

**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
FACULTAD DE JURISPUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS
MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**

**TEMA DE TITULACIÓN:
PRUEBA DE OFICIO EN EL SISTEMA PROCESAL DEL ECUADOR**

AUTOR:

AB. BURGOS ARÁMBULO BLANCA PIEDAD

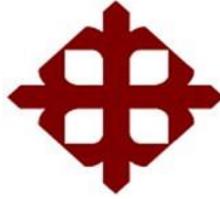
**PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL GRADO ACADÉMICO DE: MAGÍSTER EN
DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**

TUTORA:

DRA. ISABEL NUQUES M, MG.

GUAYAQUIL, ECUADOR

2021



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

**SISTEMA DE POSGRADO
FACULTAD DE JURISPUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS**

MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo fue realizado en su totalidad por **Blanca Piedad Burgos Arámbulo**, como requerimiento parcial para la obtención del Grado Académico de **Magíster en Derecho Mención Derecho Procesal**.

DIRECTOR DEL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

Dra. María Isabel Nuques Martínez

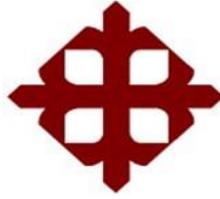
REVISOR

Dra. Nuria Pérez Puig-Mir.

DIRECTOR DEL PROGRAMA

Dr. Miguel Hernández Terán

Guayaquil, a los 27 días del mes de abril del año 2021



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

**SISTEMA DE POSGRADO
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS**

MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo, Blanca Piedad Burgos Arámbulo

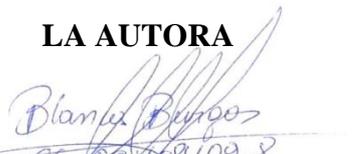
DECLARO QUE:

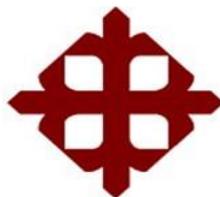
El Proyecto de Investigación: “Prueba de Oficio en el Sistema Procesal del Ecuador”, previo a la obtención del **Grado Académico de Magíster en Derecho, mención Derecho Procesal**, ha sido desarrollado en base a una investigación exhaustiva, respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan al pie de las páginas correspondientes, 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 de la tesis del Grado Académico en mención de Derecho Procesal.

Guayaquil, a los 27 días del mes de abril del año 2021

LA AUTORA


Blanca Piedad Burgos Arámbulo



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

**SISTEMA DE POSGRADO
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS**

MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL

AUTORIZACIÓN

Yo, Blanca Piedad Burgos Arámbulo

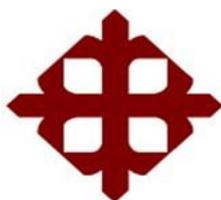
Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, la **publicación** en la biblioteca de la institución del Proyecto de Investigación previo a la obtención del Grado Académico de Magíster en Derecho Mención Derecho Procesal en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, titulado: **Prueba de Oficio en el Sistema Procesal del Ecuador**, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, a los 27 días del mes de abril del año 2021

LA AUTORA:



C.I. 109468409-8
Blanca Piedad Burgos Arámbulo



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

**SISTEMA DE POSGRADO
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS**

MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL

INFORME DE URKUND

The screenshot displays the URKUND interface. On the left, a sidebar shows document metadata: 'Documento' (TESIS FINAL PARA SUSTENTACION-BLANCA BURGOS - 20-04-2021 URKUND.docx), 'Presentado' (2021-04-21 19:13), 'Presentado por' (Andrés Isaac Obando Ochoa), 'Recibido' (miguel.hernandez.ucsg@analysis.orkund.com), and 'Mensaje' (RV: MAESTRIA BLANCA PIEDAD BURGOS ARÁMBULO - CORRECCION DE URKUND). The main area shows a 'Lista de fuentes' (List of sources) with a table of detected references. A status bar at the bottom indicates '1 Advertencias' (1 Warning) and provides options for 'Reiniciar', 'Exportar', and 'Compartir'.

Categoría	Enlace/nombre de archivo
	http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/15304/1/T-UCE-013-AB-267-2018.pdf
	MERCEDES TESIS-10-01-2020(2).docx
	MENA BALAREZO JORGE GEOVANNY.pdf
	https://repository.eafit.edu.co/bitstream/10784/11250/2/MariaAlejandra_RuizUribe_Alejandr...
	http://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/881/1/TUAYGMPCIV0005-2015.pdf

AGRADECIMIENTO

A la Universidad Católica Santiago de Guayaquil donde he encontrado un espacio para el desarrollo pleno de mi actividad profesional, rodeada de profesionales con un alto nivel de conocimiento y donde la excelencia académica priva por sobre todos los otros valores lo que conlleva a superarme día a día para lograr la formación por mi buscada. A todos los docentes, especialmente al Dr. Miguel Hernández Terán - Director del Programa, a la Dra. Isabel Nuques M, Mg, asesora de esta Tesis por su alta calidad humana y su preparación jurídica profesional lo que ha constituido una fuente de enseñanza y aprendizaje.

Al Dr. Francisco Obando Freire por su dirección metodológica impartida con mucha paciencia demostrando una gran entrega a sus funciones.

Al Ing. Andrés Obando Ochoa, coordinador académico por su atención esmerada en su multifacética labor.

Blanca Piedad Burgos Arámbulo

DEDICATORIA

Primeramente a DIOS que me ha dado la sabiduría y el entendimiento para llegar a alcanzar los logros de los cuales este es el primero de muchos más siempre con su bendición.

A ti, amado padre Boanerges Burgos Briones que siempre estás a mi lado aunque no pueda abrazarte pero sé que me acompañas desde tu última morada y te regocijas por este logro.

A mi madre que siempre me ha acompañado llena de orgullo porque ha visto y conocido de mi sacrificio y me has inspirado a ser lo que soy, gracias por tu ejemplo de lucha y vida.

A mi esposo y a mis hijos que hacen de los tiempos una realidad que hoy les entrego en homenaje por su compañía y apoyo, aún en dificultades y aciertos.

A mis hermanas y hermanos, incondicionales en lo que apoyo y fortaleza jamás me han defraudado.

A los amigos, esos que en el anonimato siempre han estado y sé que estarán porque los árboles mueren de pie y estos son los que nos dan la sombra cuando nos sofocan y abrazan los problemas. Gracias por su Amor, Fe e ineludible apoyo en todo momento.

Blanca Piedad Burgos Arámbulo

ÍNDICE GENERAL

AGRADECIMIENTO.....	VI
DEDICATORIA.....	VII
ÍNDICE GENERAL.....	VIII
RESUMEN.....	XII
ABSTRACT.....	XIII
INTRODUCCIÓN	1
1.1- Descripción y Definición del Problema	6
1.2- Hipótesis.....	8
1.3- Objetivos	8
1.3.1- Objetivo General.....	8
1.3.2- Objetivos Específicos	9
2- Variables e indicadores del problema planteado.....	9
2.1- Variable independiente:.....	9
2.2- Variable dependiente:.....	10
3- Justificación	10
4- Preguntas de la investigación.	11
CAPÍTULO I.....	14
1. MARCO TEÓRICO	14
1.1. La prueba	14
1.1.1. Definición de la prueba.....	14
1.1.2. Diferencia entre prueba judicial y derecho probatorio.	17
1.2- Historia de la prueba	18
1.2.1. La prueba de oficio en los procesos dispositivos.....	20
1.2.1.1. Los principios del proceso civil en el siglo XIX.....	20
1.2.1.2 Sobre el proceso mismo.	21
1.2.1.3. La prueba de oficio en el siglo XX.	23
1.3. Fases de evolución de la prueba	25
1.3.1. Las pruebas judiciales en Grecia y Roma.....	25
1.4. Sistemas Procesales	30
1.4.1 Sistema Dispositivo	30
1.4.2 Sistema Inquisitivo.....	31

1.4.3. Sistema mixto.....	35
1.5. La prueba de oficio en el proceso civil moderno.....	35
2. Marco Doctrinario.....	39
2.1. El objeto de estudio: LA PRUEBA DE OFICIO	39
2.2. Bases teóricas.	45
3. Principios que rigen a la prueba judicial	46
3.1. El principio de oportunidad. O de igualdad de oportunidades	46
3.2. El principio de la inmediación y de la dirección del juez en la producción de la prueba.	48
3.3. El principio de la publicidad y publicitación de la prueba.	49
3.4. Principio de la necesidad de la prueba y de la prohibición de aplicar el conocimiento privado del juez sobre los hechos.	50
3.5. Principio de la eficacia jurídica y legal de la prueba.	50
3.6. Principio de la comunidad de la prueba también llamado de la adquisición.....	51
3.7. Principio de la lealtad y veracidad de la prueba.	51
3.8. Principio de la evaluación o apreciación de la prueba.....	52
3.9. Principio de la libertad de la prueba.	53
4. Clasificación de las pruebas.	55
5. Tipos de pruebas.....	55
5.1. Variedades y tipologías.	55
5.1.1. Pruebas Directas e Indirectas.	56
5.1.2. Pruebas positivas y pruebas negativas.	57
5.1.3. Pruebas Orales.	57
5.1.3.1. Declaración de peritos.	58
5.1.3.2. Las partes como fuentes de prueba.	60
5.1.4. Pruebas escritas.....	62
5.1.4.1. Documentos oficiales o públicos y privados.....	63
5.1.4.2. Valor probatorio de los documentos públicos.....	64
5.1.4.3. Documentos privados.....	64
5.1.5. Valor probatorio de los documentos privados.	65
5.2. Otros tipos de pruebas escritas.	65
5.2.1. Pruebas informáticas.	66
5.2.2. Pruebas circunstanciales.	68
5.2.3. Prueba pertinente	68
6. Aspecto doctrinario de la prueba de oficio.....	69
6.1. Visión desde la doctrina de la prueba de oficio.....	69

7. Naturaleza y concepto de la prueba de oficio	81
7.1. Objeto del proceso.....	83
7.2. El proceso mismo.....	84
7.3. La asunción de la dirección formal del proceso por el juez.....	85
7.4. Planteamiento sobre los poderes del juez.....	89
8. La Prueba de Oficio en el sistema procesal ecuatoriano	90
8.1. La práctica de pruebas de manera oficiosa.....	91
8.2 La sana crítica.....	92
9. Derecho Comparado.....	93
9.1. Análisis de derecho comparado de la legislación ecuatoriana con otros países con respecto a las pruebas de oficio o mejor resolver.....	93
9.1.1 República de Francia.....	93
9.1.2. El juramento supletorio.....	93
9.1.3. Conclusión	94
9.1.4. República Argentina.....	95
9.1.5. Conclusión.....	98
9.1.6. Estados Unidos de Norte América.....	98
9.1.7. Conclusión.....	99
9.1.8. República de España.....	100
9.1.9. Conclusión.....	101
9.1.10. República Italiana.....	102
9.1.11. Conclusión.....	102
9.1.12. República de Colombia.....	103
9.1.13. Conclusión.....	107
9.1.14. Conclusiones del derecho comparado.....	108
9.1.15. Análisis y resultado del derecho comparado.....	108
10. La escasa aplicación de las pruebas de oficio en la legislación ecuatoriana.....	109
11. MARCO LEGAL.....	110
11.1. Constitución de la República del Ecuador.....	110
11.2 Código Orgánico General de Procesos.....	110
11.3 Código Orgánico de la Función Judicial.....	111
12. JURISPRUDENCIA	112
12.1. Análisis de sentencias.....	112
CAPÍTULO III.....	118
3. MARCO METODOLÓGICO.....	118

3.1. Orientación.....	118
3.2. Proyección.....	119
3.3. Método descriptivo.....	120
3.4. Método deductivo.....	120
4. Instrumentos de investigación.....	120
5. Cualitativa.....	121
6. Cuantitativa.....	121
7. Fuentes y Recolección de Datos.....	122
7.1. Respuestas a los cuestionarios.....	122
8. Métodos empíricos.....	124
9. Resultados a alcanzar.....	125
CAPÍTULO IV.....	126
4. ANÁLISIS DE RESULTADOS.....	126
4.1 Conclusiones.....	126
CAPÍTULO V.....	128
CONCLUSIONES, CRITERIOS JURISPRUDENCIALES, RECOMENDACIONES y PROPUESTA.....	128
5.1. CONCLUSIONES.....	128
5.2. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES – PRUEBAS DE OFICIO EN MATERIA CIVIL.....	131
5.3. RECOMENDACIONES.....	137
5.4. PROPUESTA.....	138
5.4.1. Proyecto de ley reformatoria al C.O.G.E.P. en su art. 168.....	138
BIBLIOGRAFÍA.....	142

RESUMEN

En el sistema judicial de la República del Ecuador, el dispositivo dentro del cual se encuentra la prueba de oficio ha sido relegada a planos posteriores siendo un elemento de muy poca valoración probatoria al momento del análisis de todos ellos, para la conducción a la verdad procesal fundamental y de hecho, en reflejo de la parte de derecho comparado como en muchos países del mundo que sirve de manera efectiva a la obtención de la verdad procesal. El hecho de que exista la duda razonable de que la institución prueba de oficio, en algún momento pudo haber estado contaminada con arbitrariedades, esta temática definitivamente compleja no tiene por qué ser relegada ya que utilizada correctamente y dentro de los parámetros del análisis del juzgador competente en cumplimiento del debido proceso, resulta efectiva y de hecho ampliamente utilizada en otras naciones. El sistema metodológico usado es cualicuantitativo ya que se han realizado encuestas a diferentes magistrados judiciales, veinte Jueces y quince abogados del medio a fin de indagar criterios de aplicación y valoración sobre las pruebas de oficio, temática realmente compleja desde el punto de vista doctrinario ya que no es aplicada con asiduidad. Estos análisis llevan a la obtención de parámetros que basados en la razón y la experiencia de cada uno de los encuestados darán un aporte científico, teniendo en cuenta que la valoración de la prueba de oficio es fundamental al momento de tomar una decisión, el juzgador coherente y dejando de lado todo tipo de arbitrariedades pudiera presuponer llegar a un acercamiento real de la verdad.

Palabras claves: Acceso a la Justicia, Pruebas, Prueba de oficio, Medios de Prueba, Actividad Probatoria, Código Orgánico General de Proceso.

ABSTRACT

In the judicial system of the Republic of Ecuador, the within which ex officio evidence is located has been delegated to later levels being an element of very little evidentiary assessment at the time of the analysis of all of them, for the conduct of fundamental procedural truth and indeed, reflecting the part of comparative law as in many countries of the world that effectively serves to obtain procedural truth. The fact that there is reasonable doubt that the institution proves of its own motion, at some point may have been contaminated with arbitrariness, this definitively complex subject does not have to be delegated since it used correctly and within the parameters of the competent court's analysis in compliance with due process, is effectively and in fact widely used in other nations. The methodological system used is cualicuantitative as surveys have been carried out on different judicial judges, twenty judges and fifteen lawyers in the medium in order to investigate criteria of application and assessment on ex officio evidence, a subject that is really complex from a doctrinal point of view as it is not applied assiduously. These analyses lead to the obtaining of parameters that based on the reason and experience of each of the respondents will give a scientific contribution, taking into account that the assessment of the ex officio test is fundamental when making a decision, the consistent judge and leaving aside all kinds of arbitrariness could presuppose to reach a real approach to the truth.

Keywords: Access to Justice, Evidence, Proof of office, Means of Evidence, Evidentiary Activity, General Organic Code of Process.

INTRODUCCIÓN

Al revisar y estudiar la actual estructura procesal de la República del Ecuador (Sistema dispositivo), se encuentran Normas Constitucionales que tienen como objetivo la Regulación del Sistema Probatorio para garantizar la validez que debe tener la prueba cuando se trata de materia procesal civil; y, como segundo punto de las tareas asignadas, es conocer con mayor claridad todo lo concerniente a la facultad que tienen los jueces para disponer u ordenar que se hagan pruebas de oficio, que a su criterio jurídico estime que son necesarias para fortalecer los elementos de convicción que se requieren para emitir una Resolución en el contexto de una controversia, que debe ser tratada en el marco del Debido Proceso; y, teniendo en cuenta de la existencia de evidentes limitaciones normativas que brinda el actual ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Definitivamente en la legislación ecuatoriana las pruebas de oficio no han sido utilizadas en su totalidad ni han sido investigadas para así poder ver, a través de estos estudios los grandes beneficios que aportan a la resolución y el provecho que se obtendría a través de la investigación de esta institución.

La prueba oficiosa, a más de ser una excelente herramienta para la resolución de hechos controvertidos, se ha convertido en estos últimos tiempos un tema de verdadero debate jurídico en cuanto a la aplicación o no de las mismas, con sus detractores y defensores en lo que respecta a su utilización. Siempre será necesario que el juez como tal, verifique por motus proprio todos los hechos que se presenten dentro de la controversia y con ello se lograría garantizar los intereses de ambas partes.

De lo expresado se desprende la tarea de llevar a cabo un análisis de las normativas vigentes, que dan potestad al operador de justicia (juez) para disponer que se haga la prueba de oficio, cuando dicha autoridad considera que en algún momento del proceso relacionado a la etapa

probatoria encuentra algún aspecto que no lo convence y por tal situación limita encontrar la verdad de los hechos cuando surge una controversia. La actuación del juez, deberá enmarcarse en todo momento en el marco del debido proceso y teniendo presente los limitantes que el propio ordenamiento jurídico así lo determine, de otra manera se podría interpretar al juzgador como juez y parte (que es el motivo donde nace la crítica), es decir que dejaría de ser imparcial.

1- EL PROBLEMA.

"La falta de aplicación efectiva de la prueba de oficio en la legislación ecuatoriana"

Antecedentes.

El análisis efectuado dio los siguientes resultados: En primer lugar se recoge el trabajo realizado por Escobar (2010) de la Universidad Andina Simón Bolívar, sobre: "La valoración de la prueba, en la motivación de una sentencia en la legislación ecuatoriana"; el autor dice que esta figura legal debe ser apreciada en conjunto, dada la razón por la cual ha sido incluida, y la persona de tal apreciación es el juez, que por ley está obligado a manifestar en la resolución cuál es su valoración de cada una de las pruebas aportadas, las mismas que son valoradas por la autoridad siguiendo un estricto procedimiento del uso de la lógica y la razón, acorde con lo usualmente aceptado en los parámetros de la sana crítica.

Es indispensable que las pruebas para que tengan la apreciación del juez, estas deben incorporarse según lo que señala el Código y dentro de un criterio colectivo, tal como se señaló con anterioridad que estén dentro de lo que exige la regla de la sana crítica y sin dejar de lado lo que son las salvedades que exige la ley sustantiva para lo que corresponde a la existencia o validez jurídico de tales actos. Se concluye que el juzgador/a tiene obligación de manifestar razones fundamentales en la expedición de la resolución, que representen a una valoración integral de las pruebas que han contribuido a justificar la decisión de la autoridad judicial (PROCESOS, Código Orgánico General de procesos, 2018).

Sobre el tema en mención, basta revisar la Constitución para reconocer que hay artículos dedicados al control en la Ley para controlar el accionar de los jueces en las tareas que emprendan en cuanto a valorar las pruebas que le presenten y la correspondiente emisión de los fundamentos tanto de hecho como de derecho durante el proceso (Pérez, 2010, pág. 4).

La legislación ecuatoriana dispone que toda sentencia emitida por autoridad competente (Jurisdiccional) debe ser motivada, que en términos legales significa que el juez de la causa deberá dar criterios de valoración por cada una de las pruebas que forman parte del proceso en materia civil; y que además estén sustentadas con criterios de la sana crítica.

Otro trabajo similar, como de la investigadora Carvajal (2014) expone en su tesis titulada “La aplicabilidad de la prueba dentro del proceso civil ecuatoriano”.

En opinión de la autora, la prueba se enmarca en el contexto del Derecho Procesal, que por la práctica, se presenta y se defiende ante los Tribunales de Justicia, cuando surgen litigios y las partes o interesados procuran fervientemente probar cada uno de sus alegatos para ganar el juicio. Ante esto el Código de Procedimiento Civil (ya fue derogado) le dedicaba un conjunto de normas relativas para orientar a como se debe rendir las pruebas durante el juicio. Pero así mismo vale enfatizar que la prueba es un elemento sustancial que compone el Derecho Civil. Yendo a lo práctico del análisis, se presentan situaciones que deben probarse por afuera del proceso del juicio, así tenemos un ejemplo que aclara lo dicho: Es el caso que dos personas que desean contraer matrimonio, y una de los documentos exigibles por parte de la autoridad es presentar la cédula en la cual está consignada la edad, y se podrá celebrar el acto siempre y cuando los intervinientes tengan al menor la edad mínima que exige la Ley ¿Por qué es importante este requisito? La cédula es una prueba que contiene una parte sustantiva que expresa la determinación de los medios de prueba: en cuanto a su admisibilidad; el valor probatorio de los diversos medios de la prueba. Se dice y con mucha razón en los medios jurídicos, “lo que debe probarse son los hechos y de ningún modo el Derecho (Herrera, 2014, pág. 14).

La Ab. María José Loor Morales, como postulante de la Universidad Regional Autónoma de los Andes Universidad de Guayaquil, en el trabajo titulado “La Prueba de Oficio – Discrecionalidad e Imparcialidad del Juez”, se ocupa en referirse al oficio judicial escrito por

Osorio, que sostiene que le asiste a los jueces y tribunales el tener la potestad para interponer basado a su propia autoridad, sin que por ello exista requerimiento de los involucrados (partes), en lo que corresponde a causas civiles donde suelen restringirse, para alcanzar un total esclarecimiento de todos hechos presentados en el proceso. (Gallardo., 2009)

El Análisis de lo presentado conduce a que la prueba de oficio consiste en ser una herramienta de índole jurídica procesal de gran importancia para el juzgador que puede hacer uso de ello cuando lo crea conveniente en casos de que es imprescindible dilucidar cualquier duda racional que aparece cuando el planteamiento de tal o cual prueba cumple o nó su cometido.

Para la autora, dice que cuando el juez decide hacer uso de esta potestad simultáneamente se infringe determinados principios del proceso, continua la Ab. María José Looor Morales en el caso que el susodicho juez una vez concluida la etapa probatoria dispone u ordena que se haga alguna prueba, los involucrados (partes) no podrán presentar otras instancias probatorias y comenta que la prueba ordenada de oficio no cumplirá con su cometido y que únicamente servirá para resolver a favor de uno de los involucrados, se podrá decir con mucha convicción de que ese proceder (del juzgador) atenta definitivamente contra el principio procesal que dice que todo juez debe actuar con imparcialidad; además afectará otro principio conocido como la Neutralidad del Juzgador, tal como lo señala el numeral 10 correspondiente al Código Orgánico de la Función Judicial, (según expresa la autora); y está es así, porque altera definitivamente la esencia del proceso, la idoneidad del cargo de la autoridad y lo que constituye el debido proceso. alega la autora que, el disponer que se cumpla una prueba de oficio (adicional a los existentes), el resultado estará más direccionado a asumir la postura de uno de los involucrados, en otras palabras a fortalecer la posición de uno de los involucrados en el conflicto, y sin duda su fallo estará parcializado, lo cual afectará al restablecimiento de la Justicia otro elemento que se desprende del análisis, es saber que se da también una alteración significativa a las bases del

proceso civil, que se sostiene o consagra que el éxito o fracaso de un juicio solo dependerá del trabajo aportativo de las partes para conseguir lo que desean del proceso.

Al llevar a la parte de las conclusiones, la investigadora, dice que la prueba de oficio o no dudarle es un instrumento procesal de enorme importancia con lo que disponen los jueces en su afán de encontrar la verdad procesal, que es la fuente esencial que sirve para el pronunciamiento del sancionador en la solución de los hechos controvertidos puestos a su consideración y análisis. Para encontrar el peso jurídico que tiene la prueba de oficio en el proceso civil, se debe remitir a un antecedente histórico que diga cómo esta figura jurídica ha ido solventándose con el paso del tiempo. En este sentido vale la ocasión para hacer un acercamiento hacia otros sistemas jurídicos que la acepten o la han incorporado ampliamente. La búsqueda eleva a algunos países como Francia, Estados Unidos, España, Italia, entre otros países adheridos, que la han acogido sin muchos problemas la prueba de oficio, y por esto el juez la incorpora como una facultad discrecional, siendo un tema que será ampliado más adelante.

1.1- Descripción y Definición del Problema

A partir de la puesta en vigencia de la Prueba de oficio, que sucedió en mayo del 2015, se producía a no dudarle un cambio normativo de enorme importancia; y que en la mente del legislador al crearla serviría para la regulación de la dinámica procesal en todas las materias, con excepción en los ámbitos constitucionales, electoral y penal; y siempre dentro de la observancia de lo que es el Debido Proceso; el mismo que está legislado en su primer artículo. Los resultados de este hecho, según expertos en el Derecho Civil trajeron como consecuencia cambios sustanciales en la parte jurídica en lo que corresponde a la materia procesal civil.

La audiencia de presentación de prueba y la audiencia definitiva son algunos de los elementos que el C.O.G.E.P. ha aportado.

La puesta en escena de los procesos en forma oral, es un mérito del Código, del cual existe un amplísimo consenso de su eficacia para agilizar juicios con el menor gasto y tiempo posible y sobre todo en encontrar con menos obstáculos la verdad procesal, el mismo que va atado a la inclusión de otra figura de enorme relevancia como es la prueba de oficio que fue instituida para mejorar sustancialmente la materia probatoria, y que está considerada dentro del Art. 168 del indicado código en el ámbito civil, pero sin ser una novedad que llame la atención a los juristas pues ya tenía su presencia en el Art. 118 del Código Procesal Civil que en las actuales circunstancias no es empleado por encontrarse derogado pero es necesario conocer que mientras tenía vida jurídica era empleado de manera amplia. Así que su incorporación en el C.O.G.E.P. no la vuelva una novedad; recalcando eso sí que puede ser utilizada pero de manera muy excepcional, y sujeta a la justificación jurídica del Juez por haberla incluido en el proceso, a fin de que no sea entendido como favorecedor de una de las partes del juicio, lo que valdría a pensar en una parcialización del sancionador con una de las partes involucradas en el proceso.

De acuerdo al marco constitucional que impera en el Ecuador, le asigna como primera obligación al Estado la Obligación de garantizar de forma amplia el cumplimiento irrestricto de todos los Derechos Fundamentales que le asisten a sus habitantes; y según este mandato tiene que ver al derecho a la protección de manera efectiva y en segundo término al debido proceso, de este cumplimiento por parte de la institución del Estado, se garantizará a que toda persona tenga el total acceso a la justicia, y que cualquier proceso que se instaure se arreglen conforme a los derechos y obligaciones que deben asumir las partes envuelta en una controversia; y que la figura de sancionador que resulta en su idoneidad sea el profesional en derecho que se enmarque en los requisitos para intervenir como juez, siendo de principio a fin del proceso una persona revestida de independencia, imparcialidad y competencia.

De lo dicho también se desprende, que la Constitución vigente del Ecuador (2008) le da facultades para que el juzgador en el contexto del C.O.G.E.P utilice de buena manera los medios

que sean idóneos para alcanzar exitosamente la resolución de controversias que le llegan a su despacho, sabiendo de antemano que en nuestro sistema dispositivo, la autoridad del juez está revestido de facultades Constitucionales para garantizar que no se violen en ningún momento los derechos de las partes, y para que esto se cumpla de manera transparente debe actuar siempre como un actor de justicia imparcial y de ningún modo pueda convertirse en un actor que interfiera en alguna resolución que puede presumir ventajas a favor de uno y afectaciones negativas para otro.

1.2- Hipótesis.

- La prueba de oficio es un instrumento jurídico que la Ley le otorga al juez o jueza para resolver de manera imparcial y justa las controversias que se suscitan durante un proceso civil con el fin de encontrar la verdad procesal y fallar conforme al Debido Proceso.

1.3- Objetivos

1.3.1- Objetivo General

- Determinar la vulneración del debido proceso al momento de la no aplicación de las pruebas de oficio en los procesos civiles.
- Demostrar las ventajas que tienen los jueces/as al hacer uso de las pruebas de oficio en los procesos civiles, y hacer del uso de estas más que una atribución una obligación del juez/a para su aplicación dentro de las normas procesales que las consagran ya que estas constituyen un instrumento facilitador a la justicia efectiva e imparcial.

1.3.2- Objetivos Específicos

- Revisar la normativa del sistema probatorio en el proceso civil ecuatoriano, en lo que respecta a la práctica de las pruebas de oficio.
- Analizar en la doctrina nacional e internacional y en las normas constitucionales, el respeto al debido proceso que es considerado el objetivo de la tutela judicial efectiva.
- Demostrar la necesidad jurídica de fomentar la implementación de las pruebas de oficio en los procesos civiles, ya que éstas son un instrumento procesal de gran valor que permite resolver las causas con mayor oportunidad de llegar a la verdad procesal.
- Difundir la institución de la prueba de oficio instruyendo a los jueces civiles sobre las ventajas que estas ofrecen, sustentando criterios de doctrina y con el análisis jurisprudencial nacional e internacional, al respecto de esta institución de la actividad oficiosa en el sistema probatorio y así propender a que desarrolle el conocimiento pleno de esta institución y sus beneficios procesales.

2- Variables e indicadores del problema planteado.

2.1- Variable independiente:

La utilización de las pruebas de oficio por parte de los jueces en los procesos civiles.

Indicadores:

- La existencia de estas pruebas de oficio como medio para esclarecer los hechos controvertidos
- Existe la facultad para los jueces de poder ordenar las pruebas de oficio.
- La existencia de extensa jurisprudencia sobre la aplicación de las pruebas de oficio donde se aplica el uso de las mismas.

2.2- Variable dependiente:

Las controversias en los Juicios Civiles.

Indicadores:

- Análisis del porque no uso de la herramienta procesal.
- Restricciones para llegar a la certeza de los hechos.
- La posibilidad clara que la/s sentencias sean objeto de impugnación.
- Exposición de los jueces/as a reclamos o impugnaciones por no haber cumplido a cabalidad con todos los recursos a su disposición para llegar a la verdad procesal.

3- Justificación

Esta investigación se justifica plenamente por lo que constituye un análisis enmarcado dentro del sistema probatorio civil, el cual contribuye al estudio de la figura de la prueba de oficio para que estas sean un aporte valioso al debido proceso, el juzgador/a con esta institución, debidamente usadas no van a permitir que se cometan abusos en el proceso y la mencionadas pruebas de oficio brindarán sin lugar a dudas de mayor seguridad jurídica y en lo que respecta al derecho procesal civil esta institución hará que se obtengan mayor cantidad de beneficios, de los cuales la confianza en el ordenamiento y la confianza, en el ordenamiento jurídico y la administración de justicia y los propios querellantes son sus beneficiarios directos. Por lo anotado se desprende la imperiosa necesidad de que muchos egresados de Derecho se interesen en este tema para profundizar aún más los estudios, que sin duda aportará a la mejor utilización de la figura de la Prueba de Oficio.

Como un aspecto complementario a los estudios de la prueba de oficio, es aconsejable que se tomen muy en cuenta las aportaciones que en este tema han realizado importantes tratadistas que de diferentes escuelas y nacionalidades; cuyo valioso material como son

opiniones y experiencias puedan dar más luz hacia la resolución de ciertas controversias que aún susciten sobre la eficacia de la figura de la prueba de oficio, como por ejemplo, de las críticas que ciertos estudiosos de la materia hacen en cuanto a que este instrumento si afecta (para ellos) en lo que respecta al Debido Proceso, que puede aparecer como una parcialización del juez hacia una de las partes y en contra del otro litigante si no es utilizado e debida forma, tal como lo recomienda el Art. 168 del C.O.G.E.P.. La crítica en otras palabras se fundamenta en el tenor de que la Prueba de Oficio no contribuya plenamente a la verdad procesal.

En el desarrollo de esta tesis se ha buscado obtener elementos y estrategias por las que se pueda difundir la correcta aplicación de la prueba de oficio en el sistema probatorio del Ecuador y de esa forma se llegará a la estimulación de procesos justos que, consecuentemente lograrán fortalecer el sistema garantista que estimula nuestra Constitución, con el respeto al debido proceso y a la tutela judicial efectiva. La pruebas de oficio, definitivamente se originan en el hecho de que, en los procesos es necesario una respuesta a la normativa jurídica y una necesidad de que se incorporen mecanismos legales que autoricen a jueces/as a buscar por todos los medios que, sin dejar el debido proceso hagan que se llegue a la verdad procesal de una manera ecuánime y coherente.

4- Preguntas de la investigación.

1. ¿La prueba de Oficio, tal como está expresada actualmente, requiere alguna modificación y en que parte, para que sea un instrumento de valioso utilidad para los jueces que administran justicia en el área civil?
2. ¿La prueba de oficio puede prescindirse sin que afecte al Debido proceso?
3. ¿En qué circunstancia la Prueba de oficio se vuelve necesaria y en qué nó?

4. ¿Las críticas en Derecho para la utilización de la Prueba de Oficio son suficientes para que esta figura desaparezca?
5. ¿La Reglamentación en la Ley para el uso correcto de la Prueba de Oficio por parte del juez, garantiza al sancionador para que actúe imparcialmente?
6. ¿La Prueba de oficio afecta al Debido Proceso?
7. ¿La Prueba de Oficio es obligada aplicarse en los Procesos Civiles?
8. Están suficientemente capacitados los operadores de justicia para aplicar correctamente la ¿Prueba de Oficio?
9. ¿Es imprescindible que el juez de la causa en un juicio civil justifique en Derecho el por qué dispone que se haga la Prueba de Oficio?

2- Delimitación del problema.

3- Campo: Derecho Procesal

4- Área: Procesal Civil

5- Tema: Prueba de oficio.

6- Problema: "La falta de aplicación efectiva de la prueba de oficio en la legislación ecuatoriana" principalmente en los procesos civiles y como afecta la no aplicación de las mismas y, la afectación si la hubiere en el debido proceso y a la determinación de la verdad procesal al momento del dictado de la sentencia.

7- Delimitación espacial: Tribunales civiles de la República del Ecuador.

8- Delimitación temporal: Agosto – Septiembre de 2020.

En el capítulo uno expondré el marco teórico de esta investigación, detallando conceptos, doctrina, jurisprudencia, normativa y la legislación comparada con los Estados Unidos de Norte América, Francia, Italia, España, Argentina y Colombia.

En el capítulo dos se describe la metodología aplicada a la investigación, sus hipótesis, y planteamiento de como el autor del presente trabajo sugiere resolver el problema investigación.

En lo que corresponde al capítulo 3 se expondrá el diagnóstico de la investigación mediante los siguientes elementos:

- Análisis e interpretación de las encuestas y entrevistas a las personas involucradas en el presente estudio.
- Elaboración de las conclusiones y recomendaciones.

El Capítulo 4 tratará sobre los aspectos de la discusión que genera el planteamiento del estudio, como es en este caso la implementación de la prueba de Oficio.

El Capítulo Cinco contiene la propuesta o solución de la investigación, que consiste en un material reflexionado para el mejoramiento de la eficacia de la figura Jurídica conocida como Prueba de Oficio.

El Capítulo Sexto contiene la literatura que habla de las conclusiones y recomendaciones que surgen una vez concluida las fases del estudio preliminar (El problema), y análisis e interpretación de las encuestas y entrevistas a las personas involucradas en el contexto del estudio.

CAPÍTULO I

1. MARCO TEÓRICO

1.1. La prueba

1.1.1. Definición de la prueba

Según lo menciona Echandía (2017) sobre lo que ocurre en instituciones y en conceptos jurídicos de que atañen a determinada rama del derecho como la procesal, la civil o la penal, la prueba tiene relación con todos los sectores del derecho, pero trasciende el campo general de este ya que se extiende a todas las áreas de la vida, de la ciencia en general y de todo lo que se relaciona con el conocimiento humano y sobre todo lo inherente a la vida en sí misma.

En todos los ámbitos del saber, en Sociología, Lingüística, Geología, Antropología, Ciencias Físicas, Matemáticas, Botánica, Zoología y en todas las ciencias en las que se desarrolle su demostración a través del método científico, imprescindiblemente se deben probar todos los hechos de la investigación sean pretéritos, presentes o deducciones del futuro según el desarrollo de las estadísticas que permitan esa deducción, incidirán en las pruebas que lleven a una determinación de lo que se quiere demostrar

Es un hecho constatable que al hablar de Prueba, el concepto hace referencia a su presencia en todas las manifestaciones de la vida del ser humano, la misma que puede estar calificada por su veracidad como una versión vulgar de la prueba o siendo más construida como una noción técnica, y esto se da de acuerdo a la aplicación que se le quiere dar.

En todos los casos donde se pretende reconstruir un hecho sucedido en el pasado es ahí donde la prueba surge en su verdadera dimensión y su valor sustancial al referirse al contexto del derecho es donde adquiere mayor significación. Carnelutti (1955) dice, la prueba es un término que no corresponde estrictamente al derecho, es recogido desde afuera para su utilidad y que en este contexto su uso se convierte en material para reconstruir la historia de un hecho sucedido en el pasado. En este ámbito, el que funge de historiador, paleontólogo o antropólogo, lo emplea

para saber que ha sucedido tiempos atrás, ya sea en términos inmediatos o remotos, y una vez establecido los acontecimientos darlos a conocer como un conocimiento científico a todos sus lectores.

En cambio en referencia al Derecho según Echandía (2017) la prueba es un elemento que facilita la tarea de convencer a otros, en este caso pueden ser, los jueces, funcionarios de la policía, fiscales, administrativos, etc. de la existencia o acontecimiento de un hecho; o también para asegurar un convencimiento de índole personal ó seguridad subjetiva que se hace sobre los propios derechos, lo que implica un convencimiento personal de la verdad. De lo que se pretende al hablar en términos de derecho a que el juzgador llegue al descubrimiento de la verdad, tal como sucede en la generalidad de las ciencias reconstructivistas

No se requiere adquirir muchos conocimientos para comprender cuán trascendente e importante es la prueba hablando en derecho, sin su presencia los derechos subjetivos de un individuo enfrentados a otra persona, instituciones privadas o del Estado y a las entidades que de él dependen solamente funcionarían como meras apariencias, al mostrarse superficiales, frágiles y sin ninguna eficacia,

Y estarían en similitud de valor con los métodos antiguos que se lograban las pruebas por propia mano (consiste en un sistema antiguo y primitivo de hacer justicia en privado), o motivados por los impulsos intrínsecos en su naturaleza, tales como el egoísmo, la ambición ilimitada, y su inclinación natural a formas de rapiña o destrucción. (Echandía H. D., Teoría General de la Prueba Judicial, 2017).

Al respecto es necesario recordar que toda norma jurídica es sujeta a ser violable, diseñada para regular conductas humanas que pueden variar en sus manifestaciones, requiriendo por lo tanto otra ley que se sujeta a ese cambio. De ahí que la Prueba del derecho sirve para que no se produzca ninguna violación irreparable por los demás, y también para que el Estado pueda cumplir sin ningún obstáculo su función jurisdiccional, como es garantizar en todo momento la

armonía en la sociedad; y, además, restablecer el derecho conculcado por la Ley “nos servimos de este antiguo adagio para mejor ilustración de lo dicho”. Tanto vale no tener un derecho cuanto no poder probarlo (Echandía H. D., *TEORÍA GENERAL DE LA PRUEBA JUDICIAL*, 2017).

De lo expuesto queda claro que el trabajo de la administración de justicia no podría cumplir sus cometidos si no contase con el instrumento de la prueba, como también lo concerniente a la prevención ante las controversias y a las mismas seguridades que se tendría en los propios derechos y en todo lo comprenda el mercado del comercio jurídico en general; de tal razón que hablaríamos de la inexistencia del orden jurídico alguno. Para esto, Jeremías Bentham ya más de un siglo anotó con gran asertividad, que el arte del proceso consiste fundamentalmente en el arte de poder administrar las pruebas. (BENTHAM, 1959), y si nos acercamos a nuestros tiempos citamos a Santiago Sentis Melendo; investigador siguiendo la línea de este tema, dice: que al hablar de la prueba debemos entender que se trata de una zona, que no sólo reviste un interés mayor, sino a la vez que se trata de un momento neurológico del proceso; en tanto la prueba sirve para dar sentido a todo lo que implica el proceso. Un proceso puede ser más o menos liberal, o también más o menos autoritario, sobre todo en razón de que existe libertad o fermento de autoritarismo que esté presente en la materia de la prueba (Melendo, 1957).

Recogiendo el pensamiento de Carnelutti, sobre la prueba expresa: Es evidente que todo juez/a en el proceso se encuentra en medio de un pequeño cerco de luces; cuyo exterior está dominado por las tinieblas o espaldas de la autoridad (juez) esté ubicado el enigma del pasado; y al frente, se halla el enigma del porvenir (futuro). Se dice con certidumbre que ese pequeño o minúsculo cerco es la prueba. (Carnelutti F. , 1955) continua con su relato, dice: que la forma de relación entre la prueba y el presente, viene a ser un concepto pre jurídico que está envuelto en un monto, misterioso; y a renglón seguido dice: La valoración de la prueba puede ser entendida como el corazón del problema dentro de un juicio, de igual manera que este es así

mismo el corazón del problema del pensamiento; del juicio, no del proceso. Se puede establecer por mera observación, que la prueba viene a ser una de las piezas que revistan mucho valor en el proceso, no como un elemento teórico sino como lo práctico, tangible que se tiene para la demostración en el juicio, al hilar lógicamente los acontecimientos del hecho pesquizable teniendo en la mano el material que sustenta lo expresado. Esto no quiere decir, que en el momento probatorio, el único recurso que se puede tener en cuenta es el trabajo lógico del pensamiento; también existen otros recursos que fortalecen el momento probatorio, como viene a ser la prueba psicológica y la que nace de la técnica. (Carnelutti, La Prueba Civil, 1955). De lo que se ha dicho, se deduce que en términos de comprensión para abogados y jueces, la implementación de un estudio concienzudo de la prueba resulta a no dudarlo en el complemento prioritario que requiere todo jurisconsulto para que el ejercicio de la profesión del derecho, y aún más si no se trata de un administrador de justicia.

1.1.2. Diferencia entre prueba judicial y derecho probatorio.

Si se aplica la definición de que la prueba judicial es el conjunto de reglas que hacen posible la regulación en cuanto a las tareas de admisión, producción, atención y valoración que se aplican a las diferentes pruebas que se presentan ante el juez/a para que dicha autoridad asuma la convicción o certeza de los hechos que se niegan o se afirman en el proceso. Carnelutti (1955, ob.cit.) ofrece su propia definición en los siguientes términos: “Comprende al conjunto de normas de carácter jurídico cuya función primordial es regular el proceso de fijación de los hechos que se vuelven controvertidos” (p 44). Ahora si observamos en las palabras “fijación de los hechos” se puede llegar a entender que estamos en un sistema de tarifa legal y, es por ello que preferimos hablar de “demostración” o “comprobación” y, mejor aún, en convicción del juez/a sobre los hechos mencionados. “Se las puede definir más sencillamente como el conjunto de normas o reglas que regulan el modo de reunión, presentación, utilización y clasificación de

las pruebas” (Vyshinsky, 1951). Dentro de estas definiciones también encontramos lo que menciona (Rocco, 1957) en un sentido más abierto que la institución de la prueba es “el conjunto de normas jurídicas procesales que regulan la prueba y los medios de prueba” (p 181). (Gorphe, 1962) establece dos aspectos fundamentales de la prueba cuando se trata de los fines procesales.

- 1- La una tiene que ver a la forma procedimiento puro (admisibilidad, oportunidad, requisitos y práctica de la misma).
- 2- En lo concerniente al fondo, lo que proporciona los principios para la valoración de los distintos medios aportados en el proceso, lo que en definitiva es la verdadera ciencia de la institución de la prueba fuera de las reglas de procedimiento.

En sentido estricto y cito textual, por *derecho probatorio* se entiende, como explica Rocha (1963), (1967), una materia más amplia, de la cual forman parte las pruebas judiciales, que están referidas por lo general a establecer la verificación social tal como se dieron los hechos; en otras palabras, presentar la prueba en sus diversos matices o manifestaciones en el contexto del derecho, ya sea de carácter procesal o extraprocesal. Estando en el derecho probatorio donde puede separarse la parte procesal o sustancial de esta rama del derecho; no en las *pruebas judiciales*, porque la denominación misma excluye la posibilidad de negarles un carácter puramente procesal. (Echandía H. D., Teoría General de la Prueba Judicial, 2017)

1.2- Historia de la prueba

En el ámbito general de nuestra vida, la prueba tiene por objeto fundamental dar seguridad en las relaciones interpersonales, empresariales, sirven para prevenir las dicotomías que se presentan en las propias relaciones y, fundamentalmente sirven para resguardar los derechos de una u otra parte en cualquier tipo de proceso; sin las pruebas los jueces estarían expuestos a cometer violaciones, las cuales serían irreparables al momento de hacer efectiva una sentencia y se violaría el derecho al debido proceso, el mismo Estado no podría ejercer su función que

es en definitiva, amparar las buenas relaciones entre sus gobernados y se entraría en un caos jurídico. Si nos referimos a las pruebas en el ámbito científico, es una condición *sine qua non*, que se pruebe a través del método científico (repetitivo bajo las mismas condiciones) la veracidad de una hipótesis, la cual luego de este proceso se dará como definitiva y cierta y será formulada como ley si así fuera necesario. La prueba es un derecho fundamental consagrado y legitimado en las legislaciones correspondientes de cada país.

En los antecedentes y valoración de la prueba en el principio de este estudio analizamos como el proceso probatorio ha sufrido diferentes modificaciones y estos para que sean veraces y fehacientes en lo que corresponde a la tarea de la búsqueda de la verdad procesal se refiere. Con la evolución de las inteligencias humanas, han ido apareciendo instrumentos de desarrollo en cuanto a los métodos, las técnicas y teorías que ayuden a encontrar lo que es justo, a tener los conocimientos que faciliten la explicación de un suceso, caso o fenómeno desconocido, todo esto para salir de la ignorancia de no saber por qué sucedió tal cosa.

Ese intento de buscar la verdad, era en el fondo un proceso de hacer ciencias; y con ellos encontrar las explicaciones sobre lo que había sucedido a su alrededor. El derecho no es estático sino que es un elemento dinámico y como consecuencia debe adaptarse al avance de las mismas sociedades que regula, según su evolución y su manera de juzgar, en pleno siglo XXI no se pueden aplicar las antiguas ordalías que serían totalmente inaceptables como siempre lo fueron.

Lo que se puede nombrar como antecedente a la ley, la ley más antigua conocida es el relato bíblico de Moisés y los diez mandamientos entregados por Dios, las que eran consideradas sagradas y para la aplicación de las mismas y el propio Moisés constituyó tribunales para su aplicación al pueblo.

1.2.1. La prueba de oficio en los procesos dispositivos.

1.2.1.1. Los principios del proceso civil en el siglo XIX.

Antes de comenzar el análisis de la prueba de oficio en el ámbito de los procesos civiles ve partir sobre qué significa la prueba de oficio, para esto es oportuno mencionar que opina Juan Montero Aroca, y lo hacemos consultando su obra titulada “La Prueba en el Proceso Civil” de la acordada por el juez sin que exista petición de parte, es algo que no puede hacerse sin encuadrarlo en un contexto necesariamente político y para ello, posiblemente el mejor método consista en atender a la evolución de la función jurisdiccional del proceso civil y especialmente de la prueba en los dos últimos siglos”. (pág. 464). En esta concepción liberal propia del siglo XIX estaba basada en que al haberse suprimido la posibilidad de tomarse la justicia por propia mano y por la fuerza, la tutela judicial surgió como la forma pacífica de resolución de litigios, primeramente con la mención de un tercero fuera de todo el contexto y segundo con el inicio de un proceso donde, se aseguraría el principio de contradicción y el respeto correspondiente al mismo. Se garantizaba en este proceso los derechos objetivos, o sea la salvaguarda del interés público.

Siguiendo con el tema que no ocupa como es la prueba de oficio, expondremos en que consiste el objeto del proceso: Oportunidad y dispositivo en donde la concepción liberal, el cambio de paradigma y el surgimiento de la libertad de empresa con un mercado totalmente libre, cambió las estructuras no solo del pensamiento sino las estructura de los procesos legales donde surge el concepto de principio de oportunidad ya que lo primordial en cuanto al inicio de un proceso, es que exista la voluntad de la persona para estar presente en conformidad al principio señalado anteriormente (oportunidad) y así impetrar la tutela por el Estado (*juez*) de su derecho subjetivo, no se menciona en este aspecto el reparto de facultades que poseían el juez/a y las partes, pues las partes tenían todas la facultades y por ende careciendo completamente el juez/a de ellas nos encontramos ante el concepto *ne*

procedat iudex ex officio, con referencia al inicio del proceso. La pretensión de la tutela judicial de un derecho solo correspondía al titular del mismo.

Al analizar lo expresado se llega al principio dispositivo estricto ya que no solo las partes podía comenzar el proceso, sino de que solo los actores podían determinar el objeto del mismo, la pretensión con referencia tanto a lo que pedía o a la causa de lo mismo y, solo el demandado podía ampliar el objeto de la controversia y su resistencia en cuanto a los puntos de la pretensión de la parte demandante. Observamos en este punto que el juez se basaba en el principio de exhaustividad y la congruencia de la sentencia, esto significa que el juez solo podía pronunciarse solo sobre lo solicitado y debatido lo que no permitía ningún tipo de exceso en su pronunciamiento y surge acá el concepto *ne eat iudex ultra petita partium*. Las partes y solo las partes podían determinar cuál sería el objeto del proceso y lo pertinente a la dirección del mismo, en este contexto el juez no era tomado en cuenta, quedaba excluido totalmente y sin una opción de ser considerada su intervención. (Aroca, La prueba de oficio (sección primera) Los principios del proceso civil en el siglo XIX, 2005, pág. 465/467).

1.2.1.2 *Sobre el proceso mismo.*

Según lo manifestado ha quedado totalmente claro que las partes eran totalmente las dueñas del proceso y no solo en lo que se refiere al debate sino que comprendía al proceso mismo en sí. Esta concepción liberal del proceso llevaba a dejar totalmente excluido al juez de las facultades materiales para el desarrollo del mismo. Esto no guarda relación con la concepción liberal de la economía o con los derechos subjetivos privados pues en este aspecto se atendía a las facultades que podrían llegar a afectar el contenido de la sentencia y de las que debía quedar excluido el juez, *iudex iudicare debet secundum allegata et probata partibus*. La finalidad buscada con este concepto era conseguir un juez totalmente tercero e imparcial como garantía para las partes y de que se iba a realizar un verdadero proceso de

dos partes totalmente parciales inmersas en un proceso totalmente imparcial, por este concepto era que se llevaba al juez a estar totalmente apartado y solo valorar lo aportado por las partes de modo que el juez, no podía aportar hechos al proceso ni ninguna otra aportación al proceso. No podía practicar pruebas no propuestas por las partes o sea que estas tenían el monopolio de la iniciativa probatoria.

El juez no tenía control de oficio de los presupuestos procesales. En definitiva el concepto primigenio era que nada debe hacerse de oficio en los negocios civiles sino que, todo debe dejarse al interés de las partes, de donde se dedujo que no existían los presupuestos procesales y todos eran impedimentos. El impulso procesal fue confiado totalmente a las partes de la controversia y solo podía avanzar a instancia de parte y eran estas las que le dirían al juez cuando una fase procesal estuviese terminada y aperturar la siguiente y con esto observamos que todo quedaba reducido a la discrecionalidad de las partes ya que ningún trámite se entendía precluído mientras una parte no lo pidiera expresamente al juez. A pesar de que todas estas facultades negaban la total participación del juez y lo relegaba solo a un observador del proceso mismo sin ninguna otra opción que dictar la sentencia o sea, no tenía control sobre los presupuestos procesales solo el impulso procesal del dictado de la sentencia, es por ello que en este período, la mención de que las partes eran las dueñas del proceso era literal y real.

A modo de criterio personal, muy particularmente opino que en este período el juez era totalmente relegado y llevado a un plano de incomparecencia total, en donde su experiencia o valía jurídica era totalmente despreciada, y, considero que este dejar de lado la opinión de un juez, cuyos méritos tienen que haber sido probados, era una detestable opción y se podrían haber con su aporte y experiencia solucionar litigios con mayor celeridad y lo que me asombra es que las partes decían y dictaminaban cuando una fase del proceso estaba precluído, algo que en la actualidad nos suena como hasta de irracional, porque, no se puede

partir del concepto de que las partes y solo las partes son las dueñas del proceso ya que, en algunas oportunidades, no es la justicia quién triunfa sino quién tiene mayores posibilidades económicas de contratar expertos en uno u otro tema para salir bien librado de cualquier controversia. La prueba oficiosa es un deber del juzgador no una opción aleatoria.

1.2.1.3. *La prueba de oficio en el siglo XX.*

Encontramos y con mucho alivio en lo que al derecho procesal corresponde que si bien, en el siglo XIX el juez se encontró atado de manos y con facultades de todo tipo negadas ya que las partes dueñas del proceso no le daban ningún margen de movimiento para la resolución de las controversias, en el siglo XX se produjo un cambio sustancial en este concepto y sobre todo en el la concepción liberal y garantista de la función jurisdiccional y del proceso civil. Para ello mencionaremos y analizaremos las diferencias en lo que a la prueba de oficio se refiere y su asertividad en el proceso civil en lo particular:

La asunción de la dirección formal del proceso por el juez, y si vemos como con anterioridad el juez tenía muchas facultades negadas que era muy típico del liberalismo y del individualismo si queremos mencionarlo de esa manera, también al Estado se le negaba la intromisión en cualquier aspecto de la vida social, obviamente no en las que la seguridad ciudadana estuviera en riesgo. Todo este concepto no pudo mantenerse en el siglo XX.

La negación de la que fue víctima el juez como autoridad para ejercer su verdadera función no se solucionaría con la llamada publicización del proceso no con ningún sistema autoritario sino, concediéndole al magistrado la dirección formal del proceso y de poder adoptar medidas coercitivas para hacer cumplir sus decisiones. Si, en los procesos civiles se debaten derechos subjetivos de titularidad privada y se aplican normas de derecho material plenamente dispositivo, lo consecuente es que están presente normas que regulen el proceso civil por ser de derecho público y tienen que repercutir en alguna forma para que las partes

dejen de ser las dueñas del proceso y en el siglo XX se puso fin a una exageración típicamente liberal como las referidas a los presupuestos procesales y al impulso de parte.

Dejando de lado errores del pasado en la conducción del proceso, señalando en líneas anteriores; hoy en día este asunto (proceso) ha pasado a quien corresponda como es la autoridad del juez, así como también en la mayoría de los ordenamientos procesales civiles es quién dirige el proceso (*facultades procesales*), sobre todo en lo que es atinente al avance del proceso y en la dirección en que se dirige la sentencia. Y en este sentido no es que no haya oposición, sino que comparte plenamente a que sea el juez quien sea el actor judicial que controle todos los presupuestos procesales en lo que corresponda a la concurrencia de los mismos, ya que de esto depende la validez el proceso. Esto no significa que el juez gestione el proceso, sino que semánticamente se aplica con el sentido de dirección formal sin influir en lo que puede ser el resultado final del proceso.

Los conceptos de libertad y garantías como elemento materiales que se establecen en el sistema procesal civil se fundamentan ideológicamente en una concepción liberal de la sociedad y así mismo las formas económicas en que se desenvuelve o se manifiesta de manera intensa desde dos sectores bien diferenciados como son: el privado y el otro del interés público. En cuanto al proceso civil el interés que manifiesta la parte es recibir del Órgano Jurisdiccional protección o tutelaje desde una atención privada, donde esté claro la manifestación de autónoma y voluntad del titular que es de índole individual y de ningún modo sea desde la sociedad (pública) tal pretensión de la persona se vuelve un de derecho (interés) disponible. Por lo expresado, es claro la necesidad de distinción que se debe establecer, en todo proceso civil si es que se trata de un derecho público o en su defecto concierne a un derecho privado, y en el caso que se está tratando se transforma en un instrumento dirigido a la tutela de interés privado (Aroca, La Prueba en el Proceso Civil, 2005)

1.3. Fases de evolución de la prueba

La prueba en la historia ha atravesado diferentes fases solo serán enunciadas porque no llevan al desarrollo de la investigación que es la prueba de oficio pero deben ser mencionadas: Echandía (2017) afirma que: a) La fase *étnica* a la cual sería mejor darle el nombre de primitiva, por parecernos también llamada la fase primitiva; b) la que es conocida como fase religiosa o mística que tiene su origen desde las prácticas del antiguo derecho germánico, en primera instancia; luego aparece el poder de influencia a cargo del derecho canónico; c) la llamada fase legal, que según algunos autores es mejor llamarla de tarifa legal, la misma que se caracterizó en cotizará o valorar económicamente a la prueba en una tarifa rigurosamente alta (alta), y que a pesar de esta desproporcionalidad en el costo representó un verdadero avance en aquellos momentos, pero visto a la luz de la contemporaneidad del siglo XXI no se justifica; d) le siguió a continuación la fase sentimental, que igualmente se la podría denominar con más exactitud como una fase en que predominaba la íntima convicción moral; y cuya génesis fue a partir de la Revolución Francesa, que hizo una repulsa contra la existencia de la tarifa legal que estaba fundamentada en la libertad absoluta para imponer precios a la prueba según el criterio del funcionario autorizado. Esta nueva fase (la sentimental ó íntima convicción), se empezó a aplicar en primera instancia al proceso penal y mucho más adelante el proceso civil y e) finalmente apareció la fase de rigurosidad científica, que es lo que en la actualidad está vigente e impera en os códigos procesales modernos (p.47).

1.3.1. Las pruebas judiciales en Grecia y Roma

Estos aspectos se deben examinar por separado ya que esta época clásica de Grecia y particularmente en Roma, la evolución de las pruebas judiciales fue extraordinaria. Es más, podría afirmarse que en la segunda mitad del siglo XX aún no han sido superadas las concepciones jurídicas en lo que al régimen probatorio se refiere y estas no han sido aún

superadas. No tenemos mayor conocimiento en lo que se refiere a la regulación en materia probatoria en la Grecia antigua. Encontramos que en el estudio de su *Retórica* hizo de la prueba en Aristóteles encontramos una concepción lógica y libre de preconceptos religiosos o de otra índole que tienen que ver con el fanatismo y no con la lógica por lo que analiza la prueba en sus aspectos intrínsecos y extrínsecos, y las califica según este orden: como propias o impropias, artificial o no artificial y señala como principal a la que está elaborada por el silogismo (entimema) y la inducción.

En lo que respecta a la forma en Grecia imperó la oralidad en los procesos civiles y penales. La regla general que regía estaba dada por el principio dispositivo de hacer caer en las partes toda la carga que sea necesaria para que aquellos produzcan o presenten las pruebas ante la autoridad para establecer la verdad de los hechos; y en algunos casos particulares se le otorgaba la facultad o tarea para que sea el mismo juez que sea la persona que asuma la iniciativa para decretarlos y actos seguido practicarlos de oficio como también en lo que correspondía a los medios principales de prueba, la presentación de los testigos, el material documental y finalmente tomar el juramento, existiendo restricciones en las declaraciones de mujeres,, niños y esclavos salvo en los procesos mercantiles que les era permitido a los esclavos declarar y también a las mujeres, si lo hacían voluntariamente. La prueba documental tomó mayor importancia en materia mercantil, sobre todo en los libros de los banqueros considerados personas con alto índice de honradez y dignas de todo el crédito. El juramento también era de mucha importancia aunque en la época clásica se perdió y existió el decisorio como el referente a solo parte de los involucrados en la controversia y lo que es fundamental destacar es que existió la crítica lógica y razonada de la prueba, y. aparentemente sin la existencia de una tarifa legal que determinara su valor (Echandía H. D., *Teoría General de la Prueba Judicial*, 2017)

Regresando a lo que ocurría en la fase del antiguo proceso romano, “*per legis actiones*” el rol del juez aparecía con un carácter de árbitro, que evidenciaba de ser casi un funcionario de

carácter privado, pero teniendo un campo de maniobra que era de completa libertad en el tema de valorar cada prueba, en cuyo caso el testimonio de un testigo equivalía a la prueba esencial, fundamental o trascendental, esto fue por un período relativo, que luego fue modificado en el sentido de que ahora se podía admitir de parte del juez para que pudiera por cuenta propia la entrega de documentos y todo lo relacionado al juramento y el reconocimiento, a más de lo señalado, también indicio, que en definitiva a los medios de prueba con que existe en la actualidad.

Hay que destacar también, que en tiempo del imperio, se da el caso del apareamiento de la fase del procedimiento, donde la figura del juez emerge como un representante del Estado, con la facultad para administrar justicia, dándole a este funcionario (juez) nuevos y mejores responsabilidades (atribuciones), como por ejemplo para hacer interrogatorios a las partes involucradas; y la facultad para determinar quién era el sujeto de una de las partes para hacer la carga de la prueba. Más adelante vino un hecho que vale resaltar como importante, como fue la disminución de las pruebas; el instrumento que se instituyó fueron las reglas, preestablecidas. En aquel periodo, la asignación de la carga de la prueba recaía en la persona del demandante, y cuando se exigía o pedía la presentación de la prueba de las excepciones tal tarea o carga la debía cumplir el demandado.

Cabe señalar un dato que se debe tener en cuenta en el análisis histórico de la prueba, de que en los tiempos referidos (imperio romano), no existían reglas especiales para manejar los protocolos de la prueba, más bien era llevado dentro de un criterio de libre apreciación (subjetivo). Así encontramos que en tiempos de la República, quien fungía de juzgador por excelencia era el pueblo concentrado en centurias o en tribus, con el problema implícito de equivocarse en sus decisiones o sentencias; y esto ocurría porque no existía la posibilidad de contar con reglas específicas o especiales para manejar con más lógica y sentido de justicia las cosas o resolver como delitos, faltas u omisiones de un ciudadano contra bienes o personas.

Siendo así, era evidente de que no existía la apreciación jurídica de la prueba; aún más quienes hacían el papel de jueces eran de índole popular (*questiones perpetuee*) de tal manera que sus juicios dependían en gran medida a su nivel de convicción personal, por lo que esta fase corresponde al período formulario. Es de mencionar que en el Imperio aparece la *fase de procedimiento “extra ordinem”* con una marcada tendencia publicista y en ese momento el juez deja de ser árbitro para representar al Estado en función de la administración de la justicia.

¿Qué les correspondía hacer a los jueces en este período formulario? Los funcionarios sancionadores de este período tenían más facultades que los ubicados en las otras fases. Así por ejemplo: tenían capacidad para interrogar a las partes del conflicto, lo que le daba los elementos de convicción o apreciación para designar directamente a quien le correspondía hacer la carga de la prueba. Este pase o período de un momento a otro sufrió una involución que significó un retroceso a todo lo conquistado que afectó sensiblemente al proceso y las atribuciones del juez. Y esto se debió a que se dieran cambios en la conducción del proceso, donde la figura del juez que era central en cuanto a la valoración de la prueba, y ahora pasó a no serlo tanto, y la dinámica se volvió prevalente en todos los sentidos; y la tarifa ya no dependía de la autoridad judicial, sino de un sistema impuesto por otros, con el aditamento que en este caso era menos vigorosa. Este nuevo sistema rigió desde el siglo XVII hasta el XIX, y de manera especial en el proceso civil. De esta manera la fijación de tarifa al costo de la prueba pasó de manos, del juez a un reglamento especial, que contemplaba como principio la eliminación de la libre valoración y la fijación de cuáles serían los temas de prueba que debían ser seleccionados pero, sin la presencia de ningún medio especial (presunciones *iuris*), acotando en este punto que no fueron tocados los medios de prueba y permanecieron igual del período formulario, pero poniéndose limitaciones o restricciones a la parte testimonial y en cambio mayor apoyo al empleo de material documental (Echandía H. D., Teoría General de la Prueba Judicial, 2017).

Tratemos en este espacio a un período de igual importancia que los anteriores y que en la historia quedó registrado como período Justiniano, es aquí donde se incluyeron en el Corpus los materiales bibliográficos legales (textos), que fueron el soporte histórico para la elaboración de las bases que facilitaron en la edad media la construcción lógica de lo que debe ser una prueba en el contexto del derecho canónico. En este producto, se observó en sentido general los elementos de la regulación legal de las pruebas; así mismo, dentro de los Corpus estaban los textos que facilitaban los elementos cognoscitivos necesarios para que el juez pueda establecer criterios o apreciaciones de índole personal sobre las pruebas presentadas en su despacho. Se puede afirmar entonces que se trataba de un sistema mixto con contenidos importantes en materia legal, también se conservaron medios probatorios del anterior período, también se excluyeron el testimonio de la mujer, niños, perjuros, delincuentes y locos, también se sentaron reglas sobre la carga de la prueba como defensa contra la arbitrariedad de los jueces y aparece el principio de contradicción en materia de interrogación a testigos, lo que debía ser conocido por ambas partes y, al demandado se le ofrecía un verdadero sistema de defensa eficaz con el derecho a excepcionar (Echandía H. D., Teoría General de la Prueba Judicial, 2017).

Con lo abordado hasta ahora, cabe decir, que ni en el más antiquísimo derecho romano se puede hallar las nefastas consecuencias que mostro el exagerado misticismo en la Europa de los papas, que albergaba absurdas ideas que mediante la habilidad y la fuerza se podían definir o resolver litigios. Al sostener pensamientos tales como que Dios siempre interviene en aquellos casos de índole concreta que sirvan para otorgarle al débil el triunfo que tendría la razón sobre el fuerte que la desconociese; en otras palabras que los terribles dueles judiciales y los juicios de Dios san resuelto con la intervención del fuego y el agua (ordalías y los juramentos expurgatorios). La existencia del tormento es innegable pero su uso fue restringido como medio probatorio, principalmente para las declaraciones de esclavos y en todo caso hubo mayor moderación que en la Edad Media y en parte de la llamada Edad Moderna. Contra estos terribles

medios del tormento hicieron oír sus voces jurisconsultos tan notables como Cicerón. (Cicerón, 1957)

Hernando Devis Echandía menciona en su *TEORIA GENERAL DE LA PRUEBA JUDICIAL* “Podemos decir que es muy poco lo que se ha agregado en los últimos siglos a la concepción jurídica romana en esta materia. Si bien la tendencia moderna procura devolverle a juez la libertad de apreciación razonada y científica de las pruebas y darle facultades inquisitivas para producirlas, en busca de la verdad real, tanto en el proceso civil como en el penal, como acabamos de ver, ese modo de pensar no fue ajeno a la tradición romana. Solo en la utilización de los medios que la técnica moderna ha introducido en los métodos para la investigación, especialmente en el ramo penal, podemos encontrar novedades en relación con la legislación y la jurisprudencia romanas. En el derecho romano, se encuentran los principios esenciales que informan el sistema probatorio de la civilización occidental” (p.51) (Echandía H. D., *Teoría General de la Prueba Judicial*, 2017)

1.4. Sistemas Procesales

1.4.1 Sistema Dispositivo

Debemos de tener presente que este sistema es el más antiguo, tiene sus orígenes en las antiguas civilizaciones Romana y Griega, sociedades de un gran individualismo en la resolución de controversias en los que las partes utilizaban el derecho que poseían para la discusión y la resolución de sus conflictos. Se define como dispositivo porque se trata de la libre disposición de que las partes tienen basadas en derecho de dirimir la Litis, de llevar adelante la discusión y sobre todo y fundamentalmente de que las partes son las que impulsan la controversia y a través de la aportación de las pruebas y su producción, confirman o desestiman los argumentos planteados entre sí, y, con los elementos aportados al juzgador, este llegará a una resolución

según la valoración que haga de ellos. El juzgador en este sistema no tiene actuación como impulsador del proceso y, su único deber es ser árbitro y juzgar en un todo basado en las pruebas aportadas y producidas por las partes, el juez sin importar en la etapa procesal de la controversia será pasivo durante la totalidad del proceso, aunque en nuestra legislación el C.O.G.E.P. (Código Orgánico General de Procesos), se mencionan las pruebas para mejor resolver u oficiosas si es que el Juez, con sobradas justificaciones determine que haya quedado algún vacío en la producción de alguna de las pruebas aportadas por las partes.

De acuerdo al sistema dispositivo, el campo probatorio significa, que la actuación del funcionario se limitará a decretar las pruebas que con anterioridad han solicitado las partes, sin tener por ello que hacerlo oficiosamente. Este accionar se refiere en la época en que todo proceso civil era entendido como parte de un asunto privado, donde no tendrá importancia para el funcionamiento general del Estado, el cual es espectador, y por el contrario en un sistema inquisitivo corresponde a un Estado totalmente intervencionista con un órgano judicial consecuente lo que trae aparejada la figura de un juez totalmente protagonista del proceso (Quijano J. P., Manual de Derecho Probatorio, 2011).

1.4.2 Sistema Inquisitivo

Como la misma palabra lo menciona estamos ante la presencia de un sistema que deriva directamente del sistema de la inquisición que, a pesar de que muchos piensan en su fuero interno tuvo su origen la España del año 1.000, esta nace realmente como la famosa inquisición medieval en el Concilio de Verona (Italia) por el año 1.184, la que facultaba a los obispos a inspeccionar regiones en busca de herejes y su juzgamiento. Ya para el año 1.215, luego de la realización del Concilio de Letrán se realizan las primeras designaciones de jueces inquisidores y con este paso la necesidad de la creación de los tribunales inquisitoriales como el nefastamente recordado Santo Oficio de la inquisición que luego se dedicaría no solo al

juzgamiento de los delitos por Fe o contra la Fe de Roma sino también ampliaría su esfera de acción a juicios contra las buenas costumbres, deberes de los clérigos y una amplia gama de “delitos” que eran considerados como meritorios de juicio y castigo.

Los jueces eran los únicos que podían impulsar de oficio estas acciones y en sus comienzos era de realización escrita y privada, efectivamente en el año 1.480 el Santo Oficio de la inquisición española ya actuaba en casos puramente de Fe y también lo hacía como un tribunal civil. Como podemos apreciar claramente este proceso inquisitivo se caracteriza por su unilateralidad ya que, es el juez quien impulsa y ejecuta cada una de las etapas procesales tiene las funciones de acusador, investigador y juzgador, analizando los principios del debido proceso en la actualidad vemos que la concentración total de autoridad la tiene el juez lo que es totalmente arbitrario el juez realiza de oficio el inicio de los juzgamientos, o por denuncia de hacer la investigación. Luego de investigar, realizar las imputaciones, (probar) quién tiene en sus manos el dictamen de la sentencia del caso que el mismo impulsó, esto es demasiado peligroso ya que las partes se mantienen como espectadores pasivos de todo el sistema procesal y sus actos. Innegablemente hay personas dentro del conglomerado social que saben la verdad de este o aquel hecho controvertido y que se debaten dentro de tal o cual proceso y que al momento del conocimiento de la sentencia se sentirán seguras o alarmadas por esa decisión ya que ellas si saben si la sentencia corresponde o no a la realidad del proceso y este es el origen de esta facultad, la que es una obligación cumplirla para con la sociedad en general, con el Estado y para la credibilidad y el prestigio de la función judicial.

Es un poder-deber del juez/a el decretar prueba de oficio siempre y cuando el desarrollo del proceso así lo requiera y si lo considera conveniente para verificar los hechos alegados por las partes lo que llevará a evitar nulidades y providencias inhibitorias, por tal motivo debe decretarlas. Este tiene la obligación de hacerlo para saber cuál es la verdad sobre los hechos controvertidos y así de esta forma responder a la sociedad por la consecuencia del principio de

publicización de la prueba y del interés público y social. Las partes no tienen derechos adquiridos sobre la verdad (procesal) aparente por lo que la actuación oficiosa del juez/a no vulnera ningún derecho de estas es más cuando el juez/a ejerce sus facultades inquisitivas muestra que al Estado por el representado le interesa construir una sentencia con una sólida base en función de la verdad de los hechos acaecidos y, las partes no tienen derecho a asumir lo que ellos consideran como verdad ya que el juez/a a través de la prueba oficiosa llevará el proceso a investigar la verdad real. Es claro o evidente que la creación de una norma procesal no las vuelve iguales a quien en esencia no lo son, pero así mismo, mediante las facultades oficiosas asignadas por la Ley al juez le daría las herramientas necesarias para que el tema de las desigualdades en el mundo del proceso se vuelva menos notorias o dificultosas.

El Juez/a debe estar suficientemente capacitado en el ejercicio de su función, a fin de no incurrir en el error de la parcialización de sus criterios o juicios. Esto implica que la autoridad sancionadora debe tener un alto nivel académico de la profesión, acompañado de la experiencia y otros talentos intelectuales para estar al frente de las controversias que le toca resolver. El sofisma de la distracción como menciona (Quijano J. P., Manual de Derecho Probatorio, 2011) y que es citado por varios autores a través de lo que mencionan que con las facultades oficiosas del juez/a se rompe el principio de imparcialidad lo que sencillamente es debatible, y el argumento es, que si el juez/a tiene la actitud constante de buscar y encontrar la verdad, llegará al oficio de ser imparcial en la controversia que existe en las partes, situación que no lo consigue cuando es susceptible a ceder alinearse según los intereses de una u otra parte; pues si esto llega a suceder la verdad procesal sale mutilada y consecuentemente el criterio del sancionador, no será objetiva, justa e imparcial. Es de destacar que, cuando un código está basado en el sistema dispositivo, ninguna de las partes tendrá ningún escrúpulo en utilizar los mecanismos del proceso para obtener resultados totalmente alejados de la realidad (fraudulentos) en contra de la otra parte involucrada en la controversia o contra terceras personas ya que, solicitarán pruebas que

muestran al juez/a una verdad aparente, pero, cuando saben que el juez/a puede decretarlas de oficio, utilizarán menos esos artilugios y el proceso cumplirá su fin último que es llegar a la verdad procesal.

La opinión de la responsable del estudio, en cuando al tema que se trata es, totalmente válida, al sostener que es perfectamente compatible la intención del juez/a para disponer que en un momento determinado, cuando lo considere oportuno llevarse a cabo una prueba de oficio, siendo un recurso para el esclarecimiento de las controversias que se suscitan entre las partes al estar enfrentados en un proceso judicial en el marco del derecho civil. Esta prueba para que se oficie y se cumpla debe estar enmarcado en un Reglamento que lo orienta en los términos que se debe efectuar, tal como es evidente hoy en día. Por lo que se concluye que la prueba de oficio no debe ser considerado como una opción sino que conlleva la obligación del juez/a en disponerla, para el esclarecimiento de dudas o vacíos que puedan existir en las pruebas que presenten los interesados o las partes en los alegados que sustentan sus tesis o intereses personales de justicia siendo este árbitro de la controversia y con la potenciación mencionada anteriormente que, debe ser totalmente imparcial en lo que respecta a la búsqueda de la verdad, por lo tanto como se manifestó en líneas precedentes es una obligación del juez/a el empleo de todos medios o herramientas posibles para que en el marco del debido proceso acercarse a la verdad misma, que esté fuera de toda duda razonable. El magistrado con las facultades o competencias que la ley le otorga, junto con la aplicación del Debido Proceso tal como señala Quijano (2011) puede decretar las pruebas de oficio; y esto lo hace no sólo como una facultad recibido por la ley sino como una obligación (Sentencia el 12 de febrero de 1977, reiterado en sentencia impartida con fecha 9 de mayo de 1983; igualmente el 26 de octubre de 1988, otra el 12 de septiembre de 1994, siguiente 4 de marzo de 1988, y finalmente 24-noviembre de 1999) pág. 203. “Y no solo está facultado el juez de segunda instancia para decretar pruebas de oficio antes de fallar, sino que es su deber (art. 37C.de P.C.) pág. 203. (Quijano J. , 1977) es una

necesidad urgente que los jueces/as civiles del Ecuador adopten el uso de esta institución de la prueba de oficio.

1.4.3. Sistema mixto.

Siendo que estos dos sistemas son diametralmente opuestos, algunas legislaciones adoptan lo que se denomina un sistema mixto y varían de acuerdo a cada uno de los elementos procesales que adoptan las diferentes legislaciones y del uso de los mismos. (Velloso, Introducción al estudio del derecho procesal. Primera parte., 2004) Este autor menciona que no pueden coexistir ambos sistemas por su antagonismo pero, en la realidad si lo hacen y es el caso de ello en la Rep. Argentina el sistema procesal penal es de plano totalmente inquisitivo mientras que, el procesal civil es dispositivo. (<https://www.redalyc.org/pdf/3600/360033192005.pdf>). En los modernos sistemas mixtos en el proceso civil sigue conservando diversas características acusatorias como la a) Exigencia de la demanda por parte del interesado para su iniciación; b) El juez/a tienen prohibido resolver sobre aquellos puntos que no estén planteados en la demanda y también en las excepciones del demandado si no hubiesen sido alegadas, o principio de congruencia; c) se le reconoce a las partes el derecho a disponer del proceso esto es el desistimiento, caducidad, así como su transacción o arbitramento.

1.5. La prueba de oficio en el proceso civil moderno.

Vale acotar lo siguiente: Los procedimientos que se aplican en América Latina, tienen una importante influencia en la denominada tradición jurídica romana – canónica, en lo que respecta al denominado principio dispositivo, que establece que el juez en ningún momento puede intervenir de oficio (prueba para mejora resolver) sino cuando la Ley le permita o faculta. Esta disposición o planteamiento jurídico determina a que el juez asuma un Rol de árbitro del litigio en el que encuentran involucradas las partes intervinientes. Este quehacer se lo ha venido

aplicando desde hace muchos años en lo que respecta a los procesos judiciales de países latinos durante muchos años y con mayor intensidad en la década de los años 50 y 70. Desde estas décadas se ha trabajado para que el juez/a deje de ser un mero árbitro y que enmarcado dentro del debido proceso se les permita una mayor flexibilidad en la indagación de los elementos probatorios que los pueden acercar más a la verdad procesal y a la figura institucional de la prueba de oficio; cuya contribución al proceso es enorme porque viabiliza con los datos que aporta para que la administración de justicia sea más competente. Dado los resultados favorables que se logran con la prueba judicial, surge la necesidad que se legisle para ampliarlos; solo de esta manera los magistrados podían tener más libertad de acción. Como aspecto complementario de ampliar la dinámica del juzgador con respecto a la prueba judicial, son los cambios que se deberá hacer en las leyes menores para la respectiva codificación. (Cabrera, 2014)

En la actualidad las tendencias procesales buscan analizando diversas codificaciones, es la de poder brindar a los jueces/as nuevas normas que le otorguen mayores poderes obviamente dentro de las normas del debido proceso y que no afecten a la constitucionalidad de las mencionadas normas y que no degeneren las acciones de los magistrados en los procesos civiles. Para el estudio Jairo Parra Quijano la prueba más adecuada para resolver el acto probatorio de oficio es aquel presupuesto que justifica la tarea probatoria de oficio que cumple el juez; que en otras palabras es buscar la verdad mediante la presentación de las pruebas del proceso judicial (2010, pág. 345) (Quijano J. P., Las Pruebas de Oficio, 2010)

Conociéndose que el funcionario conocido como juez/a quien cumple la función jurisdiccional, por lo dicho tiene el encargo y mandato de la ley para administrar la justicia en el ámbito del proceso donde cumple la competencia. Por lo señalado se pretende, darle al sancionador todas las herramientas de índole idónea que requiera para encontrar la verdad en el proceso instaurado y de esta manera dictar la sentencia más justa De lo que queda establecido

en resumen, que cuando la autoridad o árbitro (juez/a) percibe o crea que no se ha logrado según su entendimiento a aclarar suficientemente el fondo de una controversia, (no llegado a descubrir la verdad) puede recurrir a un recurso que lo tiene entre manos como es disponer que se practique de oficio una o varias pruebas de manera oficiosa para lograr que con estas disposiciones se tenga el anhelado esclarecimiento de los hechos que se han vuelto oscuros o controvertidos. Para que esto se cumpla, es menester que con antelación a las pruebas que estamos hablando el jurisconsulto exponga las motivaciones que justifiquen en el marco de la ley el por qué se animó a ordenar que se realicen tales pruebas de oficio de manera excepcional.

De acuerdo a como está constituida la actual estructura procesal en la República del Ecuador, el que está regido por el principio dispositivo en el aspecto estrictamente procesal, esto, significa que tiene que existir demanda de parte, una coherencia en la decisión del juez y la facultad que tienen las partes para hacer uso del derecho al estar en controversia en los casos que sea menester; en lo que corresponde a las acciones probatorias el juez/a está revestido de facultades de índole inquisitorias de tal manera que puede disponer que se hagan pruebas de oficio que sean necesarias para llegar a la verdad procesal que está oculta y sólo aparece la controversia. Los parámetros que se ha hablado y de índole constitucional son los que rigen al dar paso al sistema probatorio, y que fueron diseñados por el Legislador para garantizar la eficacia y validez de la denominada prueba en materia de proceso civil. La fundamentación legal de la prueba de oficio se le encuentra en la Constitución Vigente (2008), y de manera expresa en los siguientes artículos el 82, el 75 y el 76 en los numerales 4 y 7, los mismos que señalan están considerados. Establecen los principios de legalidad que identifican los elementos Constitucionales que abarca el ámbito probatorio relacionados a todo lo que corresponden al proceso civil; los que hacen mención a lo que es la tutela judicial efectiva o en otras palabras a lo que corresponde al derecho a la protección; el alcance de la figura del debido proceso que habla de las garantías básicas y de manera específica a las características que debe constar la

prueba, también se refiere a la eficacia que debe mostrar el derecho probatorio, el mismo que está fundamentado por los supuestos que sostienen a los mismos y que son, el logro de la prueba; y finalmente habla de las actuaciones procesales.

Al hacer una revisión de la Constitución del Ecuador, en lo que corresponde al Art. 76 numeral 7 literal h, se establece lo que corresponde al tema del Derecho a la Legítima Defensa y los medios que se pueden utilizar, los mismos que son de 2 instancias; el uno llamado argumentativo y el otro mediante la presentación de las pruebas correspondientes, que sirven para contradecir o negar los argumentos que son presentados en su contra. Se puede valorar que por parte de la Ley existe el reconocimiento al derecho que le asiste sin discusión alguna a toda persona que forma parte del Estado a las facilidades amplias que pueden recibir en materia de tutela judicial, siendo de índole efectiva, imparcial y expedita, que en líneas generales se convierten en derechos fundamentales, los mismos que tienen las personas para demandar y contestar a la misma y dentro de ella justificar o presentar pruebas con todos los protocolos legales, enmarcados en el debido proceso, audiencias, en las alegaciones que correspondieren, estas son las que en definitiva llevarán al juez al convencimiento de que la resolución que tomare al respecto, será la correcta ya que ellos son los encargados de administrar justicia. En caso de dudas el magistrado podrá ordenar prueba de oficio y así llegar a un convencimiento pleno sobre la verdad que se busca en el proceso.

Art. 76 en sus ideas esenciales. Cuando se ponga en marcha cualquier proceso en el que consideren derechos y obligaciones de diferente índole, es imprescindible que este acto está amparado en el Derecho del debido proceso, el mismo que tendrá las siguientes garantías básicas: h) Levantar un escrito o hacerlo verbalmente sobre las razones o argumentos que las partes consideradas le dan la razón sobre lo que piden en justicia a que se cumpla; como también el derecho a presentar las réplicas a los argumentos

de la otra parte (como parte de la defensa); y, por último las partes tienen el derecho por la ley, a presentar las pruebas que se crean conveniente para refutar o contradecir a los oponentes (Constitución de la República del Ecuador, 20 de octubre de 2008, pág. 35)

2. Marco Doctrinario.

2.1. El objeto de estudio: LA PRUEBA DE OFICIO

En estos tiempos modernos, es donde surgen nuevas iniciativas desde diversos sectores de la sociedad, como puede ser la judicatura, la legislativa y del Ejecutivo (presidencia de la República), para crear normas jurídicas que le den al magistrado o juez mayor campo de acción (poderes o facultades) en la dirección de los procesos que conduzcan a sentencias justas en las contravenciones o litis que le toca resolver. Los esfuerzos señalados en la modernización de tales normas se las dirigen tratando de que no sean en las prácticas productos que atentan al principio de la imparcialidad, que en buen romance se entienda que no sean arbitrarias a que degeneren el rol o actuación del juez en el contexto del proceso civil que lleva adelante; en este tema veamos lo que dice Quijano (Quijano, 2010, pág. pag.345), La prueba como un material de resolución, viene a ser el presupuesto de fondo de toda actividad probatoria de oficio a cargo del magistrados (juez) para intentar el descubrimiento de la verdad judicial, en la medida de la eficacia o validez de la prueba serían los elementos que se requieren para que el juez/a de una controversia tenga la convicción para sentenciar (administrar justicia en la Ley). Los supuestos que el juez, perciba que se podrían estar encaminando mejor para llegar a la verdad procesal y no se están consiguiendo a ese momento, el juez de manera excepcional y dejando especificado claramente las motivaciones por las que realiza, podrá ordenar y practicar de oficio aquellas pruebas que el estime necesarias para una resolución de la controversia.

En el C.O.G.E.P. se plantean los postulados de manera bien clara con respecto a las pruebas dentro del proceso a fin de llevar a conocimiento del juez de todos los elementos que serán los valores probatorios para que este llegue a la verdad procesal. Este ordenamiento adicionalmente otorga a aquellas pruebas de mayor complejidad de acceso, que la misma deberá ser anunciada y así formar auxilio al órgano jurisdiccional quién ordena la entrega de la misma, dándole legalidad a la prueba y a la práctica de la misma que al momento de la audiencia del juicio será oral. Junto a estos se desarrollan otros principios en cuanto al cuerpo normativo sobre temas procesales, tales como: a) De admisión, b) de pertinencia, c) de necesidad probatoria; y, d) otros.

Al revisar la legislación ecuatoriana, encontramos en el Art. 168 que habla de cómo resolver confrontaciones de partes mediante la presentación de la prueba, así tenemos:

Artículo 168. Este artículo refiere a la prueba como una herramienta o resolver en los siguientes términos. La autoridad judicial (juez ó jueza), está facultado de manera excepcional a ordenar lo siguiente: mediante oficio podrá disponer que se lleva a cabo la prueba de oficio, el mismo que a más de la orden deberá constar las razones de su decisión (motivación). Mientras no se entreguen las pruebas, la audiencia podrá ser suspendida por el lapso de 15 días tal como dispone el (Código General de Procesos - COGEP, 22 de septiembre de 2015, pág. 35)

Yéndose al Código Orgánico correspondiente a la Función Judicial, existe el art. 130 con sus respectivos literales 8, 10 y 11, que determinan sobre las actividades que están facultadas a realizar conforme al principio del Debido Proceso.

Art. 130.- Que habla sobre **Facultades Jurisdiccionales** que están permitidas hacer por parte **de las Juezas y Jueces.-**

El mencionado Art. dice entre otras cosas lo siguiente: Que la Ley faculta de manera esencial a que los jueces/as están permitidos para ejercer sus atribuciones jurisdiccionales en consonancias con lo que dispone la Constitución vigente, junto con los instrumentos de orden internacional en materia de Derechos Humanos y sus respectivos marcos legales; y de manera expresa veamos que dice (...)

El Lit. 8. Los magistrados deben convalidar de oficio o a petición de los interesados (partes) todos los actos procesales comprobados que tienen inobservancia de formalidades no esenciales; si se ha producido vicios en alguna parte del proceso de nulidad insanable, si se ha producido indefensión.

El literal 10 del Art. 130, dispone: El Juez/a está autorizado para ordenar de oficio conforme a las salvedades expresadas en la Ley, a poner en acción el cumplimiento de la presentación de pruebas que a criterio de la autoridad es necesario evacuarse con el propósito de esclarecer dudas, vacíos, omisiones, etc. que impiden el descubrimiento de la verdad procesal.

En cambio, el literal 11, habla sobre los casos que la propia Ley señala expresamente lo contrario; con el fin de procurar en lo posible la conciliación entre las partes, sea en la instancia en que se hallare el proceso; el conocer a las partes a que asistan a las respectivas audiencias para que se presenten personalmente los involucrados (partes) ó mediante su procurador judicial (abogado) que se debe encontrar calificados para ejercer el derecho de transigir (defensa ó acusación). Si la autoridad del magistrado considera que el proceso solicitado por las partes no debe radicar en su despacho por ser un tema que bien puede ser conducido por

una oficina judicial de mediación intraprocesal, el asunto lo subsanará de oficio para que produzca este cambio de oficina para que aquel actúe con el mismo poder de quien así lo ha dispuesto. Se exceptúan del procedimiento señalado en aquellos casos que existe prohibición para efectos de la transacción, ahora bien, si esta exige de requisitos especiales con antelación, esto será lo primero que se debe hacer, antes que el juez o el tribunal instalado de la causa determine la homologación para que se cumpla el acuerdo transaccional (...) Código Orgánico de la Función Judicial pp. 41/42

Es importante conocer la siguiente información. En el derogado Código de Procedimiento Civil decía lo siguiente:

Artículo 118. Los jueces/as tienen la autoridad por la Ley de ordenar de oficio a que se presente en su despacho las pruebas que considere necesario a fin de poder esclarecer la verdad, no importa el estado en que se encuentra la causa, antes que se emita la sentencia. Aquí cabe una excepción, cuando se refiera a la prueba de testigos, la misma que no se la puede disponer de oficio; pero el juez/a si estará facultado para repreguntar o pedir cualquier explicación que considere necesario a los testigos que previamente hubiesen declarado de manera legal. Cabe acatar que esta facultad de la autoridad la podría ejercer en cualquier instancia previa a que se dicte sentencia o auto definitivo, indistinta de la naturaleza que sea la causa. (Código de Procedimiento Civil, 24 de junio de 2005, pág. 47)

El trabajo de análisis efectuado a los articulados precedentes permite observar que la prueba de oficio está ampliamente contemplada en nuestra legislación y es menester que tanto en la audiencia de prueba, como así en la juzgamiento el juez

tendría que utilizar todos los recursos con los que cuenta para la resolución de la controversia. Debemos tener muy en claro que el objetivo fundamental de la audiencia de prueba es el de producir un convencimiento en el juzgador de que los elementos aportados sean veraces y en el debate oral se beneficia la contraposición de las partes en la controversia para llegar a la verdad procesal.

La prueba debe ser vista como un elemento vital en la demostración de un hecho Jurídico Litigioso, o fáctico. Si no existiera la necesidad de este elemento en los procesos se caería en una sucesión de arbitrariedades en las que reinaría el caos judicial. Debemos agregar a lo mencionado que fuera de lo comentado, tanto la seguridad jurídica, la tutela judicial efectiva, y todo lo inherente al debido proceso se vería afectado. En lo inherente a la valoración de la prueba, este es un razonamiento que le cabe realizar al Juez y de esta manera determinar si las pruebas presentadas sirven para completar los elementos de valoración, cuando el juez puede y debe libremente valorar la prueba, nos encontramos ante un sistema de libre valoración (*libre convicción*); cuando el juez señala el valor de la prueba nos encontramos dentro de un sistema de tarifa legal. (Quijano J. P., Manual de Derecho Probatorio, 2011)

En la actualidad el juez cuenta con esas atribuciones que la ley le otorga para que se desarrolle plenamente en todas sus facultades procesales y en este desarrollo de los mencionados presupuestos, una de las actividades del juzgador será gestionar el proceso (gestire), no en el sentido de la administración de una empresa sino de, ejercer las facultades de la dirección formal, sin influir en el que puede ser el resultado definitivo de la controversia. Las primeras (Tarifa legal), son las que por su valoración, el juez deberá determinar anticipadamente, o sea la Ley con anterioridad y establecerá la pertinencia o no de las pruebas que se presentarán en el proceso, y el legislador judicial quién indique al juez como valorará la correspondiente prueba y, el grado de validez de la misma y su eficacia, prueba verás o diferentes clasificaciones de la misma, este principio viene desde la revolución francesa, lo que

trajo a la prueba el principio de legalidad, y por el mismo se dejaren de lado los sistemas anteriores en los que el juez por principios naturales, divinos o sociales él se veía influenciado grandemente a la hora de la valoración de la prueba y la inclusión de las mismas en el proceso, y, eso podría en algunos casos direccionar las apreciaciones del juez para privilegiar a las clases poderosas, sociales, religiosas o económicas, lo que llevaría sin lugar a dudas a valoraciones erróneas y abusivas.

Con este análisis podemos apreciar que el concepto de tarifa legal descansa en la gran desconfianza que el legislador tiene en los jueces y esto no le permitirá a ningún juez, poner su libre valoración a las pruebas que se admiten en el proceso. Estos hechos nefastos son la fuente del absolutismo, por lo tanto al no permitir esta libertad total de juzgador y, el juez no podrá hacerlo de motus proprio sin conseguir una ponderación adecuada que le dé la suficiente convicción y, grado de valoración, los que no vendrán por el lado del juzgador sino en un todo apegadas a las leyes y por ende cada juez, deberá analizar, incorporar y hacer que, cada una de las pruebas cumplan con la función de llevar a la precisa demostración de los hechos.

Recordemos que el juez tenía negadas facultades para asumir su función de forma plena lo que, era muy clásico del liberalismo con un concepto totalmente individualista y como, de la misma forma se le negaba al Estado cualquier influencia en la vida social salvo en los aspectos de la seguridad ciudadana; este concepto se volvió inviable en el siglo XX ya que se concluyó que el juez era y es la verdadera autoridad dentro del proceso y debía tener fuera de la publicización “El reconocimiento de esa realidad (se refiere a que aunque la constitución diga que somos iguales ante la ley, es una ficción hablar de igualdad entre un consumidor aislado frente a una empresa monopólica), más allá del puro formalismo normológico, dio origen al solidarismo jurídico en materia contractual, y fue el comienzo de un proceso de publicización del contrato, a fin de adecuarlo a la realidad social para lograr una verdadera justicia

contractual". (<http://www.planetaius.com.ar/foroderecho/que-publicizacion-o-publicacion-del-contrato-8481399>).

El Juez tiene en este asunto el derecho a conducir la dirección formal del proceso, de una manera lo más sencilla posible y en conformidad como lo establece u ordena el Código vigente y su respectivo reglamento en lo que se refiere al Proceso Civil donde se debaten derechos subjetivos de titularidad privada y se aplican las consecuentes normas de derecho material. En la actualidad el juez cuenta con esas atribuciones que la ley le otorga para que se desarrolle plenamente en todas sus facultades procesales y en este desarrollo de los mencionados presupuestos, una de las actividades del juzgador será gestionar el proceso (gestire), no en el sentido de la administración de una empresa sino de, ejercer las facultades de la dirección formal, sin influir en el que puede ser el resultado definitivo de la controversia.

2.2. Bases teóricas.

La prueba debe ser vista como un elemento vital en la demostración de un hecho Jurídico Litigioso, o fáctico. Si no existiera la necesidad de este elemento en los procesos se caería en una sucesión de arbitrariedades en las que reinaría el caos judicial. Debemos agregar a lo mencionado que fuera de lo comentado, tanto la seguridad jurídica, como también en lo que respecta a la tutela judicial efectiva y lo que comprende al debido proceso extorción en una sencilla afectación. En este asunto es necesario señalar como se procede en la doctrina Europea; y lo que se conoce es que la dividen en 2 teorías, la primera corresponde al sistema de la evaluación de carácter evaluatoria, que corresponde a la tarifa o prueba legal; y en segunda instancia la que denominan prueba libre propiamente dicha (<https://es.scribd.com/doc/60407123/Sistema-de-La-Tarifa-Legal-o-Sistema-de-La-Prueba-Legal>) En el siglo XX según lo menciona (AROCA, 2005) Luego de la oscuridad que presuponia que las partes eran las dueñas del proceso y determinaban la dirección de la/s

sentencias según las concepciones políticas y para referirnos a la concepción liberal y garantista de la función jurisdiccional y del proceso civil.

En la contemporaneidad (actualidad), la ley ha atribuido al juez el trabajo de llevar adelante la dirección formal de todo el proceso junto con el desarrollo pleno de todas sus facultades procesales y en este punto será el de gestionar que se dé el proceso (gestire), recalcando que no lo debe hacer como si tuviera administrando una empresa con voz y voto de carácter individual; sino en función de lo que señala la Ley, de tal manera que sus acciones no influyen en nada en el resultado definitivo del litigio.

En cuanto a la elaboración del presente estudio, la responsable del mismo, ha creído conveniente dividirla en dos partes, en la primera parte se hará una revisión del tema conceptual de lo que comprende la Prueba de Oficio, así como subtemas, tales como, las posiciones doctrinales que existen y que son empleadas en diferentes países del orbe, y que están basados en el Derecho comparado en el contexto del Debido Proceso. en segundo término, se establecerá un debate sobre temas referentes a la regulación que existe en cuanto a la Prueba de oficio, todo esto dentro del marco que establece o limita el Código General del Proceso; y, de esta manera se establecerá un análisis en lo que respecta a las posiciones normativas y cuál es su alcance; en otra orden de casos se detallará la jurisprudencia que se aplica en las pruebas de oficio en diferentes cortes; y para finalizar se hará una redacción en lo que comprende a las conclusiones, y recomendaciones que ha arribado el estudio, del cual saldrán los conceptos esenciales o materia prima para la presentación de la Propuesta o solución del problema de la investigación.

3. Principios que rigen a la prueba judicial

3.1. El principio de oportunidad. O de igualdad de oportunidades

Es muy importante para la autoridad judicial el tener presente cuán valioso y necesario es conocer, y aplicar correctamente los principios que rigen la prueba judicial, y uno de ellos es

que debe estar al servicio de las partes de manera oportuna y en igualdad de oportunidades, lo que equivale, a que no puede haber facilidades para uno y dificultades para el otro, de tal manera que los interesados puedan pedir o solicitar la prueba al juez y aquel para satisfacer el requerimiento de manera justa y proporcional. Para dar más énfasis a lo señalado, vale la pena citar a Echandía (2017) consultando su obra titulada Teoría General de la Prueba Judicial en el apartado subtítulo Principios Generales de la Prueba Judicial; que dice: “Se relaciona íntimamente con el anterior Principio conocido como la contradicción de la prueba”, y dice a continuación que de ningún modo se identifica con él. Luego sostiene lo siguiente; para que exista igualdad es esencial que exista el elemento de la contradicción y esto se logra que las partes gocen de igualdad de oportunidades para refutar o contradecir lo que afirma o niega la otra parte. Esto indiscutiblemente surge debido a que se exige que ambas partes tengan las mismas oportunidades en el proceso. A mi entender, ese principio es sin lugar a dudas el más importante de todos y el conocimiento fiel de las pruebas e particular, es fundamental a la hora del Proceso en si debido a que si las dos partes no gozan de las mismas oportunidades estaríamos ante un estado de un proceso totalmente fraudulento, y fuera de toda razón y lógica de igualdad.

Por demás está explicar que las partes involucradas en la controversia tienen por derecho las mismas oportunidades de presentación y conocimiento de los hechos que presente su contraparte, lo que no significa que exista un trato procesal similar en materia de pruebas en el estricto sentido de que se exija a la partes las pruebas que interesen al proceso y de la absoluta necesidad de aducir a la prueba mencionada pues, la condición de demandante o demandado hará que influya de manera significativa en cada una de las situaciones que se planteen durante el proceso, observando el juez los aspectos de carga de la prueba y su efecto jurídico. Considera que se debe partir del principio que dice que la actividad de carácter probatoria debe recaer en la parte del demandante, pero de manera implícita subyace el Principio de la Contradicción de la Prueba, donde lo que presenta una parte es la negación de lo que diga el otro y viceversa.

3.2. El principio de la inmediación y de la dirección del juez en la producción de la prueba.

Para que se dé una adecuada eficacia de las instancias Probatoria, el magistrado que sigue la causa de un juicio civil, debe actuar con celeridad por cada paso formal que va a instrumentalizar, esto quiere decir que debe empezar por el acto de admisibilidad y posteriormente intervenir en la práctica misma.

El principio de inmediación facilita a que se cumpla de la manera más correcta los demás aspectos consiguientes, como son:

El debido proceso, a dar amplia valoración o la calidad de la autenticidad y seriedad del tratamiento en cuanto a la prueba, a fortalecer la pertenencia y validez de la misma. Sin estos pasos el debate probatorio se convertirá en una instancia de disputa privada y en cuanto a la prueba perdería el carácter de acto procesal de estricto interés público.

Hay que aclarar que el acto de inmediación propiamente dicho no es un principio de la prueba sino que corresponde al proceso en general, pero que acrecienta su importancia en relación a la prueba, ya sea en los procesos civiles como también de índole penal. Cuando los procesos son orales y hay la imposición de la recepción en audiencias de las pruebas que pueden provenir de las partes o a través de disposiciones del juez oficiosamente, la inmediación se cumple de manera amplia y satisfactoria. La inmediación se aplica también en la presentación de los escritos (vienen a ser pruebas documentales, privadas o públicas), también se debe realizar en los escritos (pruebas documentales, privadas o públicas), esta inmediación tiene que ver con la circunscripción territorial que el juez/a tenga, caso contrario deberá comisionarse la inmediación a la zona de jurisdicción del juez. Es indiscutible que la inmediación hace posible que el juez tenga un panorama claro al respecto de todas las pruebas, testimonios, inspecciones judiciales, interrogatorios y todo lo que lleve al funcionario a lograr descubrir la verdad procesal. Ahora bien, al respecto de la inmediación del juez en el proceso probatorio, es fundamental y al respecto de lo tratado en este trabajo, que el juez, sea un elemento activo y no

un simple receptor de información porque, de nada valdría si, al momento de alguna duda el juez, que si bien es el director del proceso se atiene solo a eso y no practica prueba oficiosa, es por ello que es fundamental que los jueces hagan uso de las facultades que les otorgan nuestras leyes al respecto de la prueba de oficio.

3.3. El principio de la publicidad y publicitación de la prueba.

Como podemos apreciar, todos los principios de la prueba en el debido proceso están concatenados unos con los otros todos surgen con un solo fin, que es el debido proceso, donde las partes involucradas en la controversia tengan acceso a la contradicción y para ello tienen que tener el derecho al conocimiento de lo que la otra parte ha actuado en el proceso, con el objeto de discutirlos, objetarlos, negarlos, y de esa manera, luego ante el juez poder llegar a la conclusión correcta de los parámetros que fijan las mismas, pero eso sería imposible sin este principio de publicización de la prueba o publicidad de las mismas, al igual que las pruebas oficiosas actuadas por el juez tienen que ser puestas en conocimiento de las partes involucradas. Cabe destacar que la publicización de las pruebas cumple con un objeto de carácter social. La importancia de los criterios vertidos por el juez/a en la sentencia, la misma que debe estar motivada, y corresponda a la libre apreciación de las pruebas (Contenido en el Tratado de derecho procesal civil, t.I, núm. 41, punto f, y núm. 42, punto r, nuestras Nociones generales de derecho procesal civil, núms. 18, f y 19 n, y nuestro Compendio de derecho procesal, t.I, Teoría general del proceso, núm. 14) (Echandía H. D., TEORÍA GENERAL DE LA PRUEBA JUDICIAL, 2017)

3.4. Principio de la necesidad de la prueba y de la prohibición de aplicar el conocimiento privado del juez sobre los hechos.

Surge del análisis que parte de la lógica pura ya que trata de que el juez, solo puede y debe fundarse sobre los hechos que estén demostrados en el proceso y sobre esto debe fundarse su decisión judicial ya sea están demostrados mediante la presentación de pruebas que son entregados y anexados al proceso por cualquiera de las partes interesadas, como también puede ser del mismo juez en funciones oficiosas sin que por esto la autoridad ejerza prerrogativas para reemplazarlas con opiniones personales o privado, de hacerlo así sería afectar el contenido objetivo de la publicación y el principio de la contradicción, disminuyendo por lo tanto la legalidad del debido proceso y de manera específica la validez de la etapa probatoria. Se ha pensado equivocadamente que este principio tiene que ver con el sistema de tarifa legal o prueba legal que no es lo mismo y por otra parte el sistema de libre apreciación por parte del juez es formado justamente por la contradicción y la libertad de los medios de prueba, y diríamos sin temor a equivocarnos que este principio es una garantía para la libertad y los derechos de los individuos inmersos en la controversia. El juez puede sin embargo utilizar su conocimiento privado sobre los hechos relacionados con el proceso para decretar oficiosamente pruebas y, esto en nada atenta al principio que estamos analizando.

3.5. Principio de la eficacia jurídica y legal de la prueba.

Lo primero que resalta en el análisis es que este principio está estrechamente vinculado con el principio anterior (principio de la necesidad de la prueba y de aplicar el conocimiento privado del juez/a sobre los hechos); y ¿por qué es así?. Está claro que la prueba judicial sirve para aclarar lo que está oscuro o incomprensible en la controversia; y, para que sea válida o legítima debe reunir la condición *sine qua non* de que su eficacia jurídica debe recurrir un requisito sustancial como es de estar reconocida por la ley. De esto se desprende que la institución de la prueba judicial no puede de ningún modo estar desligada de la eficacia jurídica y legal de la

prueba, indistintamente de cual sea el sistema de valoración y de la aportación de los medios al proceso, en tanto se debe asumir que la aplicación de este principio no quiere decir que se va a regular los niveles de persuasión de las partes hacia el juez de la causa sino que la autoridad judicial (sancionador), estando libre o vinculado por la norma ha de considerar a la prueba como el medio que ha creado el legislador para establecer la existencia o no de los hechos presentados como afirmativos en el proceso investigativo.

3.6. Principio de la comunidad de la prueba también llamado de la adquisición.

Esta es la consecuencia de la unidad de la prueba en su comunidad ya que la misma una vez practicada, no pertenece a quién la aporte porque una vez introducida al proceso debe de tenerse en cuenta para determinar la existencia o la inexistencia del hecho a que se refiere y no importa en beneficio de quién actúe la prueba si para el que la aportó o su contraparte, en los parámetros del debido proceso esta puede actuar para cualquiera de las partes involucradas en la controversia y, como las pruebas constituyen los elementos utilizados por el juez para llegar a dilucidar la controversia y conseguir la verdad procesal, no importa quién las haya pedido o aportado ya que desde el momento que generan la convicción, la función del juez es limitar la aplicación de la norma reguladora de esa situación. Se tiene que tener presente que la prueba ya practicada no puede ni desestimarse o renunciarse y, solo podría aceptarse el retiro de la misma cuando esta sea considerada patrimonio procesal del aportante o peticionario.

3.7. Principio de la lealtad y veracidad de la prueba.

Esta prueba es consecuencia de las anteriores ya que si, la prueba es común, tiene unidad, una función de interés general, la misma no debe usarse para ocultar, deformar la realidad y de esta manera tratar de llevar al juez al engaño o inducirlo a este sino que, con lealtad y veracidad llevarlo por el camino de la verdad ya sea que las pruebas provengan de la iniciativa de las

partes o de la actividad oficiosa del juez. Se sobre entiende que la probidad y la lealtad no solo rige para las pruebas sino que estos valores tienen que estar reflejados en la demanda, en las excepciones y en todos los actos procesales que surjan de la misma, esto ocurre porque simultáneamente aparece otro principio llamado la buena fe y la lealtad procesal, que vienen a ser la piedra angular en que se sostiene el derecho procesal, no puede haber debido proceso sin lealtad, probidad y veracidad en la aportación de las partes involucradas en la controversia.

3.8. Principio de la evaluación o apreciación de la prueba.

Es indispensable tener presente una gran verdad, que indistintamente a que sea el sistema legislativo y las características del proceso, que se está llevando sea civil o pena, la prueba siempre debe ser objeto de la correspondiente valoración en cuanto a su mérito, para que de ahí surjan los criterios de convicción del Juez sobre los hechos que son relevantes al proceso, estos supuestos han sido ampliamente estudiados en los sistemas de tarifa legal y la libra apreciación por el juez, lo mismo que lo que algunos autores llaman mixto, en este apartado solo nos limitamos a observar que no se puede admitir que se lleve a efecto un proceso que sea civil, penal, contencioso administrativo, laboral o fiscal si la autoridad judicial (juez/a) no goce la amplia libertad para elaborar los criterios que sean necesarios para apreciar el valor de las pruebas que están en su poder. Según los expertos en el Derecho, consideran que la función de evaluar las pruebas viene a ser la parte más delicada de lo que se compone un proceso y que está encargado de realizar la autoridad competente como es el juez/a de la causa. Por lo tanto se dice con sobrada razón de que la suerte de la justicia depende en gran medida del acierto o error que se tenga en cuanto apreciar la prueba en la mayoría de los casos.

3.9. Principio de la libertad de la prueba.

Para que la prueba sea un instrumento idóneo en cuanto a proporcionar información clara y precisa en el hallazgo de la verdad procesal, es condición que esto se dé que se ajuste a la luz de la realidad de los acontecimientos, aspecto tan necesario para que el juez de la causa emite criterios acorde a los principios del debido proceso, igualdad de oportunidades, legalidad, etc. por lo que se requiere que en el contexto del proceso todas las partes intervinientes gozan de la más amplia libertad para obtener y dar toda la información que sea posible, según los intereses de cada parte, para esto el único límite que existe es el referente moral y lo que el marco de la Ley señala expresamente que no es posible o permitido investigar o en su defecto sean considerados inútiles o de escaso valor demostrativo para el aporte que se requiere en el proceso en si (llamado prueba inútil). En el caso de este principio (libertad), hay que considerar dos aspectos muy definidos, la una que está referida a la libertad relacionada a los medios de prueba, y la otra que corresponde a la libertad de objeto.

La interpretación más exacta de estos medios están expresados en los términos de que no puede existir de ningún modo limitaciones en cuanto al derecho que tienen las partes hacia lo que es entendido como la admisibilidad de información (documentos del caso), como si ocurre en algunos códigos; salvo lo que el juez considera restrictivo o no pertinentes, para esto se requiere que la autoridad sancionadora califique todo aquello que pueda probarse de todo hecho, y que pueda influir en la decisión del proceso; esto es también es aplicable para los casos de intervención de los involucrados.

El segundo aspecto como es el objeto, comprende a todo que se refiera a documentos, testimonios, indicios, inspecciones ya que las presunciones no son pruebas sino que eximen de la misma.

Es necesario tener a colación nuevamente al Jurista Echandía con su obra titulada Teoría General de la Prueba Judicial, presentando una cantidad importante de principios que sirven

para elaborar y presentar las pruebas en marcadas en el debido proceso en relación del trabajo determinado de la Prueba de Oficio. Se nombrará los que faltan, debido a que en párrafos precedentes fueron presentados con la valoración de ser fundamentales, así tenemos:

- a) El conocido principio que trata sobre las características que debe tener la prueba en cuanto a la formalidad y legitimidad.
- b) El que se refiere a la obligación de legitimar la prueba.
- c) En cuanto al principio de preclusión de la prueba.
- d) El que orienta a que la prueba sea de principio a fin original (que no copie pruebas ajenas).
- e) El principio que señala a que la prueba debe señalar exactamente la temática de la controversia.
- f) El principio que ordena que la presentación de la prueba debe estar elaborado con conceptos de pertinencia (relacionado íntimamente al problema de la controversia), que goce de idoneidad o conducencia y además de utilidad (que sirva para el esclarecimiento de las controversias).
- g) El principio que sustenta que la prueba presentada esté expresada en un lenguaje sencillo, claro y preciso, (que no implique ambigüedades); otro elemento de este principio es que la argumentación se lo haga con criterios de licitud (según la ley), y de ninguna manera tenga literatura que desdice de la condición de los demás participantes (respecto a la dignidad humana).
- h) Principio de la inmaculación de la prueba
- i) Principio de la gratuidad de la prueba.
- j) Principio de la obtención coactiva de los medios materiales de prueba.
- k) Principio de oralidad en la práctica de la prueba.

(Echandía H. D., TEORÍA GENERAL DE LA PRUEBA JUDICIAL, 2017)

4. Clasificación de las pruebas.

La ley establece a las partes las facultades que están provistas a la hora de presentar las pruebas, como puede ser el de admitir los hechos alegados por la parte contraria: y de esta manera quedarán fijados para el magistrado; de acuerdo a este concepto, son las partes que determinaran o fijaran los hechos que están controvertidos complementando a lo señalado, se agrega el derecho de probar lo que señalan en la prueba; y así mismo saber que sobre ellos recaerá la obligación de asumir la carga de la prueba cuando se refieran a los hechos que se vuelven conflictivos o confrontados y que no pueden ser probados. Todas las pruebas sirven para resguardar los derechos de una u otra parte en cualquier tipo de proceso; sin las pruebas, el juzgador estaría expuestos a cometer violaciones, las cuales serían irreparables al momento de hacer efectiva una sentencia y se violaría el derecho al debido proceso, ahora el problema fundamental es que cuando analicemos los derechos de diferentes países nos encontraremos con un muro de dificultades según el aspecto doctrinario que se maneje y el país donde tenga lugar la controversia por lo tanto el mismo Estado no podría ejercer su función que es en definitiva, amparar las buenas relaciones entre sus gobernados y se entraría en un caos jurídico. Si nos referimos a las pruebas en el ámbito científico, es una condición fundamental que se pruebe a través del método científico (repetitivo bajo las mismas condiciones) la veracidad de una hipótesis, la cual luego de este proceso se dará como definitiva y cierta.

5. Tipos de pruebas.

5.1. Variedades y tipologías.

Las pruebas son un fenómeno multifacético cuya naturaleza y definición varían de acuerdo a la sociedad y entorno en el que se aplique ya que en los mismos se ven involucrados factores culturales, históricos y jurídicos. Todos los sistemas probatorios han sufrido cambios profundos

desde la antigüedad y las diferentes asunciones culturales con respecto al conocimiento, la verdad y sobre todo la función de las decisiones judiciales han tenido una gran influencia en las concepciones de la prueba. En este contexto un factor adicional que vuelve más complejo aún el tema es que son demasiadas las cosas que se pueden usar como fuente de prueba, esto nos lleva a analizar que, cualquier elemento que pueda aportar o, que tenga alguna utilidad para aportar al proceso puede ser usada como información que sirva como prueba que aporte a la resolución de la controversia. Esto ha llevado a través de la historia por un tránsito demasiado complicado de conceptos y sobre todo de las distinciones usadas para llegar a una definición y análisis de los diferentes tipos posibles de pruebas, tomando por supuesto los rasgos distintivos de cada elemento, lograr una clasificación de todas las pruebas es un verdadero galimatías por eso realizamos un esbozo tentativo de clasificación. (Taruffo M. , La prueba, 2008)

Una clasificación sistemática de las pruebas equivaldría a una tarea sin fin pero ha de distinguirse algunas clasificaciones básicas que se enuncian a continuación.

5.1.1. Pruebas Directas e Indirectas.

Para Jeremy Bentham, la única significativa es la que se da entre pruebas directas e indirectas o circunstanciales. (Bentham J. , 1823), cabe señalar que esta distinción se encuentra presente en todos los sistemas probatorios aunque con las distinciones correspondientes al idioma en que se utilicen, en el common law se las menciona como direct (o material) y de circumstantial evidence, en España de prueba directa e indirecta son varias las traducciones en italiano, francés, etcétera.

Lo esencial en esta distinción es la conexión entre los hechos principales en litigio y el hecho que constituye el objeto material inmediato del medio de prueba. Cuando los dos enunciados tienen que ver con el mismo hecho las pruebas son directas ya que las mismas, están conectadas al hecho principal, el enunciado de este hecho es el objeto inmediato de la prueba. Cuando por

el contrario cuando los hechos versan sobre un enunciado de un hecho diferente por el cual se puede extraer una inferencia acerca de un hecho también relevante las pruebas son indirectas o circunstanciales. En estos casos en realidad las pruebas ofrecen una información al juzgador que solo podrá utilizar como premisa de una inferencia que tenga como conclusión un hecho relevante del caso. Esto es una distinción funcional ya que no se basa en nada que sea inherente a la naturaleza de las pruebas y depende directamente de la conexión entre las pruebas y los hechos de la controversia, por lo que podemos afirmar que cualquier medio de prueba puede ser indirecto cuando este medio tiene que ver con el aspecto circunstancial más que con el hecho principal. (Taruffo M. , La prueba, 2008)

5.1.2. Pruebas positivas y pruebas negativas.

Es una distinción que realizamos entre pruebas positivas y negativas (contraprueba) también es funcional esta distinción y se basa en la relación entre los medios de prueba y el hecho que tiene que ser probado, una prueba positiva es para, demostrar la verdad de un enunciado fáctico. Una prueba negativa (contraprueba) tiene que demostrar que ese enunciado fáctico es falso, demostrar que el hecho no sucedió. En España se habla de prueba de cargo y de descargo o contraprueba, lo que se quiere demostrar en definitiva es que si el hecho ocurrido es verídico y es totalmente una decisión del juez/a la admisibilidad de la prueba como se ha mencionado. (Principio de admisibilidad de la prueba.)

5.1.3. Pruebas Orales.

Hay otros tipos de medios de prueba que se basan en rasgos extrínsecos, en estos podemos mencionar las pruebas orales y esto se refiere a cualquier tipo de pruebas que consistan en declaraciones realizadas oralmente por las partes (Declaración de partes), testigos de la controversia (Testigos de la parte actora o la demandada). Estas pruebas orales como mencioné

pueden incluir varios tipos de medios de prueba, el factor común es que están basados en declaraciones orales las que pueden o no ser formuladas en el transcurso del interrogatorio, siempre basándose en que el/los testigos tengan información sobre algo que pueda inferir en la resolución de la controversia. También debe tenerse en cuenta la relación de los testigos con las partes que participan en el litigio, hablo de su conexión personal con tal o cual parte de los actuantes y de esta manera encontramos la distinción de que si estos testimonios son ofrecidos por los testigos, por las partes o por los peritos que hayan sido designados, es necesario mencionar que estas pruebas no tienen el mismo significado en todos los sistemas procesales. En el sistema common law estos pueden ser interrogados abiertamente dentro del proceso, pero en los sistemas civil law normalmente esto no es posible realizarlo en este sistema, las pruebas pueden ser oídas de varias maneras y no solamente como testigos.

5.1.3.1. Declaración de peritos.

En el sistema common law, los peritos son interrogados oralmente y se los considera (testigos expertos), ya que los mismos son oídos como testigos mientras en el sistema civil law se limitan a presentar documentación referente al tema de la controversia y del punto específico sobre el que hayan hecho sus peritaje, y si se los escucha no lo hacen como testigos en sentido propio. Se debe tener en cuenta que los magistrados no son omniscientes, no tienen todo el conocimiento para discernir sobre todos los aspectos y, es por ese motivo que en muchos casos se recurra al conocimiento de un perito el que, dará su opinión respecto al tema por el cual se lo convocó, de ahí su mención como testigo experto. En la legislación ecuatoriana, las pruebas periciales son designadas como tales y a mi criterio deberían estar incorporadas dentro de las pruebas orales.

El testigo como tal en todos los sistemas procesales es una persona de quién se supone tiene conocimiento de algún hecho relevante sobre los temas de la controversia y quién, bajo

juramento es presentado como testigo conoce sobre los hechos que va a revelar. Históricamente en el sistema civil law y, no es un dato menor, el testigo no podía ser parte del proceso, aunque en la actualidad existen cierta tendencia a borrar esa distinción entre quién es parte y quién no lo es. En los sistemas common law se permite que todas las partes sean interrogadas como testigos en apoyo de sus propias causas. (Taruffo M. , La prueba, 2005, pág. 62/63).

Es de suma importancia y para que pueda ser útil como fuente de declaraciones fiables que este testigo sea competente y creíble el cual es un requisito fundamental. Lo aportado por este testigo tiene que ser útil para la resolución de hechos a probarse dentro de la controversia, el mismo debe ser competente y sobre todo creíble, debemos considerar que es así ya que se trata de un testimonio basado en la verdad y bajo juramento lo cual no debería tener ningún telón de duda. Esta fiabilidad de los testigos se da por ciertas características de los mismos sobre todo en el aspecto de la edad, también se tendrá presente la capacidad mental de los mismos, se debe considerar que todos los testimonios de los testigos son creíbles y descontando que todos los sistemas tienen medios para determinar la competencia, la credibilidad de los declarantes y medios para identificar testimonios no fidedignos.

En lo que respecta a la capacidad mental del testigo no lo desecha de plano como tal y no es totalmente inadmisibles, pero la falta de esas capacidades mentales hacen que se planteen serios problemas con respecto a la fiabilidad de los mismos, en esta situación la persona con esa deficiencia debería ser capaz de recordar y reconstruir hechos además del entendimiento de la obligación de decir la verdad. Otro aspecto relevante es el testimonio de los menores de edad (niños) estos menores de catorce o menores de dieciocho años, solo pueden ser interrogados en los casos en que se considere muy necesario e imprescindible, los menores no juran decir la verdad, a más de eso los interrogatorios pueden ser excluidos o interrumpidos si el juez si el magistrado ve que se puede producir una situación embarazosa que afecte a los menores.

5.1.3.2. *Las partes como fuentes de prueba.*

Primeramente deberíamos definir la noción de la fuente de la prueba y al respecto de esto que siendo un tema controversial tiene básicamente dos conceptos fundamentales que menciona acertadamente el investigador Echandía (2017) en su trabajo titulado Teoría General de la Prueba Judicial, al dar su opinión versada de lo que es la noción de fuentes de la prueba, dice lo siguiente:

Para el estudioso citado, existen dos opiniones con respecto de lo que se debe entender como noción de fuente de la prueba judicial: El Primero está defendido por Carnelutti y Bentham, que sostienen que la fuente de la prueba lo constituyen todos los hechos que son captados o percibidos por el juez y que le son útil para hacer las deducciones del hecho que se va a aprobar, ya sea que constituyen o no la representación de la otra parte; y en segundo lugar, la que es defendida o sustentada por Guasp, al decir que las fuentes provienen de los distintos procesos mentales que se dan en el proceso y que logran establecer la convicción judicial, y que las clasifica en percepción y deducción como elementos principales y luego aquellos que las denomina como especies intermedias y que comprende a la representación y la indicación.

Coinciden ambas tesis en cuanto a las dos maneras como el juez asume las fuentes de prueba: la percepción y la deducción; pero mientras que la segunda ve en esas operaciones mentales la fuente misma, la primera solo las considera como la manera de llegar al juez la verdadera fuente constituida por el hecho, en sentido general, de la fuente donde se obtiene el material conocido como prueba.

El autor citado opina que, las operaciones mentales favorecen para tener conocimiento de cómo se puede obtener una prueba, pero de ningún modo ayudan para saber de dónde se la obtiene; y, que la fuente de qué hablamos comprende lo

segundo y nunca a lo primero. Como observa Bentham, las pruebas se obtienen de las cosas, las personas y las relaciones, es decir de los hechos, entendidos en el sentido general que explicamos al tratar el objeto de la prueba (cfr., núm.37) (pág.255)

Analizando estos postulados sobre la fuente de prueba, las partes que son dueñas del proceso en los procesos dispositivos y donde el juez es el director del proceso, nos encontramos en un aspecto decisorio al momento de considerar a las partes como fuentes de prueba ya que en la observación que mencionan los autores, se trata de un proceso de razonamiento mental, en el cual el juez, de acuerdo a su observancia, análisis de sus declaraciones y teniendo en cuenta que pueden haber ocurrido en las declaraciones de partes cierto tipo de errores, voluntarios o involuntarios, negligencia o fraude, a nuestro entender es necesario que las partes sean interrogadas ya que en el criterio *nemo testis in causa propria*, las partes no podían ser interrogadas como testigos como bien se menciona, en el análisis estructural mental que realiza el juez, puede y debe llegar a la certeza de que los testimonios dados por las partes son fiables.

En los sistemas de common law, y, como consecuencia de cambios ocurridos durante el siglo XIX, en que se derogaron las reglas acerca de la descalificación como testigos de las partes. En Inglaterra sucedió con algunas leyes promulgadas entre 1846 y 1869y, en especial con la Lord Brougham's Act, promulgada en 1851, Estas leyes transformaron la otras viejas reglas e introdujeron nuevas disposiciones por las que se admite interrogar a las partes como testigos en las causas civiles.

Para la misma época en los Estados Unidos de Norte América. El Field Code de 1849 fue una de tantas leyes que cambiaron el antiguo sistema (N.Y., 1848, pág. cap.379), según la regla actual toda persona es competente para ser testigo esto incluye también a las partes y por tal motivo estas son interrogadas de acuerdo con la regulación acerca del interrogatorio de testigos. Debemos mencionar que la declaración de parte es sumamente importante al momento de que el juez/a decida sobre la producción de una prueba de oficio, ya que el testigo tiene que brindar

el total convencimiento a juez de fue de carácter presencial y no de oídas, esto llevaría de no ser perfectamente evaluado posiblemente a una sentencia en la cual no se encuentre la verdad procesal.

5.1.4. Pruebas escritas

A lo largo de toda la civilización, desde épocas ancestrales siempre los documentos firmados o sellados, con rúbricas, aún con sellos de anillos han servido y sirven en la actualidad en algunos países como certificación de convenios comerciales y tratos interpersonales, por demás está el mencionar en las transacciones financieras. La práctica fue creando a través del tiempo diferentes documentos conforme a las diferentes necesidades que fueron apareciendo y sobre todo, a los rasgos institucionales y la evolución de cada sistema. La importancia de esta práctica fue reconocida en el Derecho sustantivo y procesal. Por tal motivo en todos los sistemas jurídicos se han establecido reglas de relación con los diferentes tipos de transacciones jurídicas y la práctica de pruebas escritas en los procesos judiciales. La regulación sustantiva de la forma de los contratos no se encuentra incluida en el tenor que estamos examinando y, lo mismo puede decirse de las diversas teorías acerca de las funciones sustantivas de los documentos. (Taruffo M. , La prueba, 2005, pág. 75).

En el contexto procesal las cosas son aparentemente sencillas debemos hacer hincapié en algunos aspectos que se presentan en las pruebas documentales los cuales son en extremo variables y, por la amplitud con la que algunos sistemas manejan el concepto de prueba, como «cualquier cosa que represente un hecho», independientemente de la naturaleza de la «cosa» que tenga esa función. Entonces nos encontramos que este concepto incluye documentos escritos, no escritos (registros computarizados) y cualquier otra cosa que tenga la capacidad de representar un hecho lo que nos da un amplio espectro pero, en algunos sistemas procesales el concepto de documento por fortuna es mucho menos inclusivo y, equivale al tradicional

concepto de documento escrito por lo que podemos definir qué, cualquier escrito que presente un hecho o que contenga una declaración acerca de un hecho. Cualquier otra cosa, que aunque represente un hecho, no es un documento en el sentido estricto. La tendencia actual en los países del common law, y en particular en los Estados Unidos de norte América, estas pruebas no son consideradas pruebas documentales sino como un caso de pruebas especiales, reales o demostrativas.

Un documento escrito puede ser utilizado como una función representativa en relación con sus contenidos y, en esas circunstancias el documento escrito cumple una función como la de las pruebas testificales ya que con esta prueba se expresa el pensamiento de alguien con respecto a algo y, cuando se utiliza como un objeto material.

5.1.4.1. Documentos oficiales o públicos y privados.

Debemos primeramente hablar de la regulación que rige en los sistemas civil law y common law, las que son diferentes por su naturaleza. Mientras que en el primer sistema procesal se ocupan de las pruebas escritas sobre todo para, determinar su valor probatorio que es característico de cada clase de documento y, con sus disposiciones las cuales están contempladas en cada uno de los códigos sustantivos dedicados a la realización de los contratos o de las transacciones que corresponda regular. En el otro sistema no se considera específicamente el valor probatorio de los documentos, porque como ocurre con cualquier otro tipo de pruebas, las escritas se dejan a la valoración discrecional del juzgador. Estos sistemas principalmente se ocupan de casos en los que el derecho requiere pruebas escritas.

En el civil law, el problema principal radica en la distinción entre lo que son las escrituras o documentos públicos u oficiales y los escritos privados. Esa es la base de las disposiciones sobre el desempeño de las pruebas escritas en el contexto judicial. Un documento oficial tiene que haber sido redactado por algún funcionario o notario público o por alguna otra persona de

una función oficial con la función de elaborar el mencionado documento, escrituras, citaciones etc., los que tendrán que estar en un todo redactados dentro de los procedimientos que reglamentan los códigos correspondientes.

5.1.4.2. Valor probatorio de los documentos públicos.

Los sistemas que incluyen una regulación del valor probatorio de estos documentos oficiales, tienden siempre a atribuirles un valor legal a los mencionados documentos. Si este documento ha sido elaborado por el sujeto apropiado y dentro de los parámetros reglamentarios de los códigos correspondientes, tiene por lo general un efecto vinculante para cualquiera y sobre todo para el tribunal. Ahora, este valor a pesar de ser probatorio no alcanza para cubrir todos los aspectos de poder del documento. El verdadero valor lo dan las declaraciones del autor, los hechos que declara haber recibido personalmente, las declaraciones que se hayan hecho en su presencia, las firmas de estas personas y la fecha del documento. (Taruffo M. , La prueba, 2005, pág. pp 76/77). El valor probatorio formal de este documento no asevera de que lo que está declarado sea la verdad, salvo en el caso de las escrituras que cumplan con todos los requisitos jurídicos exigidos por los códigos correspondientes y dentro de ese marco legal, si faltare alguno de los elementos enunciados este puede ser usado como un escrito privado bajo las condiciones que los reglamentos fijen para los tales.

5.1.4.3. Documentos privados.

Cualquier documento que no sea una escritura pública u un documento oficial cualquiera sea su origen, es considerado un documento privado. Debemos de tener en cuenta que el espectro de los documentos privados es infinitamente inimaginable y de una variedad de iguales características los que abarcan desde documentos públicos inválidos, contratos, pagarés, letras de cambio, testamentos, órdenes de compra, firmados y no firmados por una o por otra de las

partes, por las dos de la controversia o por ninguna de estas, esto es muy importante a la hora de determinar su función probatoria ya que son muy pocos y en casos especiales que se aceptan como documentos privados aquellos que carecen de firmas ya que esta identifica al autor de las declaraciones del documento.

Dentro de este ilimitado panorama de documentos privados que pueden ser utilizados como tales, las declaraciones de transacciones contractuales en la que están involucradas las partes que han firmado dicho contrato, por lo general están firmados por las partes o por alguna de ellas, pero también existe la posibilidad de que no estén firmadas por nadie o por una persona ajena a la controversia pero, el rasgo distintivo de estos documentos privados es la firma de la parte o las partes los cuales tienen que aparecer como los autores de la transacción que está reflejada en el documento.

5.1.5. Valor probatorio de los documentos privados.

El valor probatorio de los documentos privados está regulado por las legislaciones correspondientes, que le atañen valor jurídico cuando están firmados y en alguno de los casos la norma establece que la persona que firmó la documentación sea considerada como la autora de las declaraciones que manifiesta el documento por lo que esta autoría se considera cierta, vinculante e irrefutable. Ahora bien, mencionaremos que este valor probatorio especial solo marca la conexión entre el firmante y las declaraciones incluidas en el documento pero, esto no valida que lo que está expresado en el documento sea la verdad, que la declaración sea la verdadera. Se le da este valor probatorio cuando se realiza una autenticación de las firmas en el documento lo que se hace por medios estipulados en derecho.

5.2. Otros tipos de pruebas escritas.

Debemos hacer notar que los documentos oficiales y los documentos privados, no son los únicos medios de prueba que se usan en la práctica del proceso civil. Otros elementos escritos

pueden ser usados si son relevantes para ayudar al discernimiento de la controversia, estas pruebas se consideran «atípicas» y se aplican dependiendo de su relevancia. En los sistemas del common law esta es la regla para cualquier tipo de prueba escrita no regulada, en algunos sistemas de civil law como en Alemania mantienen el mismo enfoque y no incluyen disposiciones especiales en relación con los documentos no regulados, mientras que en otros sistemas de civil law se incluyen disposiciones expresas concernientes a tipos específicos de pruebas escritas que no sean documentos públicos ni privados.

Debido a que la cantidad de pruebas documentales privadas son innumerables, he enunciado las principales y su aplicación en los sistemas procesales del civil law y el common law, ahondar más en calificaciones no es el tema principal de este trabajo, solo enunciaré que enmarcadas en el tenor de documentos privados encontramos los telegramas, papeles de uso doméstico, copias, libros y registros de empresas, lo verdaderamente importante es encontrar la relevancia del aporte de información que cualquiera de estos elementos aporten a la resolución de la controversia. En todos los sistemas procesales se parte de la premisa de que son válidos y genuinos en su obtención, será determinado y valorado por el juzgador su autenticidad. Solo acotaré que en el common law se presume la autenticidad de estos documentos y es obvio que cuando un documento tiene esos requisitos puede utilizarse como un medio de prueba de un hecho o de cualquier transacción y el verdadero problema es garantizar y sobre todo verificar la autenticidad de los documentos presentados.

5.2.1. Pruebas informáticas.

En los últimos años ante los avances de la informática y la telemática nos encontramos en un mundo totalmente conectado, donde la información es un continuo flujo que es literalmente imposible detener y mucho menos poner un control sobre el mismo, esto invariablemente ha

abierto una serie de efectos sobre la experiencia jurídica y sobre los nuevos procedimientos del derecho cuyas prácticas han dejado ya de ser tradicionales.

Cada vez y con mayor frecuencia, transacciones comerciales, contratos, órdenes de compras, concursos de ofertas en concursos de precios, transferencia bancarias internacionales o nacionales, todas estas actividades se estipulan y documentan por medio de ordenadores y estos registros informáticos y sus registros impresos suelen usarse como pruebas y surge el problema de establecer su admisibilidad en el proceso de estos datos que son en su origen muy peculiares y la posible utilización de los mismos como pruebas judiciales y el valor probatorio que estos puedan alcanzar debido a que la información puede estar dividida, no puede ser del todo confiable y sobre todo con el avance de los fraudes informáticos, ni existe una certeza plena de que la información que se brinde sea totalmente fidedigna.

Ahora, cuando los medios informáticos se utilizan solamente para generar documentos comunes que lleven la firma de los responsables ejecutores de los mismos, estos documentos tendrán las características de documentos privados u oficiales públicos (Escrituras, convenios, etc.). En el sistema common law el tema de las pruebas informáticas fue abordado desde el punto de vista de las pruebas «testimonios de oídas», este sistema se encontraba en la disyuntiva de aceptar fuentes de prueba que no están bajo el control del juzgador, luego de años de debates se dejó de lado el concepto «testimonios de oídas», en los Estados Unidos de Norte América fueron los tribunales los que crearon una excepción en admitir pruebas informáticas, aunque su fuente original no pueda ser conainterrogada. «Regla 803(6) de las Federal Rules of Evidence», interpreta que incluye las pruebas electrónicas entre «archivos o grabaciones», que se admiten por esta excepción a la regla del testimonio de oídas y la «Regla 803(8) de las Federal Rules of Evidence» incluye los documentos electrónicos en el concepto de archivos públicos o grabación pública. (Taruffo M. , La prueba, 2005, pág. 85/86).

En el Civil law, el problema de las pruebas informáticas radica en que, la forma de los contratos y las características según las reglas que regulan los documentos privados y oficiales o públicos, siempre firmados por las partes intervinientes en el contrato, y básicamente porque el archivo adolece de la firma de los contratantes. El valor probatorio de las pruebas informáticas está determinado por la discrecionalidad del juzgador sabiendo que ningún documento informático tiene el valor que una prueba documental directa, sea pública o privada. Existe otro criterio que menciona que las pruebas informáticas deben tener un valor probatorio limitado que se atribuye a las pruebas circunstanciales ya que se trata de una prueba documental con pleno valor probatorio cuando está enmarcado dentro de las exigencias jurídicas.

5.2.2. Pruebas circunstanciales.

Estas se corresponden con cualquier cosa o suceso que pueda ser relevante para la resolución de los hechos controvertidos, en general se trata de argumentos inferenciales que sirvan para obtener conclusiones. Taruffo menciona que esta clasificación es demasiado superficial e incompleta y puede variar de un sistema probatorio a otro, ya que algunos de estos elementos de prueba pueden incluirse en uno u otro tipo de pruebas dependiendo de cómo se defina cada sistema específico, también este autor menciona que estas distinciones podrían resultar útiles para captar intuitivamente algunos rasgos importantes de los principales tipos de medios de prueba (Taruffo M. , La prueba, 2005, pág. 61).

5.2.3. Prueba pertinente

Será aquella que se refiere a los hechos controvertidos relevantes para la decisión y la sentencia del caso. No tienen que incorporarse al proceso pruebas que no sean necesarias y que no se refieran exclusivamente al caso y que no sirvan para resolver la controversia. El juez/a, puede excluir ciertos hechos o pruebas y establecer lo que es relevante o no, necesario o no para

el objeto de la Litis, Todo hecho relevante es aquel que está directamente relacionado con el objeto de prueba y que tratará sobre los hechos en los que las partes no se encuentren de acuerdo, ya que, no son objeto de prueba los hechos admitidos o aquellos en los que no existe discrepancia como mencionamos y es obligatorio que el juez/a se refiera a los hechos incuestionados en la sentencia. Un hecho es reconocido cuando no existe contradicción (reconocimiento tácito), el abogado tiene que obtener pruebas contundentes, porque no vale solo con la afirmación de solo una de las partes de la controversia.

6. Aspecto doctrinario de la prueba de oficio.

6.1. Visión desde la doctrina de la prueba de oficio.

En el tema de la prueba de oficio existe en la doctrina dos tesis que se confrontan de manera radican, y una tercera llamada posición intermedia. Veamos en que consiste entonces:

- a. La teoría del Garantismo Procesal:** El estudio revela que en esta teoría la orden o disposición que imparte el juez/a para la presentación de la prueba de oficio solo sirve para que el sancionador se parcialice a uno de los confrontados en perjuicio de la otra parte; en tanto que la parte que tiene la carga de la prueba al presentarla o sustentarla corre el riesgo de no demostrar o probar lo que sostiene y por esta situación pierde, especialidad probatoria; y, a través de la prueba de oficio dispuesta por el Juez, el magistrado lo que hace es favorecer a la parte que no logró probar su hipótesis y sin “querer” se pone de lado de aquel, es decir se parcializa.

Para mejor ilustración se mencionará a modo de esbozo algunos autores que están alineados a otra posición doctrinal.

Veremos que dice **Alvarado Velloso:** El estudioso jurisconsulto afirma: Que la finalidad de ordenar por parte del juez de que se realice pruebas de oficio es sencillamente para condenar. Para fundamentar lo dicho lo hace por medio de un ejemplo, tomando como material

demostrativo las situaciones que suelen ocurrir en los procesos judiciales frente a los resultados que aparecen a causa del ejercicio de la prueba de oficio: Estos son las situaciones más frecuentes que suele ocurrir; a) Que no se lleva a realizar por laguna razón está prueba de oficio, 2) Que se concrete la prueba y sea exitosa para el demandado, 3) Que no existe ninguna dificultad en realizarla y sin embargo subsista la incertidumbre; y, 4) Que se la realice y de claridad en cuanto a la responsabilidad de quien hace la parte de demandado. En un rápido análisis de los casos vemos que en los 3 primeros supuestos habría que absolver (inocente); en cambio en lo que se refiere al cuarto supuesto esto llevaría a la inculpación ó condenación (Oakley, que es referido por Alvarado Velloso, et. al., 2007). Se puede colegir por lo dicho que la finalidad de esta prueba es buscar que se produzca la condena del indicado o demandado (o la persona contra quien se imputa el hecho objetivo del conflicto.

El autor citado acentúa en su pensamiento sobre la importancia que tiene los principios procesales, y los define como unos de partida cuyo accionamiento está direccionado o regular todos los pasos del proceso jurisdiccional, donde dos partes de naturaleza antagónica pero de igual fuerza están interesados en poner fin a sus diferencias recurriendo a un tercero (juez) como mediador imparcial que dirija el conflicto hasta su solución mediante una sentencia que dé la razón a quien la tenga. A criterio de Alvarado Velloso, existen únicamente dos principios procesales.

El principio de igualdad de las partes: Este principio, establece que en cualquier proceso judicial, los componentes o involucrados son 2 sujetos que están confrontados por ser antagónicos, el uno cumple el papel de ser el sujeto pretensionante y el otro viene a ser el sujeto resistente; para que ambos puedan ejercer sus derechos a plenitud, por lo que es indispensable que ambos estén en igualdad de condiciones tal como lo determina la Ley junto al acceso conjunto de oportunidades. La ley debe procurar en todo el tiempo que dure el proceso fiscal de no crear ventajas a uno y perjuicios a otros, al contrario debe manifestarse a través de las

operadores de justicia como agentes de la Ley que garanticen la bilateralidad de las partes y la consecuente contradicción, así como escuchar los alegatos y refutaciones del uno y del otro en igualdad de oportunidades. Si la ley logre cumplir con estos parámetros de eficiencia, el proceso será real y no una mera apariencia.

El principio de imparcialidad del juez: La conducta del magistrado, tal como lo determina la Ley de ningún modo debe favorecer a ninguna de las partes envuelta en una controversia, como tampoco proyectar un interés subjetivo e la solución del litigio, debe ceñirse con total independencia para las partes. En este punto Velloso dice que la imparcialidad debe ser entendida en términos que el proceso que se sigue esté de acuerdo a lo que dictaminan las normas constitucionales, y una de ella tiene que ver con la inviolabilidad que debe existir en cuanto a la defensa en el juicio, esto implica a que el trabajo o actuación del juez debe ser cumpliendo un rol de verdadero tercero y con acciones que evidencian neutralidad, es decir que no puede cumplir tareas que únicamente le competen a traducir hechos, sustentar la negación de hechos, pretender probar hechos, fundamentar alegaciones de hechos; y, por último con mayor razón la posibilidad de decretar pruebas de oficio. Para el criterio de Alvarado, no está de acuerdo con quienes están a favor de que el magistrado tenga la facultad de decretar pruebas de oficio disque por el supuesto de que le servirá como una información muy valiosa para formar el pensamiento de convicción tan necesario a la hora de dictar el fallo o sentencia, al contrario, su posición de independiente y neutral se pierde, por un detalle que correcto tomarlo en cuenta en este momento, como es la pérdida de la inviolabilidad de la defensa, ya que cuando el sancionador tiene deudas y hay déficit de suficiencia probatoria debe absolver y disponer la carga probatoria (Velloso, 2007).

- a. **La teoría de la Escuela Publicista Procesal:**.- Esta corriente jurídica está a favor de la prueba de oficio, sostiene que de ningún modo el magistrado se vuelve parcializado en el proceso; al contrario, pretende llegar a la verdad procesal y de

este modo concluir con la incertidumbre de la deuda o vacíos que le impiden fallar de manera justa.

Para el investigador **Miguel Enrique Rojas Gómez**: la crítica que existe contra el modelo inquisitivo se basa en el criterio que tienen algunas jurisprudencias e investigadores, de creer que el juez al decidir que se haga la prueba estaría en ese momento violentando el principio de la imparcialidad; al sostener que esta orden nace para confirmar una hipótesis de decisión de una de las partes y perjudicando legalmente a la otra parte involucrada en el proceso. Se destila en los carrillos que la motivación de parte del juez al ordenar que se haga una prueba de oficio tiene una finalidad concreta como es favorecer a una de las partes y consecuentemente fortalecer a blindar su defensa; si esto es así, obviamente se debe pensar que la orden para que se presente la prueba solo tiene un propósito malhadado de romper con el principio de imparcialidad que debe demostrar el juez. A pesar de lo dicho, de que el juez no se guie por el deseo de encontrar la verdad procesal, y pretenda favorecer a una de las partes; esto no significa de modo alguno que la prueba es la que está mal o afecte definitivamente a la imparcialidad del juez; sino que la falta de imparcialidad de la autoridad puede en definitiva ser la causa de la ineficacia de la prueba.

Los elementos que forman parte del argumento en la imparcialidad del juez, se sustentan en el hecho, que la autoridad sancionadora mediante la prueba de oficio tiene la intención de comprobar una hipótesis que tiene al respecto, y que obedece a que no está muy seguro en cuanto a dar una sentencia apegada a derecho; y el existir una duda razonable no quiere equivocarse al momento de emitir el fallo por lo que en base a toda la información sistematizada en el proceso judicial, ve que no es suficiente para sentenciar, por lo que construye una hipótesis en base a esa información recopilada judicialmente, se plantea en esa figura que el ayuda a aclarar sus dudas. En esto es necesario señalar, que él no sabe en definitiva a quien va a favorecer o desfavorecer, como tampoco sabe si la hipótesis resulta correcta o incorrecta; y sólo

lo sabré al ordenar la prueba de oficio, que aportará con datos relevantes para direccionar la confrontación por los caminos de la imparcialidad, tal como lo determina la Norma Constitucional y Códigos Jurídicos correspondientes. Resumiendo lo dicho, el magistrado dicta que se cumpla la prueba de oficio con el objetivo de salir de la penumbra e incertidumbre, al aclarar las dudas que lo conduzcan a la verdad de como en realidad se dieron los hechos entre las partes en conflicto.

Un dato que se debe tomar en cuenta, que la ausencia o escasas de prueba no solo pueden darse por fallos que incurran las partes, las que al ser analizados por el juez presentan insuficiencia del trabajo probatorio; sino también por la inactividad manifiesta de las partes que no aportan con pruebas, que puede obedecer a ciertos hechos concretos que no permiten ser reconstruidos. Cuando se dan estos casos el juez facultado por la ley puede decidir por alternativas como estas: a) Exoneración de la prueba; b) Presunción del hecho no demostrado, c) Superar que el hecho es inexistente por no estar constatado; y, d) Disponer la distribución de la carga de la prueba (como también la carga dinámica de la prueba). Los citados son herramientas que muy bien lo pueden emplear quienes cumplen tareas de operadores de justicia; y esto es así para evitar que se diera la circunstancia de no probar el hecho, consecuencias que se las puede evitar aplicando las herramientas citadas anteriormente, de la misma manera que se lo puede contraponer si el juez ordena que se haga la prueba de oficio (Rojas Gómez, 2015).

Se aborda el pensamiento de otro ilustre investigador de las ciencias jurídicas, en este se tiene a **Jairo Parra Quijano**.

Parfraseando sus criterios dice: El punto inicial que enfrenta un juez frente a un caso controversial. Es hacerse la pregunta: ¿Cuál es la verdad de este conflicto?. Para darse una contestación es evidente que el magistrado debe recurrir a sus conocimientos al bagaje de experiencia en el ejercicio de la profesión; y esta surge según su estructura ideológica y con los medios de pruebas que puede recurrir, para disponer acciones oficiosos de decreto cuyo empleo

sirva para llenar el vacío cognoscitivo de no tener una información a la mano como punto de partida. Por ejemplo, un juez durante el proceso llega a la conclusión de que en una causa se causaron perjuicios pero no ese pidió pruebas que demuestren hasta donde era su cuantía; esta información que es importante crea un vacío cognoscitivo para quien dirige ideológicamente el proceso, pero al dictarse la prueba oficiosa la crítica dice que ese decreto rompe con el principio de la imparcialidad y la igualdad. (Parra Quijano, 2003, p. 20). Para el autor esta crítica no tiene sentido, y está en desacuerdo con otros colegas de la profesión, y lo hace mediante una obra titulada racionalidad e ideología en las Pruebas de Oficio. En esta obra Jairo Parra Quijano fundamenta lo contrario a los críticos de las Pruebas de Oficio, diciendo que de ningún modo la prueba de oficio no atenta contra la imparcialidad e igualdad de oportunidad, de las partes; y, no le parece adecuado que dichos letrados dejen de lado la finalidad del proceso, que tiene como fin último conocer o descifrar la verdad material y de esta manera ponerse en posición óptima para dictar sentencia. Lo que quiere decir el autor de este material es que existe primacía de la ideología sobre las autoridades escogidas para cumplir lo que la ley determina en cuanto a su función.

El autor al defender la ideología que sustenta el valor, importancia y utilidad de la prueba de oficio, considera muy necesario lo siguiente: Que es en el proceso donde el juez debe investigar a fin de conocerse la verdad que es ignorada, en consecuencia se considera necesario permitir que el magistrado de justicia puede concebir en su pensamiento la posibilidad de disponer que se haga tal prueba. (Parra, 2003, p. 20) Sigue el autor con argumentos, y agrega otro elemento de fundamentación, al decir que el uso del poder por parte del sancionador es pertinente, puesto que lo llevará al análisis de las pruebas tan necesarias para encontrar la verdad del proceso. De ahí que se puede concluir, que los decretos o disposiciones para que se hagan pruebas de oficio están justificadas siempre y cuando sean pertinentes es decir sirvan para que se esclarezcan probables dudas o vacío para el entendimiento o comprensión de las pruebas entregadas por las

partes durante el proceso; por lo tanto la figura de la prueba de oficio se constituye en una importante herramienta.

Continuando con los aportes de Parra, dice también en lo que respecta al tema de imparcialidad e igualdad, que la figura judicial de Pruebas de Oficio tienen un significado importante en cuanto a combatir legalmente la “desigualdad” que se sucede generalmente entre las personas conflictivas cuando una de las partes está más preparada académicamente; y el poder que referimos es para que el juez procure que no afecte a la igualdad que los controversiales tienen ante la ley. En tanto que hacia la imparcialidad del sancionador, el argumento del autor citado es que la orden del juez para que se realicen las pruebas de oficio de ningún modo irrumpen, vulneran o afectan el principio que debe tener el juez en el juicio a su cargo, así que se suponga que la autoridad como que se parcializa hacia una de las partes no significa de ningún modo que su tarea y disposiciones están faltando o corrigiendo su deber de ser siempre imparcial, hay que saber que la finalidad de la autoridad está encaminada a encontrar esa verdad material tan esquivada, y de ahí su trascendencia en cuanto a la dirección del proceso.

Tomando en cuenta a otro investigador de la presente materia, como lo es **Hernando Devis Echandía**.

El autor citado en cambio está en contra de que el juez ordena o determina que se hagan las pruebas de oficio. Esta es su argumentación; Las objeciones que deben existir contra las facultades oficiosas del magistrado en cuanto a la elaboración de la prueba en el contexto del proceso civil se concretan en estos criterios esenciales: Lo primero que debe caer en cuenta al juez competente es de que se trata de un litigio de interés privado y de esta forma debe ser conducido al proceso para que las partes actúen según su real saber, entendimiento y emprendimiento; que el dar paso a que el juez disponga de pruebas de oficio no es más que perjudicar a la parte que salga desfavorecida por las cargas oficiales por la autoridad judicial.

Lo que cabe no es esa actuación del juez, su papel es permanecer en una conducta inactiva frente al trabajo de las partes que intentan demostrar lo que su interés lo motiva, y esta circunstancia debe limitarse o juzgar mediante las pruebas que le presentan las partes y de ahí establecer criterios que vayan conformando su decisión en el fallo o sentencia. Sólo de esta manera el magistrado podrá ser imparcial de principio a fin. Continuando con los aportes de Parra Quijano, dice también en lo que respecta al tema de imparcialidad e igualdad, que la figura judicial de pruebas de oficio tienen un significado importante en cuanto a combatir legalmente la “desigualdad” que se sucede generalmente entre las personas conflictivas, cuando una de las partes está más preparada académicamente; y el poder que referimos es para que el juez procure que no afecte a la igualdad que los controversiales tienen ante la ley. En tanto que hacia la imparcialidad del sancionador, el argumento del autor citado es que la orden del juez para que se realice las pruebas de oficio de ningún modo irrumpen, vulneran o afectan el principio que debe tener el juez en el juicio a su cargo, así que se suponga que la autoridad como que se parcializa hacia una de las partes no significa de ningún modo que su tarea y disposiciones están faltando o corrigiendo su deber de ser siempre imparcial, hay que saber que la finalidad de la autoridad está encaminada a encontrarnos esa verdad material tan esquivada, y de ahí su trascendencia en cuanto a la dirección del proceso.

Recogiendo el criterio de otro investigador, como es Hernando Devis Echeandia

El jurista resume en un análisis las opciones vertidas en torno a los pro y contra que existe en el mundo de la jurisprudencia sobre la acción de un juez de ejercer la facultad de pedir u ordenar que se realice la prueba fiscal en el contexto de un litigio de interés privado, donde las partes se desenvuelven libremente tal como lo dispone la ley. En este caso, los que están en contra de esta acción, consideran que el juez debe ser la autoridad que debe permanecer inactivo frente a la acción de las partes, los mismos que proveen pruebas que serán analizadas y juzgadas

por el sancionador, de esta manera no rompe la indispensable imparcialidad que debe existir en todo lo que dure el proceso. El autor citado no está de acuerdo con la posición expresada, y lo sustenta con las siguientes razones: La argumentación de que no existe imparcialidad del juez al ordenar la prueba fiscal, de por si es débil en su contextura y del cual no obliga el más ligero análisis. Al estudiar su fundamentación encontramos que a su debido tiempo fue reformulada (rectificada), debido a que no se puede seguir sosteniendo con el criterio de que se trata de un proceso civil que conlleva hacia un negocio con fines privados. Al profundizar en el tema, se encuentra que esta doctrina fue cambiada hace 50 años, es decir entró al archivo, ya se decía en aquella época que no se podía seguir sosteniéndose la concepción privatista, y que lo más adecuado era la de carácter publicista, al comprobar que los procesos están enmarcados en el ejercicio de la jurisdicción del Estado, que tiene las justificaciones necesarias para que sea entendida como de Interés Público el proceso penal (Devis, 2002, p. 73-75).

Continuando con el análisis del autor, hace mención como aspecto importante de que los juicios son un tema sobre todo de interés público, y en esta declaración sustancial se basa para plantear la tesis de la importancia y justificación de la prueba de oficio. Y por qué dice esto; porque en el ejercicio de la profesión se evidencia un alto interés del público, que lo acepte, al considerar la necesidad que lo más pronto se llegue a un resultado que sea justo y legal, mediante la intervención atinada del magistrado al contar con los poderes y facultades suficientes para que el conflicto sea resuelto mediante la aparición de la verdad, que es el objetivo del proceso, de tal manera que las partes perciban que se ha llegado a un resultado justo y legal, teniendo al juez como autoridad no sea engañada por faltas de pruebas por omisión o que sean pruebas falsas o aparentes.

En este punto tanto Devis Echandia como Parra Quijano, se afirman que la prueba fiscal de ningún modo afecte el principio de la imparcialidad del juzgador, debido a que los investigadores consideran que la imparcialidad del juez se justifica y tiene plena vigencia,

porque sus decisiones se fundamentan a criterios legales preexistentes, y de ninguna manera a reflexiones o análisis subjetivo de apreciación y valoración propios o de distinta índole que no tiene nada que ver con la materia que trata.

Ahora bien, tomando en consideración otro punto vital en cualquier juicio civil, como es el principio de la igualdad que deben tener o gozar las partes; (este según los autores citados); para que esto se cumpla la ley, le otorga poderes suficientes al juez para que pueda al finalizar el proceso exista la sensación de que ha triunfado la verdad. (En otras palabras vemos que los autores nombrados desestiman la tesis donde se afirma que el magistrado tiene un poder que lo utiliza solamente para comprobar hechos y nunca averiguar; y que se produce en realidad al estudio de los dos momentos a la vez; y que detrás de todo esto siempre existirá un interés público).

Michelle Taruffo.

El investigador aborda el tema de la verdad desde la siguiente perspectiva teórica: Dice entre otras cosas, que la verdad está matizada por su particular esencia, diciendo con esto, de que existan tantas verdades como personas vivas en el cosmo. Dice más adelante, que la verdad si existe como tal, pero hay impedimentos o limitaciones que salen al paso para que no sea descubierta completamente; esto quiere decir que no existen instrumentos adecuados para que logren eliminar el factor subjetivo; pero, esta verdad no importa en el proceso judicial, debido a que las partes en realidad lo que pretenden es resolver el conflicto a su favor. Hace notar Taruffo que la posición de las partes se basa en desear que el conflicto se resuelva lo más pronto posible a su favor (ambos pretenden tener la razón); y no tanto que se descubra la verdad; pero el magistrado no debe estar de acuerdo en este facilismo, al contrario debe propender que todo se haga de manera justa, lo cual tiene un enorme significado como es el descubrir de la verdad

y por esta razón para que todo esté alineado en esta dirección la ley le da facultades para poder ordenar o decretar la prueba de oficio.

De ahí que el siguiente análisis del tema, comprenderá el conocer esos poderes y su alcance.

Taruffo, clasifica 3 tipos de enfoques:

- a) Aquellos que responden a los ordenamientos que señalan el poder general que está revestido el juez para ordenar se hagan pruebas de oficio, por la singularidad de detectar poderes para este tipo de iniciativa,
- b) Aquellos ordenamientos que le dan poderes al sancionador en determinadas iniciativas; y, por último,
- c) Aquellos ordenamientos que precisan claramente a que el juez no puede determinar ningún tipo de iniciativas. Al respecto, los que fungen de opositores a poderes de instrucción e iniciativas que hemos detallado anteriormente dan a conocer su argumentación al afirmar que si el juez ejerce tales poderes de iniciativas e instrucción, al instante o ipso facto pierde su condición de imparcialidad, al darse una condición que no debe darse como es parcializarse o favorecer abiertamente a una de las partes; en este caso actuará no como sujeto independiente en el juicio que evalúa de manera objetiva el proceso sino que sus criterios estarán atados a una parte en deprimiendo de la otra parte en controversia.

Para el especialista en estos temas como es Taruffo, expresa que el argumento puesto en el párrafo anterior por los detractores del no otorgamiento de poderes de instrucción, es insuficiente, y lo manifiesta en estos términos. Es evidente que el juez en los hechos que le toca intervenir como autoridad sancionadora si toma partido a favor de una parte en un determinado momento que lo considere apropiado, siempre y cuando su actuación se ciña estrictamente al proceso o preliminar que dirige, pero hay que estar claro que no pierde su condición de imparcial por esta circunstancia. Otro punto que enfoca Taruffo que de ser válido dicho

argumento no se lo entiende cuando se lo tilda de imparcial cuando dentro de sus facultades dada por la Ley puede ordenar excluir o admitir una prueba presentada por una parte porque carece de las formalidades de forma y de fondo, u otra que le presentan una lista enorme de testigos que hace imposible recobrar la declaración de todos ellos en el tiempo previsto en la ley; y que mediante un sano y lógico discernimiento escoge a aquellas personas que se presente en el proceso como actores cuya declaración es imprescindible por tener información muy valiosa para el esclarecimiento de una duda o para encontrar la verdad que se busca de manera parcial o general si la argumentación que presenta la crítica de la no realización de la prueba de oficio incluye la idea de que se piensa que el juez es bueno o idóneo entonces no hay lógica ni pensamiento coherente que diga que el juez actúe imparcialmente por lo que no se puede pensar ligeramente, que por el hecho que el juez ordena las pruebas ya está parcializado o que sea una autoridad que psicológicamente es débil. Hay que considerar un elemento que se suma al análisis, de que el juez/a esté condicionado a seguir sus primeras impresiones de los hechos y que considere que mediante las pruebas de cerón de mucha utilidad para confirmar las pruebas o subestimarlas que contradicen aquel; sin embargo para que esto no suceda el quitarle al juez los poderes de iniciativa e instrucción no es lo más adecuado debido a que puede darse no teniendo tales poderes.

Taruffo agrega lo siguiente: Para los riesgos que hablan los críticos de que hay parcialidad cuando la autoridad ordena pruebas judiciales, estas se minimizan como por ejemplo: cuando se trata para el cumplimiento de los principios de contradicción y obligación de una motivación fundamentada en la toma de decisión. Enfatiza que ya no se siga sosteniendo un criterio absurdo de que los poderes revestidos de instrucción del juez están violando los derechos de las partes, al contrario, está facultado por la ley sirven para maximizar el derecho a la prueba que pueden tener o disponer las partes y sobre todo garantiza aún más el ejercicio del principio de la contradicción. Para terminar los argumentos de Taruffo, dice que si el objetivo de proceso está

encaminado a la tenaz búsqueda de la verdad, este se tropieza con la dinámica del proceso adversarial en que la libre contienda de las partes se dilataran demasiado sin tener un fin razonable, y esto hace pensar que o viene a ser un buen método; ¿y porque sucede esto?, la respuesta está dada a que los intervinientes (las partes) no expresan un interés claro para que se descubra la verdad sino por el contrario tratan de que sean sus intereses los que queden como la verdad de los hechos, por lo tanto el planteamiento de la hipótesis sea la que se imponga (Ferrer, 2002)

7. Naturaleza y concepto de la prueba de oficio

Para poder enunciar el significado de la prueba de oficio como definición, es aquella que el juez sin intervención de las partes «sin petición de parte» realiza con el objeto de mejor resolver en el proceso. El método consiste en atender a la evolución en la función judicial lo que lleva a dinamizar la actuación de los jueces y su función jurisdiccional del proceso civil, lo que ha tenido una gran incidencia en el desarrollo de la materia judicial en los dos últimos siglos. (Aroca, La Prueba en el Proceso Civil, 2005). Para algunas personas este concepto puede resultar algo confuso ya que se tiene el pre-concebido concepto de que el juez es solo aquel que verifica lo que ha sido aportado al proceso, la aceptación y la actuación de las diferentes pruebas presentadas en el proceso y no, como un sujeto activo dentro del mencionado proceso. Tenemos que acotar que este poder no es irrestricto sino que está regulado bajo normas que determinan todo su espectro de influencia y las formalidades correspondientes para su actuación, estas están restringidas dentro del ámbito del proceso y deberán estar ceñidas a las formalidades que cada uno de los estatutos procesales traen aparejados, estas tienen las mismas connotaciones que las de parte y solamente difieren en cuanto al origen y el momento en que pueda acordarlas el funcionario.

Los elementos conceptuales que fundamentan la herramienta de la prueba de oficio; están expresadas en que la administración de justicia debe tener como meta prioritaria el hallazgo de la verdad jurídica, la misma que debe ser objetiva en el contexto de la controversia, de hecho la práctica diaria tienen a poner a las partes de la controversia en igualdad de condiciones en el proceso y, este poder que detenta el juez de actuar pruebas oficiosamente tienden a ayudar al esclarecimiento de la verdad material de todos los hechos que han surgido en el proceso para buscar la realidad de la controversia, y, de esta manera dictar una sentencia de fondo en el proceso y a evitar que simplemente se aplique la carga de la prueba por insuficiencia en las pruebas.

Existen dos doctrinas totalmente diferenciadas al respecto de la prueba de oficio las cuales ya han sido mencionadas en el párrafo de las doctrinas.

Existía la concepción liberal en el siglo XIX, se suprimió la posibilidad de tomarse la justicia por mano propia y por la fuerza, la tutela judicial era el camino más calmo y pacífico para resolver cualquier tipo de controversias, por un tercero «juez», imparcial y por un medio «proceso» en el cual se debería asegurar la vigencia plena del principio de contradicción y el respeto por el mismo, esto llevaría a garantizar en su conjunto la plenitud de los derechos subjetivos de los ciudadanos y no la sola observancia del mismo, y esto en salvaguarda del interés público. Al respecto Calamandrei (CALAMANDREI, 1941, pág. 71) menciona la concepción que observa en la jurisdicción con énfasis en la defensa de los derechos subjetivos, parte de las premisas propias del Estado liberal para quién la función del derecho mira primeramente al mantenimiento del orden entre los ciudadanos (coasociados) y la conciliación de los contrapuestos intereses individuales, en este aspecto la justicia aparece así como lo que tiene que ser un servicio público puesto a disposición de los mismos. Por el contrario cuando partimos de una posición autoritaria que, ve en el derecho ante todo la voluntad del Estado y en la observancia del derecho el respeto a la autoridad, resulta que en la definición de finalidad y

jurisdicción queda la duda del interés individual en la defensa del derecho subjetivo, y surge a las claras el interés público en la observancia del derecho objetivo. Y añade seguidamente «no es necesario explicar porque hoy, esta segunda concepción de la jurisdicción civil se presenta como correspondiendo históricamente mejor con el derecho positivo vigente» la cursiva corresponde a (Aroca, La Prueba en el Proceso Civil, 2005).

7.1. Objeto del proceso.

En la actual concepción liberal, con la libertad de empresa, con el libre derecho de propiedad era evidente que el derecho civil se asentara en lo que denominaremos principio de oportunidad en donde acudir o no al proceso para solicitar la tutela del Estado a través de un juez por su derecho subjetivo. No mencionamos en este aspecto nada con respecto al reparto de las facultades de los jueces y las partes ya que estas tenían todas las facultades y el juez carecía de ellas *ne procedat iudex ex officio*, con referencia al inicio del proceso. El pretender la tutela judicial de un derecho era un modo de ejercitarlo el cual solo le correspondía al titular del mismo.

Aquí llegamos en consecuencia al principio dispositivo en su sentido estricto en el que solo las partes podían iniciar el proceso sino que, solo el actor podía determinar el objeto del mismo o sea la pretensión de lo que pide como con la causa de pedir y en este proceso el demandado solo podía ampliar el objeto de la controversia, o sea presentar resistencia y oposición a la pretensión del actor sin que, el juez pudiera determinar ninguno de los dos aspectos, ni la pretensión ni la resistencia. Como consecuencia de esta oportunidad se tenía que tener presente la congruencia de la sentencia o sea, la imposición al juez de tener que pronunciarse al respecto de todo lo pedido dentro del debate pero, solamente sobre este tenor y solo sobre esto y no cabría falta de pronunciamiento ni un exceso del mismo, *ne eat iudex ultra petita partium*. Solo las partes podían determinar el proceso y el objeto del mismo, en esto quedaba al juez totalmente

excluido y no solamente que no tenía facultad en estos extremos sino que no existía la posibilidad ni remota de que algo semejante pudiera suceder.

7.2. El proceso mismo.

Como hemos observado, las partes son las dueñas del proceso y no solo a la controversia sino también al proceso mismo. He mencionado con anterioridad al respecto de la concepción liberal del proceso que llevaba a excluir al juez de las facultades materiales en el desarrollo del mismo lo que no guarda ninguna relación con las concepciones liberales de la economía, la libre empresa ni con los derechos subjetivos privados sino que aquí se atendía en el ejercicio que podía llegar a determinar el contenido de la sentencia y sobre todo de las que el juez debería quedar excluido *iudex iudicare debet secundum allegata et probata partibus* (Rodríguez-Antolín, 2000). La finalidad de todo esto era conseguir un tercero (juez), totalmente imparcial para las partes y que realizaría un proceso sin ningún tipo de injerencias y, basado en la existencia de dos partes parciales, de modo que el juez no podía aportar ningún tipo de hecho al proceso o el objeto de la controversia sino que, tampoco podía realizar aportaciones de hechos cualquiera que fueran estos. El juez no podía practicar pruebas no propuestas por las partes quienes tenían la única potestad para ejercitar las mismas, era obvio que si el juez actuaba de oficio en la práctica de alguna de estas pruebas se hubiese convertido en auxiliar de una de las partes y por supuesto favorecer a la misma, el tema principal de la no intervención del juez en el ámbito probatorio es de que el mismo no fuese juez y parte del proceso.

Una vez iniciado el proceso luego de que las partes determinaran su objeto ya que estas eran las únicas que podían hacerlo y las únicas que aportaría hechos probatorios, surgía ahora la desconfianza en la concepción liberal del Estado y la actuación de esta duda que se esparcía hasta la función jurisdiccional del mismo ya que este determinaba como se realizaba al proceso y quién lo dirigía. Esta desconfianza si llevaba a una división o reparto de facultades entre el

juez y las partes en el proceso civil pero, eran las partes las que se privilegiaban por sobre el juez hasta el punto que, este no podía poner de manifiesto la falta de algún presupuesto procesal siendo necesaria la oposición con la excepción correspondiente de una u otra parte, tampoco podía el juez hacer avanzar el oficio del procedimiento sino que también era necesaria la petición concreta de las partes.

Resumiendo, el juez no tenía control de oficio de los presupuestos procesales y la premisa era de que nada podía hacerse de oficio en los procesos civiles sino que todo debe dejarse librado al interés de las partes inmersas en la controversia, por lo que deducimos de que no habían presupuestos procesales sino impedimentos procesales. El impulso procesal también se confió a las partes y el proceso tenía que avanzar a instancia de las partes ya que estas debían solicitar al juez que diera por terminada una fase procesal y comenzara con la siguiente, de esta forma observamos que todos los lazos quedaban a la discrecionalidad de las partes y no se entendía precluido un trámite mientras una de las partes no lo pidiera al juez expresamente.

Apreciamos que la determinación del contenido de la sentencia con estos presupuestos procesales y de cómo se llegaba a la obtención de la misma con el impulso procesal necesario ya que el juez no contaba con los medios de titularidad de los verdaderos derechos subjetivos privados (ámbito de autonomía de voluntad), se extendía su virtualidad hasta la comprensión de la titularidad de verdaderos derechos subjetivos procesales, no ya en poder acudir al proceso o sea pedir la tutela de aquellos derechos materiales sino en poder determinar la manera de hacer ese proceso ya que cuando mencionamos que las partes eran las dueñas del proceso es una mención literal. (Aroca, La Prueba en el Proceso Civil, 2005, pág. 465/469)

7.3. La asunción de la dirección formal del proceso por el juez.

Lo que era típico en siglo anterior, las negaciones a los jueces de las facultades necesarias para asumir su función era muy típico del liberalismo de corte totalmente individualista, como

así también se le negaba al estado en general cualquier injerencia en la vida social que llegara más allá de la seguridad de la población, no pudo mantenerse en el siglo XX, esto no se solucionaba solamente con la publicización del proceso, lo que había que implementar un cambio rotundo de dirección, lo que se logró simplemente dándole al juez la dirección formal del proceso y la posibilidad de adoptar medidas coercitivas a efectos de cumplir con esas resoluciones. Una premisa fundamental como lo es que en un proceso civil se debaten derechos subjetivos de titularidad privada y se aplican normas de derecho material totalmente dispositivas salvo escasas excepciones, estas normas reguladores del proceso civil son de derecho público, esto tiene que repercutir de algún modo en que las partes dejen de ser las dueñas del proceso y en este aspecto el cambio ha sido radical ya que se ha puesto fin a tal exageración liberal como lo eran los presupuestos procesales y el impulso de parte.

En la actualidad se le ha atribuido al juez el control y la dirección formal del proceso en todos los ordenamientos procesales civiles, ahora esta dirección se refiere a las llamadas facultades procesales, en lo atinente al control de la falta de los presupuestos de los que depende la validez misma del proceso y en lo atinente a su avance entre una y la otra fase que conduce a la sentencia. Se comparte en este criterio que el juez controle los presupuestos procesales referente a la concurrencia de los mismos de lo que depende la validez del proceso y la posibilidad de que se dicte sentencia sobre el fondo del asunto se comparte que al tribunal se le atribuya el impulso procesal, entendido este como posibilidad ya que una vez iniciado el proceso por el actor el procedimiento se encauce formalmente por la serie de actos que tienen que desarrollarse en los pasos previstos en la norma, esto se hace hasta evidente en que nada puede oponerse a que sea también el juez, siempre con las partes el que controle la realización de actos conforme al principio de legalidad. Esto no significa que el juez se haga cargo de la gestión del proceso en un paralelismo con la gestión de manejo de una empresa «gestire», sino que se trata solo de ejercer facultades de dirección formal sin influir de ninguna manera en el

desarrollo normal del proceso ni en sus principios de legalidad y mucho menos aún influir en lo que podría llegar a ser el resultado del mencionado proceso.

También encontramos las facultades que se denominan coercitivas que son aquellas que le permiten al juez, llevar a efectivizar las decisiones que el adopte, ya sea durante el proceso de las declaraciones o ya sea en la ejecución de la sentencia. Un ejemplo claro de esto es el del reconocimiento a los ciudadanos del derecho a que las sentencias se cumplan en sus propios términos, derecho integrado en el más amplio a la tutela judicial efectiva y, concomitante con eso, la necesidad de dotar al tribunal de los procesos necesarios para que esta «sentencia» y el derecho no se queden en una retórica como tantas otras declaraciones. Estas se manifiestan principalmente cuando se trata de condena a hacer, a no hacer o dar cosas distintas que el dinero.

Para llegar a este punto de atribuir al juez los poderes necesarios a los efectos de cumplir su función se requería la «publicización del proceso» pues esta parte de una base necesariamente autoritaria, en el sentido de aumento, deformación o exageración de la autoridad. El proceso civil, encuentra su apoyo ideológico en la concepción liberal y, se manifiesta específicamente en el aspecto divisorio entre intereses públicos e intereses privados, o sea en lo económico ya que en el proceso civil, el interés que la parte solicita sea protegido o tutelado por el órgano jurisdiccional es privado, siendo preponderante la autonomía de la voluntad. El interesado en este punto es el individuo y no la sociedad toda por ello, se trata de un derecho disponible. Hagamos notar que la diferencia entre derecho público y derecho privado es fundamental y también que, el proceso civil se transforma en el instrumento destinado a la satisfacción o tutela de esos intereses privados.

La diferencia de la naturaleza de los intereses en juego nos da como resultado la existencia de dos procesos, el uno que por tratarse de intereses públicos el principio de necesidad determinará su nacimiento y contenido mientras que en el otro proceso por tratarse de intereses privados, la voluntad de las partes es el elemento determinante del momento de su nacimiento

así como de su contenido y obviamente de su extinción. Estos modelos básicos son correspondientes al proceso penal y al proceso civil, el primero de interés plenamente público siendo necesaria su realización mientras que en el segundo lo que determinará la iniciación del mismo es la voluntad del individuo quien, por razones de oportunidad acudirá o no al proceso para la defensa de sus intereses.

Como mencioné en oportunidad, el principio dispositivo presupone condicionar la tutela judicial y con ella la existencia misma del proceso a la petición del interesado ya que deducir un derecho por vía judicial es una de las maneras de disponer del mismo. La actividad jurisdiccional solo puede iniciarse a petición de partes y el particular tiene que tener libertad para medir el interés que le mueve a plantear la controversia y conseguir satisfacción en la resolución de la misma o dejar el hecho ignorado o insatisfecho, la ley deduce que quién mejor sabe de sus intereses es el particular y está en su potestad decidir qué es lo mejor para las partes. Es facultad exclusiva de las partes la determinación concreta del interés cuya satisfacción es solicitada a los órganos jurisdiccionales, dicho de otra manera la determinación del objeto del proceso corresponde a la parte mediante la pretensión, y la fijación del objeto del debate corresponde a las partes y también al demandado por medio de su «resistencia». Si las partes tienen plena disponibilidad del contenido de sus relaciones materiales, de sus derechos subjetivos y son las únicas que pueden incoar la actividad jurisdiccional, es posible también que le pongan fin a la controversia sin esperar la sentencia, disponiendo de esos derechos materiales como de la misma existencia del proceso.

Debemos tener presente que el proceso civil, responde a quién plantea la iniciativa de necesidad de una tutela judicial en función de sus derechos legítimos y basándonos en este principio procesal, no se entiende razonable que al órgano jurisdiccional le corresponda investigar y comprobar la veracidad de los hechos alegados que pretendidamente requieren una respuesta de tutela conforme a Derecho. El tribunal tampoco se carga con el deber y la

responsabilidad de decidir que tutela entre el abanico de las mismas, pueda ser la que le corresponda a ese caso en particular. A quién cree necesitar tutela, a quien se atribuyen las cargas de pedirla y determinarla con acertada precisión, alegar, probar los hechos aducir los fundamentos en Derecho correspondientes a las pretensiones de aquella tutela con el fin de no afrontar esas cargas sin indefensión y con las correspondientes garantías que se le imponen a las partes.

7.4. Planteamiento sobre los poderes del juez.

Debemos de tomar en párrafo aparte y en lo referido al derecho privado las características más sobresalientes de los poderes del juzgador. (Aroca, La Prueba en el Proceso Civil, 2005, pág. 488/489) En los excepcionalmente aumentados poderes del juez en la asunción de las pruebas de oficio se encuentran las mismas contrabalanceadas por los propios deberes de las partes de la controversia en cuanto a la colaboración en conseguir los medios valorativos de prueba para la consecución de la verdad. En algunos casos y por su papel activo, el juez puede asumir una función asistencial para «estimular» y en caso de ser necesario de «socorrer» a los litigantes que puedan hallarse en dificultades, debemos dejar claro que el juzgador no puede comprometer el deber de imparcialidad y de guardar las distancias que correspondan ante esta actitud colaboracionista del juez. El juzgador no puede ni debe entenderse autorizado a la exoneración a la parte negligente del cumplimiento de la carga de la prueba, esto es que no puede asumir la iniciativa en la práctica de las pruebas que la parte habría debido proponer.

El juez tiene el deber procesal de agilizar y estimular a las partes de la controversia en la alegación de los hechos, la proposición de pruebas y al solicitar las aclaraciones oportunas a las partes. El magistrado puede solamente integrar las pruebas propuestas por las partes con otras pruebas de las que puede valerse ex officio, en el contexto de la imparcial búsqueda de la verdad de los hechos controvertidos siempre y cuando las partes no alcancen por dificultades objetivas

y no por negligencia a asumir completamente su carga de la prueba y con ello los hechos relevantes corran el riesgo de permanecer en un estado de incertidumbre al final del proceso.

En modelos alternativos donde se apliquen las normas *ius cogens*, estas características atienden a que el papel intervencionista del juez tiende a convertirlo en titular de verdaderos poderes-deberes de investigación dentro del mencionado principio dispositivo por las exigencias de buscar la verdad material o real avanzan para imponer no solo una investigación autónoma, sino también para obtener pistas probatorias preexistentes o para obtener otros datos de investigación que ya se encuentren en el material probatorio asumido sino también, para la incorporación de medios de prueba idóneos para, superar la insuficiencia de ese material incluso cuando la parte que conserva la carga de la prueba, haya incluido en preclusión y por ello haya perdido su derecho a la prueba.

8. La Prueba de Oficio en el sistema procesal ecuatoriano

Luego de haber realizado una introducción amplia en todo el aspecto de las pruebas, sus características, sistemas procesales, nos introduciremos en el aspecto de las mencionadas pruebas de oficio en nuestro sistema. En el caso de Ecuador, el principio dispositivo tiene que ver con el desarrollo del proceso tanto en la dirección como en la presentación de la prueba, en este proceso el juez no debe de permanecer estático y ser un mero administrador como se mencionó a lo largo de este documento con anterioridad. El juzgador debe involucrarse en el proceso lo que está contemplado en el Código General de Proceso COGEP donde se le dan las atribuciones para la actuación de pruebas de oficio o mejor resolver, se trata de armonizar los principios dispositivo con el derecho a la tutela judicial que conlleva a que el juzgador tenga mayor participación en el desarrollo y la dirección del proceso. La prueba de oficio que se atiene a la discrecionalidad del juzgador, no afecta de ninguna manera, al debido proceso, muy por el contrario «favorece» y esto se entiende ya que, si consideramos esta potestad única del juzgador

y, el juez tiene la obligación, luego de un análisis exhaustivo de los elementos de juicio que se han presentado por las partes «pruebas», dentro del proceso y cuando este se encuentra en un *apparet-senatus*, es imprescindible a criterio del juez la aplicación de la prueba de oficio.

El COGEP Código General de Procesos ubica a la prueba de oficio como elemento válido del Derecho Procesal y, asigna al juez la dirección de la controversia y, para poder determinar en qué momento judicial es apropiado la obtención de la prueba de oficio, se deben analizar desde la óptica amplia y general de todo lo que ha acontecido en el proceso desde su admisibilidad, la aceptación y actuación de pruebas presentadas por las partes y el juez tiene que analizar si es necesaria la aplicación y actuación de estas pruebas de oficio para que se las considere convenientes para la celeridad del proceso y que no se infrinja el debido proceso. (CHIOVENDA, 1929).

Quién respecto de los poderes del Juez y sus límites sostiene en su obra instituciones de Derecho Procesal sostiene: No solo el juez debe mantenerse en los límites de la demanda, sino que debe incluso abstenerse de apreciar de oficio determinados hechos que pudieran actuarse en las pruebas incluidas en la audiencia probatoria.

8.1. La práctica de pruebas de manera oficiosa

Definitivamente el decretar o resolver aplicar una prueba de oficio por parte de un juez, no se debe interpretar como una parcialización, ya que el hecho primario y final de todo el proceso es llegar a una sentencia veraz y sobre todo basada en justicia, es por ello que no se puede interpretar de esa manera. En cuanto se crea incertidumbre y, las pruebas actuadas no pueden disipar esta, el juez, basado en sus facultades, a los efectos de mejor resolver y superar una duda razonable que no ha sido actuada de manera convincente para llegar a la verdad procesal, actúa de manera oficiosa según lo estipula el COGEP. Dentro de las atribuciones del juez, este puede

ordenar además de la búsqueda de los bienes, la localización y la incautación de los mismos y por defecto la confiscación.

8.2 La sana crítica.

Cuando se analizan aspectos lógicos de conducta y de pensamiento en función de conseguir un fin con un propósito leal y congruente con la realidad, cuando este análisis está dentro de lo correcto, cuando la experiencia, el conocimiento y la ecuanimidad llevan a este criterio a ser válido, se transforman en principios a seguir sin temor a equivocarnos en su valoración. El juzgador, no está desde ningún punto de vista obligado a valorar la prueba de una forma matemáticamente exacta pero, estos lo llevarán a conseguir ese objetivo que es el de la valoración de estos elementos aportados, y a dictar una sentencia basado en cada prueba aportada y valorada con estos elementos probatorios, los que tendrán diferente peso específico cada uno al momento de el dictado de la sentencia. El juzgador tiene, al momento de la evaluación de las pruebas aportadas, partiendo de la su forma libre e individual de apreciación de las mismas, deberá reunir las todas a modo de que, con esa unión de elementos, como mencioné basadas en la lógica y la psicología que, con los aportes probatorios que más luz han arrojado a la controversia.

En base a la experiencia tenemos que estos razonamientos totalmente subjetivos de apreciación hacen que, este modo de valoración se vea reflejado por la sentencia y está siempre será motivada al igual que en momento de la petición de pruebas de oficio por parte del juez y, para que él pueda solicitar más pruebas oficiosamente para la resolución de la controversia. Debemos hacer énfasis que existe una gran diferencia en lo que respecta la sana crítica con una absoluta liberalidad del juez con la tarifa legal ya que su libertad está reglada e invariablemente necesitará la utilización de elementos extralegales. Principalmente debemos de entender que la

sana crítica en el proceso del análisis probatorio, está basado en la subjetividad de su análisis y en la falibilidad que tiene cada ser humano.

9. Derecho Comparado

9.1. Análisis de derecho comparado de la legislación ecuatoriana con otros países con respecto a las pruebas de oficio o mejor resolver.

9.1.1 República de Francia.

En Francia, respecto a la carga de la prueba y a pesar que el juez haya obtenido verdaderos poderes de investigación, el procedimiento sigue siendo en principio del tipo acusatorio «inquisitivo». Salvo presunciones legales o jurisprudenciales es el demandante quién tiene que aportar la prueba de los hechos y realizar la actuación y la sustentación de sus pretensiones y le corresponde a la parte demandada probar las afirmaciones que a ella le competen, y vemos como detalle que el Derecho Francés, se encuentra aún contemplada la figura de la confesión y, si existiesen indicios probatorios, estos tienen que ser demostrados y probados por parte de la parte demandante. “Aquel que no puede probar un derecho subjetivo queda finalmente en la misma situación que el que no lo tiene” (*Idem est non esse et non probari*). La libertad probatoria es la que prima en la legislación francesa y estos presupuestos procesales son muy variados, entre ellos encontramos la prueba imperfecta, el principio de la prueba escrita, las copias, y una maraña de elementos que no vienen al caso ser mencionados.

9.1.2. El juramento supletorio.

Se trata de un juramento-afirmación, y no de un juramento promesa, el juramento supletorio es aquel que es solicitado de oficio por el juez a una u otra de las partes, (se podría añadir para completar elementos probatorios estimados como (“insuficientes”) El juez puede si tiene alguna duda razonable sobre los elementos probatorios aportados, solicitar de oficio este juramento

supletorio, a una de las partes de este proceso con el objeto de obtener un mejor conocimiento de la causa, del cual aprecia soberanamente el valor probatorio y, constituye una simple medida de instrucción. Este juramento supletorio es uno de los instrumentos probatorios con los que cuenta el juez civil en el marco de sus poderes de instrucción. En el Código Procesal Civil en su art. 10: “El juez tiene el poder de ordenar de oficio todas las medidas de instrucción legalmente admisible”. Muy pesar de la subsistencia del procedimiento acusatorio en los que (cada parte deberá aportar los elementos necesarios a los fundamentos de su argumentación), por lo que observamos que se trata de un modo de prueba imperfecto. El juez solo puede solicitar el mencionado juramento supletorio cuando las pruebas generadas y actuadas hasta ese momento por el demandante le parezcan insuficientes.

9.1.3. Conclusión

En el Derecho procesal francés, se sigue manteniendo el sistema procesal acusatorio inquisitivo y el juez tiene el poder absoluto de ordenar de oficio todas las medidas que a su juicio lleven a la solución de la controversia y que estén en el marco legal de su admisión. El avance que podría haber supuesto una nueva codificación con la creación de un Código de negocios se perdió en el año 2000, ya que los poderes públicos se contentaron con una recodificación comercial que se consideraba de derecho constante (contentándose de “reformular” y algunos dirán de “deformar” en lugar de “reformular”). Es de lamentar esta oportunidad histórica que el legislador francés haya dejado pasar pudiendo haber avanzado en estos momentos en los que en el derecho europeo está instaurando poco a poco un derecho común de la prueba. (Guével, 2014)

9.1.4. República Argentina.

Parafraseando a Wach que enseñaba que “la comprobación de la verdad no es el fin del proceso civil y no puede serlo, ello es un resultado deseado pero no asegurado”. Esto es así porque el hallazgo de la verdad en el terreno del Derecho Civil depende plena y exclusivamente de la prueba a rendirse y por sobre todo en el ofrecimiento de la misma y la diligencia en su producción lo que depende del accionar de las partes. Además tenemos que destacar que, si hablamos de verdad, estamos refiriéndonos a la existencia de dos versiones fácticas distintas aportadas por los litigantes, y, también de las pruebas aportadas por estos procura que su versión sea estimada como la acertada y se corresponde con la realidad.

En la actualidad el concepto de prueba en el proceso civil ha escalado posiciones en la escala axiológica procesal. Se habla de que y con razón de que, “la prueba es el alma del proceso” y de esa forma reconocer que existe un “derecho a probar” lo cual se completa con un derecho inalienable de una debida y explicitada valoración de la prueba producida. Hoy resulta totalmente válido razonar sobre nuevas definiciones del proceso civil pero, ahora desde la perspectiva probatoria, es en definitiva una recreación de lo pretérito. Ahora bien, si la prueba ofrecida la cual ya está condicionando la obtención de la verdad, no es la adecuada, no se produce por negligencia o impericia, si la producida es deficitaria o insuficiente, el logro de la verdad respectiva resultará perjudicada.

Sabemos que en la prueba civil, estas solo puede versar sobre los hechos alegados por las partes sin ningún tipo de desviación ni evasión por parte del juez porque si no se han involucrado hechos determinantes del hecho controvertido, es muy probable que la verdad nunca aparezca en el proceso. La consolidación de una cosa juzgada puede llegar a impedir que la luz de la verdad llegue a verse al momento de la sentencia y ni siquiera a través del proceso, ahora tenemos que cada vez más nos encontramos y de hecho proliferan las llamadas pruebas

científicas, estas han comenzado a relativizar el referido impedimento y lo que se busca es que esa luz llegue a descubrirse.

Por todo lo antedicho Taruffo señala que la lógica de valores absolutos “verdadero-falsos” no es utilizable en el derecho probatorio correspondiente al proceso civil. Esta falta de elementos de prueba significa únicamente que no se ha confirmado la verdad de la hipótesis anunciada y, no porque esta sea falsa. La falta de elementos de demostración probatoria de una hipótesis produce incertidumbre acerca de la misma, pero no la confirmación de la hipótesis contraria. Tampoco debe perderse de vista que en el proceso civil contencioso y con contradicción-excepción hecha de los dirimidos en virtud del funcionamiento de las reglas de distribución de la carga de la prueba que solo genera una certeza práctica y no alguna versión con pretensiones de verdadera, al resolverse, queda conformada una plataforma fáctica que contiene lo que sería la verdad correspondiente al caso.

Durante mucho tiempo se reservó al proceso penal la calidad de idóneo para develar la verdad “histórica” y se le atribuyó al proceso civil el papel de sierva de los procesos que en la mayoría de los casos debía conformarse con la mezquindad de una verdad “formal” o “procesal”. Lo mencionado explica asimismo, el funcionamiento de las cuestiones prejudiciales penales, en las cuales se está expresando que es más confiable el proceso penal que el civil a la hora de demostrar cual es la plataforma fáctica del caso. Afortunadamente, las cosas han cambiado y ya no impera irrestrictamente la mencionada fatalidad, pruebas de esto son: la popularización y multiplicación de pruebas científicas en el terreno del proceso civil, confirman con esto que dicha dicotomía es un anacronismo, si es que se la pretende usar para ensalzar al proceso penal como marco para encontrar la verdad en detrimento del proceso civil. Puede siempre y en todos los casos el juez civil perseguir infatigablemente la verdad, previa producción adecuada de la prueba correspondiente, o a veces, deberá conformarse con que lo que declara como cierto simplemente debe “ser tenido o aceptado como verdadero”. El

magistrado civil no es un investigador en la República Argentina no lo es ni podrá serlo ya que su trabajo es procurar aproximarse limitada y selectivamente a la verdad. Limitadamente porque el ofrecimiento y la producción de la prueba está condicionada a la acción de las partes y porque la prueba de Oficio posee límites técnicos infranqueables que ni siquiera pueden ser salvados por el uso de medidas para mejor proveer, además es selectivo porque es impensable e imposible que un tribunal (por lo menos en Argentina), en cualquier supuesto se deba empeñar en obtener la versión fáctica verdadera. Por más que sea un secreto conocido. Ahora si analizamos del punto de vista argumentativo judicial no ha pasado sin ser notado que concurren grandes diferencias entre los casos que deben dilucidar los tribunales.

Al punto de este análisis vemos que la ponderación y el análisis guarda relación con los despachos de medidas para mejor proveer o pruebas de oficio, si seguimos con el análisis de casos de demandas civiles contenciosas, con contradicciones y pruebas producidas es muy probable que se logre llegar a la verdad, pero con las reflexiones filosóficas de Taruffo y lo que mencionara Wach, estos razonamientos no es seguro ni puede serlo. Lo que si se le puede recomendar al juez es que, en cualquier supuesto, prefiera soluciones como el máximo aprovechamiento de la prueba y las potencialidades probatorias de las mismas lo que asegurará una buena producción, conservación y como mencione, el pleno aprovechamiento de las mismas.

El juez privilegiará la resolución de la causa por medio de las pruebas producidas en vez de la distribución del riesgo procesal producido ante la falta o insuficiencia de la prueba. Retomando el pensamiento, el juez civil, tiene que transformarse en un facilitador de las pruebas producidas y no en un investigador de estas y, en casos excepcionales un promotor para la obtención de aquellas mediante el despacho de pruebas oficiosas. A raíz de esto en la República Argentina el dictado de pruebas para mejor resolver solo se justifica cuando existan pruebas de parte de los litigantes de no ser de ese modo se convierte en un obstáculo insalvable.

9.1.5. Conclusión.

En la República Argentina, realizar una defensa de las atribuciones del órgano jurisdiccional con respecto a, autorizar diligencias para mejor resolver o actuación de oficio de parte de los jueces implicaría la pérdida del principio dispositivo que tiene ese país con respecto a los procesos civiles y, convertiría al juez de ser un juzgador a convertirse en un inquisidor y que para agravar lo mencionado, no tendría conciencia de que está desempeñando ese rol y, en cuanto a los procesos penales nos hallamos ante un sistema totalmente inquisitivo. Por lo mencionado podemos deducir que en la República Argentina encontramos dos sistemas procesales en concurrencia el uno con el otro, nos encontramos en un sistema procesal mixto al igual que el de la República de Colombia.

9.1.6. Estados Unidos de Norte América.

Los Estados Unidos de Norte América se rigen con el sistema procesal del common law y su sistema procesal es totalmente dispositivo, sus reglamentaciones en la legislación probatoria son amplias en lo que respecta al proceso probatorio con la característica de que el Juez es en definitiva un custodio del manejo de los medios de prueba y que al ser un sistema dispositivo, las partes son las que dan el inicio al proceso por medio de una demanda formal. Las partes son las que aportan sus testigos basándose en un sistema de interrogatorio por parte de un jurado sobre el cual el juez no tiene ningún tipo de accionar, salvo de objeciones a alguna de las preguntas o respuestas dadas por los testigos y una característica particular de este sistema es que permite realizar un pre-interrogatorio para dirimir la autenticidad del testigo y su capacidad como tal si no condice con los códigos y reglamentos de la Corte, no quedará admitido y será descartado, ya que, su declaración deberá hacerlo bajo juramento o será pasible de perjurio.

Otra característica que no es menor es el hecho de que el Juez no dicta la sentencia del caso sino un grupo colegiado de ciudadanos que a partir de escuchar y analizar todo el caudal de

testimonios oídos en el proceso, esto significa que el juez solo se limitará a la aplicación de la palabra del jurado (la voz del pueblo es la voz de DIOS), todas las otras derivaciones de la sentencia deberán ser presentadas a los tribunales superiores ya que el juez, en ese caso en particular solo podrá limitarse a la aplicación de la sentencia dictaminada por el jurado. Según la Regla 614. La Corte puede, según su propia consideración o a petición de parte, llamar testigos, y todas las partes pueden proceder al interrogatorio de los testigos convocados. La parte puede interrogar a testigos, así sea los llamados por la Corte misma o los llamados por alguna de las partes.

La Regla 706 señala que la Corte puede por sí misma o por las partes y según se disponga incorporar una orden para demostrar las causas o la causa por la cual los testigos expertos no deben ser designados y, pueden solicitar las partes el envío de nombramientos. La Corte puede por sí designar cualquier testigo experto acordado por las partes y puede designar los testigos expertos de su propia selección. La Corte no designará a un testigo experto a menos que el testigo consienta en actuar. De hecho en los Estados Unidos de Norte América el alcance de los tribunales es mayor ya este incluye la posibilidad de descubrir todos los medios de prueba relevantes acerca del asunto en disputa por lo que todas las partes pueden en un principio conocer todos los medios de prueba que cualquier otra parte pueda presentar en el juicio y cada una de las partes puede inspeccionar cada medio de prueba real y documental, conseguir información de los peritos , interrogar a las otras partes y, obtener informaciones escritas.

9.1.7. Conclusión.

Estados Unidos de Norte América, la tierra de la libertad y la justicia, presenta dentro de su sistema common law , unas características que dejan sin mucha sustanciación a la actividad del magistrado ya que, en un sistema donde el juez es un mero espectador a la decisión de un jurado compuesto de ciudadanos de diversas características, los que en la resolución de la controversia

resolverán según los testimonios que hayan receptado de cada uno de los declarantes y, deja muy en claro que el juzgador puede interferir directamente o sea oficiosamente puede llamar testigos, ampliar la testificación de los mismos, citar a peritos, en fin realizar todas las funciones jurisdiccionales para llegar a un asertivo veredicto en la resolución de esa controversia.

De hecho en los Estados Unidos de Norte América el alcance de los tribunales es mayor ya este incluye la posibilidad de descubrir todos los medios de prueba relevantes acerca del asunto en disputa por lo que todas las partes pueden en un principio conocer todos los medios de prueba que cualquier otra parte pueda presentar en el juicio y cada una de las partes puede inspeccionar cada medio de prueba real y documental, conseguir información de los peritos , interrogar a las otras partes y, obtener informaciones escritas. Este sistema irrestrictamente acepta la prueba de oficio y los tribunales pueden actuar en el transcurso de la resolución de la controversia.

9.1.8. República de España.

En la República de España en un sistema procesal distributivo encontramos un articulado en su Código Procesal Civil de marcado conservadorismo y, a la vista del señalamiento de la controversia el **Artículo 429**: Trata de la proposición y admisión de la prueba y el señalamiento del proceso. Revisando la jurisprudencia de este país europeo encontramos los siguientes aspectos: En caso que las partes no se ponen de acuerdo para terminar el litigio, ni existiera así mismo conformidad sobre los hechos; en este caso la audiencia continuará para efectos de proposición y admisión de la prueba. En el caso que el tribunal estime que las pruebas presentadas por las partes fueron escasos o insuficientes para aclarar los hechos controvertidos, les hará saber a las partes señalando el hecho o probables hechos que, a su entender, podrían verse afectados por que las pruebas carecen de suficiente fuerza probatoria. Al pronunciarse el tribunal de esta manera, ciñéndose al material de los probatorios de cuya presencia resulta de los autos, podrá en este caso disponer que se realicen las pruebas que considere necesario.

Es importante acotar en este punto, tal como lo refiere el párrafo anterior, que las partes tienen la libertad de completar o hacer cambios, o proposiciones de pruebas acorde a lo expresado por el tribunal quién se mantendrá con las convenientemente recomendaciones dadas a las partes. El **Artículo 435**: El cual versa con las Diligencias finales. Procedencia. Esta manifiesta que: Solo a instancia de parte podrá el tribunal acordar, mediante auto, como diligencias finales, la práctica de actuaciones de prueba, conforme a las siguientes reglas. No se practicarán como diligencias finales las pruebas que hubieran podido proponerse en tiempo y forma por las partes, incluidas las que hubieran podido proponerse tras la manifestación del tribunal a que se refiere en el apartado 1 del artículo 429 mencionado con anterioridad.

Cuando por causas ajenas a la parte que la hubiese propuesto, no se hubiese practicado alguna de las pruebas admitidas. También se admitirán y practicarán las pruebas pertinentes y útiles, que se refieran a hechos nuevos o de nueva noticia, previstos en el **Artículo 286**. (Caso de *Super Veniens*). Excepcionalmente, el tribunal podrá acordar, de oficio o a instancia de parte, que se practiquen de nuevo pruebas sobre hechos relevantes oportunamente alegados, si los actos de prueba anteriores no hubieran resultado conducentes a causa de circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las partes, siempre que existan motivos fundados para creer que las nuevas actuaciones permitirán adquirir certeza sobre aquellos hechos. En ese caso, en el auto en que se acuerde la práctica de las diligencias habrán de expresarse detalladamente aquellas circunstancias y motivos. (Gaitán Guerrero, 2010)

9.1.9. Conclusión.

Como se puede apreciar en el articulado que he reproducido de forma textual queda claro que el sistema civil law, de la República de España la prueba de oficio es aceptada de acuerdo a las atribuciones y necesidades del tribunal para mejor resolver la controversia.

9.1.10. República Italiana.

En la República Italiana, y en concierto internacional de naciones veremos a través de su articulado la acepción plena de la prueba de oficio en su legislación (Articulado textual) Artículo 117. Versa sobre Interrogatorio no formal de las partes. En cualquier estado y grado del proceso tendrá el juzgador la facultad de ordenar la comparecencia personal de las partes en contradictorio entre sí, para interrogarlas libremente sobre los hechos del pleito. Las partes podrán hacerse asistir por los defensores. El Artículo 118. Sobre la orden de inspección de personas y de cosas. El juzgador podrá ordenar las partes y a los terceros, que consientan sobre su persona o sobre las cosas que posean las inspecciones que aparezcan indispensables para conocer los hechos del pleito, siempre que ello pueda realizarse sin grave daño para la parte o para el tercero, y sin constreñirles a violar ninguno de los secretos previstos en los artículos 351 y 352 del Código de Procedimiento Penal. (Nuestro metiere es el proceso civil por lo cual no se menciona el articulado mencionado)

Si la parte se niega a cumplir tal orden sin justo motivo, el juzgador podrá inferir de esa negativa argumentos de prueba, conforme al apartado segundo del artículo 116. Si se niega el tercero, el juzgador lo condenará a pagar una pena pecuniaria que no exceda los €2.000. El Artículo 439. Sobre poderes instructorios del juez. El juez puede disponer de oficio todos los medios de prueba que considere oportunos, Puede disponer la prueba testifical aun fuera de los límites establecidos por el Código Civil. (Gaitán Guerrero, 2010)

9.1.11. Conclusión.

Como conclusión en la legislación de la República Italiana observamos que la prueba de oficio es totalmente irrestricta y puede ser aplicada libremente dentro de los cánones normados en los procesos jurisdiccionales, lo que en definitiva otorga una flexibilización amplia en los procesos, o que reporta en rapidez y economía procesal.

9.1.12. República de Colombia.

En el sistema procesal de la República de Colombia se encuentran rasgos y elementos del sistema dispositivo como así también del proceso dispositivo y analizaremos en el primero de los casos, se encuentra que las partes son las que tienen que iniciar la controversia, también tienen la facultad de disponer del derecho en litigio. Con respecto al sistema inquisitivo algunos elementos se evidencian en el campo probatorio, uno de ellos es la potestad que tiene el juez en decretar pruebas de oficio cuyo fin es el de llegar a la verdad de la controversia. Al analizar estos aspectos en el cual concurren los dos sistemas nos encontramos en un sistema procesal mixto. En Colombia se han realizado profundos cambios en las funciones de los jueces en cuanto a la interpretación de las normas procesales en lo que al ámbito probatorio respecta.

Más específicamente en la prueba de oficio. Las raíces del proceso en Colombia fueron de un sistema dispositivo que, como hemos desarrollado anteriormente sabemos que las partes impulsan el proceso, inician la demanda y aportan las pruebas que se corresponda con el caso. Para el proceso civil, con la introducción del Código Civil en el año 1971 se le dio al juez facultades inquisitivas como la de decretar y practicar las pruebas de oficio, antes de que se produjeran estos cambios en el ámbito civil, estas pruebas de oficio se introdujeron primeramente en el campo laboral y, esto se debió a que la tensión entre patrones y trabajadores era extrema y, mediante la introducción de esta herramienta procesal que, sirvió de introducción del principio inquisitivo en materia probatoria se buscó dar una rápida solución a los conflictos laborales donde, alguna de las partes se encontraba en desventaja marcada frente a la otra.

En el año 1948, se promulgo el actual Código Procesal del Trabajo y, se destacaron en este Código características propias del sistema inquisitivo, en lo que respecta al decreto y práctica de pruebas de oficio. El artículo 54 de este Código, regula la materia en el ámbito laboral y, permite que el juez ordene la práctica de pruebas que a su juicio sean imprescindibles para la

resolución de la controversia. A partir de este artículo se produce en Colombia un desarrollo de la prueba de oficio, el cual se verá regulado más adelante en el proceso civil lo que será una institución que generará debates y jurisprudencia doctrinal. Diremos que la mencionada prueba de oficio en el ámbito del proceso civil se materializó con la introducción en el año 1971 del Código Civil y, a partir de esto el juez pasó de ser un árbitro de corte pasivo a ser el director del proceso lo cual se entiende como que, no solo guía y atiende cada etapa procesal, sino que interviene en el conflicto entre los litigantes, además de impulsar el proceso en sus diferentes etapas.

El Código de Procedimiento Civil originó la reforma el que en los artículos 179 y 180 que, el juez puede decretar pruebas de oficio cuando considere a estas útiles para la verificación de los hechos que las partes de la controversia aleguen, luego el juez está en el “deber” de decretar las pruebas de oficio cuando las considere de valor para la verificación de los hechos relacionados con las pruebas presentadas por las partes y, de esa manera conseguir una información más amplia para así poder realizar un análisis más exhaustivo para llegar a la verdad material que se persigue.

En el Código de Procedimiento Civil, se encuentran los artículos que aluden a la facultad del juez para decretar las pruebas de oficio si las mismas se consideran necesarias. Mencionaremos alguno de ellos: El artículo 202 reitera la facultad del juez con respecto al interrogatorio de parte, el artículo 233 inciso 3°, lo hace con relación al decreto oficioso del dictamen pericial “cuando el juez considere que el dictamen no es suficiente”, el artículo 237 numeral 3° que faculta al juez “si lo considera necesario”, recibir testimonios de terceros que suministraron información a los peritos durante las investigaciones. Artículo 37 numeral 4° que impone al juez el deber de hacer uso de sus facultades y, los poderes que este Código reglamenta en la materia probatoria, cuando este lo considere necesario.

A partir de que se produce este cambio de rol en la apropiación del juez como parte activa e impulsador del proceso, es que se han desarrollado dos posiciones en la doctrina y la jurisprudencia, respecto a la facultad sobre el decreto y práctica de las pruebas de oficio. Encontramos diferentes concepciones de la doctrina, por ejemplo Alvarado Velloso se pronuncia diciendo que esta actividad es, una mala interpretación de la ley y que genera una extralimitación en la función judicial y que, impacta con los principios rectores de la prueba como los de igualdad, imparcialidad y necesidad. Otros como Parra Quijano y Pico i Junoy, afirman que estas codificaciones permite mejorar la eficiencia de todo el sistema judicial y, consigue economía procesal, verdad material permitiendo suplir la inequidad cualitativa que en no pocos casos se presenta entre las partes.

Podemos notar diferenciación de doctrinas con respecto a la libertad que el juez tiene en la etapa probatoria con el nuevo Código Civil y por el Código de Procesamiento Civil y, hace que el juez deje de ser un objeto, un simple espectador, un ente pasivo y, por el contrario se convierta en actor del proceso en su desarrollo en cuanto a la etapa probatoria se refiere y, cuando fuese necesario. Autores como Parra Quijano siguen esta línea de pensamiento esgrimiendo que, esta facultad que le otorga el Código al juez es totalmente pertinente para, realizar por parte del funcionario un buen análisis probatorio y, de esa manera llegar a la verdad, aprovechando las capacidades del juez, su experiencia así como su conocimiento. El juzgador al poder decretar de oficio pruebas que el halle pertinentes para dilucidar con claridad los hechos, lo que hace es buscar herramientas que le permitan un análisis más exhaustivo y, de esa manera tomar una decisión que, esté basada en una verdad probada.

En el manejo de la justicia y sobre todo partiendo de la igualdad de las partes procesales, en la etapa probatoria y en la práctica se puede observar de una manera muy habitual como una parte tiene mayor conocimiento del derecho o, un apoderado con mayor experiencia en el ámbito de la controversia mientras que, la otra parte puede tener menor conocimiento legal y

menores recursos para conseguir un profesional experimentado en derecho. Pues bien al permitir que el juez haga uso de su facultad de decretar pruebas de oficio, logra equiparar las desigualdades que se presentan en el proceso lo que dará como resultado que la parte procesal que triunfe será no la que tiene mayores recursos sino la que tenga la verdad que es, en definitiva el principal objeto del proceso judicial y, con respecto a la imparcialidad, esta doctrina argumenta que el decreto y práctica de las pruebas de oficio no afectan la neutralidad del juez ya que en el camino de la búsqueda de la verdad, aunque parezca que se quiera beneficiar a una u otra parte, no significa que se esté faltando al deber de la imparcialidad pues, el objeto final de la justicia es llegar a encontrar la verdad material y, en algunas oportunidades, lo más acertado es el desligarse de todo el impulso procesal, de las partes y dirigir el proceso decretando pruebas de oficio.

La doctrina contrapuesta que enuncia el Dr. Alvarado Velloso asiente en que en un sistema en que el juez es el director del proceso, argumenta que este juez no puede convertirse en un dictador dentro del proceso porque esto tendería, a la pérdida de la imparcialidad por parte del funcionario al respecto de las partes y violaría el derecho fundamental al debido proceso. Este derecho fundamental al debido proceso está consagrado en la Constitución Política y significa que el proceso respeta sus propios principios que son, la oportunidad de contradicción, juez competente, observancia plena de las formas de debate y, sujeción de la decisión al régimen jurídico sustancial existente. La crítica de este autor en doctrina es que, la prueba de oficio de la cual argumenta que, afecta al debido proceso se fundamenta a partir de cualquier elemento que incurra en la estructura del procedimiento, la oportunidad de la defensa o lleve a un error, podría considerarse como violatorio al debido proceso y, para este autor, todo el proceso debe estar protegido en su totalidad por el garantismo procesal. Esta doctrina al tomar partido de preceptos constitucionales proclama entre otros, la garantía al debido proceso y que todo ciudadano sea juzgado imparcialmente por un juez y sin actitudes paternalistas. En este tenor,

la prueba de oficio no sería pertinente ya que, podría convertirse en violatoria al debido proceso y específicamente en el derecho a la defensa. (Gaitán Guerrero, junio, 2010)

9.1.13. Conclusión.

El omitir una prueba de oficio cuando es una facultad discrecional efectuarla, haría que el resultado del proceso pudiera ser un fracaso y, como consecuencia de la actitud pasiva y las omisiones de los apoderados que hubiesen tenido la carga de demostrar algún hecho sustancial para la resolución de la controversia se produciría un vacío al momento de la argumentación del juzgador por una grave causa de omisión y, se podría sentar una jurisprudencia errónea al no utilizar un elemento que es deber del juez realizarla. Se argumenta y se critica a la prueba de oficio y se atribuye un carácter dispendioso que esta otorga al proceso donde, se descompensa la carga probatoria en las partes lo que finalmente haría que el juez, beneficie a una parte y la someta al acervo probatorio de su decisión. En este punto se promueve la negligencia de las partes y se dejan de lado principios fundamentales para el proceso como los probatorios.

La prueba de oficio busca el mejor camino para llegar a la buscada verdad material y, para ello pretende que el juez tenga a su disposición todos los elementos probatorios de valor y que de esa forma se prueben los hechos alegados con claridad y que la decisión se elabore sobre una certeza probatoria completa y verás. El juez fuera de los poderes que detenta como tal, tiene los deberes contenidos en el Art.37 del Código de Procesamiento Civil (Colombia), que lo obligan a lograr una efectiva y rápida decisión del proceso (principio de celeridad procesal), así como lograr una efectiva igualdad de las partes procesales.

En la práctica los juzgados civiles de Bogotá son fieles seguidores de lo que contempla el Art. 179 del C.de P.C. Decretan pruebas de oficio continuamente, y las que más se destacan son las periciales, interrogatorios y testimonios y, los despachos confirman que la razón

fundamental por la que se decretan es para aclarar hechos, obteniendo de esa manera un fundamento fáctico certero y completo, para que el juez dicte una sentencia justa y bien soportada. Si la prueba de oficio fuera una herramienta tan perversa como se la ha querido mostrar, si, se perdiera la imparcialidad del juez frente a las partes o se violara el derecho al debido proceso, los resultados del ejercicio en la práctica de los juzgados no arrojarían una posición favorable frente a esta herramienta procesal de gran utilidad.

9.1.14. Conclusiones del derecho comparado

Definitivamente y analizando las tendencias de las diferentes legislaciones con respecto a la prueba de oficio, puedo afirmar sin temor a fallo que esta herramienta procesal, no afecta la imparcialidad del juez, acelera los procesos, da la misma posibilidad a ambas partes de la controversia y por sobre todo, es realmente indispensable el uso de esta herramienta en procesos civiles de familia, de dominio pero, en lo que respecta controversias comerciales tendríamos que analizar todos los aspectos que estas reglamentaciones judiciales obtendrían de beneficioso o no, eso nos lleva a otro análisis el cual no es el tema sustancial de este trabajo. La institución prueba de oficio, a la vista de la modernización, celeridad y economía procesal, se transforma en un elemento fundamental y no solo en los sistemas mixtos (Dispositivo-Inquisitivo) como lo es en la República de Colombia y en la República Argentina, sino en todas las legislaciones donde se busquen sustanciar los principios mencionados y sobre todo por ser una herramienta procesal a esta altura de la civilización fundamental para la resolución de controversias.

9.1.15. Análisis y resultado del derecho comparado.

Como se ha mencionado, en muchos países de América Latina y en el mundo, la Institución de la Prueba de oficio o para mejor resolver, es una herramienta procesal diría que indispensable

para la resolución de las controversias, en nuestro país no se le da la relevancia que esta tiene ni el carácter que reviste cuyo valor procesal, de celeridad y economía es demasiado valioso como para dejarla de lado. Debemos dejar de lado el paradigma de la perversidad de la misma o fatídica como se la quiera calificar o una herramienta inquisitiva, en los sistemas del civil law su aplicación ya ha dejado de ser una excepción para ser una realidad por los valores intrínsecos que mencione anteriormente. En el C.O.G.E.P. esta institución está mencionada en el Art. 168 del mismo y se lo menciona como prueba para mejor resolver. En el C.O.G.E.P. nuestra legislación le dedica un solo artículo a la herramienta procesal de prueba para mejor resolver, En muchos países del mundo sobre todo en los que su sistema procesal es el civil law, la prueba de oficio ha dejado de ser una herramienta perversa, fatídica, inquisitiva, coartadora de la libertad y enemiga del debido proceso, ya he mencionado a lo largo de todo este trabajo la falta total de aplicación de la prueba de oficio e nuestro sistema legal la que, si se aplicara con más asiduidad se llegaría tener una mayor celeridad y ahorro procesal.

10. La escasa aplicación de las pruebas de oficio en la legislación ecuatoriana.

Hay que destacar que esta facultad oficiosa que tienen los jueces en el sistema procesal ecuatoriano y que está contemplada en Códigos normativos de la Ley y en muchas ocasiones, es totalmente relegada, en demasiadas ocasiones no son aplicadas. El paradigma de la influencia de manera decisoria a favor de alguna de las partes de la controversia, o que se los tilde arbitrarios o inquisidores, realmente es un galimatías, pero lamentablemente es así, y, podemos aseverar que si los jueces observaran cuidadosamente todos los derechos que tienen en la legislación procesal civil, entenderían fácilmente que si ocupasen las herramientas procesales que disponen, estas les permitirían alcanzar con mayor seguridad la veracidad de los hechos en controversia.

11. MARCO LEGAL.

11.1. Constitución de la República del Ecuador.

“Artículo 75.- Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.”

“Artículo 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes: (...).

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

k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto.”

11.2 Código Orgánico General de Procesos

“**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.”

“**Artículo 169.-** 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. 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 preliminar. 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.”

“**Artículo 170.-** Objeciones. Las partes podrán objetar las actuaciones contrarias al debido proceso o lealtad procesal, así como cualquier prueba impertinente, inútil o inconducente. Serán objetables los actos intimidatorios o irrespetuosos contra las partes, testigo, peritos o cualquiera de los presentes.”

“**Artículo 171.-** Utilización de la prueba. La prueba practicada válidamente en un proceso podrá incorporarse a otro en copia certificada. Para su apreciación es indispensable que en el proceso original se haya practicado a pedido de la parte contra quien se la quiere hacer valer o que esta haya ejercido su derecho de contradicción. Se exceptúan los casos en los que la ley expresamente prohíbe este uso procesal.”

11.3 Código Orgánico de la Función Judicial.

“Art. 130,-Facultades Jurisdiccionales de las Juezas y Jueces”

Es la facultad esencial de las juezas y jueces ejercer las atribuciones jurisdiccionales de acuerdo a la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes; por lo tanto deben: (...)

“Lit. 8.- Convalidar de oficio o a petición de parte los actos procesales verificados con inobservancia de formalidades no esenciales, si no han viciado al proceso de nulidad insanable ni han provocado indefensión.”

“Lit. 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.”

“Lit. 11. Salvo los casos en que la ley expresamente disponga lo contrario, procurar la conciliación de las partes, en cualquier estado del proceso; al efecto pueden de oficio convocarlas a audiencia, a las que deberán concurrir las partes personalmente o por medio de procuradora o procurador judicial dotado de poder suficiente para transigir. De considerarlo conveniente los tribunales o juezas o jueces podrán disponer de oficio que pasen los procesos a una oficina judicial de mediación intraprocesal de mediación con la misma finalidad. Se exceptúan los casos en que se halla prohibida la transacción, y si ésta requiere de requisitos especiales previos necesariamente se los cumplirán, antes de que el tribunal jueza o juez de la causa homologue el acuerdo transaccional.”

12. JURISPRUDENCIA

12.1. Análisis de sentencias

Enuncia análisis de sentencias en los que se aprecia: La poca aplicación de la prueba de oficio y que en casación ha sido objetada o aprobada. En el punto medio del análisis se pueda determinar la viabilidad de las pruebas de oficio o mejor resolver.

Resolución 0176-2008-juicio N°2006-0137 Ex Segunda Sala de lo Civil y Mercantil

Fecha de resolución: 2008-06-16 – Tema Liquidación de valores. Actor: Avendaño Delgado Bolívar (Casación) – Demandado Pita Pita Francisco – Decisión Casa el auto Impugnado.

Razón de la decisión: En atención a lo dispuesto en el artículo 122 del Código de Procedimiento Civil (actual 118) el juez puede ordenar la práctica de pruebas que creyere necesarias para el esclarecimiento de la verdad, a excepción de la prueba testimonial, siempre y cuando sea antes de dictar sentencia, por lo tanto no se puede ordenar estas pruebas de oficio cuando se está ejecutando una sentencia y menos aún en segunda instancia

cuando se trate de un juicio verbal sumario en donde los jueces deben resolver el asunto por el mérito de los autos.

Extracto del fallo: CASO EN QUE SE PUEDE PRACTICAR PRUEBA PERICIAL DE OFICIO AL EJECUTAR SENTENCIAS.

La prueba de peritos se puede pedir de oficio en cualquier estado de la causa pero hasta antes de dictar sentencia, por lo tanto no se puede ordenar de oficio una prueba pericial cuando se está ejecutando una sentencia, a menos que se pruebe sumariamente error esencial en el examen pericial en base del cual se está ejecutando.

“(…) 3.9. De lo dispuesto por el ex Art. 122 del Código de Procedimiento Civil se establecen dos reglas: a) Los jueces tienen la potestad de ordenar de oficio las pruebas que juzguen necesarias para el esclarecimiento de la verdad, a excepción de la prueba de testigos; b) Esta facultad la pueden ejercer en cualquier estado de la causa, antes de la sentencia. Por lo expuesto, en el caso sub júdice es absolutamente ilegal que el Tribunal Ad quem, con base en el comentado Art. 122 ibidem, en la fase de ejecución de la sentencia pronunciada en el juicio, nombre a un nuevo perito dirimente para que emita informe sobre la liquidación de valores objeto de la demanda; pues la facultad que concede el Art. 122 ibidem es para ordenar de oficio pruebas y antes de sentencia. Además, siendo el de la especie un juicio verbal sumario, el Tribunal Ad-quem no podía sino fallar únicamente por el mérito de los autos conforme lo establece de manera especial el actual Art. 838 del Código de Procedimiento Civil y no disponer oficiosamente la práctica de un nuevo peritaje a cargo de un nuevo perito, máxime cuando el actual Art. 258 del mismo Código permite que sólo en caso de error esencial probado sumariamente, el juez, de oficio o a petición de parte, ordene la corrección del dictamen pericial por otro u otros peritos. Error esencial cuya existencia respecto del peritaje que sirvió de base para la resolución apelada, no ha sido invocado, probado ni declarado oportunamente. En este mismo sentido, la doctrina ha reconocido como requisito para la eficacia probatoria del dictamen pericial, entre otros, que no se haya probado una objeción formulada oportunamente al dictamen (Devis Echandía Hernando, Teoría General de la Prueba Judicial, Tomo Primero, Ed. Temis S. A., 5ª. ed., Bogotá, 2002, p. 323). Finalmente,

debemos recordar que el Art. 194 de la Constitución Política del Estado establece que la sustanciación de los procesos y contradicción de las pruebas observará, entre otros, los principios dispositivo y de concentración. El principio dispositivo refiere a dos aspectos señalados por la doctrina: a) La necesidad de la demanda para la iniciación del proceso y la obligación del juez de limitar su decisión a las peticiones del actor (principio de congruencia); y, b) A los poderes exclusivos de las partes sobre el elemento probatorio (Devis Echandía Hernando, op. cit., p. 72); por su parte, el principio de la concentración de la prueba implica que “debe procurarse practicar la prueba de una vez, en una misma etapa del proceso, (...). Justifica este principio que se procure la práctica de la prueba en primera instancia, restringiéndola en segunda a cuando no ha sido posible en aquella o se trate de hechos ocurridos con posterioridad o fue denegada por el juez injustificadamente...” (ibidem, p. 123). En observancia de estos principios constitucionales, de la doctrina referente a la teoría general de la prueba y de las normas procesales señaladas, esta Sala llega al convencimiento de que mal hizo el Tribunal Ad-quem en ordenar de oficio en la instancia de apelación, dentro de un juicio verbal sumario, la práctica de un nuevo peritaje por medio de un nuevo perito, sin que se haya comprobado la existencia de error esencial del dictamen pericial que sirvió de base para la resolución del Juez de primera instancia. (...)”

En el análisis de esta sentencia que he presentado, se encuentra visible en el/los errores en que puede incurrir el juez por la falta de manejo y sobre todo por la falta de información al respecto de la prueba oficiosa o para mejor resolver y debido a estos errores es que se materializa un temor en los jueces, ya lo veremos en la parte de las estadísticas, al no tener un pleno conocimiento de la institución de la prueba oficiosa o de mejor resolver.

Analizando en el caso de la sentencia que he publicado y traducido literal, nos encontramos con la resolución de nombramiento de oficio de un perito totalmente fuera de término, una petición de oficio fuera de tiempo (Sentencia dictada).

Claramente se puede observar que nos encontramos con que, es fundamental instruir a los jueces de nuestro país al estudio concienzudo de la prueba de oficio, practica, oportunidad y sobre todo reglamentación amplia de su operación a nivel de juzgamiento.

En el siguiente caso se encuentra nuevamente el desconocimiento por parte de una jueza o juez en cuanto a la aplicación de una prueba oficiosa, debemos recalcar que estos fallos son habituales debido a la no implementación de las pruebas de oficio o para mejor resolver.

Resolución 0054-2009 – Juicio 2003-0271 – Procedencia: Ex Sala de lo Civil, Mercantil y Familia – Fecha de resolución 10/11/2009 – Asunto: Nulidad de contrato y de escritura. – Actor: Fajardo Próspero Eloy (Casación) – Demandado: García Llanos Edilma. – Decisión: No casa – Juez Ponente: Dr. Ramírez Romero Carlos.

Razón de la decisión – Ratio Decidendi menciona, si bien los jueces tienen potestad para ordenar pruebas de oficio, no así para abrir la causa a prueba “de oficio”

Restrictores: Pruebas / Potestad / De oficio / Jurisdiccional.

Según el art. 118 del Código de Procesamiento Civil (derogado), los jueces pueden ordenar pruebas de oficio que sean necesarias para el esclarecimiento de la verdad, esta potestad es facultativa, no obligatoria para el juez, como, asimismo, por otro lado la ley no le faculta al juez para abrir la causa a prueba “de oficio”

RATIO DECIDENDI: (Razón de la decisión)

“...El anterior Art. 420 Ibidem (actual 411) establece que “La Corte Superior, de ser válido el proceso, concederá el término de prueba a diez días”; pero siempre a pedido de las partes, según lo establece el Art. Anterior (antes 419, actual 410); pues si bien el anterior Art. 122, actual 118, del Código de Procedimiento Civil (derogado), establece que “Los jueces pueden ordenar de oficio las pruebas que juzguen necesarias para el esclarecimiento de la verdad, en cualquier estado de la causa, antes de sentencia”, esta es facultativa, es decir no es obligatoria del juez, como sostiene el casacionista, ordenar pruebas de oficio; el juez tiene la facultad de ordenar de oficio pruebas cuando juzgue que son necesarias para el esclarecimiento de la verdad.- Por lo dicho, tampoco la ley faculta al juez abrir la causa de oficio, como quiere el casacionista, pues otra cosa

es que tengan los jueces la potestad de ordenar pruebas en cualquier estado de la causa...”

2 RATIO DECIDENDI – RAZÓN DE LA DECISIÓN – LA OBLIGACIÓN ESTÁ ESTABLECIDA EN EL ART. 280 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL (derogado), NO GUARDA RELACIÓN CON LAS NULIDADES PROCESALES QUE CONFIGURAN LA CAUSAL SEGUNDA DEL ART. 3 DE LA LEY DE CASACIÓN./ DESCRIPTOR.

RESTRICTORES: JUECES / OBLIGADOS / SUPLIR OMISIONES / EN PUNTOS DE DERECHO. Si bien los jueces están obligados a suplir las omisiones en que incurran las partes sobre puntos de derecho, conforme lo manda el Art. 280 del Código de Procedimiento Civil (derogado), esta norma no guarda relación con las nulidades procesales.

RATIO DECIDENDI: (Razón de la decisión) que configuran la causal segunda del Art.3 De la Ley de Casación, pues estas están expresamente determinadas en la Ley, sin que puedan ampliarse o aplicarse extensivamente ya que en esta causal se aplica el principio de especificidad.

EXTRACTO DEL FALLO: “...El casacionista aduce la falta de aplicación del Ex Art. 284 (actual 280) del Código de Procedimiento Civil (derogado), que establece que los jueces están obligados a suplir las omisiones aunque incurran las partes sobre puntos de derecho; pero esta norma no tiene relación con las nulidades procesales que configuran la causal segunda. – Las causas de nulidad procesal están determinadas en la Ley, sin que puedan ampliarse o aplicarse extensivamente, pues en esta causal se aplica el principio de especificidad. Por lo expuesto, no se acepta los cargos por la causal segunda...”

LEY DE CASACION: Art. 3.- CAUSALES.- El recurso de casación sólo podrá fundarse en las siguientes causales: “...2da Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, cuando hayan viciado el proceso de nulidad insanable o provocado indefensión , siempre que hubieren influido en la decisión de la causa y que la respectiva nulidad no hubiere quedado convalidada legalmente...” Las destacadas son mías.

En esta sentencia de casación nuevamente nos encontramos con un gro error en la aplicación de la prueba de oficio y en la que el proceso se ha viciado de forma insanable por la errónea

aplicación de la actuación oficiosa del juez, ya que una causa con sentencia no puede de ninguna manera facultar al juez a abrir la causa de oficio.

CAPÍTULO III

3. MARCO METODOLÓGICO.

3.1. Orientación.

Este trabajo se ha basado en una investigación analítica de todos los elementos que involucran la estructura del fenómeno en sí, y acorde al mismo se ha optado por el método comparativo en los aspectos se podrían llamar psicológicos para poder determinar a través de la investigación comparativa los conceptos de la prueba en general, pero sobre todo buscando en esa comparación los orígenes del problema en la legislación ecuatoriana con respecto a aquellos países que tienen más luz sobre el problema de la prueba en sí y sobre todo en la institución de la prueba de oficio.

Dejando de lado la investigación cualicuantitativa con sus datos estadísticos y numéricos, que, debemos utilizar para poder ubicarnos en la realidad de la problemática que estamos analizando y que debemos conocer las perspectivas, los diferentes criterios de autores que han investigado e investigan este fenómeno que rodean a la institución mencionada, la problemática de la prueba en sus diferentes tipos y características arrojará luz al porque y el cómo es necesario para romper con paradigmas que hacen envejecer nuestro sistema legal. Nuestros jueces han participado de la investigación con una sintomatología de descubrimiento, si, descubrirse con las manos llenas de soluciones que, estando en el sistema es de muy poca aplicación.

Demasiados son los errores de valoración, admisibilidad y práctica, no tratando de defenestrar nuestro sistema probatorio sino más bien, tener mejor presencia de la creatividad siempre dentro del debido proceso y, de esta manera fortalecer nuestro sistema probatorio sobre todo y como segundo término dotar al sistema procesal ecuatoriano de una mayor celeridad y economía procesal.

No es necesario llegar a abstracciones ni, a elevados pensamientos filosóficos para lograr una solución a determinada problemática, tampoco la utilización de galimatías que lo único que consiguen es oscurecer aún más el lugar, ya de por sí oscuro que es la materia probatoria de oficio.

Constitucionalizar la institución de la prueba de oficio o para mejor resolver es una realidad que hay que abrirla para tener todos sus beneficios.

Muy lamentablemente el sistema probatorio en nuestro Derecho Procesal está inmerso en un problema socio-político y jurídico donde, aún los jueces no logran romper el cordón umbilical que lo sigue atando al poder pero con conocimiento y libertad de pensamiento se podrá lograr la tan ansiada libertad y emancipación.

3.2. Proyección.

Lo que se busca es determinar de forma fidedigna con la mayor de las certezas es que, la aplicación de las pruebas de oficio en nuestro país se apliquen dejando de lado preconceptos que lo único que hacen es retrasar el pensamiento de nuestros juristas.

A través de los análisis doctrinarios de diferentes autores también observamos que la razón del pensamiento deductivo es fundamental para el dinamismo del derecho procesal. La clasificación de las pruebas, el manejo que realizan los autores, la investigación descriptiva, hace exactamente eso, describe los tipos de prueba y sobre todo analiza desde la óptica de versados autores la enmarañada selva de la prueba para mejor resolver.

Debido a la naturaleza de la presente de investigación se tomará en cuenta principalmente las fuentes de carácter bibliográfico; para lo cual se tomará en cuenta con prioridad libros y estudios de otros autores sobre el tema planteado; por este motivo la investigación estará basada en fuentes de tipo secundaria. En este sentido se tomará en consideración, la información sobre las pruebas de oficio en materia civil y el principio de imparcialidad judicial.

Lógicamente deberán abordarse los cuerpos jurídicos pertinentes para este trabajo investigativo, tales como Constitución de la República, el Código Orgánico General de Procesos, Código Orgánico de la Función Judicial y el Código Civil. También se tomará en consideración toda la jurisprudencia relacionadas con el tema de investigación.

3.3. Método descriptivo.

Este método está orientado a la realidad de hoy y actúa para llegar a ella en niveles de investigación concienzuda y activa, se trata de una investigación sistemática y es la que estudia la realidad educativa cómo se desarrolla. Describe y hace análisis, registra y evalúa condiciones que se dan en un momento determinado. Contrasta situaciones o hechos para de esa manera encontrar relaciones de, causa y efecto entre variables existentes no manipuladas (Best., 2000, pág. 85).

3.4. Método deductivo.

“Es un método de razonamiento que consiste en tomar conclusiones generales para explicaciones particulares. El método se inicia con el análisis de postulados, teoremas, leyes, principios, etc. de aplicación universal y de comprobada validez para aplicarlos a hechos particulares.” (Bernal, 2006, pág. pp.56)

Bajo este método estudiaremos el principio de imparcialidad judicial que dispone la Constitución de la República y el Código Orgánico de la Función Judicial, a fin de aplicarlo al caso particular de este trabajo.

4. Instrumentos de investigación.

Se han utilizado libros de textos de diversos autores, quienes siendo especialistas en la temática de la prueba han arrojado luz sobre esta investigación.

También se han utilizado páginas web., libros electrónicos, información de páginas web con evaluación y análisis de trabajos de tesis elaboradas por colegas tanto en el ámbito nacional como también de Colombia y Argentina, fichas de trabajos de investigación, enunciados y trabajos específicos sobre la temática de la prueba oficiosa.

5. Cualitativa.

Categoría no interactiva, diseño de análisis de conceptos, toda vez que en este estudio se examinó la literatura de autores de derecho nacional e internacional, la Constitución de la República de Ecuador, Código Orgánico General de Procesos y de la Función Judicial y la normativa vigente en materia procesal civil.

6. Cuantitativa.

Categoría no experimental, diseño encuesta, en virtud de que se preguntó a los jueces de lo civil de Guayaquil, información respecto a la aplicación de las pruebas de oficio.

En el punto de vista jurídico, caracteriza el aspecto esencial de esta investigación lo fáctico y axiológico. Es fáctico debido a que se dirige a los hechos que podrían propiciar que se establezcan determinadas normativas internas en el ámbito de la administración de justicia, que fomenten una adecuada capacitación de los jueces civiles, de tal manera que, en el desarrollo de su ejercicio judicial, se logre la obtención de la verdad, evitando el incumplimiento del debido proceso.

Es axiológico, toda vez que alude a la valoración de que se fomente el impulso de la creación de normativa jurídica que promueva en los administradores de justicia el objetivo de alcanzar la certeza jurídica al momento de dictar la sentencia o resolución. También nuestro estudio se dirigió a la investigación jurídico comparativa y jurídico propositiva, por cuanto dentro del análisis efectuado, se determinaron las diferencias con otros sistemas jurídicos en la

actividad oficiosa que aplican con gran dinamismo esta herramienta oficiosa prevista en la ley de la materia, y también se estableció el poco uso de las pruebas de oficio en el sistema probatorio ecuatoriano.

7. Fuentes y Recolección de Datos.

Se realizó una batería de preguntas a jueces y jurisconsultos de la ciudad de Guayaquil y a estudiantes de la Facultad de Jurisprudencia con el siguiente tenor:

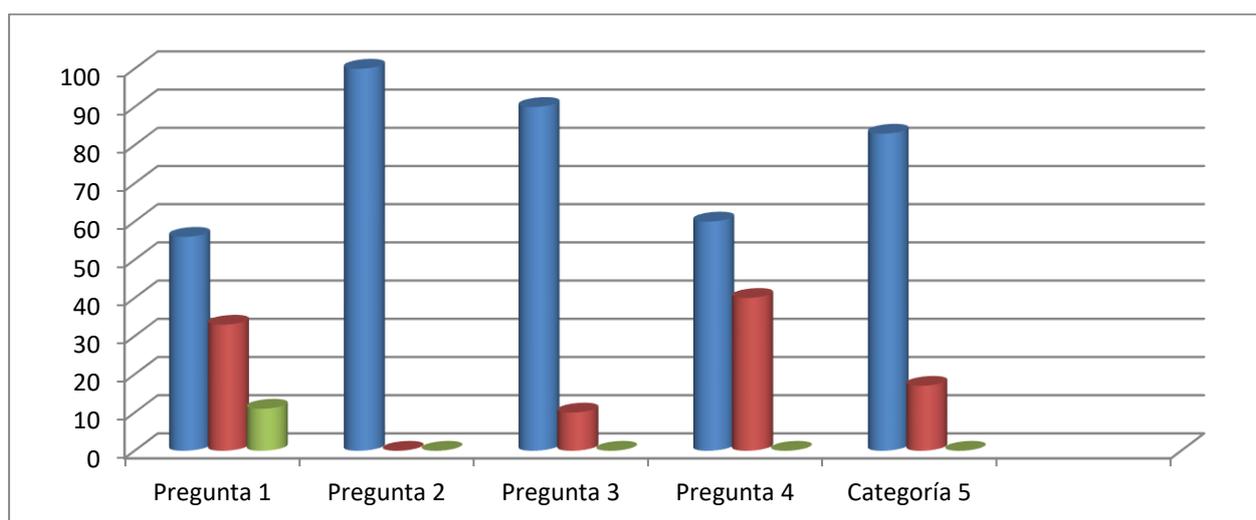
1. Deja el juez de ser imparcial al aplicar la prueba de oficio.
2. Deben los jueces en lo civil adquirir mayor conocimiento y tener capacitaciones con respecto a la prueba de oficio.
3. Puede un juzgador acceder a la verdad procesal con la aplicación de la prueba de oficio y si es positivo, porque no la aplican.
4. Ustedes piensan al analizar el Art. 168 del C.O.G.E.P. que se vulneran los derechos de las partes del proceso civil.
5. Es posible garantizar la tutela judicial efectiva contemplada en nuestra legislación sin la aplicación de la prueba para mejor resolver.

7.1. Respuestas a los cuestionarios.

A continuación damos a conocer los resultados a las preguntas efectuadas.

- Pregunta número uno: Del 100% solo un 33% contestó afirmativamente mientras que el resto un 56% lo hizo en forma negativa, esto da a entender que el cincuenta por ciento de los encuestados afirman que la prueba de oficio no disminuye la imparcialidad del juez.

- Pregunta número dos: La respuesta fue del 100% afirmativa y la conclusión por ende también, el juzgador ecuatoriano debe tener una mayor capacitación sobre la prueba de oficio y así ampliar su horizonte de conocimientos.
- Pregunta número tres: Esta pregunta tuvo un 90% de afirmativos y un 10% de negativos lo que nos da a entender fuera de toda duda que la aceptación de la prueba de oficio hace a la razón de perseguir la verdad de los hechos.
- Pregunta número cuatro: Al ser una pregunta relevante ya que toca el nervio central de nuestro tema vemos que un 60% respondió en forma afirmativa mientras que el 40% hizo lo contrario, entonces deducimos que el Art. 168 del C.O.G.E.P. no vulnera desde ningún punto de vista los derechos de las partes procesales, y no incurre en ninguna falta en cuanto a las garantías de los mismos.
- Pregunta número cinco: El 83% respondió en forma negativa al respecto de esta pregunta mientras que el 17% respondió en forma positiva, esto nos da un claro entendimiento que dé garantía a la tutela judicial efectiva cuando el juez no aplique la prueba para mejor resolución.



8. Métodos empíricos.

DOCTRINA GENERAL	DOCTRINA SUSTANCIAL	METODOS MODELOS E INSTRUMENTOS	UNIDADES DE ANÁLISIS
EL DEBIDO PROCESO	LA PRUEBA DE OFICIO	ANÁLISIS DOCUMENTAL: Entrevistas. Precedentes judiciales.	Constitución del Ecuador. Art. 75/76/82/84 y 94. C.O.G.E.P. Art. Art. 168/169/170/171
		ASPECTO DOCTRINAL Análisis de las diferentes Doctrinas Procedimientos Análisis de Derechos comparados:	Código Orgánico de la Función Judicial Art. 8,9,27 Art. 130 Lit.8.9.10.11 Ley Orgánica de Garantías
		ESTADOS UNIDOS DE NORTE AMÉRICA. COLOMBIA. ITALIA, ESPAÑA.	Jurisdiccionales y Control Constitucional Art- 16 SENTENCIAS

FRANCIA.	Resolución 0176-
ARGENTINA	2008-juicio N°2006-
Análisis	0137 Ex Segunda
y	Sala de lo Civil y
conclusiones del	Mercantil
derecho comparado.	Fecha de resolución:
Derechos comparados	2008-06-16.
precedente judiciales	Resolución 0054-
	2009 – Juicio 2003-
	0271 – Procedencia:
	Ex Sala de lo Civil,
	Mercantil y Familia –
	Fecha de resolución
	10/11/2009

9. Resultados a alcanzar.

El resultado esperado con el análisis de la aplicación de la Institución de la prueba de oficio o para mejor resolver es que, los jueces en lo civil, hagan uso de todas las atribuciones que tienen dentro de la legislación ecuatoriana.

Dejando de lado paradigmas para que esto resulte en una mayor velocidad y ahorro procesal y también lograr un mayor acercamiento a la verdad en todos los hechos controvertidos.

CAPÍTULO IV

4. ANÁLISIS DE RESULTADOS.

4.1 Conclusiones.

- Cuando las partes presenten pruebas insuficientes que arrojen una luz completa sobre la controversia, el juez en uso de sus atribuciones y con la correspondiente justificación podrá pedir prueba oficiosa dentro de la normativa legal y del debido proceso.
- En la República del Ecuador como en muchos otros países, el sistema probatorio civil se rige bajo el principio dispositivo, en el cual las partes inmersas en la controversia deben suministrar las pruebas para así demostrar la existencia del hecho mencionado en la controversia, en legislaciones como hemos visto en derecho comparado a más que las partes aporten sus pruebas, el juez puede completarlas a su pedido.
- El juez que ordene la prueba de oficio bajo ningún concepto está intentando beneficiar a ninguna de las partes del litigio, por esta facultad que le otorga la legislación, lo que busca en realidad como es la potestad del juez, es buscar y estar lo más cerca posible de la verdad para la resolución de la controversia.
- El hecho de que la jueza o el juez determine la aplicación de prueba para una mejor resolución, no quiere decir que se termine con la actividad probatoria correspondiente a ambas y que están enmarcados en toda la legislación ecuatoriana y dentro de esta se encuentran los límites que regulan la misma.
- A partir de la promulgación del C.O.G.E.P. se plantearon cambios en lo inherente a las funciones de los jueces/as los que se encuentran específicamente en el artículo 168 de la mencionada norma legal.
- Encontramos dentro del sistema procesal del Ecuador y a pesar de tener un sistema procesal dispositivo, elementos que son del sistema inquisitivo. El sistema dispositivo

obliga a las partes a, iniciar la demanda y a utilizar el derecho a la legítima defensa, a la presentación de todos los elementos probatorios correspondientes y dentro del debido proceso. Ahora en el aspecto del sistema inquisitivo tenemos la facultad del juez de decretar las pruebas de oficio o para mejor resolver con al único fin de llegar al fondo de la verdad del litigio. Desde mi punto de vista, el sistema procesal de la República del Ecuador es totalmente dispositivo, no es mixto, y dentro de su legislación, el juez, tiene la potestad, siempre dentro del debido proceso de hacer uso de la Institución de la prueba oficiosa que le permitirá llegar a un conocimiento pleno de la verdad y, el planteamiento de este trabajo, es motivar a las juezas y jueces a la aplicación de la prueba de oficio ya que la misma, está relegada por pre-conceptos no determinados siendo que se obtendrían grandes beneficios en lo referente a agilidad y ahorro procesal. Habría que instruir a todos los jueces en la materia de lo civil con respecto a las bondades de la aplicación de esta institución y de esa manera llegar a obtener los beneficios mencionados y por otra parte los juzgadores tendrían mayor poder de discernimiento del que tienen en la actualidad y dejaría de ser un simple espectador, activo, pero no con la totalidad de los beneficios con que consta en la legislación para dirimir plenamente una controversia. Es por ello que planteo en este trabajo la poca aplicación de esta tan útil institución de la prueba de oficio.

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES, CRITERIOS JURISPRUDENCIALES, RECOMENDACIONES y PROPUESTA

5.1. CONCLUSIONES.

- 1- Se ha desarrollado en esta tesis aspectos relacionados en lo que respecta al aspecto probatorio oficioso en el ámbito del proceso civil, con la correspondiente evaluación de que si la prueba oficiosa reviste la utilidad necesaria para llegar a obtener la verdad de los hechos y se incluye también esta investigación la revisión de la doctrina que conlleva a la materia de exposición y, si esta contribuye a tomar en cuenta el debido proceso y la tutela judicial efectiva.
- 2- En esta investigación hemos se podido concluir la poca o nula aplicación de la prueba de oficio en los procesos civiles, lo que en otras legislaciones de la región es un instrumento de gran valor, y, que los juzgadores tienen en sus manos para la resolución de conflictos para la búsqueda de la verdad, siempre encuadrados dentro del debido proceso y obviamente según cada litigio en particular, pero sin dudar se observa que la aplicación de la prueba oficiosa ayudaría en gran manera a la resolución de los conflictos.
- 3- De acuerdo a todo lo mencionado respecto a la prueba en todos los procesos y en el proceso civil sin ninguna duda de que la misma, es un derecho fundamental que lleva a la protección de todos aquellos que llegan a la justicia civil en busca de justamente eso, *justicia*, por ende los órganos que la administran deben brindar a las partes la protección que se encuentra en el debido proceso y la prueba oficiosa llevaría sin lugar a dudas a un acercamiento más real a la verdad del proceso. No cabe duda de que los jueces/as se verían sustancialmente enriquecidos en la convicción de esos aportes de la prueba

oficiosa sin la iniciativa de ninguna de las partes y los acercaría definitivamente a la verdad.

- 4- La garantía de todo proceso es descubrir la verdad y la prueba de oficio es un elemento de elevado valor, una herramienta fundamental que el juez/a debe usar al momento de llegar al completo convencimiento en el momento en que los medios probatorios no hayan logrado su cometido, para satisfacer su acercamiento a la verdad procesal, es imperioso la utilización de la herramienta legal de la prueba de oficio que le otorga nuestra legislación al ser el árbitro del proceso con esa facultad de poder ordenar las mismas y que sin la aplicación de estas pruebas de oficio, se estarían alejando de la tutela judicial efectiva.
- 5- Indudablemente la prueba de oficio en la legislación ecuatoriana, está contemplada pero, lamentablemente muy poco utilizada ya que como es constatable, muchos juzgadores/as tienen el concepto de que la aplicación de estas pueden restarles imparcialidad y analizando la cantidad de jurisprudencia, análisis de autores, aplicación en otros países del concierto Latinoamericano, es un gran error ese pensamiento, ya que la prueba oficiosa es un elemento de gran valor al momento de aclarar los hechos controvertidos, garantizar la tutela judicial efectiva y lograr el acercamiento a la verdad y contrariamente a ese pensamiento, es totalmente desacertado, ya que es una violación para la búsqueda de la verdad porque en algunos casos se vuelve imprescindible la prueba oficiosa para aclarar los hechos controvertidos. Vemos una especie de temor y reticencia a la aplicación de la prueba oficiosa de lo que se está en completa contradicción a ese criterio ya que el juez/s si tiene el auxilio de la norma no debe dejar de aplicarlo ya que las mismas consagradas en la legislación ecuatoriana son para el bien público y no para su detrimento.

6- Hay que tomar en cuenta que el juez/a con probada ética, responsabilidad conocimiento, experiencia, tiene valores que lo catapultan a justamente ser investidos con el alto honor de ser árbitros, determinar y dictar la justicia en el país, amparados en la Constitución, es indudable que tienen que hacer uso de los elementos que le permiten desarrollara su actividad con probidad y honor. Y partiendo de esos postulados no habrá ninguna duda de la legitimidad de sus resoluciones ya que el juez/a demostrará sus motivaciones lo que llevará al cumplimiento de una tutela judicial efectiva. Se concluye entonces que los jueces/as del país, tendrían que tener una amplia capacitación a través de seminarios, charlas con sus pares de otros países, organización de foros internacionales y de esa manera lograr elevar sustancialmente el conocimiento de los letrados, hacer que el uso de la prueba de oficio forme parte del bagaje de herramientas procesales para llevar a la obtención de la verdad procesal y de esa manera incrementar las decisiones acertadas. Sin lugar a dudas, los jueces/as son los responsables del sistema judicial y por ende de la administración de la misma para que esta mantenga los estándares de eficiencia, agilidad y la economía procesal, para lograr esto de manera inequívoca no cabe ningún atisbo de duda que la prueba de oficio es una potestad que el Estado le atribuye al juez/a para ejercer su función con todas las potestades que este le da a través de sus instituciones para que a través de sus mecanismos se logre la justicia y lo fundamental, verdad. La prueba oficiosa es un elemento eficaz para lograr agilidad en el proceso civil, por lo tanto el juez/a al convertirse en una parte fundamentalmente activa, garantiza los derechos de las partes involucradas en la controversia. En resumen, la prueba de oficio es una institución de extrema importancia para permitirle a juzgador/a conseguir la plena convicción en lo que a la obtención de la verdad procesal se refiere, siempre que se respeten los parámetros del debido proceso.

- 7- De acuerdo a todo lo mencionado cabe asegurar que es necesario realizar cambios estructurales en lo referente al marco jurídico procesal civil dentro de lo que disponga la ley. Según lo observado se encuentra muy poca jurisprudencia en los juzgados ecuatorianos en lo que a prueba de oficio se refiere.

5.2. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES – PRUEBAS DE OFICIO EN MATERIA CIVIL

Queda en constancia en este apartado las providencias articuladas en la Suprema Corte de lo Civil de Colombia debido a la poca jurisprudencia de uso de prueba de oficio en los Tribunales los que se transcriben en forma literal a modo de enriquecimiento para su uso en la legislación ecuatoriana.

De acuerdo al Manual de Derecho Probatorio Quijano (2011) menciona profusas providencias puestas a disposición en la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, donde se transmite los pasos dados para efectivizar las facultades oficiosas excepcionales otorgadas al juez en los artículos 179 y 180 del C. de P.C., hecho que considera la totalidad de los criterios adoptados:

“El juez puede oficiosamente ordenar la práctica de las pruebas que las partes pidieron extemporáneamente o sin llenar los requisitos exigidos por la ley para su Decreto” (Sentencia del 12 de febrero de 1977. Reiterado el 9 de mayo de 1983)

De este modo en el proceso se ejercita una actividad pública y no solo privada, en su magisterio de encontrar la verdad, para que el derecho se realice cabalmente puede el juez exponer el decreto de pruebas de oficio y también ordenar la práctica no solo de las que él considere conveniente sino también de las que las partes pidieron fuera del tiempo fijado o las solicitadas sin llenar los requisitos exigidos por la ley mediante su decreto en las oportunidades que el procedimiento indica.

Y en el año 1983, la Corte detalla:

“Con manifiesta impericia o increíble descuido, el abogado de la parte actora, en la demanda que dio origen al proceso, se limitó a pedir que se tuviera como prueba de dominio un certificado expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos de Guaduas referente a la finca objeto de la reivindicación” De ahí el fallo adverso que recibió en la primera instancia, aunque el juez ha debido suplir esa omisión decretando de oficio la prueba pertinente.

De igual forma el abogado, cuando el proceso llegó al Tribunal en apelación de la sentencia de primer grado, no pudo solicitar las pruebas del dominio echadas de menos por el juez invocando el numeral 4 del artículo 361 del Código de Procedimiento Civil. Sin lograrlo presentó un escrito en el que solicitaba de oficio se tuviera como prueba de derecho en cuestión tres fotocopias autenticadas de unas escrituras atinentes al predio materia del proceso.

Con lo cual fija el Tribunal, por tratarse de un escrito extemporáneo no estaba obligado a tenerlo en cuenta, sin embargo, incurrió en la misma omisión del juez de primera instancia, pues se abstuvo de decretar esas pruebas de oficio, facultad que como lo ha dicho la Corte es más exactamente un deber.

Las limitaciones consagradas en el Art. 361 del C. de P.C., en el trámite de apelación de una sentencia, se refieren únicamente a las partes. “El precepto no es limitativo de la amplia potestad que el artículo 180 le otorga al juez” (Sentencia de 12 de febrero de 1977. Reiterado el 26 de octubre de 1988, 7 de marzo de 1997, 8 de noviembre de 2000).

Se analizará jurisprudencia encontrada en el Manual de derecho probatorio de Quijano (2011) quien menciona: “Decretar pruebas de oficio, es más que una facultad un deber” pp. 203 (Sentencia del 12 de febrero de 1977, Reiterado el 9 de mayo de 1983, 26 de octubre de 1988, 12 de setiembre de 1994, 4 de marzo de 1998, 24 de noviembre de 1999).

“Y no solo está facultado el juez de segunda instancia para decretar pruebas de oficio antes de fallar, sino que ese es su deber (Art. 37 C. de P.C.) Corte Suprema De Justicia, Sentencia del 12 de febrero de 1977”, Mag. Pon. Dr. Germán Giraldo Zuluaga. En 1983 sostuvo la Corte:

Si bien es cierto que el Tribunal, por tratarse de un escrito fuera del tiempo recomendado, no estaba obligado a tenerlo en cuenta, sin embargo igualmente el juez omite en primera instancia, pues se abstuvo de decretar esas pruebas de oficio, facultad que como ya se estableció en la Corte es más exactamente un deber.

Es importante este desvío en materia de derecho probatorio, porque el actual estatuto procedimental fue despojado del principio dispositivo y acogido por el inquisitivo, fundado en la lógica y obvia razón de que a pesar de que en el común de los procesos se controvierten intereses privados, la justicia no puede volverle la espalda al establecimiento de la verdad material enfrente de los intereses en pugna, por lo que asume un posición eminentemente pasiva, si encuentra que decretando pruebas de oficio puede a la postre mediante ellas verificar los hechos alegados por las partes y lograr que en definitiva brille la verdad y,

“por tanto se imponga la justicia. fundado en este criterio, no es facultativo del juzgador decretar pruebas de oficio, sino que en toda ocasión, en la debida oportunidad legal, en que los hechos alegados por las partes requieren ser demostrados, así la parte que los alega hubiese sido desidiosa en esa labor, es un deber del juzgador utilizar los poderes oficiosos que le concede la ley en materia de pruebas, pues es éste el verdadero sentido y alcance que exteriorizan los artículos 37-4, 179 y 180 del Código de Procedimiento Civil” pp. 203

Según Quijano (1977), en su Manual de Derecho Probatorio enuncia otra jurisprudencia (Sentencia del 24 de febrero de la Corte Suprema de Justicia de Mag. Pon. Dr. Germán Giraldo Zuluaga.

“En casos como el presente en que los testigos deponen con propiedad sobre los hechos fundamentales de la demanda, pero omitiendo precisar la época de su ocurrencia, el lugar

en que acaecieron o el modo de suceder, brota con vigor la necesidad de que los jueces, antes de fallar, ordenen la comparecencia del testigo para exigirle que exponga la razón de la ciencia de su dicho, con lo cual se establecerá si en verdad presencié los hechos materia de su deposición o si, por el contrario, no fue presencial de los mismos. De esta manera quedaría borrada definitivamente la perplejidad que, en caso contrario, seguiría gravitando en torno a si el testigo conocía personalmente los hechos investigados o si era simplemente un testigo de oídas” (p. 206).

El juez debe decretar de oficio todas las pruebas que estime necesarias, siempre que ellas sean pertinentes y eficaces, y que no sean superfluas o prohibidas por la ley. (Sentencia de 27 de abril de 1981). “Corte Suprema de Justicia, Sentencia, abril 27 de 1981, pronunciada en el proceso ordinario de Álvaro Ruiz contra Josefa Olaya y otros. Mag. Pon. Dr. José María Esguerra Semper”.

De esta suerte el juzgador no solo está autorizado sino que tiene el deber de decretar oficiosamente todas las pruebas que estime necesarias para esclarecer la verdad de los hechos que se debaten en un proceso, en cuanto ellas cumplan con los requisitos que establece el artículo 178, vale decir que sean pertinentes y eficaces, y que no tengan carácter de superfluas o prohibidas por la ley.

El juzgador puede decretar pruebas de oficio cuantas veces lo considere necesario, puesto que “la ley no establece que pueda hacerlo una sola o única ocasión antes del proveimiento del fallo” (Sentencia de 27 de abril de 1981. Reiterado el 26 de octubre de 1988, 26 de abril de 1989).

“f) Contra lo que observa el impugnante, la ley no prohíbe que el juez pueda señalar más de un término probatorio adicional para la práctica de pruebas que decreta de oficio. El Código de Procedimiento Civil, en materia probatoria estableció un sistema predeterminadamente inquisitivo, al contrario de lo que ocurría en el Código Judicial anterior” (p. 200)

De esta suerte el juzgador no solo está autorizado sino que tiene el deber de decretar oficiosamente todas las pruebas que estime necesarias para esclarecer la verdad de los hechos que se debaten en un proceso, en cuanto ellas cumplan con los requisitos que establece el artículo 178, vale decir que sean pertinentes y eficaces, y que no tengan el carácter de superfluas o de prohibidas por la ley. Por consiguiente, no constituyó error de derecho la circunstancia de que el juez de primer grado hubiera decretado oficiosamente la recepción de las declaraciones de Ana Iregui de Ángel e Isabel Iregui de Aldana, aunque anteriormente hubiera hecho uso de esa facultad.

Y en el año de 1988 en una sentencia constantemente citada por la jurisprudencia posterior, la Corte dijo:

Entonces, según la jurisprudencia de la Corte, que tiene claro soporte en la ley, “bien puede el juzgador decretar pruebas de oficio no solo en los términos probatorios de las instancias, sino posteriormente, por fuera de los mismos antes de fallar, sin que el ordenamiento, para verificar la verdad, lo hubiera circunscrito a una sola o única ocasión antes del proferimiento del fallo” (Sentencia de abril 27 de 1981, pronunciada en el proceso ordinario de Álvaro Ruiz contra Josefa Olaya y otros. Mag. Pon. Dr. José María Esguerra Samper.

“El juez debe decretar pruebas de oficio, siempre que los hechos alegados por las partes requieran ser demostrados, incluso si la parte que los alega hubiese sido desidiosa en esa labor” (Sentencia de 26 de octubre de 1988. Reiterado en sentencias de 7 de marzo de 1997, 24 de noviembre de 1999).

No es prudencial que el juzgador decrete pruebas de oficio, sino que en toda ocasión, en la debida oportunidad legal, en que los hechos alegados por las partes requieran ser demostrados, así la parte que los alega hubiese sido desidiosa en esa labor, es un deber del juzgador utilizar los poderes oficiosos que le concede la ley en materia de pruebas, pues es éste el verdadero

sentido y alcance que exteriorizan los artículos 37-4, 179 y 180 del Código de Procedimiento Civil. Y en 1997 sostuvo:

“De ahí que tratándose de un compromiso con el hallazgo de la verdad, puesto que el proceso judicial no se justifica sino en tanto sea un instrumento para su verificación, porque ésta en sí constituye un principio de justicia, los argumentos de desidia de las partes no pueden dar al traste con lo que en definitiva es un poder-deber del juez, quién, como bien se sabe, dejó de ser un espectador del proceso para convertirse en su gran director, y a su vez, promotor de decisiones justas” (Quijano J. P., Manual de Derecho Probatorio, 2011, págs. 201-205).

Obsérvese cómo esta providencia, es referida constantemente por la jurisprudencia posterior, probablemente por ser una síntesis de todo el desarrollo precedente en torno a las pruebas de oficio. Como se ha podido analizar y lo que se desprende del análisis de todas estas jurisprudencias es que la prueba de oficio, no es una atribución otorgada al juez/a por los instrumentos legales, sino que es una obligación que tienen los mismos para llegar a la obtención de la verdad

Y como ha quedado perfectamente especificado, no solo una vez, sino las veces que sea necesaria su aplicación para descorrer el velo de la verdad, conseguir una tutela judicial efectiva y por supuesto reiterar que siempre dentro de las normas del debido proceso. Es por ello que una de las recomendaciones fundamentales que se hicieron en párrafos anteriores, es instruir a los jueces/as para que apliquen la prueba oficiosa, lo que llevará indudablemente a conseguir sentencias justas y sin ningún ápice de duda.

5.3. RECOMENDACIONES

En definitiva es una imperiosa necesidad de que los jueces descarten el concepto de que únicamente las pruebas presentadas por las partes son suficientes para dirimir la controversia, como se acaba de mostrar en abundante jurisprudencia, las capacidades del juez va mucho más allá que la de atenerse a las pruebas presentadas y encuadrado en el debido proceso pueden hacer uso de toda esa información que se encuentra dentro del proceso y de la que puede valerse para hacer uso de la prueba oficiosa. La decisión del juez/a tiene que poseer la conexión entre los hechos y las pruebas presentadas y, en el momento en que el juzgador determine a su criterio basado en la discrecionalidad, la lógica y la sana crítica permitirse el aplicar su derecho/deber de la aplicación de la prueba oficiosa, la que lo llevará a la obtención de la verdad, manejando indudablemente los argumentos fácticos y justificando de manera inequívoca el uso de esta institución de la prueba de oficio.

En la legislación ecuatoriana el juez/a tiene garantía que ampara definitivamente para la aplicación de la prueba oficiosa como se ha mencionado en capítulos anteriores, ahora bien, la poca determinación o el pensamiento de que no es necesaria su utilización y luego de haber analizado las jurisprudencias mencionadas, vemos con recelo la no aplicación de esta herramienta procesal, la que no tenía en épocas anteriores y que aplicada con responsabilidad e imparcialidad puede aportar grandes beneficios si vemos el potencial para dilucidar la verdad procesal y llegar a la obtención de una sentencia justa y efectiva, pero hay que insistir en que lamentablemente en el país no es utilizada en todo su potencial. Se debe recordar que la prueba es un derecho fundamental y es lo que aportará a los jueces la información necesaria para lograr dilucidar la controversia y obtener la verdad del proceso. Luego de analizar los elementos que se han investigado, podemos efectuar sugerencias al proceso en el cual los jueces se encuentran imbuidos como directores del mismo y podrán obtener una participación protagónica en el mismo.

5.4. PROPUESTA.

5.4.1. Proyecto de ley reformativa al C.O.G.E.P. en su art. 168.

El Estado Constitucional del Ecuador se enmarca en los más altos cánones de justicia e igualdad y establece dentro de su normativa todos los elementos para cumplir con la función fundamental que es la igualdad, la justicia y el debido proceso en lo referente a salvaguardar la integridad y los derechos de los que habiten en el territorio nacional.

En el Capítulo octavo referente a los Derechos de protección menciona lo siguiente:

“Art. 75.- Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley”.

Art. 130. FACULTADES JURISDICCIONALES DE LAS JUEZAS Y JUECES.-

Esenciales para ejercer las atribuciones jurisdiccionales de acuerdo a la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes;

“por lo tanto deben: (...) Lit. 8. Convalidar de oficio o a petición de parte los actos procesales verificados con inobservancia de formalidades no esenciales, si no han viciado al proceso de nulidad insanable ni han provocado indefensión.

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.

11. Salvo los casos en que la ley expresamente disponga lo contrario, procurar la conciliación de las partes, en cualquier estado del proceso; al efecto pueden de oficio convocarlas a audiencia, a las que deberán concurrir las partes personalmente o por medio de procuradora o procurador judicial dotado de poder suficiente para transigir. De considerarlo conveniente los tribunales o juezas o jueces podrán disponer de oficio que pasen los procesos a una oficina judicial de mediación intraprocesal de mediación con la misma finalidad. Se exceptúan los casos

en que se halla prohibida la transacción, y si ésta requiere de requisitos especiales previos necesariamente se los cumplirán, antes de que el tribunal jueza o juez de la causa homologue el acuerdo transaccional”. (...) Código orgánico de la Función Judicial pp. 41/42.

En el derogado Código de Procedimiento Civil establecía.

“**Artículo 118.** “Los jueces pueden ordenar de oficio las pruebas que juzguen necesarias para el esclarecimiento de la verdad, en cualquier estado de la causa, antes de la sentencia. Exceptúese la prueba de testigos, que no puede ordenarse de oficio; pero si podrá el juez repreguntar o pedir explicaciones a los testigos que ya hubiesen declarado legalmente. Esta facultad se ejercerá en todas las instancias antes de sentencia o auto definitivo, sea cual fuere la naturaleza de la causa”. (Código de Procedimiento Civil, 24 de junio de 2005, pág. 47)”

En la actualidad la actividad oficiosa del juez se encuentra contemplada en el Art. 168 del C.O.G.E.P. (Código Orgánico General de Procesos) y hacia ese artículo en particular es que se plantea su modificación para ampliar al juez/a las posibilidades de aplicación de este elemento tan valioso como lo es la prueba de oficio

“**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”.

En la actualidad la prueba de oficio se encuentra contemplada en el C.O.G.E.P. en su artículo 168 como se mencionó y está explicitado en la cita del artículo correspondiente, como así vimos que en las facultades jurisdiccionales de los jueces y juezas, también vemos que en el derogado Código de Procedimiento Civil estaba perfectamente contemplado y delimitado. Ahora es la intención de este trabajo plantear la necesidad de ampliación del art. 168 en los siguientes términos:

Considerando.

- a) Que según lo estipula la Constitución de la República del Ecuador, la justicia y los procesos judiciales están regidos por el Sistema dispositivo, o sea que la iniciativa nace de las partes más aún cuando se trata de la materia civil en cuyo proceso se trata de la construcción de la verdad y, en este sentido la facultad oficiosa del juez/a se vuelve imperativa para la resolución de las controversias con la obligación de que cada parte pruebe los hechos que alega.
- b) Teniendo en cuenta la poca o nula aplicación de las pruebas oficiosas por parte de los jueces/as y sin incurrir en tergiversar los parámetros del debido proceso ni la tutela judicial efectiva.
- c) Analizando que en el proceso civil, en el derogado Código de Procedimiento se encontraba totalmente expresa la figura de la prueba oficiosa.

Se plantea la modificación al Art. 168 del C.O.G.E.P. con un agregado sustancial según menciono a continuación.

“Los jueces podrán ordenar de oficio, las pruebas que ellos consideren necesarias para llegar al conocimiento de la verdad procesal en cualquier momento del proceso o del estado de la causa antes de la sentencia de la misma. No tendrá límite de veces que el juzgador haga uso de esta atribución, o sea que se deja perfectamente reglado que pueden aplicar las pruebas de oficio en el momento que ellos lo consideren necesario con la debida justificación. Quedan fuera de este contexto las pruebas de testigos las que no podrán realizarse de oficio con la salvedad de que los jueces/as podrán hacer repreguntas a los testigos e indagar en explicaciones por las preguntas ya respondidas con anterioridad sobre el hecho. Basado en la discrecionalidad del juez/a no afecta a la imparcialidad del juez/a quién tiene amplio conocimiento de la causa y cada parte involucrada en el proceso está obligada a probar los hechos que alega. Es obligación del juzgador/a la aplicación de la prueba oficiosa si esta lleva a una sentencia ecuánime y en el estricto sentido del conocimiento de la

verdad procesal lo que incrementa y da mayor sustento al concepto de la tutela judicial efectiva”.

En consecuencia, el Art. 168 del C.O.G.E.P. quedaría redactado de la siguiente manera.

Artículo 168.- Prueba de oficio para mejor resolver. “Los jueces podrán ordenar de oficio, las pruebas que ellos consideren necesarias para llegar al conocimiento de la verdad procesal en cualquier momento del proceso y estado de la causa antes de la sentencia de la misma. No tendrá límite de veces que el juzgador haga uso de esta atribución, o sea que se deja perfectamente reglado que pueden aplicar las pruebas de oficio en el momento que ellos lo consideren necesario con la debida justificación”.

Quedan fuera de este contexto las pruebas de testigos las que no podrán realizarse de oficio con la salvedad de que los jueces/as podrán hacer repreguntas a los testigos e indagar en explicaciones por las preguntas ya respondidas con anterioridad sobre el hecho. Basado en la discrecionalidad del juez/a no afecta a la imparcialidad del juez/a quién tiene amplio conocimiento de la causa y cada parte involucrada en el proceso está obligada a probar los hechos que alega. Es obligación del juzgador/a la aplicación de la prueba oficiosa si esta lleva a una sentencia ecuánime y en el estricto sentido del conocimiento de la verdad procesal lo que incrementa y da mayor sustento al concepto de la tutela judicial efectiva, por este motivo, la audiencia se podrá suspender hasta por el término de cinco días.

Además del sustancial cambio en la redacción del articulado, e fundamental la concientización de los magistrados en lo atinente a la aplicación de la prueba de oficio, no como una opción, sino como un deber del sentido común, lo que basado en la discrecionalidad de los juzgadores, llevará sin lugar a dudas a la consecución de sentencias más justas y que se adecuen a la realidad procesal. Es una verdadera falacia la no aplicación de las pruebas de manera oficiosa por parte de los jueces ecuatorianos, ya que se ha comprobado fehacientemente que, no se denigra en lo más mínimo el sistema dispositivo, y por sobre todas las erías encontradas, no se afecta a la imparcialidad de los jueces.

BIBLIOGRAFÍA

- E. S. (n.d.). (2019), Limitaciones Del Sistema De Libre Validacion Probatoria.
- Alsina. (n.d.). *Tratado De Técnica Probatoria*.
- Alvarado Velloso, Adolfo. *Op. Cit. p. 63*. (n.d.).
- Angel Osorio Y Gallardo . (2009). In A. O. GALLARDO, *EMBAJADOR ESPAÑOL* (p. 649).
MADRID.
- Aroca, J. M. (2005). *La Prueba en el Proceso Civil* (Cuarta ed., Vol. I). Navarra, España:
Arazandi S.A.
- Aroca, J. M. (2005). *La Prueba en el Proceso Civil* (Vol. I). Navarra, Navarra, España :
Editorial Arazandi S.A.
- Bentham, J. (1823). *La Prueba* (Vol. 1).
- Bentham, J. (1959). *Tratado De Las Pruebas Judiciales*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas
Europa-América.
- Cabrera, G. (2014). *Derecho Probatorio*. Caracas, Venezuela: Vedell Hermanos.
- Calamandrei, P. (1941). *Instituzioni Di Diritto Processuale Civile -Secondo Il Nuovo Codice*,
Parte Prima. Padova.
- Carnelutti. (1915). *La Prueba Civil* (1947 Segunda Edición ed.). (A. Zamora, Trans.) Buenos
Aires, Argentina .
- Carnelutti, F. (1955). *La prueba civil*. (E. Arayú, Ed.) Buenos Aires: Arayú.
- Carvajal, G. (2014). *La aplicabilidad de la prueba dentro del proceso civil ecuatoriano*.
Quito: Universidad Central del Ecuador.
- CHIOVENDA, G. (1929).
https://www.academia.edu/24929266/Chiovenda_Jose_Principios_derecho_procesal_c

- ivil_TOMO_I. In G. Chiovenda, *Principios De Derecho Procesal Civil - Tomo I* (Pp. 92-93-94-95). Madrid: Reus - Madrid.
- Chiovenda, G. (1954). *Instituciones del Derecho Procesal Civil* (Vol. III). Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- Cicerón, P. L. (1957). *Cicerón*.
- Córdoba, A. E. (2019). *Limitaciones del sistema legal y de libre valoración*. Guayaquil: U.C.S.G. Maestría.
- Couture, E. J. (1948-1950). *Estudios de derecho procesal civil* (Vol. I). Buenos Aires, Argentina : Editorial Ediar.
- Echandía, H. D. (2017). *Teoría General de la Prueba Judicial* (Sexta edición ed., Vol. I). Bogotá: TEMIS S,A,.
- Escobar, M. (2010). *La valoración de la prueba, en la motivación de una sentencia en la Legislación Ecuatoriana*. Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar.
- Etcheverry, E. J. (1948-1950). *Estudios de Derecho Procesal Civil* . (Vol. I). Buenos Aires, Argentina : Editorial Ediar.
- Gaitán Guerrero, L. A. (2010). La Prueba De Oficio En El Proceso Civil:¿Imparcialidad Del Juez E Igualdad De. *Revista de Derecho Privado*, pp. 3-22.
- Gallardo., Á. O. (2009). *Ángel Osorio y Gallardo , Abogado y Político democristiano , embajador de la Segunda República Española*.
- Giuseppe, C. (1954). *Instituciones del Derecho Procesal Civil* (Vol. III). Madrid: Revista de Derecho Privado.
- Gorphe, F. (1962). *Crítica del testimonio*. Madrid, España : Reus.
- Guével, D. (2014). *Observaciones Sobre La Prueba En Derecho Civil Francés: Por Una Reforma Legislativa En Profundidad*. Perfiles de las Ciencias Sociales, Año 1, No. 2, Enero - Junio 2014, México, UJAT.

- Herrera, G. E. (2014). *“La aplicabilidad de la prueba dentro del proceso civil ecuatoriano”*.
Quito : Universidad Central Del Ecuador - Maestría.
- Kirkpatrick, M. y. (2003). *Sentencias*.
- (n.d.). *Ley de enjuiciamiento Civil española artículos 376-377*.
- Luis Bernardo Ruiz Jaramillo (2016) . (n.d.).
maestría, C. p.-T. (2019). *Limitaciones Del Sistema Legal Y De Libre Valoración*.
Universidad Católica Santiago de Guayaquil , Facultad de Jurisprudencia , Guayaquil .
- Melendo, S. (n.d.). Redalyc.Fuentes de prueba y medios de prueba en el proceso civil.
- Melendo, S. S. (1957). *El Proceso Civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Morales, A. C. (2016). *Análisis Del Tema De La Prueba De Oficio Tanto En El Código General Del Proceso Como En El Código De Procedimiento Civil Y Las Implicaciones Que Este Tiene*. Medellín: Universidad Eafit.
- N.Y., L. (1848). *Field Code*. NY.
- Pérez, M. J. (2010). *La valoración de la prueba, en la motivación de una sentencia en la legislación ecuatoriana*.
- PROCESOS, C. O. (Agosto de 2018). *Registro Oficial Suplemento 506 de 22-may.-2015*.
Quito: Registro Oficial Suplemento 506.
- Quijano, J. P. (1977). *Corte Suprema De Justicia*. Sentencia De La Corte Suprema De Justicia del 12 de febrero de 1977.
- Quijano, J. P. (2010). *Las Pruebas de Oficio*. México DF,: Editorial Trillas.
- Quijano, J. P. (2011). *Manual De Derecho Probatorio* (Decimo Octava 2011 Ed., Vol. I). (L. E. Ltda., Ed.) Bogota D.C.: Librería Ediciones Del Profesional Ltda.
- Rocco, A. (1957). *Trattato di diritto processuale civile* (Vol. II). Torino, Italia : Utet.
- Rocha, A. (1963). *Derecho probatorio* . Bogotá, Colombia : edic. de la Facultad de Derecho del Colegio del Rosario.

- Rocha, A. (1967). *De la prueba en derecho*. Bogotá, Colombia : Edit. Lerner.
- Rodriguez-Antolin. (2000). Reglas jurídicas y aforismos. In D. y. Antolín. Pamplona.
- Rosemberg, L. (1955). *Tratado De Derecho Procesal Civil Ii*. Buenos Aires.
- Sabaté, L. M. (2017). *Tecnica Probatoria - 4a Edic Ión* . Las Rozas - Madrid: Woltefs
Kluver.
- Satta, S. (1959). *Comentario al codice di procedura civile, I*. Milano .
- Taruffo, M. (2005). *La prueba*. (M. Pons, Ed.) Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial
Pons.
- Taruffo, M. (2008). *La prueba*. Madrid-Barcelona-Buenos Aires, España - Argentina :
Marcial Pons.
- Velloso, A. (2004). *Introducción al estudio del derecho procesal. Primera parte*. Buenos
Aires , Buenos Aires , Argentina : Rubinzal-Culzoni Editores.
- Vyshinsky, A. (1951). *La teoría de la prueba en el derecho soviético*. Buenos Aires: Editorial
Nuevo Derecho.
- Zuckerman/Dennis. (2003/600-601).



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, Blanca Piedad Burgos Arámbulo, con CC. N°. 091608409-8, autora del trabajo de titulación: Prueba de Oficio en el sistema procesal del Ecuador, previo a la obtención del título de **Magíster en Derecho Mención Derecho Procesal** en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tienen las instituciones de educación superior, de conformidad con el Artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la 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, 27 de abril de 2021

f. _____


Nombre: Blanca Piedad Burgos Arámbulo

CC. N°. 091608409-8



REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA		
FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE GRADUACIÓN		
TÍTULO Y SUBTÍTULO:	Prueba de Oficio en el sistema procesal del Ecuador.	
AUTOR(ES) (apellidos/nombres):	Burgos Arámbulo Blanca Piedad.	
REVISOR(ES)/TUTOR(ES) (apellidos/nombres):	Dra. Pérez Puig-Mir Nuria, PhD. Dr. Obando Freire Francisco, PhD Dra. Nuques Martínez María Isabel, M, Mg.	
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:	27 de abril de 2021	No. DE PÁGINAS: 145
ÁREAS TEMÁTICAS:	Otorgamiento de Providencias Preventivas.	
PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:	Acceso a la Justicia, Pruebas, Prueba de oficio, Medios de Prueba, Actividad Probatoria, Código Orgánico General de Proceso.	
RESUMEN/ABSTRACT (150-250 palabras):	<p>La presente investigación tiene como título el Otorgamiento de Providencias Preventivas en el Código Orgánico General de Procesos, que tuvo como objetivos, analizar, determinar la eficacia y efectividad sobre la aplicación de la norma, para así proponer una reforma al artículo 127 del Código Orgánico General de Procesos, y para lo cual, se llevó a cabo un proceso centrado en el paradigma positivista interpretativo, con un enfoque cuantitativo, el empleo de métodos inductivo, deductivo jurídico doctrinario, analítico sintético, exegético, que permitió el estudio y medición de variables, igualmente la aplicación de instrumentos de recolección de datos como la encuesta y la entrevista aplicada a abogados en ejercicio independiente de la ciudad de Guayaquil, provincia del Guayas, Ecuador. Sobre este proceso se concluyó en que la garantía de providencias preventivas no se aplica eficazmente, motivado a que el lapso establecido para la admisión y aprobación no es prudente para la preservación y resguardo de la cosa en reclamo o sujeta a exigencia de derecho, por lo que se determinó la importancia de reformar el artículo 127 del COGEP, en función de incorporar la petición de providencias al mismo tiempo que se presente la demanda. Esto garantizará la naturaleza de la cuestión hasta el momento de la audiencia y eficacia de dicha providencia.</p>	
ADJUNTO PDF:	SI (x)	NO
CONTACTO CON AUTOR/ES:	Blanca Piedad Burgos Teléfono: 0967993003	E-mail: piedadburgos1970@hotmail.com
CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN:	Nombre: Ing. Andrés Isaac Obando	
	Teléfono: 0982466656	
	E-mail: ing.obandoo@hotmail.com	