



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales

Carrera de Derecho

**“Alcance de la prueba para mejor resolver prevista en el Código Orgánico
General de Procesos.”**

Trabajo de titulación previo a la obtención del
título de Abogado de los Tribunales
de Justicia de la República y Licenciado
en Ciencias Políticas y Sociales

AUTOR: Carlos Luis Zhunio Ochoa

C.I. 0105016422

Correo electrónico: carlos.zhunio@outlook.com

DIRECTOR: Dr. Edgar Geovanny Sacasari Aucapiña

C.I. 0102086618

CUENCA-ECUADOR

11-Marzo-2021



RESUMEN.

El presente trabajo busca establecer la existencia o inexistencia de la suficiencia del alcance y regulación sobre la que versa la figura de la “Prueba para mejor resolver” en el sistema jurídico procesal en el Ecuador, mediante el análisis de la doctrina existente en relación a la aplicación y orígenes de dicha figura, así como de la comparación con la normativa de Colombia que versa sobre esta figura, y un estudio cuantitativo a base de encuestas dirigidas a los abogados que ejercen en la Ciudad de Cuenca, para de este modo cubrir dos ámbitos en el desarrollo de la presente investigación, uno teórico y otro práctico, para finalizar con la extrapolación de los resultados epistemológicos que ambos estudios arrojen, y establecer conclusiones.

PALABRAS CLAVE:

Prueba. Oficio. Sistema. Dispositivo. Sistema. Inquisitivo. Principio. Oficiosidad. Prueba. Para. Mejor. Proveer. Prueba. Para. Mejor. Resolver. Artículo. 168. Cogep. Derecho. Procesal. Civil.



ABSTRACT.

The present work seeks to establish the existence or non-existence of the sufficiency of the scope and regulation on which is about the figure of the "Evidence to better resolve" in the procedural legal system in Ecuador, by analyzing the existing doctrine in relation to the application and origins of said figure, as well as the comparison with the Colombian regulations that deal with this figure, and a quantitative study based on surveys directed at lawyers practicing in the city of Cuenca, thus covering two levels in the development of the present investigation, one theoretical and the other practical, to finish with the extrapolation of the epistemological results that both studies show, and draw conclusions.

KEY WORDS

Ex. Officio. Fact. Finding. Procedure. Dispositive. System. Inquisitorial. System. Officiosity. Principle. Evidence. To. Better. Resolve. Art. 168. *Cogep*. Civil. Procedural. Law.



ÍNDICE DE CONTENIDOS

Contenido

RESUMEN.....	2
PALABRAS CLAVE:	2
ABSTRACT.....	3
KEY WORDS	3
ÍNDICE DE CONTENIDOS	4
CLÁUSULA DE LICENCIA Y AUTORIZACIÓN PARA LA PUBLICACIÓN EN EL REPOSITORIO INSTITUCIONAL.	6
CLÁUSULA DE PROPIEDAD INTELECTUAL	7
DEDICATORIA.....	8
AGRADECIMIENTO.....	9
INTRODUCCIÓN.	10
CAPÍTULO I.....	12
1.1. El principio de oficiosidad.-.....	12
1.2. La iniciativa probatoria.-.....	16
1.3. El principio dispositivo.-.....	18
CAPÍTULO II	22
2.1. Principios que rigen la proposición y práctica de la prueba según el COGEP.-.....	22
2.2. Principio de imparcialidad judicial.-	25
2.3. Fundamento para el uso de la prueba para mejor resolver.-.....	28
2.4. Alcance de la prueba para mejor resolver en el marco normativo ecuatoriano.-	31
2.5. La prueba para mejor resolver en el extranjero.....	33
CAPÍTULO III	36
3.1. Facultades del juez en los procesos de conocimiento.	36
3.2. Circunstancias a tomar en cuenta relativas a la problemática en torno a la aplicación de los principios dispositivo y de oficiosidad en los procesos de conocimiento.	37
3.3. Los límites a ser impuestos al juez en relación a la aplicación de la figura jurídica prueba para mejor resolver.	38
CAPÍTULO IV	41



4.1. Visión de los profesionales en derecho en relación a la práctica de la figura de la prueba para mejor resolver.	41
Gráfico Nro. 1	42
Gráfico Nro. 2	43
Gráfico Nro. 3	44
Gráfico Nro. 4	45
Gráfico Nro. 5	47
Gráfico Nro. 6	49
Gráfico Nro. 7	51
CONCLUSIONES:	52
RECOMENDACIONES:	54
BIBLIOGRAFÍA.....	56
ANEXOS.....	58
Anexo I:.....	58
Anexo II:	58

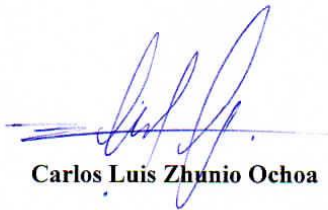


**CLÁUSULA DE LICENCIA Y AUTORIZACIÓN PARA LA
PUBLICACIÓN EN EL REPOSITORIO INSTITUCIONAL**

Carlos Luis Zhunio Ochoa en calidad de autor y titular de los derechos morales y patrimoniales del trabajo de titulación **“Alcance de la prueba para mejor resolver prevista en el Código Orgánico General de Procesos”**, de conformidad con el Art. 114 del CÓDIGO ORGÁNICO DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE LOS CONOCIMIENTOS, CREATIVIDAD E INNOVACIÓN, reconozco a favor de la Universidad de Cuenca una licencia gratuita, intransferible y no exclusiva para el uso no comercial de la obra, con fines estrictamente académicos.

Asimismo, autorizo a la Universidad de Cuenca para que realice la publicación de este trabajo de titulación en el repositorio institucional, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Cuenca; 10 de marzo del 2021



Carlos Luis Zhunio Ochoa

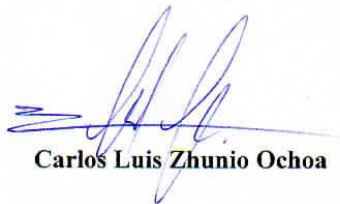
C.I. 0105016422



CLÁUSULA DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Carlos Luis Zhunio Ochoa, autor del trabajo de titulación “**Alcance de la prueba para mejor resolver prevista en el Código Orgánico General de Procesos**”, certifico que todas las ideas, opiniones y contenidos expuestos en la presente investigación son de exclusiva responsabilidad de su autor.

Cuenca; 10 de marzo del 2021



Carlos Luis Zhunio Ochoa

C.I. 0105016422



DEDICATORIA.

A madre y padre, que han creído en mí a pesar de todas las ofensas, y han sabido
conservar el amor a pesar de las niñerías.



AGRADECIMIENTO.

A la Facultad de Jurisprudencia, y a la Universidad de Cuenca por brindar tan precioso servicio de ayudar a formar profesionales sin permitir que la posición económica constituya un óbice.



INTRODUCCIÓN.

La práctica de la prueba de oficio se ha acogido de manera consensuada a lo largo de los años, visto de este modo, parece ser que en los estados: gobernantes y gobernados son renuentes a dejar de lado dicha institución, con excepción de algún capítulo en la historia moderna donde los modelos de Estado Liberal propugnaban el “laissez faire laissez passer”, lo que implicaba, entre otros aspectos, que el estado no llevaba sus facultades, en juicio, más allá de las de un mero observador y dictador de sentencia, permitiendo a las partes obrar libremente en el proceso y, en teoría, permitir que la contienda sea “entre dos iguales” sin injerencia del estado, quien, si tomara parte en el proceso, claramente tendría una superioridad ante los dos individuos particulares, noción que se adquiere a causa de la gran estela de injusticias que dejaría un estado absoluto y un sistema inquisitivo al que se le atribuían una serie de atropellos.

Pero en su momento no se percataron de que al poner a dos individuos a enfrentar sus intereses en “igualdad de condiciones” también generaría desigualdad, como ejemplo tenemos a un obrero reclamando el pago de sus haberes a la empresa que lo contratare; de este modo surgió la crítica a este modelo de estado mínimo donde se alegaba que la imparcialidad del juez no debía fundarse en la indiferencia que él mismo adscribía a las eventualidades del proceso, en este contexto, se logra apreciar la ayuda que puede generar la práctica de la prueba de oficio en los procesos judiciales, sin embargo, en el Ecuador esta figura jurídica ha pasado, hasta cierta medida, desapercibida, en el sentido de que, tal y como está planteada la norma, podría no esbozar los límites suficientes para evitar el percance de una posible imparcialidad por parte del juez; siendo esta la razón por la que esta figura merece un estudio pormenorizado de la Constitución, el derecho comparado tomando como referencia la ley de Colombia y el análisis de las normas ecuatorianas que regulen esta figura.



En el capítulo primero se ahondará en la exploración de los orígenes del principio inquisitivo y el principio dispositivo, y cómo a partir del origen de estos, se fue gestando la idea de lo que actualmente se conoce como la publicización del derecho procesal, donde ambos principios juegan un papel dando paso a la atenuación de una práctica pura de alguno de los dos principios, y generando la aceptación general de la práctica de la prueba de oficio.

En el capítulo segundo se abordará el tema de la prueba de oficio en particular, y, una vez establecidos los antecedentes que dieron lugar a un sistema procesal más progresista, donde la idea de un estado autoritario es dejada atrás, para dejar de centrarse en una supuesta igualdad de condiciones y encaminar a las partes a una real igualdad, donde se encuentra que es menester la influencia del estado, se extrapola esta conclusión a los principios bajo los que se rige la práctica de la prueba así como se hace referencia a esta misma conclusión para ahondar en los elementos argumentales que dan fundamento a la práctica de la prueba de oficio en nuestros días.

El capítulo tercero hará referencia a la práctica de la prueba de oficio en sí, así como de la consideración de ciertas circunstancias que pueden presentarse en torno a la práctica de dicha figura, partiendo del análisis de la norma que habla de esta figura explícitamente, así como de normas que complementen su práctica, así como de las desavenencias que existe entre esta y el sistema dispositivo, reconocido en el Ecuador con rango constitucional.

El capítulo cuarto será dedicado al análisis de encuestas realizadas a abogados en ejercicio de la profesión en la ciudad de Cuenca, encuesta que girará en torno a la práctica de la prueba de oficio en el quehacer diario de la función judicial y que deberían arrojar grandes conclusiones.



CAPÍTULO I.

1.1. El principio de oficiosidad.-

El principio de oficiosidad deriva del sistema inquisitivo, un sistema que ha dejado mella en la forma de una percepción negativa por parte de los ciudadanos a causa de horribles acciones y atropellos por parte del estado. En este sistema es el tribunal quién hace las disquisiciones necesarias para llegar a la verdad, lo que sería su finalidad última, por lo que el juez tendría completa libertad para, entre otras cosas, ordenar de oficio cuantas pruebas considere necesarias, es más, la persona acusada frecuentemente no tenía derecho a hacer averiguaciones, y pasaba, como explica el profesor Tomás y Valiente (1986) “(una vez iniciado el proceso) ...a ocupar una celda en la cárcel secreta de la inquisición, en la que permanecerá incomunicado hasta el comienzo de la fase final del proceso.” (p. 23). En el caso de la inquisición española por ejemplo.

En este sistema, a diferencia del sistema dispositivo actual, reina la escritura, el impulso del proceso así mismo, está a cargo del juez, quién es el encargado de inquirir (de ahí el nombre del sistema inquisitivo) y resuelve al final basándose en sus propias pesquisas; el predominio del secreto es imperativo para con todos los sospechosos y la confesión de culpabilidad era considerada como prueba plena, incluso obtenida bajo tortura. Tampoco se necesitaba denuncia por parte de los ciudadanos para dar inicio al proceso.

Todos estos elementos cambiarían a raíz de una cadena de eventos que terminarían con la monarquía, y en un intento por igualar a las partes dentro del proceso, un estado liberal decidió desmontar el anterior sistema, y junto con estos cambios contemplar juicios más parejos donde el estado ya no jugaba un papel omnipotente. Ahora la



jurisdicción civil se limita a vigilar reglas formales del proceso civil para que los particulares hagan uso de un espacio en el que puedan, mediante el uso de la libre expresión de la voluntad, luchar por sus intereses; es decir, una de las formas en que se expresa la libre competencia del mercado en la época, era la libertad de la que gozaban las partes en el proceso civil. Así, puesto en evidencia este proceso civil con tendencia liberal se entiende que el juez no será capaz de intervenir de manera oficiosa de ningún modo, y menos en materia de prueba, y que, si lo hiciera, dicha conducta sería tildada como una conducta parcializada.

¿Y cuáles son las características que puede ofrecer un modelo como tal? Principalmente está el hecho de que las partes serán las únicas que realicen las investigaciones con las que contribuirán al apartado fáctico, de modo que el juez no haría más que hacer cumplir las normas del debido proceso, así tenemos que en este modelo de proceso se considera que no es más que un medio para resolver litigios a la mayor brevedad posible, impidiéndosele al juez involucrarse más allá de lo que se consideraría una especie de árbitro; estas características llevan a la conclusión de que no hace falta la intervención oficiosa del juez en materia probatoria, y se considera suficiente con los aportes que las partes puedan y quieran hacer. En resumen, aquí nos encontramos con un proceso donde se pretende enfrentar a dos partes a modo de competencia, con reglas similares a las de cualquier juego y donde gana el más apto, o en este caso quien opere mejor las normas del debido proceso; algo que se critica desde el punto de vista donde la resolución de un procedimiento judicial debería determinar la responsabilidad de las partes luego de haberse analizado los hechos ocurridos con el mayor acercamiento posible a la verdad, dado que se defiende la idea de que uno de los fundamentos de la intervención oficiosa del juez en materia probatoria consiste en sostener que el proceso judicial solo



cumple su misión cuando se han fijado correctamente los hechos de acuerdo con la verdad de lo ocurrido.

En Europa, hasta finales del siglo XIX se puede observar un proceso civil con una gran influencia del interés privado, por lo que se concebía a la función primordial del procedimiento civil como una manera de satisfacer este interés individual de los litigantes. Dadas las críticas al modelo liberal de aquel entonces, como bien lo describe López Medina (2006): “Las críticas al derecho liberal se dejaron sentir en Europa desde mediados del siglo XIX, con la aparición de movimientos políticos que confrontaban las nociones privatistas e individualistas de los procedimientos civiles posteriores a la revolución francesa.” (p.59). Por este motivo se percibía evidente el dominio de las partes sobre el proceso, dejando al juez en un papel secundario donde no se le permitía hacer más cosa que la de observar y cuyo rol no se activaba sino hasta el momento de dar fin al proceso a través de una sentencia. Posteriormente este sistema ha cambiado, ya no se concibe al proceso como un acto privado en su integridad, se reconoce que, a pesar de que las partes que puedan participar en un proceso sean privadas así como sus intereses, además de que también existe la libertad que tienen las partes de disponer de esos intereses como más les parezca conveniente, el proceso judicial conlleva en sí mismo un interés de orden público.

Eventualmente se ha visto la necesidad de reforzar la autoridad y responsabilidad del juez en beneficio de la parte más débil, encaminando al proceso civil hacia un sistema con tintes más inquisitoriales, y en 1895 Franz Klein redactó el Código De Procedimiento Civil Austriaco, que tuvo varias críticas negativas propias de cualquier intento de cambio



radical¹ precisamente porque significaría una gran transformación para el sistema procesal, además de, como afirma Cappelletti (2006): “En efecto, ya el Código austriaco de 1895 afirmó explícitamente, y fue el primero, entre las modernas leyes procesales europeas, la existencia de un deber de verdad, (...)” (p.87), es decir, fue el primero en establecer a la búsqueda de la verdad como un deber, dotando al juez de prerrogativas que van más allá de la de un mero observador, tema que se profundizará más adelante, como el caso de la prueba testimonial oficiosa consagrada en el mencionado código austriaco reconociéndose así la necesidad de “basarse efectivamente en el hecho de que el proceso es un fenómeno social de masas y que debe ser reglamentado como un instituto de bienestar” (Cipriani, 2001, p. 74). No se puede ignorar la influencia que ha tenido este hito acuñado a los anales de la historia en materia procesal civil, incluso hoy se puede ver reflejada dicha influencia en la codificación de los diferentes países de Iberoamérica. La participación oficiosa del juez es reconocida en el Código de Procedimiento Civil para Iberoamérica que, en su exposición de motivos, dice lo siguiente: “Una clara tendencia de este Anteproyecto, coherente con el sistema de proceso oral (por audiencia), es el aumento de las facultades del Tribunal lo que, a nuestro juicio, no altera el principio

¹“El Reglamento de Klein encontró no pocas resistencias y “encendidas discusiones pues preveía un proceso construido a menoscabo de las partes”. Así, algunos lo tacharon de inconstitucional; otros – como el rector de la Universidad de Viena, Schrutka- lamentaron que “a los crecientes poderes a la noble posición del juez no correspondiera un aumento proporcional en las garantías de independencia”; otros – como Adolf Wach, valiente defensor de la concepción liberal del proceso- le reprocharon estar en contra de la naturaleza dispositiva del proceso civil; otros aun –como el trentino Francesco Menestrina- de haber sido concebido “en un momento de ingenuo optimismo”; finalmente otros –como el joven Giuseppe Chioventa- y sin disimular su perplejidad, prefirieron no pronunciarse.” (Cipriani, 2001)



dispositivo, el cual continúa rigiendo con atenuaciones.” (Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 2019, p.26).

1.2. La iniciativa probatoria.-

Como regla general, la iniciativa probatoria corresponde a las partes en base a lo dictado por el principio dispositivo, y claro, esto tiene su fundamento. Con el objeto de no descuidar los principios de imparcialidad y verdad procesal, tal como lo dicta el Código Orgánico de la Función Judicial en sus artículos 9 y 27, el juzgador no debe ir más allá de lo alegado y probado por las partes, poniendo la responsabilidad de presentar pruebas sobre los hombros de las partes. Quien hiciera algún alegato, debe probarlo, así es como funciona la carga de la prueba de manera general para con las partes, siendo estas quienes ostenten la obligación de tener la iniciativa probatoria.

Sin embargo existen excepciones que vuelven las tornas, y aleja a las partes de dicha responsabilidad, ignorando en cierta medida los cimientos sobre los cuales se asienta el sistema dispositivo, permitiendo que la denominada prueba de oficio permita al juez aportar con pruebas al proceso como lo dicta el artículo 168 o el 226 del Código Orgánico General de Procesos, o el artículo 130 numeral 10 del Código Orgánico de la Función Judicial.

En los modelos procesales modernos se busca un juez que precautele las garantías de la defensa y contradicción entre las partes, luego de que el constituyente aprendiera que el colocar a dos partes en una contienda con “igualdad de armas” frente a un juez que mantiene un papel pasivo -hasta el momento de emitir una sentencia basada en la información que el ejercicio del principio de contradicción pueda engendrar,- generaría una gran desigualdad entre las partes, ya que en ocasiones para llevar un juicio hasta su



final podría requerir una considerable cantidad de dinero, lo que puede crear brechas entre los contendientes.

Visto de este modo, los procesos donde el juez no se define como su director, con prerrogativas formales y materiales, no se desafían las máximas del sistema dispositivo, sin embargo el sistema procesal no estaría velando por el descubrimiento de la verdad, por el contrario, se plantea como función del proceso dar por terminada la contienda de intereses en el menor tiempo posible.

Actualmente la iniciativa probatoria pertenece a las partes, a excepción de las ocasiones en las que el juez extraordinariamente se aproveche de la prerrogativa que ofrece el moderno fenómeno de la publicización del proceso civil², fenómeno que ha provocado un cambio en la perspectiva que se tenía de los procesos latinoamericanos y europeos que eran definidos como inquisitivos en contraste con el sistema oral adversarial desarrollado principalmente en Norteamérica. Ahora se reconoce una coexistencia entre el principio dispositivo donde las partes son las que ostentan el dominio del proceso y el inquisitivo donde el juez influye de gran manera en las ritualidades que componen la pugna judicial, y esto es el resultado de una serie de cambios que componen un proceso histórico y ha servido para morigerar el sistema judicial en Latinoamérica, como ha

² “Uno de los fenómenos más relevantes del derecho procesal que se ha desarrollado durante el siglo XX ha sido el de la “publicización” o “socialización” del proceso”, cuya consecuencia más relevante se concreta en el hecho de que, sin discutir la vigencia del principio dispositivo (Dispositionsprinzip), va a ponerse en tela de juicio el de aportación de parte (Verhandlungsmaxime), al menos por lo que respecta al reparto de funciones entre el juez y los litigantes y al incremento de facultades del órgano jurisdiccional, quien frente al modelo clásico del juez pasivo o inerte, pasa a ocupar una posición activa en el proceso”. (Junoy, 2012)



ocurrido con la integración del principio de contradicción al sistema judicial francés, y que ocurrió una vez se hubo dado la revolución francesa, algo que extraña a quienes se desenvuelven mediante el sistema adversarial, como se muestra en el estudio realizado por J. A. Jolowicz en su artículo “*Adversarial and Inquisitorial Models of Civil Procedure*” donde no se esconde la sorpresa causada por el hecho de que en el sistema dispositivo se generó la necesidad de integrar dicho principio, como un privilegio que las partes obtienen, cuando en el sistema adversarial propio del *common law*, lo que conocemos como el principio de contradicción ellos lo entienden inherente al proceso, es decir para ellos, la contradicción es el sistema procesal en sí mismo.

1.3. El principio dispositivo.-

Según lo explicado por el autor Diego López Medina,³ él concuerda en que el proceso dispositivo se remonta a la historia del proceso civil de la antigua Roma, explicando que en el imperio el costo y el tiempo de trámite de un proceso civil no representaba grandes gastos de recursos para el estado, debido a que en el sistema romano se externalizaba en gran medida las funciones, el coste y los trámites a quienes desearían hacer uso del sistema judicial. Según explica el autor, quién decida demandar tendrá que velar por que el demandado comparezca a juicio, bien sea por la persuasión o por la fuerza, y así mismo, la ejecución de la sentencia era responsabilidad del ganador del juicio. Y a este sistema, según afirma el autor, “(...) con el tiempo, se le denominaría en el medioevo tardío *principio dispositivo*” (Medina, 2006, p. 53).

Aunque el significado y alcance del concepto puede generar debate por parte de los autores en la doctrina, es claro que al menos en ciertos puntos se logra un acuerdo con respecto a los límites que plantea el sistema dispositivo, como lo son su derecho del

³ (Medina, 2006)



impulso del proceso y la determinación de la sustancia de la disputa (el objeto del litigio), al menos en el proceso civil.

Estas dos máximas propias del principio dispositivo se ven en práctica al comprender que solo el titular de un derecho sustancial es quien decide si reclamará su derecho judicialmente o no, mediante la denominada demanda de parte, así como si decide dar por terminada la misma desistiendo de su derecho de impulsar el proceso, reafirmando por último la máxima con el hecho de que, legalmente, nadie puede oponerse a su decisión de iniciar el proceso o desistir del mismo, así como el derecho de determinar sus pretensiones y la forma en cómo darán ejercicio a su derecho a la defensa, de modo que la responsabilidad del establecimiento del objeto del litigio también caerá sobre las partes que tengan interés directo en el proceso.

Sin embargo, ha habido otra característica que ha definido al sistema dispositivo durante muchos años y que, hasta hace poco, era una máxima inquebrantable, se trata de la norma que propone que es propio de las partes, y por ende les corresponde a estas y solo a estas determinar la información por la cual el juez deberá basar su decisión. De las tres máximas que se han tratado en el presente subtema, las dos primeras son fundamentales para la preservación del principio dispositivo, pero la última se ha puesto en cuestionamiento con el desarrollo de la materia procesal a través de los años en diversos países del mundo. Como explica J. A. Jolowicz este modelo de proceso fue instituido originalmente en Francia con el código de procedimiento civil de 1806⁴, y para entonces había perdido cada aspecto de su faceta inquisitorial, el papel de la corte era esencialmente pasivo, el litigio pertenecía a las partes y les correspondía a estas llevar el caso ante la corte a su conveniencia.

⁴ (Jolowicz, 2003)



Es aquí cuando se hace notar el predominio del interés privado en el proceso civil, y de hecho es ahí desde donde el autor Adolfo Alvarado Velloso explica el origen del término para referirse al sistema dispositivo:

(...) Conforme al individualismo imperante en la época antigua y antes del uso de estrictas fórmulas religiosas (que luego fueron dejadas de lado), parece ser que eran las propias partes quienes podían disponer libremente no sólo del derecho en discusión sino también del método para discutir.

A este sistema de libre disposición se le asigna desde antaño la denominación de dispositivo. (Velloso, 2004, p. 62)

Mostrando gran simpatía y compatibilidad con el modelo de estado liberal, tomando en cuenta que el poder judicial se concebía para dar satisfacción a los intereses de los particulares o explicado en las palabras de Solar Cayón (2012) “(...) la concepción y la defensa de una economía de mercado competitiva y autorregulada, basada en la primacía de los intereses individuales, se convirtió en un componente esencial del ideal de legitimidad inherente al paradigma del clasicismo jurídico” (p. 37) o en otras palabras, el paradigma jurídico de la época estaba sesgado por el predominio de valores que conformaban la ideología económica del *laissez-faire*.⁵

Como se ha visto ya, este sistema eventualmente guiaría al proceso a encontrarse con algunas desventajas prácticas como aplazamientos, retrasos, uso deliberado de tácticas dilatorias, lo que a su vez llevaría a la impropia producción de la información a disposición del juez e irremediablemente la inadecuada preparación de la audiencia final.

En 1935 se realizó un intento malogrado por cambiar la situación del procedimiento civil y en particular la de los jueces, dándole dádivas de menor

⁵ (Cayón, 2012)



importancia, así, el juez podía convocar a las partes y sus abogados ante él, aunque no podía dar órdenes vinculantes, e igualmente no tuvo ningún poder en relación a la investigación que serviría más adelante en el proceso para la resolución del mismo si se quería basar la sentencia en el descubrimiento de la verdad, principalmente por el miedo de los particulares a que el juez pudiera olvidar su lugar y creer que su papel trasciende al de un mero árbitro, es de imaginar que este cambio no causó una gran evolución en el sistema.

Y en 1965 finalmente por decreto se implanta el modelo de un juez con prerrogativas tangibles, capaz de imponer sanciones y realizar órdenes vinculantes a las partes, puede inmiscuirse hasta cierta medida en la investigación, como por ejemplo la inspección judicial o la revisión de documentos, pero la parte que más llama la atención fue la enmienda que le hicieron posteriormente a su código civil, donde ligaban a todos los que formaban parte del proceso, a cooperar con la administración de justicia con una vista hacia la revelación de la verdad.⁶

Ahora el control de las partes sobre la información a disposición del juez, así como la evidencia que corresponderá a este analizar, está reducido grandemente en comparación a lo que era antes, sin que esto genere óbice para que las partes puedan ejercer su derecho de determinar el objeto del litigio, y por lo tanto dejando al principio dispositivo, si no intacto, por lo menos vigente, aún sea de manera atenuada.

⁶ (Jolowicz, 2003, p.291)



CAPÍTULO II

2.1. Principios que rigen la proposición y práctica de la prueba según el COGEP.-

Los principios probatorios son los puntos de donde nacen las reglas de la actividad probatoria, basándose en estos, el legislador continúa la labor de crear norma y de interpretar la ley; es decir si tomamos por ejemplo los principios de necesidad, pertinencia o conducencia, todas las normas que tengan relación con este tema deberán guardar concordancia con estos principios. Esta es una forma de direccionar la creación de normas y del Derecho mismo, entendido en el sentido amplio de la palabra, en una trayectoria determinada, es decir, si en vez del principio de necesidad se hubiera consagrado un principio digamos de “opulencia”, que permita amontonar todo tipo de pruebas incluso aunque no sean las más idóneas con el fin de precautelar la libertad probatoria de las partes, claramente el sistema judicial en el país estaría encaminado en una dirección diferente de la actual, una donde se prioriza el contenido de las partes en vez de la celeridad y la búsqueda de la verdad; y como se puede observar, si se intentara cambiar un principio por otro, se tendría que cambiar varios otros principios y así mismo muchas de las normas consagradas en la pirámide desde la punta hasta la base, dada la relación que guardan los principios, unos con otros y con las normas.

En el presente proyecto de investigación se pretende enunciar unos cuantos principios en los que se cree la prueba para mejor resolver tiene injerencia o por los cuales podría ser influenciada, para así, delimitar poco a poco el alcance que se le ha dado en el Ecuador.

Antes de adentrarnos al estudio de la relación entre los principios probatorios y la figura jurídica de la prueba para mejor resolver, corresponde analizar el derecho a la



defensa y su relación con la prueba, con el único motivo de que este análisis se suma a la lista epistemológica que hay que tomar en cuenta para desentrañar el alcance de la figura.

El derecho a la defensa abarca varios principios propios de la materia procesal, y por supuesto defenderse implica contradecir los alegatos de la parte contraria, por lo que de igual manera, la actividad probatoria se vuelve necesaria, de este modo se ha podido encontrar una relación entre la actividad probatoria y el derecho a la defensa, justamente porque el derecho a la defensa se viabiliza solo cuando se concede la facultad de ofrecer pruebas y así mismo contradecir las que se presente en contra.

Establecida la relación entre el derecho a la defensa con la actividad probatoria, pasamos a analizar los principios enunciando primero al principio de libertad probatoria, el mismo que consiste en el hecho de que las partes pueden valerse de cualquier medio de prueba, aunque claro, existen limitaciones dado que no se pueden presentar pruebas obtenidas de manera ilícita, como lo dice el artículo 76 numeral 4 de la Constitución de la República, y deberán ceñirse a los principios de utilidad, conducencia y pertinencia, tal como lo dice el artículo 160 en su inciso segundo del Código Orgánico General de Procesos o el de oportunidad consagrado en el artículo 159 del mismo cuerpo legal, o incluso el de comunidad de la prueba. ¿Qué significa esto para la figura jurídica de la prueba para mejor resolver?, básicamente que, dado que el derecho a la defensa está ligado a la prueba, se entiende que existe así mismo el Derecho a la Prueba, que consistirá en que las partes ostentarán el derecho a que se disipe toda duda en relación a los hechos a través de la utilización de todos los medios de prueba posibles, entendiendo integrados a este derecho los de naturaleza oficiosa, y los límites que se impondrían al ejercicio de dicho derecho, serían la imposibilidad de presentar medios de prueba obtenidos de manera ilícita que fueren irrelevantes para probar los alegatos respectivos; que los medios de prueba deberán realizarse de acuerdo a las oportunidades concedidas por la ley; que los



aportes, solicitudes y prácticas de los medios de prueba estarán obligados a cumplir con las exigencias propias a la lealtad procesal, esto es, no introducir medios de prueba sin que la otra parte esté al corriente de la existencia del mismo.

Se ha establecido, gracias al gran contexto histórico que ha hecho evolucionar al sistema procesal a través de los años, como ha quedado explicado en el capítulo anterior del presente trabajo, que en el modelo del principio dispositivo sea el juez quién se dé el trabajo de proteger los límites bajo los cuales se ha de ejercer la actividad probatoria que ha propuesto el sistema actual a través de la ley, siendo este quien apruebe los medios de prueba o los deniegue, así, ante el evento de que alguna de las partes pretenda inducir al error al juez mediante una irresponsable estrategia probatoria, también el juez en ejercicio de su deber como director del proceso podría considerar la idea de que opere en este caso el decreto de prueba para mejor resolver.

Visto de este modo se entiende de mejor manera cómo el derecho a la prueba que garantiza el estado a las partes, comprende también los límites que se impone a la utilización del mismo y da legitimidad al juez como director del proceso y a su rol activo, que toma forma en este caso, cuando realiza el control de los medios de prueba, algo que no sería apreciable en un modelo de proceso donde el juez ocupa un papel pasivo ante el quehacer procesal. En la exposición de motivos en el Código Orgánico General de Procesos se puede encontrar el siguiente apartado: “En cuanto a la prueba, el proyecto pretende simplificar lo más posible los procedimientos, de forma que los medios probatorios sirvan efectivamente para aportar en la decisión de la o del juzgador para resolver el caso”, teniendo en cuenta estas palabras, se puede deducir menester, para su materialización, el rol activo del juez, en la forma de un control efectivo de los medios de prueba que las partes puedan aportar para la resolución del proceso, así como la prevención de un ejercicio abusivo de la práctica de la prueba, y por último honrar la



intención del legislador de promover el ejercicio de una actividad probatoria necesaria, oportuna y útil.

2.2. Principio de imparcialidad judicial.-

Imposible tocar el tema de la figura de la prueba para mejor resolver sin tomar en cuenta el principio del sistema dispositivo que más ha generado disensiones en torno a su aceptación o desaprobación, y estas dudas se fundan sobre argumentos muy sólidos, dado que una prueba de oficio, entendida como una prerrogativa que no tiene límites y por ende ejercida de un modo arbitrario e irresponsable, podría sumir en la duda la imparcialidad del juez, es por esta razón que el presente proyecto de investigación justamente pretende establecer el alcance de la figura y resaltar los límites que plantea. Por ahora, lo importante a tener en cuenta es la idea, a grandes rasgos, de que el ejercicio de la figura de la prueba de oficio sin límites, no solo levantará dudas en cuanto a la imparcialidad del juez, sino que realmente podría ponerla en peligro, lo que lastimaría gravemente al proceso tanto de manera formal como material, pues la constitución y varios cuerpos normativos estatuyen la imparcialidad como un principio procesal, y como consecuencia de la costumbre procesal, el contexto en el que se ha ido engendrando el modelo actual provoca que se conciba imperdonable la falta a este principio, ya que se considera fundamental para la consecución de la justicia.⁷

El artículo 168 del Código General de Procesos reza: “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

⁷ Como se explica en el Código de Procedimiento Civil para Iberoamérica: “El fin supremo del proceso es procurar justicia, para cuya garantía se estima esencial un sistema que se asiente en la independencia y en la imparcialidad.” (Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 2019)



hechos controvertidos. Por este motivo, la audiencia se podrá suspender hasta por un término de quince días.”, la norma establece ciertos límites para la práctica de la prueba de oficio, así se puede deducir que para que esta facultad pueda ser ejercida por el juez este debe motivar su decisión, hacerlo de manera excepcional y solo para esclarecer los hechos controvertidos.

Luego de haber hecho una lectura del artículo que regula la figura de la prueba para mejor resolver, podemos destacar una de las características que son de gran relevancia para el tema que se trata en el presente apartado, por lo que se debe prestar especial atención a la condición que afirma que dicha figura tendrá razón de ser, solo para esclarecer los hechos controvertidos, y al respecto se tomará en cuenta una serie de elementos a la hora de desentrañar la manera en que dicha figura está regulada en el Ecuador. En nuestro país actualmente, no hay límites con respecto al tipo de prueba que puede decretar el juez oficiosamente, siendo que esta puede ser documental, pericial o testimonial, de modo que se ha pretendido seguir la corriente europea occidental⁸, y así mismo se ha mantenido la característica que indica que el juez no podrá disponer pruebas de oficio sobre asuntos que escapen a los de los hechos que las partes, en uso de su facultad privada de impulso procesal, han alegado en la demanda, Cappelletti (2006) usa el siguiente ejemplo para ilustrar esta característica: “(...) no puede, por ejemplo, llevar a cabo de oficio investigaciones al objeto de descubrir si un derecho del actor ha prescrito ya, a menos que la prescripción haya sido espontáneamente hecha valer por el demandado.” (p. 84).

Claramente el legislador tenía la convicción de que los límites establecidos compensan, de manera suficiente, la necesidad de satisfacer la urgencia que tiene el

⁸ (Cappelletti, 2006, pp. 82-84)



constituyente de verificar la vigencia y materialización del principio de imparcialidad judicial. Sin embargo, existen criterios que deberán complementar la palabra de la ley, ya que, aunque no estén escritos, de manera implícita queda consolidado el momento oportuno para presentar la prueba de oficio, es decir, si no se puede poner en práctica la figura a no ser que verse sobre los hechos controvertidos, se deberá verificar que el juez ha valorado con anterioridad los medios de prueba aportados por las partes, y no es a partir de entonces que el juez podrá hacer uso de esta facultad.

Es de suma importancia que el juez valore la prueba de las partes antes de plantearse la necesidad de practicar prueba de oficio, ya que de hacerlo antes no se evitaría que el juez interponga su propio criterio sobre los hechos redactados en la demanda, la contestación, la reconvencción o la contestación a la reconvencción, y la interposición del criterio del juez en el proceso es justamente lo que se debe evitar, ya que si el juez basa su motivación para decretar prueba de oficio en una postura prematura sobre un caso en controversia, como dice Adolfo Alvarado Velloso (1982): “Admitir que puedan ser decretadas (las medidas para mejor proveer) en cualquier estado del proceso implica la plena adopción del principio inquisitivo (...)” (p. 282). Pues la intención del constituyente de encargarle al juez la búsqueda de la verdad degeneraría en un poder que iría más allá de la publicización del derecho, y se llevarían a cabo investigaciones basadas en acontecimientos que le hayan ocurrido al juez y bajo los cuales este ha generado su propio criterio sesgado, y si se practica la prueba de oficio para descubrir hechos diferentes a los alegados por las partes, sería clara la falta de imparcialidad por parte del juez, y este estaría actuando como algo más que un mero director del proceso, estaría desacreditando



el ejercicio probatorio de las partes y sus criterios con respecto a los hechos del proceso sobreponiendo los suyos por encima del de las partes.⁹

2.3. Fundamento para el uso de la prueba para mejor resolver.-

Existe una gran cantidad de doctrina en la que se habla del deber y el compromiso de llegar a la verdad, la publicización del derecho procesal, las objeciones que existen sobre el proceso civil inquisitivo y el proceso civil dispositivo; así como existe también un lugar en la doctrina donde se acepta que en la actualidad, el proceso judicial no pertenece a ninguno de los dos extremos, y tomando en cuenta todos los temas doctrinales anunciados en el presente párrafo, se deduce varias deliberaciones que han dado forma al derecho procesal actual, por lo menos los que derivan de la familia romano-germánica, en palabras de Echandía (2009):

(...) (En cuanto al proceso civil) en las últimas décadas aparece un movimiento doctrinario y legislativo que procura darle una tendencia inquisitiva. De esta manera, en los códigos contemporáneos existen procesos realmente mixtos; con marcada tendencia inquisitiva en todos los países, el penal y el laboral; con preponderancia acusatoria en la mayoría. (p. 27)

Así, tomando en cuenta lo que se ha dicho al respecto de esta diversidad de contenidos, se deduce que ya se ha hablado bastante acerca de la necesidad y el fundamento de la figura jurídica de la prueba para mejor resolver, aunque, por supuesto

⁹“(…) al aplicarse el principio de la “comunidad de la prueba” o de incorporación procesal, los datos cognitivos que arroje la prueba no son de autoría del juez ni de las partes, sino del proceso.” (Toscano, 2019, pp. 103-104).



existe también la oposición correspondiente a que en el proceso civil dispositivo no debe practicarse la prueba de oficio, sin embargo en este documento no se tratará la legitimidad de la figura, se ha decidido simplemente desvelar cuál es el alcance de la misma en la ley ecuatoriana, así como analizar si la figura cuenta con los límites necesarios tal y como está concebida en nuestro ordenamiento jurídico.

Para despejar el tema sobre la inadmisibilidad del actuar oficioso de las pruebas por parte del juez sólo se remitirá a lo siguiente, en palabras de Echandía (1981):

Las objeciones contra las facultades oficiosas del juez en la producción de la prueba para el proceso civil se reducen a éstas: que se trata de un litigio de interés privado, y que, por lo tanto, las partes deben ser libres de manejarlo según su leal saber y entender; que se perjudica a la parte desfavorecida con las pruebas decretadas de oficio, y que, por consiguiente, el juez debe permanecer inactivo y limitarse a juzgar con base en las pruebas que las partes le aporte, para no romper su indispensable imparcialidad o neutralidad.

Tales razones son de tan débil contextura, que no resisten el menor análisis.

(p. 81)

Dicho lo anterior, aunque son muchos los autores que hablan de la figura objeto del presente estudio, y por su puesto sin dejar de lado los puntos sobre los cuales esta se fundamenta, pocos son los autores que le dediquen un libro entero, el Dr. Fredy Toscano se ofrece a hablar de la figura en particular en su libro La prueba de oficio en el proceso civil colombiano, y al tocar el tema de los puntos en los que supone se fundamenta la aplicación de la prueba para mejor resolver, anuncia en primer lugar el Derecho a la Prueba, haciendo alusión al hecho de que si el juez debe fiscalizar el anuncio y práctica de la prueba, también se sirve de prerrogativas para llevar a cabo este control, como serían



la facultad de inadmitir prueba inconducente, inútil o impertinente y la prueba oficiosa. Teniendo en cuenta la reflexión de que una de las partes podría pretender estimular el error en el juez mediante ardides probatorios engañosos o valiéndose de la ventaja que pueda tener con respecto de la contraparte para lograr un fallo a su favor¹⁰.

Continuando con el análisis del Dr. Toscano, anuncia a continuación el fundamento más obvio quizá, dado que es materia estudiada por cada quién que ha decidido tocar el tema de la prueba para mejor resolver, y se trata de la búsqueda de la verdad. Él afirma que las partes en el proceso tienen un interés parcializado, y por eso dedican su esfuerzo a confirmar no más que los alegatos de los cuales creen pueden ser beneficiados, por lo que ocupan su actividad probatoria únicamente en beneficio de tales móviles, por lo que el juez podrá decretar oficiosamente la prueba cuando esta actividad probatoria sea insuficiente. A tal respecto Echandía nos ofrece un razonamiento que, si bien llega a la misma conclusión, transita un camino un tanto más irónico, empezando por verificar lo que entiende por verdad procesal, y definiendo a esta como todos los elementos de convicción llegados a autos, y pone en consideración el hecho de que esta no tiene porqué ser necesariamente la verdad real, y aún más, que lo únicamente importante para el juez es la verdad procesal, y la única bajo la que se le permite basar su decisión, de este modo, según Echandía, una sentencia basada en la verdad procesal, siempre será recta y legal, aunque la realidad de los hechos pueda diferir, y continúa con su razonamiento afirmando que si esto ocurre por negligencia, torpeza o descuido de la parte interesada, la rectitud del fallo no se ve afectada, y que dado que el juez siempre debe fallar de acuerdo a lo que se ha probado en juicio, es justamente por esto que este autor estima necesario el darle facultades para tomar la iniciativa de exigir pruebas. “(...)

¹⁰ (Toscano, 2019, p. 97-98)



a fin de poder pronunciarse con absoluto conocimiento de causa y convencimiento pleno de estar obrando conforme a justicia” (Echandía, 2009, p. 51)¹¹

El último fundamento al que hace referencia el Dr. Toscano es la lealtad procesal, alegando que el juez debería tener iniciativa probatoria con el fin de desvelar eventuales maniobras probatorias de alguna de las partes que partan de la mala fe, y que no podrían ser desveladas por la sola iniciativa probatoria de las partes.

2.4. Alcance de la prueba para mejor resolver en el marco normativo ecuatoriano.-

La prueba para mejor resolver como tal, está contemplada en el artículo 168 del Código Orgánico General de Procesos, igualmente el Código Orgánico de la Función Judicial dicta en su artículo 130 que trata acerca de las facultades jurisdiccionales de las juezas y jueces, en su numeral 10 lo siguiente: “Ordenar de oficio, con las salvedades señaladas en la ley, la práctica de las pruebas que juzguen necesarias para el esclarecimiento de la verdad”. En cuanto al juicio civil, estos dos cuerpos normativos en sus respectivos artículos componen el marco legal de la prueba para mejor proveer entendida de una manera general, es decir, sin referirse a ningún tipo de prueba en particular, como la documental, pericial o testimonial, sin embargo, no son las únicas normas que regulan una prueba de oficio, dado que en el artículo 174 del COGEP, donde consta las reglas generales de la prueba testimonial, en su inciso segundo reza: “La o el juzgador puede pedir aclaración sobre un tema puntual de considerarlo indispensable.”, esto implica la incidencia del juez, no solo como director del proceso, sino como interventor de manera directa en materia probatoria, ya que al intervenir el juez de este

¹¹ (Echandía, 2009, pp. 50-51)



modo no solo encamina dicha intervención con el propósito de orientar la audiencia, sino también la de tomar parte activa en la consecución de información; aunque la limitación es grande, por el evento de que la norma no especifica si es posible preguntar acerca de temas no debatidos por las partes con anterioridad, por lo que se entendería que no está permitido, dado que se estaría produciendo prueba así mismo, de oficio, pero no anunciada en su momento oportuno.

También tenemos el caso de artículo 226 del mismo cuerpo normativo (COGEP), en el que se trata sobre el informe pericial para mejor resolver, y que tiene relevancia en el presente tema con respecto a su inciso segundo que reza: “Si luego del debate entre las o los peritos, la o el juzgador mantiene dudas sobre las conclusiones de los peritajes presentados, ordenará en la misma audiencia un nuevo peritaje, para cuya realización sorteará a una o un perito de entre los acreditados por el Consejo de la Judicatura, precisando el objeto de la pericia y el término para la presentación de su informe, el mismo que inmediatamente será puesto a conocimiento de las partes.”, de modo que se puede observar con claridad otra norma donde la prueba de oficio se hace presente en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, aquí el juez de encontrarse a sí mismo en duda con respecto de dos informes periciales, podrá ordenar un tercer informe del que se servirá para dirimir sus dudas.

Una observación a tomar en cuenta también es la del abogado Diego Francisco Yépez Garcés (2016), al plantearse la interrogativa: “¿Quién practica el interrogatorio y contra interrogatorio en la prueba testimonial de oficio?” (p. 121). Y para explicarse, toma en cuenta que en el anterior cuerpo normativo que hacía las veces de norma general para la materia procesal, el Código de Procedimiento Civil, en su artículo 118 al igual que el COGEP en su artículo 168, se otorgaba la prerrogativa de presentar prueba de oficio al juez, con la excepción de que se excluía la prueba testimonial.



Así, acentuando un ejemplo en el que el juez pide efectivamente, -a modo de prueba de oficio-, el testimonio de una persona, nos encontramos con el siguiente obstáculo, ¿Quién deberá iniciar el interrogatorio? y ¿amparado bajo qué norma?, Analizando las reglas que nos brinda el COGEP en relación a la práctica de la prueba testimonial tenemos que, en el artículo 178 numeral 3, quien deberá iniciar el testimonio será el que anuncie la prueba testimonial, en cuyo caso sería el juez quien debería iniciar el interrogatorio, pero ocurren problemas al respecto cuando se analice los supuestos que complementan la teoría del interrogatorio, dado que su estudio precautela la anticipada preparación del testigo, a fin de no provocar un interrogatorio deficiente o contradictorio, y es consabido que para preparar a un testigo, es necesario hacerle saber cuáles serán las preguntas que se realizarán. Pero en el caso de que el juez efectivamente prepare a su testigo de manera adecuada, ¿Quién calificará las preguntas de capciosas, sugestivas, compuestas, etc. en el caso de que fuesen este tipo de preguntas las que se formulen?, y aclara el autor, que en este caso se estaría violentando el principio de contradicción, y el artículo 160 inciso cuarto del COGEP califica de ineficaz la prueba actuada sin oportunidad de contradicción.¹²

2.5. La prueba para mejor resolver en el extranjero.

La normativa en cuanto a la prueba para mejor proveer en Colombia se encuentra en el artículo 169 de su Código General del Proceso¹³, y podemos encontrar una diferencia apenas leemos el mencionado artículo y lo contrastamos con el 168 de nuestro COGEP,

¹² (Garcés, 2016, pp. 121-123)

¹³ “Las pruebas pueden ser decretadas a petición de parte o de oficio cuando sean útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes. Sin embargo, para decretar de oficio la declaración de testigos será necesario que estos aparezcan mencionados en otras pruebas o en cualquier acto procesal de las partes.

Las providencias que decreten pruebas de oficio no admiten recurso. Los gastos que implique su práctica serán de cargo de las partes, por igual, sin perjuicio de lo que se resuelva sobre costas.”



empezando por el hecho de que no requiere de motivación, y este punto ciertamente no exige gran explicación, así han decidido hacerlo en el país en cuestión, y esto puede en ocasiones causar demoras en el proceso, pero no hacerlo podría provocar daños al principio de contradicción o incluso de imparcialidad, sin embargo en el artículo 170 de la norma adjetiva colombiana citada se asegura que las pruebas de oficio serán sujetas a la contradicción de las partes, y esto se puede verificar con el artículo 212 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, del país citado, donde se asegura que las partes pueden solicitar o aportar nuevas pruebas para contraponer las decretadas de oficio.

Luego tenemos una diferencia bastante notoria, y es que en la norma de Colombia queda claro que las providencias que decretan pruebas de oficio no admiten recurso alguno, y el caso es el mismo en Ecuador, sin embargo, a pesar de que no queda explícitamente expuesto en la norma la imposibilidad de recurrir, en el artículo 250 de nuestro Código Orgánico General de Procesos que trata sobre la impugnación de las providencias, se expone en su segundo inciso que serán recurribles las providencias con respecto a las cuales la ley haya previsto esta posibilidad, y así mismo el artículo 256 del mismo cuerpo normativo expone que el recurso de apelación procede contra las providencias con respecto a las cuales la ley conceda expresamente este recurso, por lo que se deduce que, dado que en la norma que regula la prueba para mejor proveer no especifica recurso alguno, se entiende como imposible la prerrogativa de interponer algún recurso contra la providencia que decreta la prueba de oficio.

Esto sugiere una gran diferencia para ambos marcos normativos, guiándonos por el razonamiento del Dr. Fredy Toscano (2019) tenemos que si el juez no es obligado a motivar la decisión de incorporar prueba de oficio al proceso, y si no se acepta recurso alguno, existe la posibilidad de que este:



(...) no sienta la obligación de expresar las razones que lo han llevado a utilizar el decreto oficioso de pruebas y, en consecuencia, las partes no pueden conocer algunos datos que serían de mucho valor para prevenir su uso distorsionado para vulnerar la imparcialidad. (p. 74)

En cuanto a la oportunidad también se pueden observar diferencias, en la norma ecuatoriana, en el artículo 294 del COGEP al hablarse del desarrollo de la audiencia preliminar, en el numeral 7 literal b, justo luego del literal que trata sobre el anuncio de pruebas por parte de los sujetos del litigio, se da la oportunidad al juez de ordenar la práctica de la prueba de oficio, por lo que se deduce que, por lo menos, el juez deberá deliberar si es necesaria la prueba de oficio luego de estimar, aunque brevemente, la prueba de las partes, sin embargo, la oportunidad para decretar la prueba de oficio en la norma colombiana, que está regulada en el artículo 170 del Código General del Proceso de Colombia establece que se podrá hacer “(...) en las oportunidades probatorias del proceso y de los incidentes y antes de fallar”, por lo que se entendería, el juez puede hacer uso de tal prerrogativa desde la providencia judicial en la que se decide sobre los medios probatorios hasta antes de emitir sentencia de primera instancia. Se puede observar que en el caso de Colombia el juez tiene la posibilidad de valorar con mayor tiempo las pruebas aportadas por las partes, para ordenar la práctica de la prueba de oficio, de tal modo que se considera que se respeta de mejor manera.

En cuanto a normas que regulan el aporte de prueba oficiosa que no refieren a la prueba de oficio en particular, como la del artículo 174 en su inciso segundo, al hablar de la intervención del juez al pedir aclaraciones en la práctica de la prueba testimonial, en Colombia tenemos un marco normativo más elaborado y preciso. Siendo que en la normativa ecuatoriana es la única norma que nos da el legislador, en Colombia se especifica claramente, en relación a la declaración de parte, lo siguiente “(...) El juez



oficiosamente y de manera obligatoria interrogará de modo exhaustivo a las partes sobre el objeto del proceso. También podrá ordenar el careo”¹⁴, y también “El juez podrá, de oficio o a solicitud de parte, ordenar la citación de las partes a fin de interrogarlas sobre los hechos relacionados con el proceso”¹⁵.

CAPÍTULO III

3.1. Facultades del juez en los procesos de conocimiento.

La prueba para mejor proveer no es la única facultad permitida al juez a través del principio de oficiosidad, existen varias prerrogativas encomendadas a este que encuentran su fundamento axiológico en la publicización del Derecho Procesal, y en función del mismo, se le concede facultades y deberes tales como denunciar ante las autoridades competentes los casos de ejercicio ilegal de la abogacía, incluso inhibirse de conocer una causa de considerarse incompetentes, también podemos encontrar facultades jurisdiccionales tales como el convalidar de oficio los actos procesales donde se haya inobservado formalidades no esenciales o incluso sancionar maniobras dilatorias en que incurran las partes procesales, así como imponer multas diarias a la parte que corresponda para que se cumpla los mandatos con arreglo al contenido de la resolución¹⁶, todas estas facultades hacen caso al principio de dirección del proceso, donde el juez protagoniza el rol de garantizar la autonomía de las partes, así como la de establecer límites a dicha autonomía.

¹⁴ Código General del Proceso, Colombia, Art. 372 numeral 7.

¹⁵ Código General del Proceso, Colombia, Art. 198.

¹⁶ Código Orgánico de la Función Judicial, Ecuador Arts. 129-132



3.2. Circunstancias a tomar en cuenta relativas a la problemática en torno a la aplicación de los principios dispositivo y de oficiosidad en los procesos de conocimiento.

El principio de oficiosidad está muy presente en el sistema procesal actual, en toda Latinoamérica, y aunque el sistema dispositivo se consagre en nuestro sistema procesal tanto en la constitución así como en la ley, sistema gestado en circunstancias tales que lo que se pretendía era dar rienda suelta a la teoría de la autonomía de la voluntad, tal y como se ha explicado anteriormente, ha existido un consenso universal al entender que un juez pasivo no es la opción más acertada, y se ha dotado de prerrogativas al juez para que este pueda desempeñar un rol tal, que quede colocado de manera más inmediata con las partes, y con los asuntos a tratar en el proceso. Se cree que de este modo el juez puede levantar una idea más crítica sobre los hechos -objeto de la controversia- y por lo tanto resolver mejor, evitando abusos que podrían ser perpetrados por las partes. El problema surge cuando las normas que regulan dichas prerrogativas carecen de especificidad, y de este modo se pone en peligro la imparcialidad del juez.

Otro problema que acosa la figura, es en sí el hecho de que esta contradice una de las máximas del sistema dispositivo -que está reconocido por el Ecuador- y aunque exista muchos puntos doctrinarios que, con gran razón, pongan al descubierto que las normas de carácter oficioso y el principio dispositivo no se contradicen, es decir que, por ejemplo, la prueba para mejor resolver no entra en directa disquisición con el sistema dispositivo, sino que el mismo se encuentra en plena vigencia, solo que de manera atenuada¹⁷, tales ideas, se considera más que argumentos excusas, dado que concebido como tal, este

¹⁷ (Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 2019) Se expone en el Código de Procedimiento Civil para Iberoamérica en la exposición de motivos p. 26. Sin embargo se explica igualmente lo siguiente: “Algunos autores (como H. Devis Echandía) sostienen que lo que se incorpora es el principio inquisitivo, dado los poderes del Tribunal en materia probatoria.

En todo caso no interesa la diferencia semántica, lo importante son las normas proyectadas al respecto en las que existe un importante consenso.”.



sistema tiene sus principios así mismo creados a raíz de cierto contexto histórico que lo define, por lo que si se pretende atribuir el concepto de sistema dispositivo al sistema mediante el cual se llevarán a cabo los procedimientos, se debería ceñir a las características propias del dicho concepto, o reconocer, tal como lo han hecho varios autores de gran renombre en las últimas décadas, que no está plenamente instaurado ninguno de los dos sistemas, ni el dispositivo ni el inquisitivo, sino que estando ambos en vigencia, se puede evidenciar el predominio de uno sobre otro, respetando de este modo el contexto cultural e histórico contemporáneo por el que pasan los ordenamientos jurídicos con base romano-germánica actuales.

En consecuencia, se sostiene en el presente trabajo que efectivamente existen incongruencias entre las normas que configuran la publicización del derecho procesal a través de la dádiva de prerrogativas al juez, y el sistema jurídico dispositivo, instaurado en el Ecuador y en todo país latinoamericano que lo consagre en la norma que se erija en la cúspide de la pirámide, la Constitución.

3.3. Los límites a ser impuestos al juez en relación a la aplicación de la figura jurídica prueba para mejor resolver.

En síntesis, podemos manifestar que las principales prohibiciones al momento de la práctica de la prueba de oficio son:

- a) Que el juez no puede decretar prueba de oficio para corroborar sus ideas previamente concebidas acerca del proceso.
- b) Que el juez no puede utilizar la figura de la prueba para mejor resolver de tal modo que aventaje a la parte que considere más débil.



- c) El decreto oficioso de prueba no puede variar el objeto de la prueba, previamente establecido por las partes.
- d) Y por último, el juez no usará esta facultad de tal modo que convalide la negligencia de alguna de las partes en uso de su facultad de iniciativa probatoria.

Estas prohibiciones en torno a la figura objeto del presente estudio están diseñadas en lo principal, para que se evite la parcialización del juez, y se puede observar una medida puesta en práctica por la norma en el actual COGEP, cuando se establece que para poder ser practicada, esta debe ser motivada, y el hecho de que se decretará solo con el fin de esclarecer los hechos controvertidos. Así podemos garantizar a las partes una apelación de sentencia basados en la falta de imparcialidad por parte del juez, dado que, al contar con la motivación del juez, conocerían datos que arrojarían luz sobre los hechos que instaron a este a hacer uso de la figura, y así prevenir un uso retorcido de la misma y una vulneración al principio de imparcialidad; además de que la prueba no debe versar sobre algo más que los hechos que han alegado las partes y están en conflicto. De este modo, cubrimos dos de las cuatro prohibiciones planteadas; porque el juez enfrentará consecuencias por practicar una prueba oficiosa que pretenda corroborar ideas previamente concebidas o si lo hace de tal modo que se varíe el objeto de la prueba anunciada previamente por las partes.

Sin embargo aún quedan dos prohibiciones que necesitan ser cubiertas, y para tal efecto se toma en cuenta el artículo 294, numeral 7, literal b, que habla acerca de la práctica de la audiencia preliminar en un juicio ordinario, y en cuyo literal consta el momento oportuno para que el juez ordene la práctica de la prueba de oficio. En el desarrollo del presente proyecto de investigación, se ha llegado a la conclusión de que el tiempo que se da al juez en la norma para valorar la prueba anunciada por las partes, y en



consecuencia ordenar prueba de oficio si lo considera necesario, es muy corto, y aunque lo expuesto anteriormente se puede asimilar de tal modo que se crea que puede beneficiar al control de la imparcialidad del juez, dado el hecho de que este al tener tan poco tiempo, no le alcanza para formar un criterio ajeno a las hipótesis presentadas por las partes, ni para darse cuenta de cuál parte es la que se encuentra desventajada en el proceso, muy lejos de ser esto verdad, tampoco se da suficiente tiempo para que el juez se entere de qué prueba podría servirle para formar una convicción más acertada sobre la verdad de los hechos, y también existe la posibilidad de que al juez no le alcance el tiempo de asimilar la información integrada al proceso por las partes, lo que podría traducirse en la realidad como una de las razones por las que esta prueba no se pone en práctica. En Colombia el asunto se trata de manera diferente, ya que el juez puede ordenar esta figura hasta que se emita sentencia de primera instancia, dotándolo de más tiempo y oportunidades para valorar la prueba de las partes y distinguir con mejor criterio el eslabón epistemológico débil.

Por último, el Dr. Fredy Toscano (2019) advierte tres criterios que considera necesarios a tomar en cuenta por parte del juez para llegar a la decisión de decretar prueba de oficio, del cual me sirvo, para efectos de continuar con el tema que concierne, del tercero: “iii) Que el juez tenga conocimiento de la existencia de un medio de prueba preciso, cuya incorporación al expediente podría llevarle a superar la duda sobre un hecho debatido.” (p. 116). Este criterio debería tomarse en cuenta en la legislación, dado que funcionaría a modo de criterio de gran especificidad a la hora de decretar medios de prueba oficiosos, y se obliga al juez a ser específico no solo con el tipo de prueba a ser practicada de manera oficiosa, sino a la prueba en sí.



CAPÍTULO IV

4.1. Visión de los profesionales en derecho en relación a la práctica de la figura de la prueba para mejor resolver.

Este trabajo de investigación ha girado en torno a la prueba para mejor resolver, y el alcance de la misma en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, y luego de analizar la norma, se ha optado por conocer y analizar el punto de vista de los profesionales en derecho que han tenido algún tipo de experiencia con la figura, esto, en relación a su aplicación por parte del juez y cómo sirve esta para el esclarecimiento de la verdad así como su papel al momento de examinar la imparcialidad del juez. He Aquí los resultados:



1. AÑOS EJERCIENDO LA PROFESIÓN.

Tabla Nro. 1. Años de ejercicio profesional.

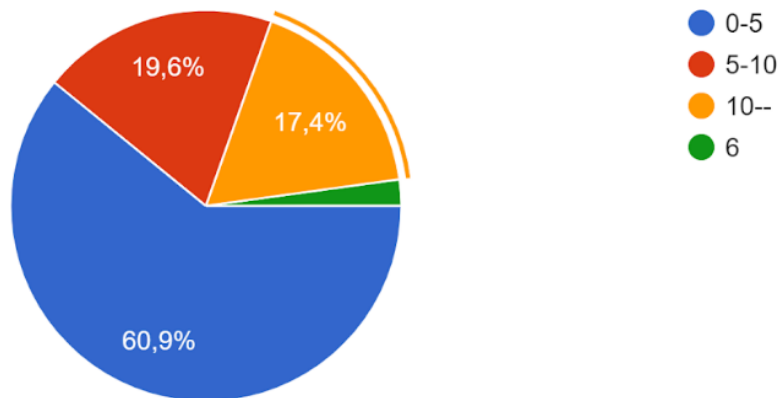
RESPUESTA	FRECUENCIA
0-5	28
5-10	9
10--	8
6	1

Elaborado por: Carlos Luis Zhunio Ochoa

Fuente: Encuesta realizada en mayo del 2020

Gráfico Nro. 1: Porcentaje de personas en relación a los años de ejercicio profesional.

46 respuestas



Elaborado por: Carlos Luis Zhunio Ochoa

Fuente: Encuesta realizada en mayo del 2020

De las 46 encuestas, 28 fueron realizadas a abogados que han ejercido la profesión por un tiempo igual o menor a 5 años, 9 por un tiempo de entre 5 y 10 años, y 8 por más de 10 años, Este cuadro es importante, en tanto y en cuanto nos servimos del mismo para interpretar el siguiente gráfico.



2. ¿ALGUNA VEZ HA LITIGADO COMO ABOGADO REPRESENTANTE EN POR LO MENOS UN JUICIO DE MATERIA CIVIL EN EL QUE SE HAYA PRACTICADO PRUEBA DE OFICIO?

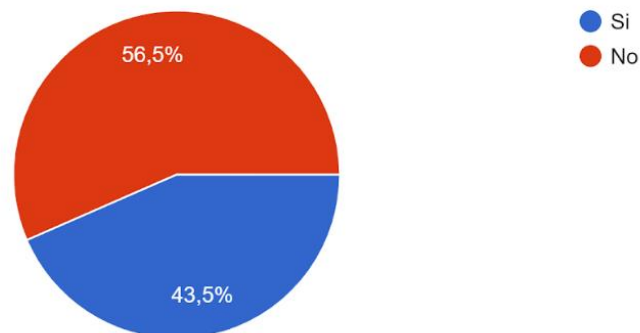
Tabla Nro. 2. Número de abogados que han, y no han experimentado la práctica de la prueba de oficio.

RESPUESTA	FRECUENCIA
SI	26
NO	20

Elaborado por: Carlos Luis Zhunio Ochoa
Fuente: Encuesta realizada en mayo del 2020

Gráfico Nro. 2: Porcentaje de abogados que han experimentado la práctica de la figura.

46 respuestas



Elaborado por: Carlos Luis Zhunio Ochoa
Fuente: Encuesta realizada en mayo del 2020

Se ha realizado una encuesta a 46 personas, de las cuales 20 han tenido alguna experiencia en juicio, donde el juez haya oficiado prueba, en materia civil, por lo que se puede deducir que, la práctica de esta figura en juicios civiles no es utilizada en la mayoría de los casos, sin embargo, se puede observar que el porcentaje de casos en que la figura ha entrado en práctica, casi alcanza el 50%.

3. AÑOS EJERCIENDO LA PROFESIÓN DE QUIENES HAN TENIDO EXPERIENCIA CON LA FIGURA EN MATERIA CIVIL.

Tabla Nro. 3. Número de personas, según un rango de edad, quienes han experimentado la práctica de la figura.

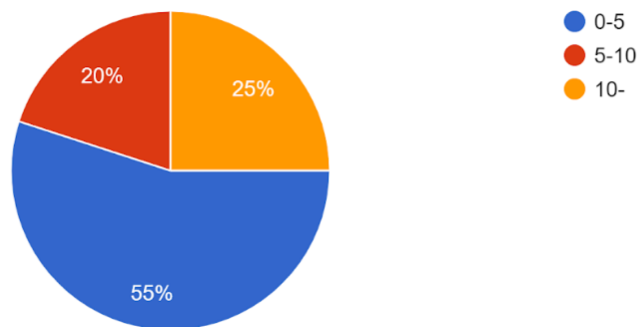
RESPUESTA	FRECUENCIA
0-5	11
5-10	4
10--	5

Elaborado por: Carlos Luis Zhunio Ochoa

Fuente: Encuesta realizada en mayo del 2020

Gráfico Nro. 3: Porcentaje en relación al rango de años en ejercicio de la profesión de las personas que han experimentado la práctica de la figura.

20 respuestas



Elaborado por: Carlos Luis Zhunio Ochoa

Fuente: Encuesta realizada en mayo del 2020

De los 28 abogados que terminaron dentro del rango de 0-5 años de ejercer la profesión, 11 han tenido experiencia con esta figura en materia civil, que equivale al 39% de los abogados dentro de este rango, de los 9 que terminaron dentro del rango de entre 5 y 10 años, 4 han tenido experiencia con esta figura en materia civil, lo que equivale al 44% de los abogados dentro de este rango y de los 8 que terminaron dentro del rango de 10 años en adelante, 5 han tenido experiencia con esta figura en materia civil, lo que



equivale al 62% de los abogados dentro de este rango de edad. Y se puede observar que no obstante las muestras en cada rango de edad son muy diferentes, los porcentajes oscilan cerca del 50%, por lo que se llega a la conclusión de que la práctica de la figura no distingue rango de años de ejercicio de la profesión.

4. ¿SE HA SENTIDO PERJUDICADO/A A CAUSA DE LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA PARA MEJOR RESOLVER?

Tabla Nro. 4. Número de abogados que se han sentido y que no se han sentido perjudicados a causa de la práctica de la figura

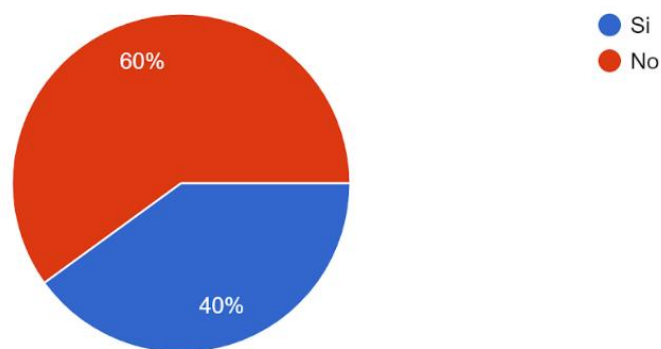
RESPUESTA	FRECUENCIA
SI	8
NO	12

Elaborado por: Carlos Luis Zhunio Ochoa

Fuente: Encuesta realizada en mayo del 2020

Gráfico Nro. 4: Porcentaje de abogados que se han, y no se han sentido perjudicados por la práctica de la figura.

20 respuestas



Elaborado por: Carlos Luis Zhunio Ochoa

Fuente: Encuesta realizada en mayo del 2020

Se puede observar que de los 20 abogados que han tenido experiencia con la figura de la prueba para mejor resolver en materia no penal, el 40% se ha llegado a sentir



perjudicado por la misma, y el 60% no se ha sentido perjudicado por la misma, para lo cual se puede llegar a la conclusión de que en la opinión de la gente, la mayoría no considera que esta figura juega en su contra, sin embargo al explicar por qué, tenemos respuestas bastante variadas:

Visto por el prisma donde la gente se siente perjudicada, tenemos respuestas que van desde que se afecta la estrategia de defensa técnica, por lo imprevisto de la situación, hasta que se considera que el juez estaría supliendo la negligencia de la contraparte, así como también, en el caso de las pruebas de oficio periciales, el perito no se ciñe a lo ordenado por el juez e incluso se llega a proferir que el juez no tiene la preparación adecuada para la aplicación de esta figura, o que se permite la presentación de documentos y declaraciones como sorpresa.

Así como las respuestas que giran en torno a abogados que expresan que no se han sentido perjudicados por la práctica de la mencionada figura, alegando que es obligación del juez tener todos los elementos necesarios para que no quede lugar a la duda, o también que es poca la frecuencia con la que se ejerce esta figura, también existen respuestas que hablan acerca de que el objeto de dicha prueba es aclarar el criterio del juzgador ante deficiencias de la prueba aportada por las partes, o simplemente porque dio la casualidad de que se sintieron beneficiados por la práctica de dicha figura, también existiendo la respuesta de uno de los encuestados donde dice que entre más pruebas existan, la verdad procesal se aproxima más a los hechos reales.

Por lo que se ha podido observar una inconformidad en cuanto a las circunstancias propias del proceso en el que se encontraban, por lo que se interpreta la presente circunstancia de tal modo que parece ser que lo que se requiere es un mejor entendimiento por parte del juez en relación al modo en que se ha de practicar la práctica de la prueba.

5. ¿SE HA SENTIDO BENEFICIADO/A A CAUSA DE LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA PARA MEJOR RESOLVER?

Tabla Nro. 5. Número de abogados que se han sentido y no se han sentido beneficiados por la práctica de la figura.

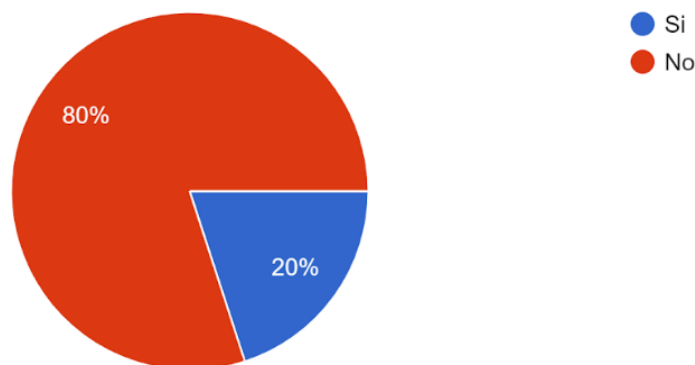
RESPUESTA	FRECUENCIA
SI	4
NO	16

Elaborado por: Carlos Luis Zhunio Ochoa

Fuente: Encuesta realizada en mayo del 2020

Gráfico Nro. 5: Porcentaje de abogados que se han sentido y no se han sentido beneficiados por la práctica de la figura.

20 respuestas



Elaborado por: Carlos Luis Zhunio Ochoa

Fuente: Encuesta realizada en mayo del 2020

Se puede observar que de los 20 abogados que han tenido experiencia con la figura de la prueba para mejor resolver en materia civil, el 20% se ha llegado a sentir beneficiado por la misma, y el 80% no se ha sentido beneficiado por la misma, para lo cual se puede llegar a la conclusión de que en la opinión de la gente, la mayoría no considera que esta figura podría jugar a su favor, sin embargo al explicar por qué, tenemos respuestas variadas:



Empezando por el análisis de los abogados que se han sentido beneficiados, tenemos una respuesta donde se alega que simplemente resultó que la práctica de dicha figura ha terminado beneficiando al cliente, o que salen a la luz los hechos y se obtienen mejores sentencias, o porque es la obligación del juez contar con todos los elementos necesarios para salir de la duda.

Y analizando las respuestas de porqué no se han sentido beneficiados, tenemos que en ocasiones el juez cambia de criterio, o que en ocasiones el criterio del juez es sesgado, también tenemos una respuesta donde se indica que a pesar de que la práctica de esta figura fue justa y mejoró el criterio del juez, este encuestado no se sintió beneficiado por dicha figura.

En este caso se puede observar más conformismo por parte de los abogados encuestados, dado el reconocimiento del fundamento del uso de la prueba de oficio, dado que el criterio de que la misma puede elevar la percepción del juez a un punto en el que este puede usar los datos recogidos a través de la misma para mejorar su criterio de decisión.



6. ¿CONSIDERA USTED QUE LA FIGURA FUE DE UTILIDAD PARA MEJORAR EL CRITERIO DEL JUEZ Y PROVOCAR QUE EL MISMO FALLE DE MANERA MÁS CEÑIDA A LA VERDAD?

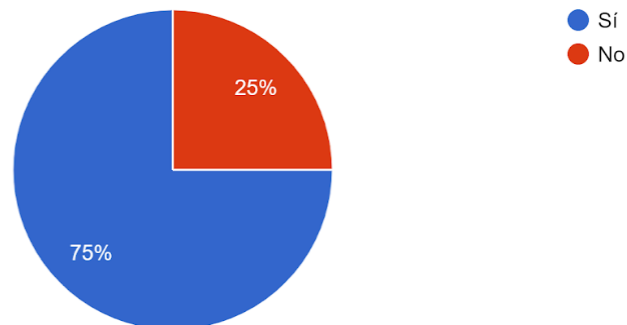
Tabla Nro. 6. Número de abogados que consideran y no consideran que la figura ha impelido al juez a fallar con conocimientos más cercanos a la verdad.

RESPUESTA	FRECUENCIA
SI	15
NO	5

Elaborado por: Carlos Luis Zhunio Ochoa
Fuente: Encuesta realizada en mayo del 2020

Gráfico Nro. 6: Porcentaje de abogados que consideran no consideran que la figura ha impedido al juez fallar con conocimientos más cercanos a la verdad.

20 respuestas



Elaborado por: Carlos Luis Zhunio Ochoa
Fuente: Encuesta realizada en mayo del 2020

Cómo se puede observar, la mayoría de entrevistados concuerdan en que la figura en efecto es de utilidad para mejorar el criterio del juez, sin embargo al explicarse, tenemos quienes dicen que en ocasiones puede ser que sí y en otras que se esté subsanando la negligencia de la parte contraria, o que es necesaria una argumentación sólida por parte del juez para ordenar pruebas de oficio, para garantizar su imparcialidad, también



tenemos un criterio que versa sobre el hecho de que entre más bagaje probatorio tenga el juzgador, este podrá tomar una mejor decisión, o incluso que esta figura constituye parte del principio de tutela judicial efectiva, o que en caso de que la verdad de los hechos no se puede determinar con las pruebas presentadas en el proceso, esta norma provoca que se cumpla con ese objetivo.

Sin embargo, también tenemos criterios como que se inclina la resolución del juez, o que se pone en duda su imparcialidad.



7. ¿CONSIDERA USTED QUE LA PRÁCTICA DE LA FIGURA PUSO EN DUDA LA IMPARCIALIDAD DEL JUEZ?

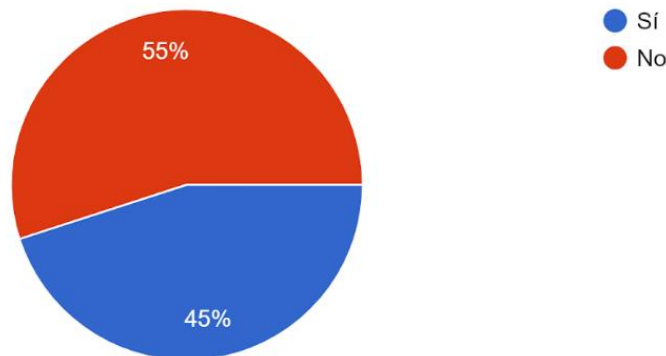
Tabla Nro. 7. Número de abogados que consideran y no consideran que la práctica de la figura ha comprometido el principio de imparcialidad que atañe al juez.

RESPUESTA	FRECUENCIA
SI	9
NO	11

Elaborado por: Carlos Luis Zhunio Ochoa
Fuente: Encuesta realizada en mayo del 2020

Gráfico Nro. 7: Porcentaje de abogados que consideran y no consideran que la práctica de la figura ha comprometido el principio de imparcialidad que atañe al juez.

20 respuestas



Elaborado por: Carlos Luis Zhunio Ochoa
Fuente: Encuesta realizada en mayo del 2020

En el presente cuadro, a diferencia del anterior, las respuestas parecen estar más a la par, dado que la respuesta negativa supera en no más que el 5% a la respuesta positiva, y al analizar la argumentación de los entrevistados tenemos lo siguiente:

Quienes han respondido que sí, alegan que en ocasiones si se pide esta prueba es porque ya se tiene un criterio determinado, o que el juez no suele sustentar sólidamente la razón de la práctica de dicha prueba.



Para quienes consideran que no, tenemos que esta es otra atribución del juzgador, quién deberá hacer uso de todas sus facultades para desenvolverse en juicio, o que el conocer la realidad de los hechos no altera la imparcialidad del juzgador, o que el conocimiento de la verdad de los hechos es tan importante como el conocimiento de la norma que se supone domina el juez.

CONCLUSIONES:

1. Una vez realizado el estudio sobre la figura de la prueba para mejor resolver se ha concluido que la misma ha sido utilizada desde hace mucho tiempo, y se ha consolidado en diferentes ordenamientos jurídicos a través de los años, gracias a su uso, y ahora se la considera una forma de evitar salirse por los extremos cuando se habla de los diferentes sistemas procesales, ya que la corriente más referida actualmente explica que los modernos sistemas procesales obedecen a la corriente dispositiva de manera predominante, atendiendo a los atisbos del sistema inquisitivo que se ha inmiscuido con el paso de los años.

2. En el Ecuador no existe una gran variedad de normas que regulen esta figura, no obstante, no es en gran medida menos específica que en nuestro país vecino, Colombia. En este país se tiende a especificar ciertas circunstancias en torno a esta figura, mismas que no están previstas por la norma ecuatoriana, para lo que se deduce que, aunque en Ecuador no se ha especificado la aplicación de dicha figura en algunos temas concretos, como la declaración de parte o asuntos relacionados con la práctica de la prueba testimonial de oficio, en el país vecino también se reconoce la ausencia de parámetros concretos para tomar la decisión de



practicar prueba de oficio sin que las partes acusen al juez de perder su imparcialidad.

3. La opinión de los abogados en la ciudad de Cuenca parece estar equiparada entre quienes consideran que la imparcialidad del juez se ve afectada, y quienes creen que no es así, sin embargo, al estudiar los fundamentos proferidos por los encuestados se pudo evidenciar que la opinión general reduce el problema a la preparación del juez para conservar su imparcialidad a pesar del uso de dicha figura jurídica, no obstante la consideración de que las circunstancias pueden ser muy variadas y no se puede prever toda ocasión en la norma.

4. Sin embargo eso no es óbice para que se evidencie que existe un mayor índice de abogados que consideran que la figura, en efecto, sirve al juez para que él falle de manera más ceñida a la verdad, en comparación a los que creen que no es así, algo que se considera un aspecto positivo, dado que al analizar el pensamiento de varios doctrinarios, se pudo evidenciar la importancia de la investigación de la verdad por parte del tribunal encargado. Se tiene en particular estima el pensamiento del doctrinario Devis Echandía que explica cómo una sentencia basada en la verdad procesal siempre será recta y legal, aunque la verdad de los hechos difiera, y eso puede ocurrir por negligencia o descuido de la parte interesada, pero la rectitud del fallo no se verá afectada, y siendo que el juez siempre fallará de acuerdo a lo probado en juicio, es justamente por eso que la búsqueda de la verdad se hace necesaria, y así se legitima el uso de esta figura.

5. Una vez realizado el estudio de la norma Ecuatoriana en torno a esta figura, al extrapolarla con el estudio teórico que ha arrojado el análisis de la doctrina, se ha concluido que una forma de impedir la imparcialidad del juez es evitar que él mismo imprima sus propias hipótesis sobre la motivación bajo la que está condicionada la



práctica de la prueba para mejor resolver, y para evitar este problema es necesario que el juez goce del tiempo necesario para analizar las pruebas de las partes y juzgue cuáles son sus intenciones y requerimientos. El juez a partir de que recibe la demanda, la contestación, la reconvencción o la contestación a la reconvencción, tiene en conocimiento las pruebas de las que se valdrán las partes, pero eso no significa que deba prestarle mayor atención a la utilización de estos medios de prueba, - excepto en los casos donde alguna prueba en específico constituya un requisito especial para la calificación de la demanda- dado que estas serán calificadas en la audiencia preliminar en casos ordinarios y en la primera fase de la audiencia de un caso sumario, por lo que se considera que, dada la naturaleza de la figura, debería permitirse que se pueda pedir en cualquier punto antes de proferir sentencia.

6. Se ha concluido en el presente estudio, así mismo, la necesidad de especificar en la norma el deber del juez de hacer uso de la práctica de la prueba para mejor resolver bajo la condición de que el juez tenga conocimiento de un medio de prueba específico y preciso, que deberá constar en la motivación, así mismo con la cuestión exacta que desea probar, inadmitiendo toda prueba que en la práctica verse sobre asuntos extraños a estos dos puntos.

RECOMENDACIONES:

1. Se recomienda la socialización del tema que se trata en el presente proyecto de investigación, debido a que, aún dada la longevidad de la práctica de la prueba para mejor resolver, no se le ha concedido la importancia debida, me atrevería a decir incluso, en toda Latinoamérica, esto quizá, por lo pronto que se agota el tema dada la pequeña naturaleza del mismo, o quizá por la poca relevancia



que ostente en relación a otros temas que atañen a la función judicial, sin embargo, el tamaño o la relevancia de la figura no es óbice para invertir esfuerzos en el continuo mejoramiento de la mencionada función del estado.

2. Otra razón por la que se recomienda la socialización y estudio de la figura tratada en el presente estudio, es la unificación del criterio en relación a la problemática que gira en torno a la disensión entre el principio dispositivo y de oficiosidad, estos, en relación a la prueba de oficio. En el presente proyecto se defiende la idea de que efectivamente la figura choca contra una de las máximas del principio dispositivo, pero también se admite que, a día de hoy, no existe un sistema puramente dispositivo o puramente oficioso o incluso inquisitorio, más bien se debe aceptar que, aún dado el predominio de uno sobre otro, no se debe negar la injerencia, así mismo, de uno sobre otro.

3. Así mismo, se recomienda la educación de los jueces en relación a la figura objeto de estudio en el presente proyecto de investigación, con el fin de unificar el criterio en asuntos que pueden verse nublados por la subjetividad, sobre todo al momento de motivar la práctica de la misma.



BIBLIOGRAFÍA.

- Alsina, H. (1956). *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*. Buenos Aires: Ediar.
- Ampuero, I. H. (2010). El principio dispositivo y los poderes del juez. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 149-188. Obtenido de <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rdpucv/n35/a05.pdf>
- Cappelletti, M. (2006). *El proceso civil en el derecho comparado*. (S. S. Melendo, Trad.) Lima, Perú: ARA Editores.
- Carnelutti, F. (1982). *La prueba civil* (2da ed.). (N. A.-Z. Castillo, Trad.) Buenos Aires: Depalma.
- Cayón, J. I. (2012). *Holmes: el inicio de una nueva senda jurídica*. (J. I. Cayón, Trad.) Madrid: Marcial Pons.
- Chiovenda, J. (1922). *Principios de Derecho Procesal Civil*. (P. J. Santaló, Trad.) Madrid: Editorial Reus (S.A.).
- Cipriani, F. (2001). En el centenario del Reglamento de Klein. *Revista de Derecho Procesal*, 72-108. Obtenido de <http://publicacionesicdp.com/index.php/Revistas-icdp/article/download/163/pdf>
- Contreras, J. M. (2006). *Derecho Procesal Penal*. México: PORRÚA.
- Couture, E. J. (1958). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Roque Depalma.
- Echandía, H. D. (1981). *Teoría General de la Prueba Judicial* (5ta ed.). Buenos Aires: Fidenter.
- Echandía, H. D. (2009). *Nociones generales de derecho procesal civil*. Bogotá: Temis S.A.
- Garcés, D. F. (2016). *Litigación oral civil la contienda adversarial*. Quito, Ecuador: Corporacion de estudios y publicaciones.
- Giantomasi, F. (2017). Juez y parte: análisis de la medida para mejor proveer a la luz del principio dispositivo. *Derechos En Acción*, 34-46. Obtenido de <https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/article/view/4123/4023>
- Gordillo, A. (1963). *El acto administrativo (Noción. Nulidades. Vicios. Los actos de gobierno)*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Grünstein, M. A. (2017). El principio dispositivo y su influencia en la determinación del objeto del proceso en el proceso civil chileno. *Revista de derecho Privado*, 423-441. Obtenido de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/5032/6020>



- Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. (25 de 09 de 2019).
<http://biblioteca.cejamericas.org>. Recuperado el 12 de enero de 2020, de
<http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/4226/CodigoProcesalCivilparaIberoamerica.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Jolowicz, J. A. (2003). Adversarial and Inquisitorial Models of Civil Procedure. *The International and Comparative Law Quarterly*, 52(2), 281 - 295. Recuperado el 13 de marzo de 2020, de https://www.jstor.org/stable/3663110?read-now=1&seq=9#page_scan_tab_contents
- Junoy, J. P. (2012). El Derecho Procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado. *Cuestiones Jurídicas*, 6(1), 11 - 31. Obtenido de <https://www.redalyc.org/pdf/1275/127523423002.pdf>
- Medina, D. L. (2006). *El Proceso Penal entre la eficiencia y la Justicia*. Colombia: Consejo Superior de la Judicatura.
- Palacio, L. E. (2003). *Manual de Derecho Procesal Civil* (17 ed.). Buenos Aires: Albeledo Perrot.
- Quijano, J. P. (2006). *Manual de Derecho Probatorio*. Bogotá, Colombia: EDITORIAL ABC.
- Real Academia de la Lengua Española*. (s.f.).
- Taruffo, M. (2013). *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos*. México: Cuadernos de Divulgación de la Justicia Electoral; 20.
- Toscano, F. (2019). *La prueba de oficio en el proceso civil colombiano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Valiente, F. T. (1986). El Proceso Penal. *Historia16, Extra 1*, 15-28. Obtenido de <http://www.archivodelafrontera.com/wp-content/uploads/2015/02/Dos-trabajos-sobre-Inquisici%C3%B3n-con-el-proceso-penal-de-Tom%C3%A1s-y-Valiente.pdf>
- Velloso, A. A. (2004). *Introducción al estudio del derecho procesal* (Vol. Parte I). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.



ANEXOS.

Anexo I:

Encuesta realizada a diferentes abogados de la ciudad de Cuenca.

https://docs.google.com/forms/d/e/1FAIpQLSfwOagvjXqc3t-9Uv6hPgFsPRFBrWRTSJYIPIIzG2yhnomx9g/viewform?usp=sf_link

Anexo II:

Resultados de las encuestas realizadas:

“Foto del disco en el que se grabará un archivo de Excel en el que van las encuestas.”