un imperativo del propio interés”, por lo que “no hay frente a ella derecho del adversario o del Estado. (...) En cambio, existe una relación estrecha entre las cargas procesales y las posibilidades, es decir, los derechos procesales de la misma parte, porque cada posibilidad impone a la parte la carga de aprovechar la posibilidad al objeto de prevenir su pérdida (p. 213).

Neira Pena, no comparte el pensamiento de este autor, pues afirma que las cargas probatorias en la justiciabilidad de los derechos sociales no buscan el interés particular, por lo que deja la puerta abierta para que el juez sea proactivo y establezca hasta cierto punto una activa procesal probatoria tendiente a proteger estos derechos sociales.

La idea privatista de la carga procesal, a decir de esta autora, es incompatible con los derechos sociales; no obstante, compartimos el pensamiento de Goldschmidt, pues en el proceso civil se discuten derechos eminentemente privados, generalmente de rango patrimonial por lo que las partes están en la obligación de probar los hechos sin que el juzgador intervenga en la actividad probatoria per se; esta idea privatista no es absoluta pues a lo largo de la historia, con la aplicación de la doctrina del activismo judicial, vemos en la actualidad que el juez civil puede intervenir en la actividad probatoria con la institución de la prueba para mejor resolver, también conocida como “prueba de oficio”.

2.2 La prueba de oficio

La prueba de oficio se sustenta en la búsqueda de la verdad material; bajo este fundamento, un juez puede decretar una prueba no solicitada por las partes. Como vemos, esta potestad se asemeja más al sistema inquisidor y va en contra posición del sistema tradicional y dominante como el dispositivo, para aliviar esta controversia se crea un sistema mixto influenciado por el “civil law” o activismo judicial.

La doctrina del activismo judicial, concibe a un juez ya no como mero espectador sino como un protagonista del proceso judicial. Esta doctrina se asocia a un juez creador de derecho, en el cual es parte activa en los conflictos de particulares. Bajo este presupuesto se ha dicho que el activismo judicial atenta incluso al principio de división de poderes por cuanto el Juez puede llegar a ser creador de norma.

Esta influencia del activismo judicial ha sido aceptada por el derecho procesal en la medida en que el juez puede llegar incluso a sobrepasar sus atribuciones desequilibrando la balanza al pedir prueba de oficio, por eso la antítesis a esta doctrina es el garantismo.

El garantismo procesal prioriza en forma prácticamente absoluta “a un juez que se empeñe en respetar principalmente el derecho de defensa de todos los interesados, resguardando, asimismo, la igualdad procesal con una clara imparcialidad funcional (Alvarado Velloso, 2009).

Por su parte el activismo judicial “se preocupa ante todo por la justa solución del caso y no tanto por no contradecir o erosionar al sistema procesal respectivo (...). Esta característica explica que convalide la creatividad pretoriana razonable de los jueces que en tantas oportunidades se han anticipado al quehacer legislativo, habitualmente moroso.” (Peyrano, 2011)

Como podemos darnos cuenta, uno de los elementos esenciales del activismo judicial es dar una justa solución a una controversia esto implica la búsqueda de la verdad, bajo esa premisa el juez puede actuar de oficio y solicitar prueba. La solicitud de la prueba de oficio por parte del juez en el proceso civil ha causado controversia y críticas, pues al existir un conflicto entre privados se corre el riesgo de que el juez actúe de oficio en perjuicio de una de las partes afectando la igualdad de armas.

Hay quienes afirman que la prueba de oficio vulnera el principio de imparcialidad porque estaríamos frente a un juez autoritario, además de las posibles falencias que pudieran existir al momento de declarar prueba de oficio y que la adquisición de pruebas que tiene el juez debe ser paralela a la que tienen las partes.

Hay quienes defienden que la prueba de oficio es uno de los poderes que se le da al juez y que esto no implica vulneración de principios y mucho menos afectaría la

imparcialidad dentro del proceso ya que estamos frente a una prueba de carácter excepcional, que ser un juez activo no significa que sea un juez autoritario porque este siempre debe respetar los principios procesales y que la única finalidad es que se logre un proceso más justo.

2.3 La prueba para mejor resolver en la legislación ecuatoriana

El 23 de mayo del 2016 entró en vigencia completa el Código Orgánico General de Procesos, reemplazando al Código de Procedimiento Civil, lo que trajo consigo la implementación de reglas y procedimientos acerca de la prueba y sus distintas formas, entre esas, la prueba para mejor resolver, a la que se le quitó la limitación de ordenar prueba testimonial, por lo que se reforzó aún más la figura. Pese a esto, considero que la prueba para mejor resolver o de oficio no se encuentra definida de manera clara en el código, por lo que se prestaría para diferentes interpretaciones:

Artículo 168.- Prueba para mejor resolver. La o el juzgador podrá, excepcionalmente, ordenar de oficio y dejando expresa constancia de las razones de su decisión, la práctica de la prueba que juzgue necesaria para el esclarecimiento de los hechos controvertidos. Por este motivo, la audiencia se podrá suspender hasta por el término de quince días (Código Orgánico General de Procesos, 2018).

Como vemos de la redacción del articulado, la norma le da al juez una facultad para poder decretar prueba de oficio (activismo judicial) y lo faculta para solicitar cualquier medio de prueba. Ya no existe prohibición o limitación a un medio de prueba, por lo que el juez podría solicitar cualquiera (incluso prueba testimonial) utilizando el término “razones” en vez de “motivación”, que tienen distintas connotaciones.

La forma en la que está redactada la norma referente a la prueba de oficio en nuestra norma procesal, puede dejar la puerta abierta para que el administrador de justicia discrecionalmente pueda desequilibrar la balanza de las partes violando el derecho de igualdad y defensa.

La prueba de oficio no está exclusivamente prevista en nuestro COGEP, ya en el Código Orgánico De La Función Judicial publicado en el Registro Oficial Suplemento 544 de fecha 9 de marzo del 2009, se establece la prueba de oficio como facultad del Juzgador:

Art. 130.- Facultades jurisdiccionales de las juezas y jueces. - Es facultad esencial de las juezas y jueces ejercer las atribuciones jurisdiccionales de acuerdo con la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes; por lo tanto, deben:

10. Ordenar de oficio, con las salvedades señaladas en la ley, la práctica de las pruebas que juzguen necesarias para el esclarecimiento de la verdad (Código Orgánico de la Funcion Judicial, 2015).

Notamos que la normativa secundaria deja a la interpretación del juzgador decretar prueba de oficio de “creer conveniente”; su único fin es buscar la verdad, normativa que en vez de clarificar los límites de la prueba de oficio le da más poder al juzgador dejando a su discrecionalidad el ordenar prueba en el proceso.

Hay que recalcar que la finalidad de este tipo de prueba es esclarecer el caso que tiene a su conocimiento un juez porque, precisamente, algo no le quedó claro.

Si no existe una limitación al respecto del uso de la prueba de oficio, al decirse que el juzgador puede estimar la práctica de la prueba “que juzgue necesaria”, estamos frente a posibles violaciones de principios. Es necesario definir límites respecto a su aplicación, porque son estos serían los que regulen cualquier tipo de arbitrariedad que perjudique a las

partes como, por ejemplo, que el juez no pueda ir más allá de los hechos controvertidos dentro del proceso, para que, de esta manera, no se afecte al principio dispositivo y que en el desarrollo del proceso se respete de manera íntegra el principio de contradicción de las partes, siguiendo las reglas de la carga de la prueba, es decir que dichas partes puedan contradecir dicha prueba de oficio. Además, que se evite la figura de un juez autoritario, cuando lo que se aspira es contar con un juez ligado a los principios y garantías procesales.

2.4 La prueba de oficio en la Legislación Comparada.

Hay ordenamientos jurídicos que plantean a la prueba de oficio como una facultad y otros como un deber, es decir al plantearlo como una facultad quiere decir que el juez se puede acoger o no a la prueba de oficio, pero al referirse como un deber, significa que es una obligación hacerlo.

Este es otro de los problemas que no podemos enfrentar: si en el Código Orgánico General de Procesos no se explica si esta prueba es una facultad o un deber, tal como en otros ordenamientos jurídicos, por ejemplo, el de Colombia, que lo prevé como uno de los deberes que tiene el juez. Además, su artículo 169 detalla la forma en que las pruebas de oficio deben ser decretadas, incluye la posibilidad de decretarlas sobre declaraciones de testigos, sin embargo, esto no podría darse si es que los nombres de los testigos no aparecen en las pruebas o en los actos procesales (Código General de Procesos, 2012).

Continuando con el CGP de Colombia, éste además añade el Art 170, donde se señala que el juez deberá decretar pruebas de oficio, en las oportunidades probatorias del proceso y de los incidentes y antes de fallar, cuando sean necesarias para esclarecer los hechos objeto de la controversia, y que dichas pruebas están sujetas a contradicción de las partes. (Código General de Procesos, 2012)

Podemos ver que en dicho país, la prueba de oficio es un deber, mas no una facultad. Siempre es importante redactar de manera clara una norma, para evitar interpretaciones erróneas que conllevan a un vacío legal, es por esto que he citado estos artículos, a modo de referencia para que en Ecuador de esa misma manera se incluya por medio de sus legisladores, un artículo más completo respecto a la prueba de oficio y su manera de aplicabilidad.

Hay que tener presente que las leyes deben ser dirigidas a todos los ciudadanos, y que deberán ser entendidas por ellos. Para lograr esto, el legislador debe formular una estructura de manera organizada.

CONCLUSIONES

La prueba es la clave fundamental para que el juzgador resuelva un conflicto entre privados aplicado en el procedimiento civil, para que tenga la certeza de que la decisión tomada dentro del proceso es el adecuado, lograr el convencimiento de los hechos y dar la seguridad jurídica a las partes.

La actividad probatoria es de titularidad de las partes en el proceso, no obstante, la figura de la prueba de oficio, en nuestra legislatura procesal, ha ido tomando protagonismo, dándole al juez la capacidad de ser parte activa en el proceso incluso en el conflicto mediante la potestad discrecional de solicitarla bajo la denominación de “prueba para mejor resolver” esto bajo la fundamentación de la búsqueda de la verdad material. sin embargo, esta potestad debe ser reglada de forma clara, más allá de una simple descripción existente en la norma procesal civil ecuatoriana, pues el grado de discrecionalidad del juzgador sin reglas precisas puede conllevar la afectación del goce equitativo de los derechos pudiendo poner en desventaja a una parte frente a la otra, Es por eso que el análisis jurídico sobre la prueba para mejor resolver es de carácter urgente ya que pudiera estar afectando a principios procesales de rango constitucional y que por interdependencia se relacionan con los de índole procesal como el principio dispositivo, de imparcialidad y contradicción

RECOMENDACIONES

1. Que se incluya una reforma al artículo 168 del Código Orgánico General de Procesos por medio de la cual se garantice el uso correcto de la prueba de oficio y evitar futuras vulneraciones o arbitrariedades de parte del juez.
2. A su vez, se incluyan nuevos artículos, para explicar de mejor manera la prueba de oficio, sus alcances, límites y su manera de aplicarla, así también determinar cuándo no aplicarla y así obtener una ley más precisa. De esta manera se evitaría vulneraciones al debido proceso y a los principios constitucionales. Es por eso que recomiendo la siguiente reforma:

Artículo 168.- Prueba para mejor resolver. La o el juzgador podrá, excepcionalmente, ordenar de oficio y dejando expresa constancia de las razones de su decisión, la práctica de la prueba que juzgue necesaria para el esclarecimiento de los hechos controvertidos. Por este motivo, la audiencia se podrá suspender hasta por el término de quince días (Código Orgánico General de Procesos, 2018).

Artículo 168.- Prueba para mejor resolver. La o el juzgador podrá, excepcionalmente, ordenar de oficio y motivadamente, dejando expresa constancia de las razones de su decisión, la práctica de la prueba que juzgue necesaria para el esclarecimiento de los hechos controvertidos siempre y cuando:

1. Reaiga sobre pruebas mencionadas dentro del proceso o en cualquier acto procesal de las partes,
2. Las pruebas decretadas de oficio estén sujetas al principio de contradicción de las partes,

3. Para su práctica, la audiencia respectiva se suspenda hasta por el término máximo de treinta días.

Referencias

- Aguirrezabal, M. (2017). El Principio Dispositivo y su Influencia en la Determinación del Objeto del Proceso en el Proceso Civil Chileno. *Revista De Derecho Privado*, 423-441.
- Alvarado Velloso, A. (2009). El Garantismo Procesal. Activismo y Garantismo Procesal. *Revista de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*.
- Alvarado, A. (2014). Proceso y República Crítica a las tendencias actuales del Derecho Procesal. *Pensamiento civil*, 1-49.
- Código General de Procesos. (2012). Código General de Procesos. *Art 169, Prueba de Oficio*. Colombia.
- Código Órgánico de la Funcion Judicial. (22 de mayo de 2015). Código Órgánico de la Funcion Judicial. Ecuador: Registro Oficial .
- Código Órgánico General de Procesos. (21 de agosto de 2018). Código Órgánico General de Procesos. Ecuador: Registro Oficial.
- Corte Constitucional. (s.f.). Desarrollo Jurisprudencial de la Primera Corte Constitucional.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (28 de agosto de 2013). Caso Campos Camba y otros vs Ecuador. Ecuador.
- Couture, E. (1993). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Roque Depalma .
- Devis Echandia, H. (1964). *Nociones Generales de Derecho Procesal Civil*. Madrid: Aguilar S.A.
- Díez-Picazo, I. (1994). Un Recorrido por Algunas Cuestiones Básicas del Derecho Procesal Como Disciplina Jurídica. *Anuario de la Facultad de Derecho*, 265-296.
- Fernandez, M. Á. (2004). Derecho a la Jurisdicción y Debido Proceso. *Estudios Constitucionales*, 99-121.

- Gaitán, L. (2010). La Prueba de Oficio en el Proceso Civil: ¿Imparcialidad del Juez e Igualdad de las Partes? *Revista de Derecho Privado* , 1-22.
- García Falconi, R., Pérez-Cruz, A., Alonso-Cuevillas, J., Álvarez Alarcón, A., Gutiérrez de Cabiedes, P., Fernández Heredia, P., y otros. (2018). *Código Orgánico General de Procesos Comentado*. Quito: Latitud Cero Editores .
- Lessona, C. (1906). *Teoría General de La Prueba en el Derecho Civil*. Madrid: Hijos de Reus.
- Maraniello, P. (2012). El Activismo Judicial, Una Herramienta de Protección Constitucional. *Revista de Ciencias Sociales*, 46-83.
- Meneses, C. (2014). Fuentes de prueba y medios de prueba en el proceso civil. *Revista Ius Et Praxis*, 43-86.
- Montero, J., & Chacón, M. (2002). *Manual de Derecho Procesal Civil*. Guatemala: El Juicio Ordinario.
- Neira, A. (2019). Tutela colectiva y principios procesales. Las necesarias limitaciones del principio dispositivo en los procesos colectivos. *Revista Ius et Praxis*, 195-250.
- Oyarte, R. (2006). *La Acción de Amparo Constitucional, Jurisprudencia, Dogmática y Doctrina, Segunda Edición*. Quito: Fondo Editorial de la Fundación Andrade & Asociados.
- Oyarte, R. (2016). *Debido Proceso*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Peyrano, J. W. (2011). Acerca de los "Ismos" en Materia Procesal Civil. *Revista del Foro de Práctica Profesional de Santa Fe*.
- Pezo, V. (1959). El principio inquisitivo en la reforma del proceso civil. *Revista Jurídica del Perú*, 227.
- Rosenberg, L. (1955). *Tratado de Derecho Procesal Tomo I*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-América .

- Ruiz Guzmán, A., Aguirre Castro, P., & Avila Benavidez, D. (2016). Desarrollo Jurisprudencial de La Primera Corte Constitucional . *Desarrollo Jurisprudencial de La Primera Corte Constitucional (periodo noviembre 2012- noviembre 2015)*. Quito: Secretaria Técnica Jurisdiccional .
- Taruffo, M. (2008). *La prueba, Artículos y Conferencias*. Santiago de Chile: Editorial Metropolitana.

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, **Yánez Pérez Ariana Valentina**, con C.C: # 0704491604 autora del trabajo de titulación:
**La Prueba para Mejor Resolver su Planteamiento en el Código Orgánico General de
Procesos**, previo a la obtención del título de **Abogado de los Tribunales de la República del
Ecuador** 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 titulación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

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

Guayaquil, **28 de agosto del 2020**

f. _____
Yánez Pérez Ariana Valentina
C.C: **0704491604**

REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA
FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE TITULACIÓN

TEMA Y SUBTEMA:	La Prueba para mejor resolver su Planteamiento en el Código Orgánico General de Procesos.		
AUTOR(ES)	Yáñez Pérez Ariana Valentina		
REVISOR(ES)/TUTOR(ES)	Aguirre Valdez Javier Eduardo		
INSTITUCIÓN:	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
FACULTAD:	Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales		
CARRERA:	Carrera de Derecho		
TÍTULO OBTENIDO:	Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador		
FECHA DE PUBLICACIÓN:	28 de agosto del 2020	No. 39 DE PÁGINAS:	25
ÁREAS TEMÁTICAS:	La Prueba de Oficio, Principio Dispositivo, Reforma del Cogep.		
PALABRAS CLAVES/KEYWORDS:	<i>Prueba de Oficio, Principio Dispositivo, Jurisdicción, Sistema Dispositivo, Sistema Acusatorio, Principio de Contradicción, Principio de Imparcialidad.</i>		

RESUMEN/ABSTRACT:

Las personas, al vivir en sociedad, hacen que la interrelación genere conflictos, mientras las normas no pueden evitar aquello pues son susceptibles de ser violadas y ante tales hechos el Estado, para prevenir que cada individuo busque su autotutela, se apodera de la capacidad de dirimir la controversia resolviéndola sin que se llegue a la justicia por mano propia. Ahora bien, si el monopolio de resolver controversias queda en manos del Estado sin que éste tenga un mecanismo de aplicabilidad en la práctica, sería utópica la aplicabilidad de la justicia y, ante ello, nace el derecho procesal.

El derecho procesal busca la realización del derecho sustancial, pero, para llegar a esa concreción en la resolución de un conflicto, es indispensable un elemento conductor entre el derecho sustancial y el medio para resolverlo que, sin duda, es la prueba. La generalidad de la prueba es la actividad procesal, cuya titularidad recae sobre las partes, y por excepcionalidad al juez, siempre y cuando se tomen en cuenta las garantías constitucionales.

People, by living in society, cause the interrelation to generate conflicts, while the norms cannot avoid because they are susceptible to being violated and in such events the State, to prevent each individual from seeking self-protection, seizes the capacity to settling the controversy by resolving it without reaching justice by one's own hand. Now, if the monopoly of resolving disputes remains in the hands of the State without it having a mechanism of applicability in practice, the applicability of justice would be utopian and, before this, procedural law is born.

The procedural law seeks the realization of the substantial right but, in order to reach that specificity in the resolution of a conflict, a conductive element between the substantial law and the means to resolve it is essential, which, without a doubt, is evidence. The generality of the evidence is the procedural activity, whose ownership falls on the parties, and by exception to the judge, as long as the constitutional guarantees are taken into account.

ADJUNTO PDF:	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO
CONTACTO CON AUTOR/ES:	Teléfono: 0983324642	E-mail: arianyanezp@gmail.com
CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN (COORDINADOR DEL PROCESO UTE):	Maritza Ginette Reynoso Gaute	
	Teléfono: +593-4-994602774	
	E-mail: Maritza.reynoso@cu.ucsg.edu.ec	

SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA

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