

UNIVERSIDAD DE CUENCA



FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

CARRERA DE DERECHO

LA PRUEBA DE OFICIO: ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 168 DEL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS.

**Monografía previa a la obtención del
Título de Abogada de los Tribunales
de Justicia de la República y
Licenciada en Ciencias Políticas y
Sociales.**

AUTORA:

MERCY CARINA FLORES MANZANO

C.I. 0105350052

DIRECTOR:

DR. FERNANDO TEODORO GONZÁLEZ CALLE

C.I. 0103576864

**Cuenca - Ecuador
2017**





Resumen

El presente trabajo desarrolla el tema: **La Prueba de Oficio: Análisis del artículo 168 del Código Orgánico General de Proceso (COGEP)**, ubicada en el campo del Derecho Procesal, como una facultad que se le otorga de dirección, al administrador de justicia- la o el juzgador- dentro del desarrollo de la actividad probatoria del proceso, así como su importancia jurídica y social en nuestra legislación.

Se abordan las facultades judiciales del Juez, desde la normativa de las materias no penales, exponiendo las facultades legales, cualidades profesionales y morales del juzgador al momento de valorar las pruebas, y cuánto aportan las mismas al proceso.

Para este análisis se realizó un estudio sobre las potestades de la o el juzgador, al momento de aplicar e impartir justicia conforme a Derecho, visualizando su trabajo desde varios momentos del proceso, es decir; desde el momento de la admisión del acto propositivo o demanda, desde el momento en que se valoran las pruebas y desde el momento en que se dicta resolución.

Palabras Claves: Administrador de justicia, facultades judiciales del Juez, impartir justicia.



Abstract

The present work develops the subject: The Proof of Office: Analysis of article 168 of the General Organic Code of Procedure (COGEP), located in the field of procedural law, as a faculty that is given direction, to the administrator of justice - the judge - within the development of the probative activity of the process, as well as its legal and social importance in our legislation.

The judicial faculties of the judge are addressed, from the rules of non-criminal matters, exposing the legal faculties, professional and moral qualities of the judge when assessing the evidence, and how much they contribute to the process.

For this analysis a study was carried out on the powers of the judge, when applying and imparting justice according to law, visualizing his work from several moments of the process, that is to say, from the moment of the admission of the proposing act or demand, from the moment in which the evidence is valued and from the moment in which resolution is given.

Keywords: Administrator of justice, Faculties of the judge, to impart justice.



Índice de Contenido

| | |
|---|----|
| Resumen..... | 2 |
| Abstract | 3 |
| Índice de Contenido | 4 |
| Cláusula de Derechos de Autor | 8 |
| Cláusula de Propiedad Intelectual..... | 9 |
| Dedicatoria..... | 10 |
| Agradecimientos | 11 |
| INTRODUCCIÓN..... | 12 |
| CAPÍTULO I | 15 |
| CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA PRUEBA Y SU VALORACIÓN. | 15 |
| 1.1. Generalidades | 15 |
| 1.2. Concepto..... | 15 |
| 1.3. Naturaleza jurídica del Derecho Probatorio | 17 |
| 1.4. Sujetos del acto probatorio | 18 |
| 1.5. La producción u obtención de la prueba y sus requisitos..... | 19 |
| 1.6. Objeto y necesidad de la prueba | 20 |
| 1.7. La Carga de la Prueba | 23 |
| 1.8. Sistema dispositivo e inquisitivo | 25 |
| 1.9. Diferencia entre prueba y medio de prueba..... | 27 |
| 1.10. Prueba Directa y Prueba Indirecta..... | 27 |
| 1.11. Principios que rigen la prueba | 29 |
| 1.11.1 Principio de eficacia jurídica y legal de la prueba | 29 |
| 1.11.2 Principio de la lealtad y veracidad de la prueba | 29 |
| 1.11.3. Principio de la igualdad de oportunidad para la prueba..... | 29 |
| 1.11.4. Principio de la publicidad de la prueba | 29 |



| | |
|---|----|
| 1.11.5. Principio de la contradicción de la prueba..... | 30 |
| 1.11.6. Principio de la formalidad y legitimidad de la prueba | 30 |
| 1.11.7. Principio de la preclusión de la prueba | 30 |
| 1.11.8. Principio de la concentración de la prueba..... | 30 |
| 1.11.9. Principios de la libertad de la prueba..... | 30 |
| 1.11.10. Principio de la pertinencia y conducencia o idoneidad de la prueba | 31 |
| 1.11.11. Principio inquisitivo en la ordenación y práctica de las pruebas | 31 |
| 1.12. La regla de la Sana Crítica | 31 |
| 1.13. Identificación del concepto de valoración de la prueba..... | 32 |
| 1.14. Sistemas de la tarifa legal y de la libre valoración de las pruebas | 35 |
| 1.15. Fin de la valoración de la prueba..... | 36 |
| CAPÍTULO II. | 38 |
| EL JUEZ Y SU RELACIÓN CON LA PRUEBA..... | 38 |
| 2.1. Generalidades..... | 38 |
| 2.2. La activa participación del Juez en la práctica de la prueba | 39 |
| 2.3. Los poderes y facultades de instrucción del Juez..... | 40 |
| 2.4. Rol del Juez y facultades probatorias de oficio. Ideologías y actitudes sobre el tema..... | 43 |
| 2.5. Facultades que debe de tener el Juez para apreciar la Prueba de oficio, versus imparcialidad y debido proceso | 45 |
| 2.5.1. La conservación de la imparcialidad | 47 |
| 2.5.2. Valoración probatoria e imparcialidad..... | 49 |
| 2.6. La facultad esclarecedora del Juez y la defensa en juicio | 50 |
| 2.7. El máximo acercamiento posible a la verdad con la aplicación de la prueba para mejor resolver | 52 |
| 2.8. Principios, relevantes al respecto | 53 |
| 2.8.1. Principio de la necesidad de la prueba y de la prohibición de aplicar el conocimiento privado del Juez sobre los hechos..... | 53 |



| | |
|---|-----|
| 2.8.2. Principio de imparcialidad del Juez en la dirección y apreciación de la prueba de oficio..... | 54 |
| 2.8.3. Principio de la inmediación y de la dirección del Juez en la producción de la prueba | 55 |
| 2.9. Apreciaciones finales..... | 55 |
| CAPÍTULO III | 58 |
| LA PRUEBA PARA MEJOR RESOLVER | 58 |
| 3.1. Generalidades..... | 58 |
| 3.2. Las pruebas de oficio en el Derecho Comparado. | 59 |
| 3.2.1. Desarrollo en países europeos..... | 60 |
| 3.2.2. Desarrollo en países de Latinoamérica y Estados Unidos | 60 |
| 3.3. Cómo se regula la prueba para mejor resolver en otros países..... | 62 |
| 3.4. El impulso de oficio en el sistema procesal | 67 |
| 3.5. Sistema adversarial o acusatorio..... | 68 |
| 3.6. La necesidad de prueba para mejor resolver..... | 71 |
| 3.7. Análisis de sentencias recabadas dentro del periodo de investigación, en las cuales ha sido necesario aplicar la prueba de oficio..... | 73 |
| 3.8. Consideraciones Finales | 90 |
| CAPÍTULO IV | 92 |
| PRUEBA PARA MEJOR RESOLVER EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO | 92 |
| 4.1. Generalidades..... | 92 |
| 4.2. En el Sistema Procesal Ecuatoriano..... | 93 |
| 4.3. Aspectos fundamentales de la Constitución de la República | 95 |
| 4.3.1. El derecho a la tutela judicial ordinaria de derechos e intereses, el debido proceso y de la garantía de la prueba..... | 95 |
| 4.4. Objeto de la actividad probatoria en el COGEP | 97 |
| 4.5. La Prueba en el Código Orgánico General de Procesos | 100 |
| 4.6. Reglas Generales de la Prueba..... | 101 |



| | |
|---|-----|
| 4.6.1. Finalidad de la prueba en el COGEP | 101 |
| 4.6.2. Oportunidad de la Prueba | 102 |
| 4.6.3. Necesidad de la prueba | 103 |
| 4.6.4. La valoración de la prueba | 104 |
| 4.6.5. Derecho de contradicción de la prueba | 105 |
| 4.6.6. La Prueba Nueva | 106 |
| 4.6.7. Presunción Judicial | 106 |
| 4.7. La Prueba para Mejor Resolver | 107 |
| 4.8. Código Orgánico de la Función Judicial..... | 114 |
| 4.9. Entrevistas a juzgadores de la Corte Suprema de Justicia de Cuenca | 116 |
| CONCLUSIONES | 118 |
| BIBLIOGRAFÍA | 120 |
| ANEXOS | 122 |



Cláusula de Derechos de Autor



Universidad de Cuenca
Cláusula de derechos de autor

Mercy Carina Flores Manzano, autora de la monografía "La Prueba de Oficio: análisis del artículo 168 del Código Orgánico General de Procesos", reconozco y acepto el derecho de la Universidad de Cuenca, en base al Art. 5 literal c) de su Reglamento de Propiedad Intelectual, de publicar este trabajo por cualquier medio conocido o por conocer, al ser este requisito para la obtención de mi título de Abogada de los Tribunales de Justicia de la República y Licenciada en Ciencias Políticas y Sociales. El uso que la Universidad de Cuenca hiciere de este trabajo, no implicará afección alguna de mis derechos morales o patrimoniales como autora.

Cuenca, mayo de 2017



Mercy Carina Flores Manzano

C.I: 0105350052



Cláusula de Propiedad Intelectual.



Universidad de Cuenca
Cláusula de propiedad intelectual

Mercy Carina Flores Manzano, autora de la monografía "La Prueba de Oficio: análisis del artículo 168 del Código Orgánico General de Procesos", certifico que todas las ideas, opiniones y contenidos expuestos en la presente investigación son de exclusiva responsabilidad de su autora.

Cuenca, mayo de 2017

Mercy Carina Flores Manzano

C.I: 0105350052



Dedicatoria

A Dios, por enseñarme cada día de que no debo rendirme, porque no estoy sola, Dios camina conmigo y en todo momento me incita a seguir adelante para superar mis caídas y fracasos siendo mi fiel compañía durante mi vida universitaria, a mis padres que fueron y son el pilar fundamental de mi formación, con su apoyo incondicional, trabajo y fuente de enseñanza de valores, continúan inspirándome a seguir adelante y hoy culminar mis estudios.

Flores Manzano Mercy



Agradecimientos

A Dios, por ser el padre amoroso, incondicional y todopoderoso, que, en cada momento de alegría, angustia, ha estado levantándome y guiando mi camino, mucho más en mi vida universitaria, en la cual ha sido el principal partícipe de mi sabiduría y esfuerzo.

A mis amados padres Gustavo y Vilma, quienes con su apoyo han hecho todo lo que soy, ellos han sabido orientarme, amarme y lo más importante creer en mí y en mis sueños, no hay nada más valioso que tenerlos en mi vida, y continuar junto a ellos el camino del aprendizaje y nuevas metas por cumplir.

A mis hermanitas Paulina y Vanessa, quienes son mis amigas, compañeras y cómplices, que han sabido darme sus hombros y aliento en esta ardua tarea y vida universitaria, y que cada logro obtenido es de alegría y dicha para nosotras.

Al Dr. Fernando González Calle, por ser una gran persona, profesional, catedrático, que con su ejemplo me ha inspirado a seguir adelante, le agradezco sus consejos y su guía en la elaboración del presente trabajo.

A mis amigos y amigas en especial a mi amiga docente María Falconí y el Dr. Manuel Cabrera, quienes han sabido brindarme su buena energía, sabiduría y confianza en el desarrollo de mi labor.

A mis compañeros y compañeras y demás personas a mi alrededor que, de una u otra forma, han estado pendientes, de mí y este trabajo, por su paciencia y colaboración y porque han permanecido junto a mí en los senderos de esta vida universitaria.

Flores Manzano Mercy



“LA PRUEBA DE OFICIO: ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 168 DEL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS”

INTRODUCCIÓN

El proceso civil como se conoce por todos, es, además de Derecho Público, derecho instrumental, en cuanto las normas adjetivas que lo conforman constituyen el instrumento eficaz para la realización y para la materialización de las normas sustantivas de Derecho Civil.

Con la nueva normativa procedimental vigente, que encontramos en el Código Orgánico General del Proceso (COGEP), se fortalece en nuestra legislación la prueba de oficio para mejor resolver, siendo ésta el centro de análisis e investigación para la proyección del presente trabajo.

Para el estudio y análisis de la importancia de la prueba de oficio debemos tener presente la necesidad existente en nuestro sistema judicial de la intervención y dirección de la figura jurídica del o la juzgadora, al momento de impartir justicia; ya que la misma debe ser aplicada por los juzgadores no como una facultad o potestad pasiva que solamente espera que las partes sean las que aporten sus pruebas para demostrar su pretensión u oposición al acto propositivo, sino que puede optar por la facultad de exigir prueba de oficio, cuando en su calidad de director del proceso requiere para resolver aditamentos a los que puede acceder pidiéndole de manera directa, activando esa facultad legal procedimental para llegar a la verdad procesal del asunto en litigio, actividad que le permitirá tomar una mejor decisión.

La prueba de oficio es un acto que ayuda a que en el proceso judicial no queden dudas o reparos a la lucidez de lo resuelto, pero sobre todo garantizar el principio constitucional del Art 169 de la Constitución que refiere que el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia, es un acto solicitado por el administrador de justicia para el agotamiento de los medios de pruebas legales que lo conllevará a un mejor esclarecimiento y valoración de



los hechos, teniendo en cuenta los principios de imparcialidad e independencia, pero siempre con medida y sana crítica.

El refuerzo de este artículo en el COGEP, se encuentra sustentado por nuestro Código Orgánico de la Función Judicial, en su Sección I referente a las Disposiciones Generales Aplicables a Juezas y Jueces, el cual menciona en su art. 130:

Art. 130 COFJ. - Facultades Jurisdiccionales de las Juezas y Jueces.

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

10. Ordenar de oficio, con las salvedades señaladas en la ley, la práctica de las pruebas que juzguen necesarias para el esclarecimiento de la verdad.

Y por la Constitución de la República del Ecuador, la cual señala:

Art. 76. De la Constitución - 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:

1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes. (...)

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

h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.



El presente trabajo se compone de cuatro capítulos; en el capítulo I, podremos apreciar las características generales de la prueba con sus principios procesales

y los sujetos del proceso en relación con la prueba; luego en el capítulo II, podremos apreciar la estrecha relación que existe entre el Juez y la prueba; consecuentemente, el capítulo III hace referencia a las ventajas de la utilización de la prueba para mejor resolver en el contexto jurídico latinoamericano, americano y europeo, utilizando para su estudio algunos países que por sus características tomaremos como referencia, debido a los años de experiencia que llevan aplicando en su legislación el uso de la prueba oficiosa para mejor resolver, así como también conceptualiza la prueba de oficio desde el punto de vista de los distintos sistemas procesales. Finalmente, en el capítulo IV apreciamos la prueba para mejor proveer en el contexto jurídico ecuatoriano, en el cual, para una mejor comprensión sobre la utilización de esta prueba, utilizamos el método de entrevistas.



CAPÍTULO I

CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA PRUEBA Y SU VALORACIÓN.

1.1. Generalidades

Al hablar de prueba podemos decir que, la prueba como tal no pertenece solamente al amplio campo del Derecho, sino más bien está presente en todas las ciencias del saber humano y la propia vida.

Las diferentes personas que desarrollan sus actividades en el medio social se han visto en la necesidad intrínseca de probar, ya sean los hechos, resultados, los efectos y las causas de estos, con lo cual se ha buscado la convicción o la verdad de algo con respecto a sí mismos o a alguien más. Ya sea recabando el pasado, analizando el presente, o coligiendo el futuro.

Ya adentrándonos en el tema de la prueba como tal, en el mundo del Derecho se hace una afirmación por parte de Carnelutti (1955): “el derecho actúa vestido con la prueba, y así, la forma de su valer acaba por parecer la substancia de su ser” (p. 24), lo cual nos hace pensar que la prueba es lo esencial dentro de cualquier proceso ya sea este civil, penal, laboral, etcétera. Por lo cual muchos juristas han resaltado su importancia, tomando al respecto lo que dice Carnelutti (1955): “La prueba es el corazón del problema del juicio, del mismo modo que este es el corazón del problema del pensamiento” (p. 28).

Para comprender mejor el estudio de la prueba, vamos a conceptualizar qué es la prueba dentro del campo jurídico.

1.2. Concepto

Tomando en cuenta el carácter polisémico de la prueba, empezaremos evocando su sentido etimológico, ya que nos ayuda a entender mucho mejor su razón de ser, su fin; entonces la prueba se deriva del término latín: “Probatio,



probationis, que a su vez procede del vocablo, probus = bueno, honrado, que te puedes fiar en él” (dechile.net, 2017).

Efectivamente, podemos decir que lo que se prueba tiene un carácter bueno, consiste en verificar o demostrar la legitimidad de algo.

Asimismo, su conceptualización según el Diccionario de la Real Academia Española denota que “prueba” significa en sentido general la “Razón, argumento, instrumento u otro medio con que se pretende mostrar y hacer patente la verdad o falsedad de algo” (R. A. Española).

Por otro lado, ya en sentido jurídico según Guillermo Cabanellas de Torres en su diccionario jurídico define la prueba como:

Demostración de la verdad de una afirmación, de la existencia de una cosa o de la realidad de un hecho. Persuasión o convencimiento que se origina en otro, y especialmente en el Juez o en quien haya de resolver sobre lo dudoso o discutido. (Cabanellas, 2010)

Podemos ver que estas definiciones en sentido general, como en sentido jurídico, tienen elementos en común, como la búsqueda por mostrar o demostrar la verdad; se quiere decir, que se debe intentar convencer al Juez para que se acerque a los elementos de convicción y así llegar a obtener el real conocimiento de la causa.

Vale la pena hacer mención a otra conceptualización más detallada en el campo jurídico procesal.

Vicente Gimeno Sendra (2015) por su parte considera que:

La doctrina procesal se muestra acorde en que se trata de un concepto multívoco, que designa diversas significaciones de acuerdo con la finalidad que se le atribuyen en el proceso: demostración “material” de los hechos según ocurrieron o el establecimiento “formal” de los mismos para



la resolución del litigio. Aunque la práctica jurídica suele referirse a los medios probatorios bajo el impropio término de “pruebas”. (p.495)

1.3. Naturaleza jurídica del Derecho Probatorio

Derecho probatorio: es una materia, de la cual forman parte las pruebas judiciales, pero comprende en general la verificación social de los hechos, es decir la prueba en sus múltiples manifestaciones en el campo del Derecho, tanto procesal como extraprocesal.

Se establece que el derecho probatorio es de naturaleza mixta, pues pertenece al derecho de fondo y al derecho de forma, ya que el derecho de fondo regula el valor probatorio de los medios de prueba, y el de forma es referente a la manera de presentar los medios de prueba.

Existen varios tratadistas que establecen conceptos referentes a la naturaleza y definición del derecho probatorio, como notaremos a continuación:

Azula Camacho (2015), considera que existe un derecho probatorio y que este es el:

Conjunto de normas que regulan la prueba en general. Al hablar de prueba en general, se hace referencia a un concepto amplio, que comprende no sólo la actividad desplegada en el proceso para establecer los hechos que son materia del mismo, que se califica como prueba judicial, sino las formalidades establecidas por las normas sustanciales tendentes a dejar constancia de ciertos actos. (p. 4)

En efecto, este autor plantea que el derecho probatorio comprende un aspecto sustancial y otro procesal, además, habla de la prueba judicial y la conceptualiza de la siguiente manera: “La prueba judicial es un acto procesal mediante el cual se le lleva al Juez al convencimiento de los hechos materia u objeto del proceso” (Camacho, 2015, p. 4).



Por otro lado, según Andrés Fuchs Nissim (2011), quien añade nuevos elementos al tema, menciona: “que lo correcto es señalar que en el proceso lo que se prueba, no son los hechos, sino las proposiciones o enunciados que se hagan sobre los hechos formulados” (p.103).

Entonces este autor, incluye ya las proposiciones y enunciados y no sólo habla de hechos como lo trascendental que se prueba.

No obstante, el jurista Azula Camacho (2015), sostiene que:

Para unos es de índice sustancial, porque las normas que regulan lo concerniente a la prueba pertenece a esta rama; mientras que para otros es de carácter procesal, por estar referido al proceso. Una tercera corriente considera que es mixto, por participar del derecho material y procesal, y una cuarta aún considera que pertenece a uno y otro, pero conservando cada cual su individualidad. (p. 3)

También el jurista Vicente Gimeno Sendra (2015) dice que:

El problema tradicional de la naturaleza jurídica de la prueba, gira alrededor de la aparente dicotomía entre su carácter material y procesal y que esta encuentra su justificación, en el ámbito del proceso civil, en la (esquizofrénica) ordenación legal de esta materia, cuyas normas reguladoras se entremezclan entre leyes materiales y procesales. (p. 496).

Entonces podemos decir que, en nuestro medio, el derecho probatorio es tanto de índole procesal como sustancial, es decir es un derecho mixto.

1.4. Sujetos del acto probatorio

A fin de tener claridad sobre el efectivo involucramiento de las diferentes partes que interactúan en un proceso, se ha querido hacer una breve mención al respecto.



En el acto probatorio suelen distinguirse varios sujetos, de acuerdo con el papel que cumplan.

Azula Camacho (2015) explica las clases de sujetos procesales de la siguiente manera:

- a) *El proponente*: Es quien está facultado para solicitar las pruebas, cualquiera que sea el criterio dominante en el proceso, esto es, inquisitivo o dispositivo esa facultad, siempre recae sobre las partes. Cuando en virtud del principio inquisitivo el Juez decreta las pruebas, no asume el papel de proponente porque esta actuación corresponde a la de ordenación.
- b) *El sujeto destinatario*: se refiere a cuál de los sujetos del proceso está destinada la prueba. Esa calidad está destinada exclusivamente al Juez.
- c) *El sujeto contradictor*: atañe a quien le corresponde controvertir la prueba y recae en la contraparte de quien propuso; empero si la prueba es decretada de oficio por el Juez, la contradicción puede recaer sobre todas las partes. (p.18).

Es decir, estos sujetos procesales forman lo que se denomina la triada procesal, que debe guardar armonía en el desarrollo de la prueba, y como ésta es el “corazón del proceso”, es muy importante que los sujetos procesales cumplan sus destinos, más se otorga el grado de credibilidad a las partes, de la certeza de los hechos.

1.5. La producción u obtención de la prueba y sus requisitos

Es importante notar que, para que la prueba pueda ser producida u obtenida válidamente, se den los efectos legales procesales y las consecuencias sustanciales que puedan llegar a existir; es necesario que cuente con ciertos requisitos intrínsecos y extrínsecos.

Como lo establece el maestro Hernando Devis Echandía (2015), en su Obra “Teoría General de la Prueba Judicial”:



- I. *Requisitos intrínsecos*: estos contemplan la admisión de la prueba en un sentido genérico, es decir, incluyendo su proposición y su decreto oficioso, una vez hechos su averiguación y su aseguramiento si era el caso. Dichos requisitos son cuatro: a) *conducencia del medio escogido*, es decir, que legalmente sirva para establecer el hecho que va a probarse con él; b) *pertinencia o relevancia del hecho* que se ha de probar con ese medio, es decir, que se relacione con el litigio o la materia del proceso voluntario o los hechos investigados penalmente; c) *utilidad de la prueba*, en cuanto sea necesaria y no aparezca inútil por existir presunción o confesión válida o notoriedad general respecto del hecho que se ha de probar con ella u otros medios análogos que resulten suficientes para establecerlo; d) *ausencia de prohibición* legal para investigar el hecho.
- II. *Requisitos extrínsecos*: estos requisitos, que se requieren tanto para la admisibilidad como para la práctica de la prueba, son; a) oportunidad procesal, de la petición y de la admisión u ordenación o decreto y práctica; b) formalidad adecuada para su petición, admisión o decreto u ordenación y práctica; c) competencia y capacidad del Juez para recibirla o practicarla, que excluye la ausencia de impedimentos; d) legitimación de quien pide y decreta. (p. 264).

1.6. Objeto y necesidad de la prueba

Dentro de este contexto, es necesario aclarar las nociones de objeto, necesidad o tema y carga de la prueba, debido a que cuando se confunden estos términos se complica el saber lo que es prueba judicial, inhabilitando una adecuada comprensión de la materia.

Aunque por ahora sólo se hará referencia al objeto y la necesidad de la prueba, en vista que el tema de la carga de la prueba se analizará con posterioridad dentro de este mismo capítulo.



Varios autores en sus diferentes obras, definen al objeto de la prueba como algo fundamental dentro del proceso.

Hernando Devis Echandía (2015) en términos generales hace una apreciación sobre esta noción:

- a. *Por objeto*: debe entenderse lo que se puede probar en general, aquello sobre lo que puede recaer la prueba; es una noción puramente objetiva y abstracta, no limitada a los problemas concretos de cada proceso, ni a los intereses o pretensiones de las diversas partes.
- b. *Por necesidad o tema de la prueba*: debe entenderse lo que en cada proceso debe ser materia de la actividad probatoria, esto es, los hechos sobre los cuales versa el debate o la cuestión voluntaria planteada que deben probarse, por constituir el presupuesto de los efectos jurídicos perseguidos por las partes, sin cuyo conocimiento el Juez no puede decidir. Es también una noción objetiva, porque no contempla en ella la persona o parte, sino en general, pero concreta a la vez, porque recae sobre hechos determinados. (p. 135).

En particular es importante considerar también a Azula Camacho (2015), ya que este autor en concordancia con los demás hace consideraciones al objeto de la prueba desde dos puntos de vista:

- A. *En abstracto*, lo que puede establecerse en cualquier proceso, sin consideración a una rama determinada de la jurisdicción. En otros términos, el objeto abstracto es todo aquello susceptible de probarse ante un funcionario investido de jurisdicción, así no pertenezca a la rama judicial, como acontece con quienes integran un tribunal de arbitramento¹.

¹ Tribunal arbitramento: es un tribunal especial que se encuentra conformado por los árbitros que las mismas partes que hacen parte del conflicto han nombrado. Estos árbitros toman el papel de jueces dentro del proceso y es que son ellos los encargados de decidir qué hacer ante el problema, situación o asunto litigioso que se presenta.



B. *En concreto*, es lo que puede probarse en un proceso determinado, por lo que su ámbito es reducido y limitado a la cuestión litigiosa de que se trate. Por ejemplo, el matrimonio al ser un acto y como tal es objeto de prueba en un proceso de divorcio. (p. 19).

Camacho (2015), dice también que: “son válidas las críticas que se hacen a la tesis de la afirmación, porque el objeto de la prueba recae sobre la existencia o inexistencia de hechos, por lo que en realidad son estos los que lo constituyen” (p. 21).

Así podemos decir que, en la doctrina existen dos grandes grupos con respecto a lo que constituye el objeto de la prueba. Para unos, el objeto de la prueba lo constituyen las afirmaciones contenidas en la demanda, y que sirven de sustento a las pretensiones, o las que están expuestas en la contestación de la demanda, como fundamento de las excepciones. Para otros, por el contrario, consideran que el objeto de la prueba consiste en los hechos, entendidos en su más amplia acepción.

Echandía menciona que algunos autores confunden el concepto de objeto con necesidad o tema de la prueba, pues la circunstancia de que un hecho determinando no necesita prueba en un proceso, no significa que ese hecho no pueda ser objeto de prueba judicial.

En particular y trascendiendo al objeto de la prueba Echandía da una definición más completa sobre tema o necesidad de prueba, también llamada obligatoriedad de la prueba en los siguientes términos:

Es el conjunto de hechos materiales o psíquicos, en sentido amplio, que sirve de presupuesto a las normas jurídicas aplicables a cada proceso, en vista de las peticiones o excepciones de las partes o del efecto jurídico perseguido y que la ley exige probar por medios autorizados. (Echandía,2015, p.178)



Entonces para simplificar, resultaría mejor quedarse con la apreciación que hace Echandía (2015), con respecto a ¿Qué es el objeto de la prueba judicial?:

Se deduce que el objeto de prueba judicial, en general, puede ser todo aquello que sea susceptible de demostración histórica (como algo que existió, que existe o puede llegar a existir) y no simplemente lógica (como sería la demostración de un silogismo o de un principio filosófico); es decir, que el objeto de la prueba judicial son los hechos presentes, pasados o futuros, y lo que puede asimilarse a estos (costumbre y ley extranjera). (p.147).

En síntesis, para tener una mejor apreciación académica del tema se pueden plantear las siguientes preguntas: El objeto de la prueba responde a la siguiente inquietud: ¿Qué podía probarse?, La necesidad de la prueba a: ¿Qué se debe probar en este proceso?, Y por último la carga de la prueba a: ¿Quién tiene interés en probar y cómo se decide a falta de prueba?

1.7. La Carga de la Prueba

Uno de los componentes más importantes que podemos anotar en cuanto a la prueba, es la carga de la prueba, ya que esta es de suma influencia en el acto procesal y depende del sistema. Esta nace a instancia privada y por impulso procesal de parte, partiendo de este concepto no se le puede imputar al Juez el deber de buscar la verdad, sino que les corresponde a las partes demostrar con pruebas la veracidad de los hechos que pretenden demostrar, lo que nos conlleva a que la carga de la prueba, se puede dar en dos perspectivas:

- I. Es una *responsabilidad impuesta a las partes* para que aporten las pruebas de los hechos invocados para pretender un derecho. Es una carga porque si omitieron aportar la prueba de tales hechos, la pretensión del reconocimiento del derecho será al final desestimado. Quien reclama una indemnización tiene la carga de probar los hechos sobre los que se funda su reclamación.



- II. Desde la *perspectiva del Juez* es una norma de conducta que le indica que si la parte sobre quien pesa la carga de la prueba no la aporta debe necesariamente absolver a la otra parte.

Existen muchas teorías al respecto, como por ejemplo, antiguamente se decía que la prueba es de responsabilidad de la parte actora, que regían con toda plenitud en el derecho romano *onus probandi incumbi actori*². Hay otra que sostiene que la carga de la prueba pesa sobre quien afirma y no respecto quien niega un hecho.

Nuestra legislación sigue la teoría moderna que sostiene que la carga de la prueba corresponde a aquel que afirme la existencia de un hecho sobre el que sustente la reclamación de un derecho.

Se aborda la carga, porque alrededor de ella se ha hecho girar la teoría de la carga de la prueba, ya que muchos juristas acuñaron este término; incluso Michelli (2004) en su obra, “La carga de la Prueba” afirma que: “la carga se ha convertido en uno de los elementos esenciales de la dogmática del proceso, y a él se debe la clarificación de muchos fenómenos jurídicos” (p.55).

Por otro lado, podemos hacer referencia a Azula Camacho quien en suma menciona que, como variante de la carga procesal, está la carga de la prueba y hace una clara distinción entre estos dos términos:

Primero que en la carga procesal se mira exclusivamente a las partes, y en particular a una de ella, y en segundo lugar cuando se trata de la carga de la prueba se debe hacer una acotación, ya que esta también incluye al juzgador, por indicarle como debe decidir cuando no aparecen demostrados los hechos discutidos en el proceso. (Camacho, 2015, p. 45)

En efecto, según Camacho (2015), la carga de la prueba determina:

A cuál de las partes le interesa demostrar los hechos que constituyen el fundamento de sus pretensiones o excepciones, según se trate de demandante o demandado, mientras que con respecto al Juez constituye

² La carga de la prueba recae en el demandante



la manera de evitar la sentencia inhibitoria o el “non liquet”³ de qué hablan los romanos. (pág. 46).

A saber, el Juez juega un papel más que decisorio en la carga de la prueba ya que este soporta las consecuencias de la falta de certeza de las partes cuando no han fundamentado con el real conocimiento de la causa sus pretensiones o excepciones; el Juez queda en toda libertad de valorar los elementos probatorios demostrados o no demostrados, lo cual quiere decir que al Juez se le otorga una mayor amplitud de sus poderes.

Por lo señalado se piensa a la carga de la prueba como una regla de conducta de las partes, pero para el juzgador es una regla de juicio, de manera que se considera que la carga de la prueba es subjetiva y concreta para las partes, mientras que para el Juez es objetiva y abstracta.

Es subjetiva, por referirse a la norma de conducta, y concreta, por mirar a cada proceso en particular. Es objetiva, por constituir una regla general de juicio que le indica al Juez cómo debe fallar, y es abstracta, por obrar en todo proceso, sin referirse a ninguno en particular. (Camacho, 2015, p.46)

Dependiendo del sistema procesal, la carga de la prueba se desarrolla de acuerdo al interés de las partes, y se dice que quien alega un hecho debe probarlo. Y que, por el contrario, si una de las partes tiene la carga de la prueba y no la produce se perjudica, incluso perdiendo el litigio.

1.8. Sistema dispositivo e inquisitivo

En líneas generales podemos decir que existen dos sistemas, en cuanto al sujeto del proceso sobre el cual recae la iniciativa para practicar la prueba.

³ «Non liquet» que significa en latín «no está claro», término usado por los juristas romanos, ya que en el Derecho romano era admisible la posibilidad del “non lique”, que permitía al órgano jurisdiccional abstenerse de dictar sentencia cuando estimaba que las partes no habían aportado el material fáctico suficiente para poder fijar los hechos determinados de la aplicación de la norma jurídica cuya consecuencia invocan (los Jueces solían entonces escribir “N.L” y dejaban sin resolver el asunto hasta recibir más información que disipase sus dudas. (Sendra;2015, pág. 518)



Estos sistemas son fundamentales para la regulación legal de la cuestión probatoria del proceso, tanto civil, como penal, etcétera. Pero se puede decir que a lo largo de la historia ha predominado el sistema dispositivo.

El sistema dispositivo pretende:

En sentido amplio dejar en manos de los particulares toda la tarea de iniciación, determinación y objeto e imputación del proceso, además de la aportación de las pruebas; por otro lado, en el sistema inquisitivo se le ha otorgado al Juez facultades oficiosas en esos diversos aspectos. (Echandía,2015, p.27).

En sentido particular, hay que tomar en cuenta lo que expresa Azula Camacho (2015) y cómo trata de hacer una distinción de estos:

Dispositivo: en este sistema la iniciativa para proponer o solicitar la prueba radica en las partes. La carga de la prueba en este sistema, al igual que en el aspecto procesal, la tienen las partes. En este orden de ideas, el hecho que se le otorgue al Juez la posibilidad de decretar pruebas, no implica que el proceso pierda su calidad de dispositivo, por cuanto dicha facultad está referida para establecer o para aclarar los hechos que son materia de la controversia, lo cual es propio de la organización interna del proceso, por corresponder al Juez su dirección y perseguir la realidad o “verdad”. (p.41)

Inquisitivo: en este sistema permanece en el Juez la iniciativa para decretar las pruebas tendientes a establecer los hechos objeto del proceso, aunque también las partes tienen derecho de pedir pruebas y se expresa la dicotomía, entre inquisitivo material y procesal. En el inquisitivo material se caracteriza porque el objeto del proceso es de interés colectivo, mientras que el procesal se distingue por la ilimitada libertad probatoria. (p.42).



Aunque se ha hablado también de otro sistema que es la combinación de ambos el *Mixto*, ya que este une características del dispositivo y del inquisitivo, en el cual, según Camacho (2015): “tanto las partes como el Juez tienen facultad de decretar pruebas, aquellas para demostrar sus puntos de vista en relación con el objeto del litigio, y este para aclarar los puntos dudosos” (p.42).

Entonces se ha dicho que para que se considere puramente dispositivo un proceso, sería que se limite a las partes la facultad de disponer y promover elementos probatorios; y para considerarlo inquisitivo, que se permita la investigación oficiosa de los hechos por el Juez.

1.9. Diferencia entre prueba y medio de prueba

En este caso se hará un breve análisis a esta diferencia, tomando como referencia al maestro Echandía que hace una distinción de la noción de prueba, en un sentido riguroso, de la noción de medios de prueba.

En consecuencia, Echandía (2015), se refiere de esta manera, en sentido estricto:

Por pruebas judiciales se entiende las razones o motivos que sirven para llevarle al Juez la certeza sobre los hechos; por otro lado, al referirse por medios de prueba, los elementos o instrumentos (testimonios, documentos, etc.) utilizados por las partes y el Juez, que suministran esas razones o esos motivos (es decir para obtener prueba). (p.20).

Se concluye diciendo que, en lo que se entiende como prueba judicial en general, la constituyen tanto los medios, como las razones o los motivos contenidos en ellos y el resultado de estos.

1.10. Prueba Directa y Prueba Indirecta

Es importante subrayar también a la prueba tanto en su sentido directo como indirecto, ya que en su desarrollo y sabiendo que es la parte medular del proceso, hay que conocer los hechos tal cual son, es decir mientras más



acorde se tenga el hecho a la realidad, mejor será el real conocimiento de la causa.

Al respecto, el maestro Carnelutti (1955), nos menciona que:

(...) el conocimiento de un hecho por parte del Juez, no se puede tener sin que el mismo perciba algo con los propios sentidos; y para ello es inevitable el contacto entre el Juez y la realidad acerca de la cual debe juzgar. (p.53).

Se explica que esa apreciación que haga el Juez con sus propios sentidos, puede ser el hecho mismo que se debe probar o un hecho distinto.

Para ejemplificar pondremos el siguiente caso: un colindante no ha respetado los linderos y ha tumbado los árboles que lo rodeaban y ha construido su hacienda, por lo que el dueño del terreno pide que se vuelva a restablecer los linderos que constan en sus escrituras, pues bien, este hecho jurídico puede ser conocido por el Juez percibiendo directamente con los propios sentidos, mediante la inspección judicial. Este es un caso de prueba directa.

Otro ejemplo que nos ayuda a entender y explicar lo que es prueba indirecta, es el ejemplo que hace Carnelutti (1955) en el que:

El actor pide la condena del demandado al pago del precio del caballo vendido, aquí el hecho a probar es el contrato de compraventa, y existe la obligación de pagar el precio, pues bien como este hecho jurídico es transeúnte y pasado, no puede ser directamente percibido por el Juez, sino que ha de ser conocido por él mediante la percepción de otro hecho, del que pueda deducir la existencia del mismo con ayuda de la experiencia: el actor exhibirá el documento o los testigos, y el Juez inferirá de la visión de aquel o de la audición de estos el argumento para considerar que el contrato se haya celebrado. (p.54).

Se dice que la prueba directa tiene cierta ventaja ante la prueba indirecta, ya que mientras más cerca está el Juez por medio de sus sentidos a la prueba más segura será esta, aunque esta tiene límites de posibilidad y conveniencia.



1.11. Principios que rigen la prueba

Los Principios de la Prueba Judicial, al igual que todo principio, constituyen la base de todo procedimiento; si estos no son bien conocidos, la actividad desarrollada carecería de todo sustento. Estos principios son de gran importancia al momento de analizar, ofrecer, producir y valorar los elementos de convicción que serán objeto del procedimiento probatorio, pues si las pruebas no son tratadas conforme a estos principios se podría llegar a incurrir en la violación de los derechos de los litigantes, por lo que en este trabajo se profundizará algunos de estos principios intrínsecos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

1.11.1 Principio de eficacia jurídica y legal de la prueba

Implica que los medios de prueba para ser eficaces deben haber sido previstos por el legislador.

1.11.2 Principio de la lealtad y veracidad de la prueba

La prueba no debe usarse para ocultar o deformar la realidad, para tratar de inducir al Juez a engaño, sino con lealtad y probidad o veracidad.

1.11.3. Principio de la igualdad de oportunidad para la prueba

Que las partes dispongan de idénticas oportunidades para presentar o pedir las prácticas de pruebas, para así poder contradecir las aducidas.

1.11.4. Principio de la publicidad de la prueba

Significa que debe permitirse a las partes conocerlas, intervenir en su práctica, objetarlas si es el caso; pero también significa que las conclusiones del Juez sobre la prueba deban ser conocidas de las partes y estar al alcance de cualquier persona que se interese en ello, adquiriendo el “carácter social”. (Echandía, 2015, p. 17).



1.11.5. Principio de la contradicción de la prueba

Se refiere a que el sujeto procesal contra el cual se aporta la prueba debe conocerla para discutirla, pero además la prueba no puede ser valorada si no se ha desarrollado con su audiencia. Se deriva del principio de publicidad.

1.11.6. Principio de la formalidad y legitimidad de la prueba

Lo primero se refiere a que hay un tiempo y una forma de ofrecer la prueba en el proceso. El sujeto que ofrece la prueba y el que la práctica, deben estar legitimados para ello.

1.11.7. Principio de la preclusión de la prueba

Refiere que hay una oportunidad para la práctica de la prueba; ello con el fin de evitar sorpresas.

1.11.8. Principio de la concentración de la prueba

Este principio quiere decir que se debe procurar practicar la prueba dentro de un momento, en una misma etapa del proceso. La practicada por las partes o repetida, pone en peligro en muchas ocasiones la averiguación de la verdad, impiden el debido cotejo, la mejor apreciación. “Las pruebas se deben concatenar entre sí” (Echandía, 2015, p. 20).

1.11.9. Principios de la libertad de la prueba

Las partes deben disponer de libertad probatoria para valerse de todos los medios lícitos de prueba que puedan demostrar sus respectivas afirmaciones de hecho, interesa también para el cumplimiento de la finalidad de la prueba destinada a lograr el convencimiento del Juez sobre la existencia o inexistencia de los hechos controvertidos.



1.11.10. Principio de la pertinencia y conducencia o idoneidad de la prueba

Este principio se puede decir que es una limitación al principio de libertad de medios de prueba, pero necesario, pues está vinculado a principios procesales de economía y celeridad procesal. La pertinencia se refiere a la correspondencia o relación que debe existir entre el hecho objeto de prueba y el hecho controvertido, y la conducencia a la aptitud o idoneidad legal o lógica que existe entre el medio de prueba y el hecho controvertido.

1.11.11. Principio inquisitivo en la ordenación y práctica de las pruebas

Significa que el Juez debe tener facultades para decretar y practicar pruebas oficiosamente, y que es un deber suyo ejercitarlas cuando sean necesarias o convenientes para verificar la realidad de los hechos alegados o investigados. (Echandía, 2015, p.24).

1.12. La regla de la Sana Crítica

Las reglas de la sana crítica son otro punto importante al referirse a este tema, pues estas parten del correcto entendimiento humano, y en las cuales se cruzan las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del Juez.

La sana crítica refleja una necesidad de superar las rigideces de la prueba, se puede decir que, el criterio de la sana crítica aparece en todo el campo de la valoración y apreciación de la prueba, la cual influye de manera directa en la fundamentación de la sentencia dictada por el Juez.

En general es “la unión de la lógica y de la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento” (Enciclopedia Jurídica, 2014).

El jurista Azula Camacho (2015) al respecto expresa que:



Estas reglas no son otra cosa que el análisis racional y lógico de la prueba. Es *racional*, por cuanto se ajusta a la razón o el discernimiento humano. Es *lógico*, por tener que enmarcarse dentro de las leyes del conocimiento. Lo uno y lo otro se efectúa por regla general, mediante un silogismo, cuya premisa mayor constituyen las normas de la experiencia y la menor la situación en particular, para obtener una conclusión. (p.66)

Es importante destacar que estas reglas consisten en la prescripción de la lógica y derivan de la experiencia, cuando se trata de la lógica es de carácter permanente y si es de la experiencia estas cambian con el tiempo y el espacio.

A decir de Zavala (2016), las reglas de la sana crítica:

No tienen un contenido jurídico, pero sea el mismo científico, técnico o derivado del saber común empírico del Juez, evidentemente afecta enormemente a la valoración de la prueba, como integración de las mismas, que las leyes obliga aplicar a los jueces. (p.359).

Entonces tenemos que en sí misma la sana crítica es una facultad de los juzgadores para resolver las diversas situaciones o casos puestos a su conocimiento, siempre apegado a la ley.

En nuestro ordenamiento jurídico también se hace uso de las reglas de la sana crítica, por el motivo que contamos con la disposición legal en la cual se les designa a las y los jueces la facultad en cuanto a la “apreciación de las pruebas y que estas deban ser apreciadas en conjunto, de acuerdo a las reglas de la sana crítica.” (Art. 164 COGEP)

Claro que esta regla no puede surgir sin la correcta valoración de la prueba que harán los juzgadores, en el desarrollo de la prueba y de su discrecionalidad para resolver.

1.13. Identificación del concepto de valoración de la prueba

La valoración de la prueba es la fase final de un proceso, por lo cual es necesario tener clara su concepción, a fin de evitar confusiones con otras fases



como la motivación, aunque estas están ampliamente relacionadas. En la valoración de la prueba se tiene en cuenta no sólo el carácter jurídico sino también lo psicológico y lo humano.

El Juez al tener los resultados de los medios de prueba, está haciendo ya la valoración de las mismas hasta el momento mismo en que redacta la resolución. Entonces el Juez en principio para admitir una prueba, realiza un examen de pertinencia, utilidad y conducencia. Lo cual quiere decir que ya realiza un juicio de valor sobre la utilidad de esa prueba; lo mismo ocurre cuando el Juez dispone de pruebas para mejor resolver, ya desde el inicio se les está dando un carácter valorativo. “Entonces la valoración de la prueba es el uso por parte del Juez de su raciocinio enfocado hacia la actividad probatoria”. (Nieva, 2010, p.30).

Así mismo, tenemos a Vicente Gimeno Sendra (2015) quien conceptualiza a la valoración de la prueba practicada como “la operación final del procedimiento encaminada a la obtención por el juzgador de una convicción sobre la veracidad o falsedad de las afirmaciones normalmente fácticas, sólo extraordinariamente jurídicas, que integran el “tema probando”.(p.525).

En conjunto la valoración de la prueba incluirá la observación y la extracción de conclusiones. La realidad puede ser confusa, es decir lo que se percibe a simple vista no es la realidad que se esconde. Por lo cual el material probatorio, o la utilización de la prueba para mejor resolver nos ayudan a acercarnos a esa realidad de una manera objetiva, y el establecimiento de los hechos a la sentencia.

En realidad, la valoración probatoria es el trabajo que realiza el Juez sobre el fondo de la prueba, es decir el Juez trata de determinar la trascendencia que tienen los elementos como las fuentes de prueba, los medios de prueba, su peso o importancia que poseen para llegar a la certeza.

La valoración de la prueba es para Zavala (2016):

Un juicio racional mediante el cual el Juez debe percibir los resultados de la actividad probatoria que consistió en la investigación y el hallazgo de



las fuentes de prueba y en el anuncio, admisión y prácticas de los medios de prueba. (p.338).

De modo similar Hernando Devis Echandía (2015) en su libro “Teoría General de Prueba Judicial” menciona que “por valoración entiende la operación mental que tiene por fin conocer el mérito o valor de convicción que pueda deducirse de su contenido”.(p.273)

Para formar la convicción del Juez se necesita por lo general varios medios de prueba, aunque puede bastar sólo un medio de prueba para llevar a la certeza sobre los hechos discutidos cuando se trata de un proceso contencioso, o sobre los simplemente afirmados en el voluntario.

En efecto se hace un estudio crítico en su conjunto de los medios aportados por una parte que sustentan sus alegaciones de hecho, como los que la otra parte adjuntó para desvirtuar los hechos u oponerse a los mismo, también los que la o el juzgador decreta de oficio. Con esta valoración que hace la o el Juez se puede determinar si el esfuerzo, tiempo, dinero, etc., invertidos por las partes valió la pena. En suma, si esa prueba cumple o no el “fin procesal a que está destinada, que es llevar, al convencimiento de los hechos y circunstancias controvertidos”. (Art 158 COGEP)

En definitiva, en el campo de la prueba judicial, “la actividad valorativa adquiere una trascendencia superior, porque de ella depende la suerte del proceso en la mayoría de los casos, y, por tanto, que exista o no armonía entre la sentencia y la justicia” (Echandía, 2015, p.274).

Por lo que se considera “el contexto de toda la declaración y su relación con las otras pruebas” (Art. 186 COGEP) para que finalmente, “la prueba sea apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, (...)”; sin embargo, expresamente el Juez obligatoriamente “(...) en su resolución, expresará la valoración de todas las pruebas que le hayan servido para justificar su decisión” (Art 164 COGEP).



1.14. Sistemas de la tarifa legal y de la libre valoración de las pruebas

Estos sistemas se encuentran en las regulaciones legislativas de la prueba judicial, en diversos países. Los mismos son opuestos para valorar la prueba.

Para analizarlos brevemente haremos alusión a Azula Camacho (2015), que en su “Tomo VI del Manual de Derecho Procesal” menciona estos dos sistemas:

- a) *Tarifa Legal*: el vocablo tarifa es de origen árabe y proviene de Tarif, el nombre de una isla situada en el estrecho de Europa y África. Al acogerla la ciencia jurídica, se utilizó para denominar el sistema que vincula de manera absoluta el raciocinio del juzgador a determinadas reglas y preceptos en cuanto al valor que aquel debe darle a la prueba. La tarifa legal representó, incuestionablemente, un avance considerable, porque le puso término al sistema acusatorio implantado luego de la caída del imperio romano y abolió los medios probatorios adoptado por los bárbaros (p.65).

Se trata de “sujetar al Juez a reglas abstractas preestablecidas, que le señalan la conclusión, que forzosamente debe aceptar en presencia o por la ausencia de determinados medios de prueba” (Echandía, 2015, p.31). Este sistema implica una regulación normativa más o menos minuciosa. O se puede entender también como “pruebas legales, que es el señalamiento por la ley de los medios admisibles en los procesos, sea en forma taxativa o permitiendo inclusión de otros, a juicio del Juez, en oposición a la prueba libre” (Echandía, 2015, pág. 31).

- b) *Libre apreciación o apreciación racional*: es opuesto al anterior, e imperante en nuestros actuales ordenamientos procesales. Consiste en “dejar al Juez la facultad de establecer el grado de convicción o credibilidad de cada medio probatorio y de todos en conjunto, pero no de manera arbitraria, sino mediante análisis racional y lógico,



exponiendo, desde luego, los fundamentos de su conclusión” (Camacho, 2015, p.67).

En nuestro ordenamiento jurídico se puede precisar este sistema en el COGEP, que dispone que se deben apreciar “las pruebas en conjunto, de acuerdo con todas las reglas de la sana crítica, dejando a salvo las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos. La o el juzgador tendrá obligación de expresar en su resolución, la valoración de todas las pruebas que le hayan servido para justificar su decisión.” (Art 164).

En definitiva, es pertinente hacer un breve recuento de los países que han consagrado la libre apreciación:

Este sistema ha sido incorporado al procedimiento civil en Francia, Alemania, Australia, Italia, Rusia, Argentina, Brasil, Colombia, México, Estados Unidos de Norteamérica, Inglaterra y, posiblemente en otros países. En España, Panamá, Ecuador y Venezuela se han incluido poco a poco en sus reformas en trámite. Es, definitivamente, una conquista indiscutible del proceso moderno recomendada por unanimidad en la V Jornada Iberoamericana de Derecho Procesal efectuada en Bogotá, en junio de 1970. (Echandía,2015, p.102).

1.15. Fin de la valoración de la prueba

Cuando hablamos de fin de la valoración de la prueba tiene una amplia relación con el fin de la prueba misma:

Se habla de la valoración como el grado de credibilidad que con la prueba obtiene el juzgador, el cual es positivo, si se logra, o negativo, en el supuesto contrario. El fin de la prueba, en cambio se obtiene cuando el Juez tiene la certeza o la verdad respecto de la forma como ocurrieron los hechos materia del debate. (Camacho,2015, p.68)

El maestro Hernando Devis Echandía (2015), expresa que:



No queda ninguna duda acerca de que el fin de la prueba consiste en llevarle al Juez el convencimiento de sobre los hechos a que debe aplicar las normas jurídicas que los regulan, o, dicho de otra manera, la certeza de que conoce la verdad sobre ellos. El diferente sistema de apreciación, libre o de tarifa legal, modifica la naturaleza de esa certeza, que será normal subjetiva en primer caso, y legal objetiva en el segundo; pero se trata únicamente de llegar a esa certeza y no de obtener siempre la verdad, que puede o no coincidir con aquella. (p.288).

Entonces no cabe duda que el fin de la prueba y el fin de su valoración son diferentes. Es así que gracias a la valoración de la prueba podrá conocer la o el Juez si, en ese proceso, la prueba ha cumplido su fin propio, si su resultado corresponde o no a su fin. Dicho de otra manera, con la valoración se conoce el resultado de la prueba.



CAPÍTULO II.

EL JUEZ Y SU RELACIÓN CON LA PRUEBA

2.1. Generalidades

Para el estudio y análisis de este capítulo tenemos que tener en cuenta que, la o el juzgador es una de las partes fundamentales en el proceso y desarrollo de la prueba. También hay que reconocer que el fin de la prueba es darle al Juez la certeza sobre los hechos que se piensa que están lo más cerca a la justicia, o que a nuestro conocimiento se ajuste lo más posible a la verdad.

El administrador de justicia, el Juez, no podría ejercer su función jurisdiccional sin la prueba, pues no podría dejar de velar el derecho de las partes, es decir la prueba tiene una función procesal específica, sin la cual sería imposible que el Juez pueda llegar a establecer la verdad e impartir justicia correctamente.

Con el paso del tiempo, el sistema procesal en general se ha ido perfeccionando en aras de aplicar la justicia de la manera más equitativa posible y llegar a dictar una resolución que se encuentre lo más cerca posible a la verdad objetiva. Y para hacer esto posible ha sido necesario que se dé una estrecha relación entre el Juez y la prueba, ya que esta última mientras mejor valorada sea por el administrador de justicia, más justa resultará ser su resolución.

Mediante las razones que se expondrán en el estudio y análisis de este capítulo podremos llegar al convencimiento de la estrecha relación que debe existir entre el Juez y la prueba, del porqué de la necesidad del surgimiento de la iniciativa probatoria por parte del Juez al momento de aplicar justicia. Podremos verificar la relación de la prueba con los actores procesales que la incorporan “como confirmación” y con el Juez “como investigación” o “aclaración”; relación que no viola ninguna de las garantías procesales de las partes.



2.2. La activa participación del Juez en la práctica de la prueba

En cuanto a la activa participación del Juez en materia probatoria, se han formado diferentes concepciones a su alrededor, a pesar de que es muy discutida, creemos que es legítima, y fundamental en la prueba misma. “No parece resultar cuestionable que los juzgadores deberían participar muchísimo más durante la práctica de la prueba de lo que hacen normalmente” (Nieva,2010, p.192).

Según Jordi Nieva Fenoll (2010) enuncia que es obvio que:

Estando dirigida la prueba a la convicción judicial, parece de lo más normal que el juzgador pueda consultar sus dudas a las partes o al resto de intervinientes en el proceso durante la práctica de la prueba, a fin de entender mejor el resultado de los medios practicados. (p.192).

Por consiguiente, en la regularización de esta participación, resulta indispensable que exista un equilibrio, es decir el Juez no puede incurrir en excesos, lo que “implica que no puede adoptar actitudes que rompan su ecuanimidad presionando, por ejemplo, a los testigos o a los peritos, o a las partes, para que ofrezcan una determinada respuesta, actuando con prepotencia o con desconsideración”. (Nieva,2010, p.193).

Muchas legislaciones le han dado a la figura del Juez una falsa “ecuanimidad”, cuando se le atribuyen características de pasividad o de mero espectador en la práctica de pruebas. Por lo que no resulta, para nada negativo que el Juez actúe y participe en la prueba, por ejemplo, es necesario que el Juez se inmiscuya en la prueba, cuando en una declaración de testigos no entiende algo, pues lo lógico sería que consulte sus dudas y no que permanezca en silencio; porque de lo contrario, al momento de sentenciar quizá no lo haga con el real conocimiento de causa y lo que es peor, que elucubra de lo que cree que el testigo hubiera dicho.

Aunque existe el debate de si el Juez al participar estaría ayudando a alguna de las partes, para lo cual se explica lo siguiente:



Pero el Juez no tiene por qué pretender ayudar a algunas de las partes, sino simplemente completar aquello que no le haya quedado claro. Por su puesto que el interés de las partes no suele ser que prevalezca la verdad, sino simplemente ganar el proceso. Y por ello precisamente la figura del Juez y su intervención en esta fase, resultan esenciales. (Nieva,2010, p.194).

Jordi Nieva Fenoll (2010) expresa que, si no fuera así, es decir, “si el Juez tuviera que permanecer pasivo en la fase de práctica probatoria, desde luego asistiría al proceso como un árbitro desinformado o, peor aún, informado solamente por lo que las partes le transmiten”.(p.195).

Supongamos que el Juez no haya participado en la práctica probatoria y decide dictar sentencia, y se da cuenta que, al momento de fallar, le faltan elementos de convicción, y decide exponer pretextos, o según dice, que ha valorado sólo la prueba aportada; cuando en la realidad puede subsanar sin ningún problema durante la práctica de la prueba.

Entonces, no se trata de ahorrar trabajo o esfuerzo del Juez en la actividad probatoria, sino que pueda resolver y motivar con los elementos necesarios, lo más objetivamente posible.

Es el Juez el que tiene el deber de confirmar la veracidad de los hechos aportados por las partes para reconstruir la historia del proceso, de aquí su activa participación en la valoración probatoria de las pruebas aportadas por las partes, así como la prueba oficiosa de la que dispone.

2.3. Los poderes y facultades de instrucción del Juez

Precisemos, antes que nada, que la figura del Juez es quien está investido de jurisdicción, obviamente está la ejerce según las reglas de la competencia, por lo cual en nuestra legislación en el Código Orgánico de la Función Judicial en su artículo 150, se debe entender por jurisdicción.

Art. 150.- Jurisdicción. - *La jurisdicción consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, potestad que corresponde a las*



Juezas y jueces establecidos por la Constitución y las leyes, y que se ejerce según las reglas de la competencia.

Entonces esta jurisdicción⁴ es la que le permite a la juzgadora o juzgador actualmente ser la o el director del proceso, aplicar las leyes y tener facultad de oficio, es decir de poder disponer de prueba para mejor resolver, cómo lo reconoce y faculta nuestro ordenamiento jurídico, cuestión que en el próximo capítulo será analizada.

Entre los actores del proceso, es la o el Juez el sujeto al que le corresponde la función epistémica fundamental de la determinación de la verdad de los hechos, este debe dirigir sus actuaciones hacia esa finalidad. “Por un lado al Juez le corresponde la tarea de gobernar la admisión y la práctica de las pruebas, además de determinar su valor en el ámbito de la decisión final sobre los hechos” (Taruffo, 2015, p.210)

Es por ello, que se plantea la duda de si el Juez o Jueza puede o no puede actuar de forma autónoma, en búsqueda de los elementos de juicio necesario para determinar la verdad acerca de los hechos, además menciona Taruffo (2015), que obviamente: “si un sujeto está empeñado en descubrir la verdad de un hecho, entonces debe poder utilizar todos los medios de que dispone para obtener y seleccionar las informaciones necesarias” .(p.2010).

Más aún se podría decir que dentro de un proceso, la persona que en realidad está interesado en la búsqueda de la verdad al terminar el proceso, es el juzgador.

Hay que hacer notar al respecto, y continuando con Taruffo (2015) esta expresión:

Si se considera que el proceso es un asunto privado entre las partes y que, por siguiente, este no está de ningún modo dirigido a la búsqueda de la verdad, entonces se le asignará un rol pasivo al Juez y no se le atribuirá la función de determinar la verdad, pero es necesario tomar en

⁴ La palabra jurisdicción se forma de jus y de dicere, aplicar o declarar el derecho, por lo que se dice, jurisdicchio o jure dicendo. (Cabanellas, 2010, pág. 247)



cuenta que esta ideología ha sido desechada por la mayor parte de las legislaciones procesales modernas, entonces por el contrario se ha ido afianzando la tendencia a atribuir al Juez un rol activo en la asunción de las pruebas que las partes no hayan aportado de su propia iniciativa, con la evidente finalidad de lograr que la verdad pueda ser determinada.(p.211).

Entonces para lograr el fin de la búsqueda de la verdad, se ha dotado de esta facultad directiva al Juez, la cual consiste en atribuirle el poder de disponer la práctica de pruebas de oficio que considere relevantes para la determinación de los hechos, que no hayan sido bien probados por las partes.

Se dice que la extensión de estos poderes varía según la amplitud y la intensidad del rol activo que se procure conceder al Juez. Siguiendo el criterio de Taruffo (2015), él señala:

Su extensión es *máxima* cuando el Juez tiene el poder de disponer de oficio la adquisición de todos los medios de prueba legalmente admisibles y es más *reducida*, cuando se excluye que el Juez pueda disponer de oficio la adquisición de cualquier medio de prueba, como ocurre con el Juez alemán, que no puede disponer la asunción de una prueba testifical, pero si puede disponer la adquisición de cualquier otra prueba, o en el caso del Juez italiano, que no tiene un poder de instrucción de alcance general, pero que cuenta con el poder de ordenar la adquisición de varios medios de prueba específicamente previstos por la ley, esta técnica normativa es típica de los ordenamientos del civil *law*, pero no está presente sólo en esos ordenamientos: se debe recordar que también las *Federal Rules of Evidence* estadounidenses atribuyen al Juez relevantes poderes de iniciativa probatoria, aunque los jueces americanos tienden a darles una muy limitada aplicación, para evitar interferir en la actividad de las partes, como ejemplo podemos mencionar a la Regla 614, en virtud de la cual el Juez puede disponer de oficio la práctica de pruebas testificales no presentadas por las partes. También se puede mencionar a la Ley de Enjuiciamiento Civil español del año 2000 que no ha seguido la tendencia



general de los ordenamientos europeos en el sentido de extender los poderes probatorios del Juez, e incluso los ha reducido eliminando las diligencias para mejor proveer previstas por el Código Procesal de 1881, con todo también el Juez español tiene, en virtud del art. 429.1 de la ley actual, el poder de requerir a las partes que aporten pruebas necesarias para la determinación de los hechos, cuando considere que sus iniciativas probatorias han sido insuficientes. (p.213).

Se explica por lo tanto que las diferentes legislaciones han visto necesario que el Juez tenga las facultades suficientes para la búsqueda de la verdad, pero este poder se puede decir que es complementario a la iniciativa probatoria que tienen las partes, porque de ser el caso, que las partes haciendo uso de su derecho a la prueba aporten todas las pruebas disponibles que verifiquen los hechos, el Juez no tendría la necesidad de activar su poder y estaría en un rol pasivo, sólo en el caso de que las partes no hayan presentado alguna prueba y el Juez, considere relevante para el esclarecimiento de los hechos, podría disponer de oficio la práctica de la prueba, o requerir a las partes que la aporten.

2.4. Rol del Juez y facultades probatorias de oficio. Ideologías y actitudes sobre el tema

En cuanto a lo que se refiere al rol del Juez en este tema, se intentará discutir la principal función del mismo en lo que concierne a la prueba. A continuación, se tratará de responder a la siguiente pregunta ¿debe o no tener el Juez facultades probatorias de oficio?

Como ya se ha hablado, el Juez ha presentado diferentes actuaciones de acuerdo al modelo procesal en el que se desarrolle. El Juez está llamado, a desempeñar un incansable papel en la búsqueda de prueba, en la medida que es su deber descubrir la verdad.

En primer lugar, hay que tener claro que tanto en la doctrina extranjera como la nacional existen acuerdos y desacuerdos de si el Juez puede contar con



poderes en el proceso, es decir, de que pueda hacer uso de los medios probatorios. Es así que, para comprender y explicar mejor lo que sucede en la doctrina haremos mención a Andrés Fuchs Nissim (2011), el cual explica:

El sector de la doctrina que se inclina por el rechazo se los llaman “revisionistas”, y agrega este autor lo que expresa Bordalí “que estos revisionistas postulan que un Juez con poderes materiales se transforma necesariamente en un Juez autoritario, cuando no fascista o totalitario, rompiendo de esta forma el esquema típicamente liberal que según ellos debiese tener el procedimiento civil, fundado en la importancia del principio dispositivo, además señalan que la búsqueda de la verdad es un mito, y que no puede ser la función de la prueba civil. (p.149).

De modo similar el tratadista Montero Roca (2001) menciona que:

Sin desconocer la existencia de procesos civiles en los que ha de salvaguardarse algún interés público, ello no puede ser fundamento para aumentar los poderes del Juez, quien debe seguir siendo un tercero imparcial entre partes parciales, aunque una de las partes pretendiera la defensa de un interés público. (Montero, 2001, p. 22).

No obstante, si se les ve a los autodenominados revisionistas como “liberales” o “garantistas”, se verían a los que defienden la tesis contraria como “autoritarios” o “totalitaristas”, en el caso de la prueba en este sentido revisionista se dice “persigue que el juzgador adquiera la convicción o el convencimiento sobre la verdad de un hecho afirmado por alguna de las partes, siendo en consecuencia una actividad verificadora y no investigadora”. (Fuchs,2011, p.151). Por lo que se apreciaría al Juez como un mero espectador, impotente sin posibilidad de reacción.

A diferencia de Andrés Fuchs Nissim que está totalmente en desacuerdo con esa concepción, y cree que la ideología del proceso como búsqueda de la verdad, obliga a darle mayores facultades jurisdiccionales al Juez. Se defiende la idea de que:



Si fueran ellos verdaderamente liberales, no se mostrarían ajenos a la posibilidad de cambio, o mutación del proceso hacia una sociedad urgida de respuesta rápida a sus necesidades, que el proceso ya no es cosa sólo de partes que controlan el mismo, y que tampoco es cierto que el proceso que otorga facultades probatorias de oficio sea inquisitivo, ya que resulta casi imposible que las partes no tengan derechos o garantías y que todo el proceso sea impulsado de oficio por el Juez, entonces parece aconsejable abandonar el contraste entre sistema adversarial e inquisitivo, por ser, primero, más un arma ideológica que un medio de descripción, y pues en cuanto a lo equívoco, en las ecuaciones de tipo:

«Poderes de instrucción del Juez = régimen autoritario» y «Juez pasivo = régimen liberal», son vagas y genéricas, y se reducen a slogans polémicos faltos de valor científico. (Fuchs, 2011, p.158).

2.5. Facultades que debe de tener el Juez para apreciar la Prueba de oficio, versus imparcialidad y debido proceso

Aún quedan dudas al respecto de si es óptimo que el Juez tenga el poder de disponer pruebas de oficio y si al hacerlo se afecta de alguna manera al principio dispositivo o al debido proceso.

Mucho se habla de imparcialidad e independencia del Juez, aunque algunos doctrinarios como los revisionistas creen que el Juez al ejercer poderes probatorios, está favoreciendo a alguna de las partes y por lo tanto se vuelve dependiente. Pero por otro lado hay juristas como Andrés Fuchs Nissim que creen lo contrario y defienden la tesis de la facultad del Juez de disponer pruebas de oficio.

“El punto de partida es nuevamente la búsqueda de la verdad como fin del proceso” (Fuchs,2011, p.159), por lo que no le cabe la idea de que con la prueba no se llegue a la verdad, y que el Juez es el más interesado, por lo tanto, debe buscar esa verdad, aquí el “Juez debe aparecer facultado por el legislador para aportar pruebas al proceso, sin por eso ser imparcial, sino únicamente cumpliendo con la labor que le corresponde” (Fuchs,2011, p.160).



Hay que destacar al jurista Andrés Fuchs Nissim (2011) que al defender expresa:

Para no vulnerar el derecho de defensa de las partes, les deba dar oportunidad a estas, para controvertir la pertinencia o relevancia de la prueba; participar en su realización; producir contra prueba, y discutir acerca de la eficacia de la prueba de oficio antes de la decisión. Y que cuando se dice que el Juez se contamina y se puede convertir en un Juez parcial y dependiente, es no tener confianza en los jueces. (p.161).

Por lo tanto, al tener confianza en la actuación del Juez y en el poder de disponer pruebas, no habría el temor de pensar que el mismo puede volverse parcial, dependiente, incapaz de valorar pruebas y que la disposición de pruebas de oficio lo vuelve participativo; es decir se promueve una función activa del Juez que le lleve a una decisión justa.

Andrés Fuchs Nissim (2011) comparte con el jurista Bordalí, y dicen que:

Un Juez con tales poderes (decretar pruebas de oficio) no tiene por qué ser considerado un Juez autoritario o totalitario. Un Juez con tales poderes puede encontrarse en posición de ejercer su actividad jurisdiccional de mejor modo que un Juez que carece de los mismos. Hay ahí una buena razón para que el legislador otorgue poderes probatorios al Juez civil. (p.163).

No obstante, revisando las razones que expone Taruffo, se hace indispensable que el Juez tenga este poder y siempre que pueda contar con la iniciativa probatoria, tiene que limitarse a tratar sobre los hechos conocidos en el proceso, y así se protege el principio dispositivo, también hay que tomar en cuenta que se permita ejercer el derecho a la defensa de los litigantes. Diríamos entonces que debe ser “el principio dispositivo el que se ajuste a un procedimiento que tenga como fin la búsqueda de la verdad, y no este fin el que deba limitarse por dicho principio”. (Fuchs, 2011, p.164).

Deliberando que el poder disponer de la prueba de oficio, nos llevaría a tener: “un Juez imparcial e independiente que por medio de un debido proceso se



esmere en averiguar la verdad de las afirmaciones sobre los hechos, condición necesaria para una decisión justa”. (Fuchs, 2011, p.164).

En fin, esta facultad es lo que verdaderamente ayuda en la formación y ejercicio diario a los jueces, la misma que al ser bien apreciada e interpretada y de acorde al sistema en la que se desarrolle, garantiza tan trascendente labor.

2.5.1. La conservación de la imparcialidad

En el campo de la prueba, la imparcialidad del Juez es de carácter esencial, no se puede concebir esta idea sin la misma, ya que la más mínima pérdida de la imparcialidad va a limitar un resultado probatorio, se trata de evitar que el Juez en el desarrollo de la prueba se contamine de alguna manera, o deje de creer en la aportación de las pruebas de una parte por considerar que no tiene razón, o sólo porque se siente incómodo, y ya no le permite proceder con rectitud.

De hecho, “se entiende que la imparcialidad constituye la principal virtud de los jueces” (Cabanellas, 2010, p. 217) o como dice Taruffo en el art 10 del Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial, “el Juez imparcial es aquel que persigue con objetividad y con fundamento en la prueba la verdad de los hechos”. (Taruffo, 2015, p.119).

Al respecto dice Jordi Nieva Fenoll (2010) que probablemente ningún otro autor en la doctrina ha logrado una definición tan acabada como la que construyó Ruiz Vadillo, que estimó que el derecho al Juez imparcial supone que el Juez se encuentre fuera por completo, real y aparentialmente de los intereses de las partes y del propio proceso en sí mismo considerado. Que no le mueva otro impulso que realizar la justicia. (p.166).

A saber, se considera que lo más importante es la justicia, y que el Juez debe velar por la misma, es su auténtica razón de ser. Aunque si se relaciona con el plano psicológico se tiene que distinguir efectivamente que el interés del Juez no tenga nada que ver con el afecto que se sienta hacia las partes, y por lo tanto el resultado debe ser el mismo.



Lo que se trata es de conservar la imparcialidad, para que no se dé el caso de que el Juez, una vez que se ha formado criterio sobre un asunto, es difícilísimo cambiar de opinión y, de hecho, todos los nuevos datos que puedan venir sobre el caso concreto, nuestra mente suele reinterpretar de manera que reafirmen la opinión inicial, lo cual conduce, evidentemente a un juicio erróneo. (Nieva,2010, p.168).

En efecto en el “caso o en el supuesto de que el Juez haya tenido una actitud inadecuada o se haya vuelto de alguna forma parcial en juicio, aparte de constituir la falta que proceda, debe ser apartado del conocimiento de aquel proceso”. (Nieva, 2010, p.169).

Ya que por más que las partes aporten pruebas, el Juez parcializado estará comprometido ya a una de las partes, por lo que “la única ideología que debe defender un Juez en sus resoluciones es la que se deriva estrictamente de los mandatos constitucionales, y cualquier otra influencia debe quedarse en su fuero interno, pero nunca entrometerse en una resolución judicial”. (Nieva, 2010, p.171).

Por otro lado, Andrés Fuchs Nissim (2011), en relación a esto explica: “compartimos que la imparcialidad es un elemento necesario y esencial a cualquier procedimiento, pero no creemos que el otorgarle facultades de oficio al Juez, sea contrario a dicho principio fundamental”.(p.173).

Para ejemplificar de una mejor manera Andrés Fuchs Nissim (2011), manifiesta que:

Ver al Juez bajar de su estrado, tomar el brazo a uno de los abogados y escuchar que le susurra bondadosamente al oído: estimado colega, olvido usted pedir la documental, la cual es vital para el interés de su defensa en este caso. Mas no se inquiete, pues la pediré yo en su lugar. Esta actuación supletoria de la actuación de las partes, concluye, conspira contra la debida imparcialidad. (p.173).

El ejemplo del jurista Palavecino, (citado en Fuchs, 2010), es considerado algo exagerado:



Pues no se trata y nunca se ha pretendido que el Juez dotado de estas facultades reemplace a la parte, ni mucho menos a su abogado, sino que el Juez dudoso de la ocurrencia de cierto hecho o no, pueda hacer todo cuanto esté dentro de sus posibilidades para conocer la verdad de lo ocurrido. Y que el Juez no tiene cómo conocer a quién favorecerá con la prueba ordenada. (pág. 174).

Por lo tanto, resulta exagerado pensar que el Juez al hacer uso de la prueba de oficio de una u otra manera pierda su imparcialidad. Realmente lo que se busca es que en lo posible se resuelva con justicia, se asuma un rol participativo, directo, y acorde a lo que posteriormente resolverá, sin dejarse persuadir por las partes, simplemente cumpliendo con tal autoridad pública de la que ha sido investido.

2.5.2. Valoración probatoria e imparcialidad

En cuanto a la valoración probatoria e imparcialidad, cabe mencionar si la una tiene que ver con la otra y como estas se encontrarán conectadas, pues resulta que la una no puede subsistir sin la otra, de lo contrario la prueba y su valoración se verían parcializadas, entonces el Juez estaría asumiendo un rol pasivo, y propugnando inseguridad para las partes.

Por su parte Jordi Nieva Fenoll (2010) expresa que el Juez:

Se deje llevar por el afecto, el odio, la ira, el sesgo de exceso de confianza en el juicio emitido o el sesgo egocéntrico, es posible que mantenga una aparente posición de imparcialidad durante el proceso. Pero a la hora de valorar la prueba, esas emociones y sesgos van a influir, y en realidad estará dejando de valorar la prueba. (p.175).

A causa de esto, se puede indicar que la parcialidad excluye a la valoración de la prueba, expresadas en otras palabras, es que sin la imparcialidad no es posible la valoración de la prueba.

Para entender mejor hay que enunciar el concepto de valoración de la prueba que hace Jordi Nieva, que dice que, “es la actividad de percepción por parte del



Juez de los resultados de la actividad probatoria que se realiza en un proceso” (Nieva, 2010, p.175).

La situación se agrava si el Juez deja de valorar la prueba como se debe, ya que si el Juez adapta lo que percibe a lo que le interesa estaría, como ya se mencionó, no valorando la prueba, ya que sólo buscará pequeños datos que le ayuden a confirmar lo que ansía. O puede suceder que el mismo Juez se deje convencer por determinado momento que lo conlleven con facilidad a dejar de valorar la prueba. En razón de esto se llega a la conclusión de “que el Juez pasará por alto una parte importantísima de los materiales probatorios de un proceso, si pierde su imparcialidad”. (Nieva, 2010, p.177)

Lo que nos lleva a tener claro que la imparcialidad es más que necesaria y fundamental que exista en todo proceso, sin esta, por más que las partes insistan en demostrar los hechos, si el Juez está parcializado simplemente intentará recabar pruebas siempre y cuando éstas demuestren lo que ansía, y el verdadero valor probatorio sería imposible de determinar, sencillamente el Juez no tendría razón de existir.

2.6. La facultad esclarecedora del Juez y la defensa en juicio

Existe una estrecha relación entre el fin del proceso, la prueba y la actividad que cumple el Juez de verificar cómo se está desarrollando el proceso en sí mismo.

Una de las actividades que cumple el Juez y que tiene relación con verificar, es si el proceso está cumpliendo el fin que como lo hemos discutido, es llegar a tener la certeza de los hechos en miras a la “búsqueda de la verdad”, por medio de la posibilidad legislativa que le ha sido otorgada de disponer de pruebas de oficio.

Según Andrés Fuchs Nissim (2011), las principales críticas que “se le hace a la decisión del legislador en orden a conceder iniciativa probatoria de oficio al Juez, se puede resumir, por un lado, en que afecta la imparcialidad del Juez, y por otro, que afecta un debido proceso”.(p.172).



Ahora mismo, no es incompatible entender:

La prueba como una oportunidad de defensa de las partes, pero también como una actividad destinada a generar la convicción judicial. Y siendo así, parece razonable que todos los actores implicados en la prueba, el Juez y las partes, puedan participar en la misma. (Nieva, 2010, p.187)

Es decir, lo que se está queriendo es garantizar ese derecho a la defensa, para las partes, ya que de otra manera se estaría menoscabando las garantías que tienen que ver con el debido proceso.

Es cierto que, es difícil para el Juez, el conocer detalladamente los hechos de un determinado proceso, por eso las partes primeramente aportan pruebas, y tratan de que el Juez tenga certeza de los hechos, por lo cual sería inconcebible que el Juez en un principio disponga la práctica de medios de prueba. A fin de que:

El Juez no incurra en un sesgo de exceso de confianza del juicio emitido, probablemente es más conveniente que no pueda proponer prueba en las fases iniciales del proceso, más que nada para que no desprecie los medios propuestos por las partes y preste atención solamente a lo que él mismo propuso. Entonces cuando ya se ha desarrollado toda la actividad probatoria, y el Juez ha prestado atención a su eficacia o ineficacia, es ese el momento en el que el Juez está en las mejores condiciones para decidir sobre la proposición de medios de prueba adicionales. (Nieva, 2010, p.188)

Es decir que el Juez va a desarrollar una facultad esclarecedora, sin el objetivo de favorecer o perjudicar a ninguna de las partes.

Jordi Nieva Fenoll considera que:

En el proceso jurisdiccional no es una competición para favorecer al litigante más avisado o pícaro, sino un medio de resolución de conflictos que se basa en el esclarecimiento de los hechos y del derecho como forma de poner fin a la disputa. (Nieva, 2010, p.189)



Gracias a consideraciones como estas, se puede decir que no existen inconvenientes de que el Juez pueda proponer prueba de oficio, aunque se piensa y se ha hecho una observación, que parece la más adecuada para no afectar el proceso, la cual sería que el Juez pueda proponer pruebas de oficio al final del proceso, una vez que las partes ya han desarrollado esa actividad probatoria y si por cualquier motivo algo no quedó claro, o existió falta de datos, el Juez actúe y busque las mejores condiciones para decidir.

Dicha facultad esclarecedora del Juez no viola el derecho de defensa de las partes, ni la garantía de la defensa en juicio, sólo vela por la justicia.

2.7. El máximo acercamiento posible a la verdad con la aplicación de la prueba para mejor resolver

Se presume que entre los fines de la prueba está el poder llevar a esa verdad o al menos tener el real convencimiento de la causa. Aunque en realidad según el sistema en que se desarrolle la prueba no se trata más que decirle al Juez el objetivo que tiene que conseguir.

El jurista Jordi Nieva Fenoll (2010) afirma que:

Desde la perspectiva supuestamente “no autoritaria”, en el proceso sólo cabría aspirar legítimamente a una “certeza moral”, que no es sino la convicción judicial (medidas psicológicas de la certeza). Tal conclusión viene dada por el hecho de que, en el proceso, o que las leyes contengan normas de prueba legal, o de que se persiga el convencimiento psicológico del Juez. Esto se opone al descubrimiento de la verdad, sin matices, lo que se justifica manteniendo que en el proceso obtener la certeza absoluta sería imposible. (p.67).

Entonces también se desarrolla los poderes del como la prueba para mejor resolver. Probablemente el autor de referencia en esta materia, “que propuso el aumento de los poderes del Juez en materia probatoria para hacer el proceso más justo en una época de desarrollo industrial salvaje, fue Franz Klein”. (Nieva, 2010, p.68)



Por lo cual no hay que olvidar que los cambios que se han generado han partido de esa reflexión, por buscar o al menos intentar llegar a esa verdad. Es entonces que con el afán de intentar llegar a esa verdad se cometían injusticias, se llegaba a una verdad ficticia. Por ahora lo que los y las legisladores en nuestro país han dejado como fin que se tenga el convencimiento de la o el juzgador, con real conocimiento de causa o procurando por todos los medios posibles y en uso de los poderes de instrucción de estos, tratar de llegar al máximo acercamiento posible a la verdad.

Para que el Juez pueda cumplir su fin de acercarse lo más posible a la verdad, influye mucho su capacidad de ordenar y valorar las pruebas aportadas, ya que este es el método legal y lógico que lo llevará a poder solicitar la prueba para mejor resolver, sin afectar su imparcialidad y las garantías procesales de las partes.

2.8. Principios, relevantes al respecto

Estos principios constituyen punto de partida para la construcción de instrumentos esenciales de la función jurisdiccional, son los presupuestos que determinan la existencia funcional de un ordenamiento procesal determinado, vinculando cada institución procesal a la realidad, por lo cual resulta necesario mencionarlos:

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

Se refiere a la necesidad de que los hechos sobre los cuáles se basa la sentencia se encuentren acreditados mediante la debida prueba, es decir esta adquiere eficacia en la medida en que existan los hechos contradictorios. El Juez no podría resolver con base en su conocimiento personal privado, pues ello impediría la contradicción.



El Juez, puede en cambio, utilizar el conocimiento privado que tenga de los hechos relacionados con el proceso civil, penal, laboral o de otro orden, para decretar de oficio pruebas con el fin de acreditarlos, esto no atenta a lo que estamos analizando, por el contrario, al decretar oficiosamente esas pruebas, ya que una cosa es que el Juez llegue al conocimiento directo de los hechos por su iniciativa probatoria, y otra que sin necesidad de pruebas declare un hecho porque lo conoce privadamente. (Echandía, 2015, p.13 -14)

Este principio establece que los hechos sobre los que se dicta una sentencia deben ser debidamente probados mediante las pruebas aportadas al proceso por cualquiera de las partes del proceso o por el Juez, sin que dicho funcionario pueda reemplazarlos con el conocimiento privado que tenga de los mismos, porque sería desconocer la publicidad y la contradicción indispensable para la validez de todo medio probatorio. En consecuencia, estaría correcto que el Juez pueda decretar oficiosamente pruebas.

2.8.2. Principio de imparcialidad del Juez en la dirección y apreciación de la prueba de oficio

La dirección del debate probatorio por el Juez impone necesariamente su imparcialidad, esto es, el estar orientado por el criterio de averiguar la verdad, tanto cuando decreta pruebas oficiosamente, o a solicitud de parte, como cuando valora los medios allegados al proceso. (Echandía, 2015, p.19).

En efecto, esto se aplica con el objetivo de obtener una sentencia producto del debate probatorio de las partes, donde el conocimiento que obtenga el Juez le permita obrar conforme a los principios constitucionales y legales, para cumplir así con una sentencia imparcial y justa. Este principio constituye un garante de los derechos fundamentales y constitucionales de las legislaciones procesales.



2.8.3. Principio de la inmediación y de la dirección del Juez en la producción de la prueba

Este principio supone que el Juez tenga contacto directo con las partes y los elementos de prueba que él debe valorar para formar su convicción. Indica que, el único norte que debe orientar al Juez al solicitar y apreciar la prueba debe ser la búsqueda ideal de la “verdad”. Además, se refiere a que el Juez de manera inmediata sea quien dirija la prueba, y tenga facultades de intervenir activamente en su práctica.

Este es el principio que le da seriedad, pertinencia y validez a la prueba ya que es aquí donde se puede apreciar al Juez como director del debate probatorio, pues es mediante este que el Juez arguye su conocimiento a través de la observación directa, y en algunas veces participante, de los hechos probatorios que le sean presentados.

2.9. Apreciaciones finales

Mediante el estudio de este capítulo, podemos plantear que el Juez, gracias a la verificación y comprobación de la prueba, puede llegar a una conclusión objetiva y verdadera en el proceso de su conocimiento, ya que el mismo como administrador de justicia, pone al servicio de la jurisprudencia su raciocinio y honestidad como persona.

Es decir, en materia procesal, el camino para intentar llegar a la tan añorada verdad, viene a ser la prueba, pues a través de ella se puede demostrar la certeza sobre la existencia o inexistencia de un hecho, y quien está investido de poder para garantizar esto, es precisamente el Juez.

Por lo tanto, podemos decir que el buen trabajo del juzgador depende de la apreciación que este realice de las pruebas aportadas por las partes al proceso y de las que sean requeridas por él. Siendo procedente para el Juez ante una insuficiencia probatoria, valerse de la facultad de practicar pruebas de oficio



que considere relevantes, con el fin que su resolución pueda ser lo más justa posible.

Se ha podido apreciar que la prueba tiene como finalidad llegar al convencimiento del Juez, o intentar llegar al utópico de la “verdad”, por lo tanto, no podemos decir que la prueba es una actividad exclusivamente de las partes, lo más lógico es que también el Juez entre en contacto directo con la misma, pues él puede tener iniciativa probatoria para la resolución del proceso y esto no hace que tenga un carácter arbitrario.

Por supuesto que para que el Juez pueda ser justo y para comprobar si ha habido o no arbitrariedad en su decisión, basta con examinar si la facultad discrecional está motivada y para ello es suficiente mirar si en ella se han dejado espacios abiertos a una eventual parcialidad de este, sí valoró adecuadamente la prueba, y si la decisión final está acorde a los principios generales sobre la prueba y el Juez.

Pudimos apreciar en este capítulo entre otras cosas, que el poder de instrucción se puede configurar como meramente supletorio y complementario con respecto a las partes, pudiendo el Juez desarrollar su actividad probatoria al momento de tener que realizar una comprobación verdadera de los hechos mediante las pruebas que le son aportadas y las que necesariamente le es imprescindible solicitar para llegar a un mejor entendimiento de los hechos de la causa.

Podemos afirmar que no se concibe un proceso sin que el Juez tenga la libertad para apreciar las pruebas allegadas, ni que esté, para un mejor esclarecimiento de los hechos pueda hacer uso de la prueba oficiosa, ya que esta es una facultad investigadora para conseguir la verdad, teniendo en cuenta la presunción del Juez como imparcial. Es el Juez el director de las pruebas, ya que él es quien las admite y quien posteriormente las recepta, imponiendo siempre para la existencia de un equilibrio procesal su imparcialidad.



La decisión del Juez se fundamenta sobre la base de las pruebas aportadas al proceso, sólo los hechos probados por las partes y los que se puedan probar mediante el uso de la prueba para mejor proveer, son los que motivan un mejor acercamiento a la verdad en la decisión del Juez.



CAPÍTULO III

LA PRUEBA PARA MEJOR RESOLVER

3.1. Generalidades

El desarrollo social de la humanidad ha conllevado a que se despliegue el Estado de Derecho en diversos países y regiones, perfeccionándose paulatinamente y acoplándose al desarrollo de las sociedades dándole al concepto de “*aplicar justicia*” una proyección más equitativa de “*hacer justicia*”, incorporando una normativa supra, que abandona la visión impositiva estricta del contenido gramatical de la norma y abre un abanico de protección de derechos en lo que se ha llamado en términos generales la nueva visión neo constitucionalista. Así en la aplicación normativa procedimental, se ve implicado un cambio de paradigmas en la administración de justicia del que también emana el principio de dirección del proceso a cargo de la o el juzgador.

A través del tiempo se han visto diferentes sistemas de aplicación de justicia, en los cuales se ha dado siempre protagonismo a la iniciativa procesal y la obligación de dicha iniciativa en las partes procesales para el ejercicio de la prueba, es así que, para entender la actualidad de nuestro sistema que sustenta la prueba para mejor resolver o entendida también en el argot genérico como la prueba de oficio; debemos entender como ésta se desarrolló en los diferentes sistemas jurídicos existente en el mundo, como son: el Sistema Inquisitivo, el Dispositivo y el Mixto.

Estos diferentes sistemas ya fueron explicados en los capítulos anteriores, por lo que de manera sencilla daremos una definición de cada uno, para poder entender la diferencia existente en la forma de regular la aplicación de la prueba para mejor resolver.

En síntesis, podemos definir que:

- El sistema procesal Inquisitivo, se caracteriza porque el proceso solamente podía ser impulsado por el Juez, es decir de oficio. Se



caracteriza por una autoridad unilateral -el Juez- por lo que este se encuentra investido de las facultades de, investigador, acusador y juzgador.

- El sistema procesal dispositivo acusatorio, es aquel que se caracteriza porque el proceso es impulsado por las partes, estas disponen de su derecho de discusión, su método y de cómo debe conducirse esa discusión, aquí el Juez se convierte en un ente pasivo y las partes en un ente activo.
- El sistema procesal mixto, no es más que aquel sistema que se caracteriza por tener rasgos de cada uno de los sistemas anteriormente descritos, a pesar de que son totalmente opuestos; esto hace en consecuencia, que los intereses de las partes procesales, como intereses privados que son, y el interés del estado en encontrar esa verdad objetiva, como interés público, puedan coexistir en el sistema procesal.

Así, cada país ha actualizado su sistema procesal según el desarrollo de su sociedad, por lo que se considera necesario analizar la forma en que han acogido este tipo de prueba las diferentes legislaciones respecto a la aplicación de la prueba para mejor resolver.

3.2. Las pruebas de oficio en el Derecho Comparado.

Hay que exponer que tanto en países del sistema *civil law* como del *common law* se han conferido en los últimos años cada vez más facultades de dirección y de prueba a los jueces, teniendo en cuenta en principio que ninguno de esos países es totalitario, ni autoritario.

En estos países, se regula la prueba de oficio dentro de las facultades del Juez, con el fin de que estos puedan llegar al esclarecimiento de la verdad mediante una correcta dirección del proceso. Lo que varía entre un país y otro, radica fundamentalmente en cuanto al momento procesal en que se puede solicitar la prueba y del tipo de medios que puede valerse para pedir la prueba para mejor proveer.



Para un mejor entendimiento de la posición del Juez en el proceso con respecto a la prueba de oficio, haremos mención a las facultades otorgadas por algunos países a sus administradores de justicia, por lo que corresponde para su análisis, dividir su estudio, en países de Europa y países de Latinoamérica.

3.2.1. Desarrollo en países europeos

En Italia: El juzgador podrá ordenar la comparecencia personal de las partes; podrá ordenar la inspección de personas y de cosas, es decir puede disponer de todos los medios de prueba necesarios. Se modifican los principios informadores de la carga de la prueba ya que lo que se busca es precisamente la verdad.

En España: El juzgador podrá pedir la prueba de oficio en el caso de que las pruebas aportadas por las partes no esclarezcan los hechos, puede solicitar de oficio o a instancia de parte que se practiquen nuevas pruebas sobre hechos relevantes, es decir que sus resultados no hayan sido conducentes.

En Francia: El Juez, tiene la facultad no menor, de poder ordenar de oficio todos los medios admisibles de prueba, esta facultad debe ser usada sólo cuando una parte no puede presentar ninguna prueba acerca de un hecho que ha alegado. Aquí se trata de un poder discrecional y no de un deber, de una facultad que se le otorga para ir más allá de lo probado por las partes.

En Alemania: Los jueces pueden contar sustancialmente de oficio con todos los medios de prueba, con la excepción de la prueba testimonial, este Juez desarrolla un papel activo, tanto en la dirección del proceso como en la fase de instrucción.

3.2.2. Desarrollo en países de Latinoamérica y Estados Unidos

En Argentina: El juzgador podrá ordenar diligencias necesarias como la comparecencia de las partes, de testigos y de peritos; además de poder solicitar que se agreguen documentos necesarios para el esclarecimiento de los hechos.



En México: El juzgador podrá ordenar en cualquier momento del proceso la práctica o ampliación de cualquier diligencia probatoria para el conocimiento de la verdad.

Se le da al juzgador una facultad potestativa para el desahogo de pruebas que comúnmente se han denominado para "mejor proveer", las que se traducen en actos de instrucción realizados por propia iniciativa del órgano jurisdiccional, con el objeto de que pueda formar su propia convicción sobre la materia del litigio.

En Estados Unidos: El juzgador podrá ordenar la comparecencia de testigos, por su consideración o a petición de parte, teniendo la facultad de interrogar al testigo, así como designar el testigo experto según su selección.

En Venezuela: Confiere el Tribunal, si lo juzgare procedente, la potestad de dictar auto para mejor proveer, esa potestad sólo puede ser ejercida dentro de los parámetros que pauta la ley. Podrá solicitar declaración de testigos y de los litigantes; inspección judicial y la presentación de algún instrumento que sea necesario para el esclarecimiento de los hechos.

En Chile: Los juzgadores pueden solicitar las pruebas de oficio que consideren necesarias en todo momento del proceso, antes de dictar sentencia o auto, sólo tienen como limitante en la prueba de testigo, el interrogatorio, ya que este debe ser solamente a los que aparecen en la lista de testigo.

En Colombia: En este país, dentro de todos los procesos (civiles, laborales, penales, contencioso administrativo, etc.), "el Juez puede y debe suplir la falta de actividad probatoria por las partes, y por tanto la carga de probar que pesaba sobre ellas, mediante el decreto de pruebas de oficio con entera libertad" (Echandia, 2015, pág. 139). Pues así lo han dicho las salas de Casación Civil y Casación Laboral de su Corte Suprema.

En Perú: Se le otorga al Juez una facultad probatoria, que puede ser usada sin distinción por todos los jueces, se trata de una facultad, atribución, potestad o simplemente poder, para ser usado con mucho cuidado siguiendo una serie de



estándares mínimos. Esta facultad puede ser usada en cualquier momento del proceso.

En Uruguay: Aquí el Juez en el mismo acto de la audiencia, puede hacer uso de la prueba para mejor proveer, en el caso de que no se use la prueba y se demuestre que se violaron las garantías de contradicción y el derecho de defensa, el tribunal deberá disponer todo lo necesario para que las diligencias para mejor proveer que no fueron utilizadas, sean incorporadas antes de la audiencia final.

3.3. Cómo se regula la prueba para mejor resolver en otros países

Hemos podido apreciar en el subcapítulo anterior la facultad que se le concede al juzgador para aplicar la prueba para mejor resolver, por lo que veremos a continuación cómo se encuentra regulada esta función en los diferentes ordenamientos jurídicos.

En Argentina: El juzgador podrá ordenar diligencias necesarias en cualquier estado del proceso, como la comparecencia de las partes, de testigos y de peritos, además de poder solicitar que se agreguen documentos necesarios para el esclarecimiento de los hechos. De esta manera, podemos apreciar que, en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina (Ley 22.434), se establece:

Artículo 452: Prueba de Oficio. *-El Juez podrá disponer de oficio la declaración en el carácter de testigos, de personas mencionadas por las partes en los escritos de constitución del proceso o cuando, según resultare de otras pruebas producidas, tuvieren conocimiento de hechos que puedan gravitar en la decisión de la causa. Asimismo, podrá ordenar que sean examinados nuevamente los ya interrogados, para aclarar sus declaraciones o proceder al careo.*

En Venezuela: EL Código de Procedimiento Civil Venezolano, el cual entró en vigor, mediante la Gaceta Oficial N° 4.209 Extraordinaria de fecha 18 de



septiembre de 1990, dispone el auto para mejor proveer en su artículo 514, el cual establece:

Artículo 514: *Después de presentados los informes dentro del lapso perentorio de quince días, podrá el Tribunal, si lo juzgare procedente, dictar auto para mejor proveer, en el cual podrá acordar:*

1° Hacer comparecer a cualquiera de los litigantes para interrogarlos sobre algún hecho importante del proceso que aparezca dudoso u obscuro.

2° La presentación de algún instrumento de cuya existencia haya algún dato en el proceso, y que se juzgue necesario.

3° Que se practique inspección judicial en alguna localidad, y se forme un croquis sobre los puntos que se determinen, o bien, que se tenga a la vista un proceso que exista en algún archivo público, y se ponga certificación de algunas actas, siempre que en el pleito de que se trate haya alguna circunstancia de tal proceso y tengan relación el uno con el otro.

4° Que se practique alguna experticia sobre los puntos que fije el Tribunal, o se amplíe o aclare la que existiere en autos.

En el auto para mejor proveer, se señalará término suficiente para cumplirlo. Contra este auto no se oirá recurso alguno; cumplido que sea, las partes podrán hacer al Tribunal, antes del fallo, las observaciones que crean pertinentes respecto de las actuaciones practicadas.

En México: El juzgador podrá ordenar en cualquier momento del proceso la práctica o ampliación de cualquier diligencia probatoria para el conocimiento de la verdad. En cuanto a la legislación mexicana, el artículo 279 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal Mexicano, confiere:

Artículo 279: *Los tribunales podrán decretar en todo tiempo, sea cual fuere la naturaleza del negocio, la práctica o ampliación de cualquier diligencia probatoria, siempre que sea conducente para el conocimiento de la verdad sobre los puntos cuestionados. En la práctica de estas*



diligencias, el Juez obrará como estime procedente para obtener el mejor resultado de ellas, sin lesionar el derecho de las partes, oyéndolas y procurando en toda su igualdad.

En Colombia: Se establece mediante su Código de Procedimiento Civil, los siguientes artículos con relación a la prueba de oficio.

Art. 179.- Prueba de oficio y a petición de parte. *Las pruebas pueden ser decretadas a petición de parte, o de oficio cuando el magistrado o Juez las considere 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 éstos aparezcan mencionados en otras pruebas o en cualquier acto procesal de las partes.*

(.....)

Art. 180.- Decreto y práctica de pruebas de oficio. *Podrán decretarse pruebas de oficio, en los términos probatorios de las instancias y de los incidentes, y posteriormente, antes de fallar.*

(.....)

En Uruguay: Mediante la Ley 15.982, quedó establecido el Código General del Proceso, el cual establece en su Capítulo IV, procedimientos posteriores a la prueba, determinando el uso posterior de la prueba para mejor proveer, en los siguientes artículos:

Artículo 193.1.-*Concluida la audiencia y al retirarse el tribunal para considerar su decisión no se admitirá ninguna otra prueba en la instancia.*

Artículo 193.2.-*El tribunal podrá disponer, en el mismo acto en que efectúense anunció, diligencias para mejor proveer, debiendo dejar expresa constancia de las razones por las cuales no dispuso su diligenciamiento de oficio, durante el trámite del proceso.*



En Chile: El Código de Procedimiento Civil, aplica mediante la Ley N.º 1.552, regulando en su Título XII, de los procedimientos posteriores a la prueba, el uso de la prueba para mejor proveer.

***Art 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. Exceptuase la prueba de testigos, que no puede ordenarse de oficio; pero sí podrá el Juez preguntar o pedir explicaciones a los testigos que ya hubiesen declarado legalmente.*

Esta facultad se ejercerá en todas las instancias antes de la sentencia o auto definitivo, sea cual fuere la naturaleza de la causa.

En Italia: Además de los poderes extraordinarios conferidos al Juez, el Código de Procedimiento Civil (Codice di Procedura Civile), establece en el título de la prueba en general, en su artículo 154 lo siguiente:

***Art 154.** Para la investigación de la verdad, se prevé el supuesto de obligar a las partes a presentar los documentos que conste existen en su poder, bajo apercibimiento de declarar auténtico el contenido de los mismos.*

En Francia: el uso de la prueba se encuentra regulado en su Código de Procedimiento civil (Code of Civi Procedure. France.), tal como se establece en el siguiente artículo:

***Artículo 10** - El Juez tiene la autoridad de ordenar de oficio todos los medios de instrucción legalmente admisibles.*

En Bolivia: se establecen también amplias facultades al juzgador, desde antes de dictar sentencia se les faculta para que subsanen de oficio cualquier defecto



procesal, así como se plasma entre las facultades del Juez en su Código Civil Boliviano, Ley 439-13, lo siguiente:

Art. 378.- (Facultad del Juez). *El Juez dentro del período probatorio o hasta antes de la sentencia podrá ordenar de oficio declaraciones de testigos, dictámenes de peritos, inspecciones oculares y toda la prueba que juzgare necesaria y pertinente.*

En España: La ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil Español, establece el uso de la prueba de oficio tal como dice, en su artículo 287:

Artículo 287. Iniciativa de la actividad probatoria: *las pruebas se practicarán a instancia de parte. Sin embargo, el tribunal podrá acordar de oficio, que se practiquen determinadas pruebas o que aporten documentos, dictamen u otros medios e instrumentos probatorios, cuando así lo establezca la ley.*

En Perú: Mediante resolución ministerial N° 10-93-JUS, se puso en vigencia El Código Procesal Civil, el cual regula esta prueba de la siguiente forma:

Artículo 194. Pruebas de oficio. - *Cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción, el Juez, en decisión motivada e inimpugnable, puede ordenar la actuación de los medios probatorios adicionales que considere convenientes.*

En Estados Unidos: Se tiene establecido por la Ley de la Corte Federal, lo siguiente:

Regla 614- Llamado e interrogación de testigos por la corte. (a) *Llamada por la corte puede, según su propia consideración o a petición de parte, llamar testigos, y todas las partes pueden interrogar los testigos llamados* (b) *Interrogación por la corte. La corte puede interrogar a testigos, así sea llamado por la misma corte o por una de las partes.*



Regla 706- *Expertos señalados por la corte (a) cita. La corte puede según lo disponga por sí misma o por las partes incorporar una orden para demostrar causa porque los testigos expertos no deben ser designados, y pueden solicitar las partes el envío de nombramientos. La corte puede 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 al menos que el testigo consienta su actuar.*

Según las características y facultades que da cada legislación a sus juzgadores, podemos plantear que la prueba de oficio es una herramienta procesal de amplia relevancia para los jueces y cortes de cada estado.

3.4. El impulso de oficio en el sistema procesal

Como hemos podido apreciar, el sistema procesal se encuentra en constante movimiento, el cual, en diferentes países ha sido regulado de diversas maneras todos con el objetivo de llegar a un mismo fin, el cual es constituir un sistema lo más justo posible, en miras a obtener sentencias que sean lo más cercanas a la verdad.

En nuestra legislación procesal, se ha mantenido el principio dispositivo, en el que se presenta la peculiaridad de que las partes son las que tienen la iniciativa procesal. En la legislación anterior (Código de Procedimiento Civil), si bien su estructura normativa era amplia, clara y diversa en los trámites, éste principio dispositivo se prestaba fácilmente para dilatar por las partes procesales el trámite, lo que evidenciaba un gran conflicto que principalmente radica en la demora, tornando a la administración de justicia exageradamente lenta y por muchas ocasiones ineficaz.

Precisamente, esa demora en el trámite, en un sistema dispositivo, escrito, fue el sustento argumentativo de justificación social para que el Legislador sustente la incorporación del sistema oral al trámite de causas no penales, incorporando además otros principios procesales, que, si bien privilegian la oralidad,



mantiene prácticas escritas que de alguna manera lo convierten en un sistema mixto.

Esto lo podemos afirmar por la estructura normativa del COGEP, cuerpo legal que reduce la diversidad de trámites, limita el ejercicio abusivo y genera responsabilidad jurídica y técnica al ejercicio de la defensa, acorta los términos procesales, como los períodos de abandono, entre otros, con el afán de tornar eficiente su aplicación; en definitiva, el Legislador lo ha estructurado bajo los parámetros constitucionales necesarios, pero sobre todo, otorgándole fortaleza protagónica a la figura del juzgador, al otorgarle la dirección del proceso; y, a las partes procesales la libertad probatoria para sustentar las teorías fácticas y jurídicas de cada caso. Pero, por encima de esas fortalezas que tienen los protagonistas de un proceso, se le entrega o atribuye al Juzgador o Juzgadora, una herramienta procesal muy importante, en pos de descubrir la verdad, al poder disponer la práctica de una prueba de oficio; es decir, si bien las partes procesales están obligadas a clarificar la verdad con las pruebas aportadas, en muchas ocasiones pueden no ser lo suficientemente claras, no siempre pueden ser leales o pueden presentarse distorsionadas, entonces, la potestad de intervenir en favor de la administración de justicia; por lo cual el estado mediante su funcionario público “Juez o Jueza” tiene la misión de hacer justicia a nombre de la sociedad.

De la misma manera en que se desarrolló este principio en nuestro sistema, tuvo que surgir también el principio de celeridad que consiste en que, una vez iniciado el proceso por iniciativa de la parte interesada, este se desenvuelve con la dirección propia del Juez. Es el juzgador quien debe evitar la violación de derechos constitucionales y promover en consecuencia los actos procesales necesarios para que el proceso siga su marcha hasta la resolución del litigio.

3.5. Sistema adversarial o acusatorio

Debido a la existencia del principio de celeridad y a los males que aquejaban y aquejan al procedimiento escrito, se tuvo que desarrollar a la par el sistema



procesal oral, que es el sistema que analizaremos en este subcapítulo. Nos referimos al sistema adversarial, más conocido como sistema oral.

A pesar de la anterior afirmación, existen países que todavía no han sumado a su práctica procesal, el sistema oral, mientras que otros ya tienen una amplia experiencia en cuanto a su uso, por lo tanto, estableceremos nuestro enfoque en países de nuestra región, como son; Chile, Uruguay y Perú, ya que estos tienen una sólida convicción y práctica sobre el mencionado proceso.

El Sistema Acusatorio Adversarial es el origen del sistema procesal oral acusatorio, que es lo que se conoce también como juicio oral, con el que se explicará y tratará de defender en todo momento la búsqueda de la verdad. No podemos dejar de mencionar a pesar de que este sistema no será de estudio detallado en este trabajo, que el desarrollo del mismo ocurre en dos momentos, un primer momento es; la preparación del mismo y un segundo momento es; la conciliación del litigio.

En estos tres países que utilizaremos como ejemplo, tenemos que; Uruguay fue uno de los primeros que comenzó a implantar este modelo en Iberoamérica para perfeccionar su justicia, por lo tanto, en este país podemos encontrar un gran desarrollo de la normativa procesal civil; también tenemos que en Chile, en la última década, ha desarrollado una gran reforma procesal en cuanto a los procesos de familia y laboral, aquí podemos apreciar que el sistema de audiencias orales es muy parecido al de Uruguay; de la misma manera podemos plantear que en Perú las reformas normativas que se van suscitando en esta década son cuantitativas, ya que han dado un salto normativo en su sistema procesal, caracterizándose más la ley procesal del trabajo, la cual ha perfeccionado tanto el sistema oral como la buena aplicación de la política pública judicial para estos casos.

Todas estas reformas que han ido surgiendo en estos países, tienen sus antecedentes en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica del año 1988, el cual fue creado con el objetivo de servir como base para todos los países de la región.



Siguiendo este orden de análisis, podremos adentrarnos en cómo se aplica en nuestro país, dicho sistema procesal.

La Constitución del Ecuador consagra el sistema oral, señalando en su art. 86 numeral 2, que: "...Las garantías jurisdiccionales se regirán, en general, por las siguientes disposiciones: ...a) El procedimiento será sencillo, rápido y eficaz. Será oral en todas sus fases e instancias..." (Asamblea Nacional Constituyente, 2008).

La oralidad conlleva al mejoramiento de la administración de justicia, en efecto, el Código Orgánico General de Procesos, dispone que el Juez tendrá que pronunciar su sentencia oral al término de la audiencia de juicio ante las partes procesales. Esto está previsto para los casos civiles, laborales, familia y en otros procesos que no sean penales.

El art. 93 del COGEP, regula la decisión oral, similar a lo previsto en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la cual ordena que, al finalizar la audiencia, el juzgador pronunciará su decisión en forma oral. La aplicación del sistema oral, para que funcione de una manera eficiente y eficaz, debe tener un apoyo logístico concatenado que se mueva a la par de sus exigencias y desarrollo procesal, es decir necesita de un apoyo tecnológico, de un mayor número de jueces, de abogados representantes con preparación, agilidad mental, razonamiento y capacidad de reacción. La oralidad, significa la observancia de los principios de tutela judicial, debido proceso, intermediación, concentración y publicidad en el proceso.

El juicio oral se complementa con la escritura, es decir se toma las ventajas de cada sistema. Por lo tanto, de la oralidad podemos tomar la práctica de pruebas, alegaciones y fallo; sin embargo, de la escritura podemos tomar la forma de preparar la sustanciación (demanda y contestación). La oralidad, sumada a los escritos de los actos de proposición y una preparación para el debate en las audiencias, garantiza una justicia transparente, de tal manera que el Juez puede captar con facilidad a quien le asiste la razón y al final emite un fallo ajustado a Derecho.



Conforme al artículo 80 del Código Orgánico General de Proceso, el rol del Juez como director del proceso judicial, se fortalece con las facultades de: dirigir; impulsar e impedir la paralización del proceso; sancionar el fraude de los abogados; adaptar la demanda a la vía procesal apropiada; ordenar pruebas de oficio; ordenar la comparecencia personal de las partes cuando sea oportuno y puede expulsar a quienes alteren o perturben el desarrollo del proceso.

En el Código Orgánico General de Procesos, se centra la actividad probatoria en las audiencias, donde tanto la admisión como la práctica de la prueba se realizan en forma oral.

Mediante el proceso, la relación entre los litigantes y el Juez se hace más activa y directa; aquí el Juez debe realizar un estudio minucioso sobre el expediente para poder tener una idea clara sobre el tipo de proceso que se está dilucidando, pues así podrá hacer uso de su facultad de dirección, ya que él es el que organiza la audiencia. En este proceso el Juez puede apreciar mejor la realidad de los hechos, ya que los abogados también en el momento de la oralidad pueden alegar nuevas pretensiones, impugnaciones y aclaraciones de los hechos.

En este tipo de juicio oral existe una relación cercana entre el juzgador y la prueba que se presenta para el esclarecimiento de la Litis, ya que la prueba se presenta a lo largo de todo el proceso en varias etapas; en un primer momento, se encuentra la etapa en la que se anuncia la prueba, que no es más que aquella etapa en la que se propone en los actos de demanda, reconvencción y contestación; después se encuentra la etapa de admisibilidad, que se da en la audiencia preliminar; después se pasa hacia la etapa de diligencia de la prueba y finalmente a la etapa de valoración que es la que realiza el juzgador en la sentencia de forma oral.

3.6. La necesidad de prueba para mejor resolver

Cuando un Juez ordena de oficio la práctica de prueba que juzgue necesaria para mejor resolver, lo que está buscando es la certeza de sus conocimientos



adquiridos durante la solución del conflicto, antes de proferir el fallo; esta potestad el Juez puede o no utilizarla, y si hay duda, pero hay prueba, es lógico que este quiera consecuentemente convencerse antes de emitir su fallo.

Es el Juez, el que establece la necesidad de dictar el auto o el fallo, ordenando la ejecución de la realización de las diligencias que considere necesario para el esclarecimiento de los hechos, dentro de los márgenes que la Ley confiere a esa potestad judicial. El auto dictado para mejor resolver es privativo y discrecional del Juez y no es un derecho de la parte.

Debido a que la convivencia de los hombres, se hacía cada vez más problemática, se hizo necesario crear nuevas normas de juzgamiento que posibilitará dictar una sentencia definitiva, aun en los casos en que no hubiera norma existente para aplicar, por lo que se generaron las reglas de la carga de la prueba, las cuales se fueron ajustando con el paso del tiempo para ajustar las soluciones legales o jurisprudencia.

El debido proceso debe cumplir su principio de igualdad, por lo que se deduce que, si el proceso no es justo, el debido proceso deja de serlo, lo cual jurídicamente sería inaceptable, por lo que el juzgador fundamentalmente debe cumplir el principio de imparcialidad para con las partes, al momento de aplicar las nuevas normas para mejor resolver.

Contra esta tendencia, existe una postura interesante, se afirma que cuando el Juez dicta este tipo de medidas, lo hace sin conocer el resultado y que es para su propio convencimiento.

Las diligencias para mejor resolver son prácticas probatorias, dictadas por el juzgador para llegar al esclarecimiento de algún hecho controvertido, por supuesto que para que estas diligencias sean puestas en práctica, deben ser pertinentes y necesarias para el esclarecimiento de los hechos litigiosos. Estas tienen como fin que el tribunal pueda llegar a una mejor administración de justicia. Con la solicitud de las diligencias se busca un fallo que se acerque lo más posible a realidad de los hechos, además de que con su emisión el juzgador puede llegar a una mejor aclaración del problema objeto de la Litis.



3.7. Análisis de sentencias recabadas dentro del periodo de investigación, en las cuales ha sido necesario aplicar la prueba de oficio.

La prueba de oficio para ser utilizada por el Juez para mejor resolver, puede ser pedida por diferentes causas en las que se desarrolla el proceso, como: cuando hay insuficiencia de material probatorio aportado por las partes, cuando existe insuficiencia probatoria, cuando existe supuesto para su invocación y cuando hay facultad del Juez.

A continuación, expondremos algunas sentencias en las cuales ha sido necesario utilizar la prueba de oficio para mejor resolver.

Caso 1- Identificación de Sentencia: Corte Suprema de Justicia- España.

Expediente: 7901

Hechos relevantes:

Gloria y Gabriel, se conocieron y comenzaron una amistad, el 1ro de octubre de 1997, los nombrados sostuvieron relaciones sexuales, Gloria quedó embarazada, naciendo el menor Alejandro, el 29 de junio de 1999.

Gabriel, no aceptó la paternidad.

Gabriel fue demandado en proceso de paternidad y al contestar la demanda, se opuso a la misma. (Colmenares Ayala, 2012, p. 68-69).

Es claro que ante el comportamiento obstructivo de las partes para que se pueda efectuar un proceso acorde a derecho y aplicar lo justo, debe proceder el Juez, ya que en materia de familia el juzgador no se encuentra limitado a los hechos aportados por las partes sino a la naturaleza del conflicto, por lo que el tribunal de oficio solicitó la prueba de paternidad, ya que las partes no se ocuparon de presentar la relación de filiación.

Esta decisión del tribunal, conlleva a que se dictara una sentencia estableciendo la relación de filiación, que era el objeto de la Litis.



Caso 2. Identificación de Sentencia: Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil de Colombia.

Veintiséis (26) de mayo de dos mil seis (2006)

Expediente: 00222

Hechos relevantes:

El Banco Hipotecario demandó a Pedro Hernández, para que se le condenara a pagar el saldo de la obligación derivada del contrato de mutuo celebrado entre las partes, así como para que se declarara que dicha obligación se encuentra garantizada con la hipoteca que se refiere la escritura No. 2370 de septiembre de 1998, otorgada en la notaría Quinta de Barranquilla.

En la escritura de Hipoteca el Señor Hernández, se comprometió a utilizar la suma a recibir para abonar a la obligación hipotecaria de la cual era deudora la señora Bertha Fernández de Jerman.

El demandado se opuso a las reclamaciones judiciales, negando la existencia del contrato mutuo. El demandado reconoció haber realizado algunos pagos, aduciendo engaño del banco pues se le prometió retribuirlos al firmarse el mutuo.

Los jueces de primera y segunda instancia decretaron pruebas de oficio, tendentes a que se adjuntará el acto de subrogación de la hipoteca a cargo del señor Hernández, así como la documentación pertinente sobre el crédito que el banco le había concedido a él, y la relativa al crédito de constructor que tenía la señora Bertha Hernández de Jerman. (Colmenares Ayala, 2012, p. 68-69).

En esta sentencia podemos apreciar, la necesidad por parte del administrador de justicia, de solicitar pruebas de oficio para poder llegar a una convicción procedente sobre los hechos que se suscitan y así poder llegar al convencimiento legal para poder emitir una correcta sentencia, ya que la parte,



demandante no aportó los documentos necesarios que ayudarían a esclarecer la Litis.

Caso No. 3. Identificación de Sentencia: Corte de Justicia de la República – Perú.

Expediente: 34553-98

Hechos relevantes:

Una demanda de ocupación precaria interpuesta por la sucesión Manco Garay en contra de Ernesto Torres Ayllón y Santos Zavala Reyes, por ocupar sin título alguno 100 m² del fundo "El Platanar" ubicado en el distrito de Surco. En la citada demanda se señala que los demandados para habitar dicho terreno, lo han cercado con adobes y esteras, lo han lotizado y han creado una dirección asignándole el nombre de pasaje Manzanilla Nro. 300.

El A quo (Juez de primera instancia) con los medios probatorios aportados al proceso ordenó la desocupación de todo el inmueble, sin embargo, la Sala al examinar el proceso en apelación de sentencia, cree que existe insuficiencia probatoria y por lo tanto le ordena practique una inspección judicial (prueba de oficio) con presencia de peritos para determinar el área que ocupan los demandantes y si la misma se encuentra dentro de la propiedad que invocan tener los demandados. (Colmenares Ayala, 2012, p. 68-69).

Con esta iniciativa probatoria de la sala para encontrar a quien pertenecía la propiedad objeto del litigio, se pudo establecer una sentencia lo más acertada posible, debido a que se recabaron todos los medios probatorios para el esclarecimiento de los hechos.

Caso No. 4- La Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República – Perú



Expediente: CAS. N° 2020-2004 LORETO (El Peruano, 02-06-06)

MATERIA DEL RECURSO: Se trata del recurso de casación interpuesto por Edita Ofelia Vásquez Torres Viuda de Bicerra, contra la resolución de vista de fojas doscientos ochentinueve, de fecha veintisiete de mayo del dos mil cuatro, expedida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Loreto, que confirma la resolución número veintidós del diez de octubre del dos mil tres, obrante a fojas doscientos veintisiete, que declara infundada la demanda; confirmándose en lo demás que contiene;

FUNDAMENTOS DEL RECURSO: Mediante Resolución del cuatro de octubre del dos mil cuatro, ésta Suprema Sala declaró PROCEDENTE el presente recurso de casación, por la causal relativa a la contravención del inciso cuarto del artículo ciento veintidós del Código Procesal Civil, así como del artículo trescientos setenta del mismo Código, sustentando que la resolución impugnada resulta agravante por cuanto, no se ha observado la función del principio de especialidad y razonabilidad de la norma referente a los Seguros; que se ha meritado y valorado un documento ofrecido como medio probatorio, extemporáneamente emitido contraviniendo las exigencias de la Ley, específicamente el artículo trescientos setentisiete del Código de Comercio; que se ha meritado como medio probatorio el Informe presentado por la demandada, infringiendo el artículo ciento ochentinueve e inciso quinto del artículo cuatrocientos cuarentidós el Código Procesal Civil; que, con el fin de aparentar fundamentación, se ha incluido el considerando sexto de la resolución; que, no se ha meritado ni valorado, ni aludido al medio probatorio constituido por el documento de fojas diez, ofrecido con la finalidad de probar la existencia del seguro reclamado, contraviniendo el artículo ciento noventisiete del Código Procesal Civil; finalmente agrega que la afectación al debido proceso se ha producido al no haberse pronunciado el Colegiado respecto a los agravios denunciados en su escrito de apelación incurriendo así en contravención del inciso cuarto del



artículo ciento veintidós, así como del artículo trescientos setenta del Código Procesal Civil;

CONSIDERANDO:

Primero: Que, el artículo ciento noventicuatro del Código Procesal Civil establece: "Cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción, el Juez, en decisión motivada e inimpugnable, puede ordenar la actuación de los medios probatorios adicionales que considere convenientes...";

Segundo: Que, a fojas ciento cuarentisiete, por resolución número nueve, de fecha veintiocho de abril del dos mil tres, el Juez ordena a los justiciables presenten el contrato o póliza de seguro contra accidentes personales;

Tercero: Que, el banco demandado adjunta en copia legalizada el documento de accidentes personales con vigencia del primero de enero de mil novecientos noventiocho al primero de enero de mil novecientos noventinueve, expedido con fecha diez de mayo de mil novecientos noventiocho, obrante de fojas ciento noventicinco a doscientos uno;

Cuarto: Que, por lo que el Juez hizo uso de la facultad que le concedía el artículo ciento noventicuatro antes citado;

Quinto: Que, el accidente donde perdió la vida Omar Bicerra Vásquez - hijo de la demandante-, se produjo el cinco de mayo de mil novecientos noventiocho;

Sexto: Que, las sentencias de mérito han omitido considerar que la póliza de seguro de fojas ciento noventicinco a fojas doscientos uno, ha sido emitida el diez de mayo de mil novecientos noventiocho, es decir, con posterioridad al fallecimiento del señor Omar Bicerra Vásquez;

Séptimo: Que, en consecuencia, dichos fallos se han sustentado para declarar infundada la demanda en una póliza de seguros que no existía en el momento en que se produjo el accidente;

Octavo: Que, a ello se agrega que no se ha valorado el documento de fojas diez;



Noveno: Que, el debido proceso tiene por función asegurar los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política del Estado, dando a toda persona la posibilidad de recurrir a la justicia para obtener la tutela jurisdiccional de los derechos individuales, a través de un procedimiento legal, en el que se dé oportunidad razonable y suficiente de ser oído, ejercer el derecho de defensa, de producir prueba y de obtener una sentencia que decida la causa dentro de un plazo establecido en la ley procesal; que, la contravención del derecho a un debido proceso es sancionada por el juzgador con la nulidad procesal, y se entiende por esta aquel estado de anormalidad del acto procesal, originado por la carencia de alguno de los elementos constitutivos o en vicios existentes sobre ellos, que potencialmente lo coloca en situación de ser judicialmente declarado inválido;

Décimo: Que, en consecuencia se ha incurrido en la causal de nulidad contemplada en el artículo ciento setentinueve del Código Procesal Civil; SENTENCIA: Estando a las consideraciones expuestas; y de conformidad con lo establecido en el numeral dos punto uno del inciso segundo del artículo trescientos noventa y seis del Código Procesal Civil: declara FUNDADO el recurso de casación interpuesto a fojas trescientos dos por Edita Ofelia Vásquez Torres Viuda de Bicerra, CASARON la resolución de vista de fojas doscientos ochentinueve, su fecha veintisiete de mayo del dos mil cuatro, en consecuencia la declararon NULA; ORDENARON se expida una nueva resolución con arreglo a Ley: en la causa seguida por Edita Ofelia Vásquez Torres Viuda de Bicerra contra el Banco Wiese Sudameris, sobre indemnización; DISPUSIERON que la presente resolución se publique en el Diario Oficial El Peruano, bajo responsabilidad; y los devolvieron.(Barrionuevo, 2006, p.19-20).

En esta sentencia, se puede apreciar que la prueba de oficio fue necesaria debido a que existió en el proceso una insuficiencia de material probatorio aportado por las partes; cuando el caso fallado mediante sentencia fue admitido en casación, el Juez actuante pudo apreciar que en el proceso hubo



falta de material probatorio; en este caso no se había aportado por las partes la póliza de seguro contra accidentes personales, por lo que para tener una buena concepción del caso, el Juez consideró procedente hacer uso de la prueba de oficio para poder esclarecer mejor los hechos y poder dictar una sentencia acorde a derecho.

CASO 5.- Sentencia Dictada por el Tribunal de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, Ordinario de Nulidad de Sentencia Signado con el N° 2013-0152.

Dr. Manuel Cabrera Esquivel. -Juez Provincial Ponente. 2013-0152

Cuenca, 07 de diciembre del 2016. Las 08h56.-

VISTOS: El Tribunal se encuentra legalmente integrado con la intervención del Dr. Juan Pacheco Barros, Dra. Rosa Zhindón Pacurucu y Dr. Manuel Cabrera Esquivel, ponente, Jueces Provinciales de esta Sala Civil y Mercantil, en consideración a la reasignación de causas dispuesta por medio del Consejo de la Judicatura. **ANTECEDENTES.** - A la sentencia dictada por el señor Juez de la Unidad Judicial de lo Civil de Nabón Dr. Marco Ávila Solano, interpone recurso de apelación el accionado OLMEDO EFRAÍN MOROCHO MOROCHO en calidad de Presidente de la Asociación de Trabajadores Autónomos Nuestra Señora de las Nieves. En conocimiento de este Tribunal de Justicia por el sorteo electrónico y radicada la competencia por mandato de los Arts. 186 de la Constitución de la República, 206 y 208.1, del Código Orgánico de la Función Judicial, es el momento de resolver y para ello se tiene presente: **IDENTIFICACIÓN DE LOS SUJETOS PROCESALES:** Como demandantes el PRESIDENTE Y REPRESENTANTE LEGAL DEL CONSEJO GUBERNATIVO DE LOS BIENES ARQUIDIÓCESIS DE CUENCA; y AGUEDA GUILLERMINA MENDÍA RODAS, ESTHER GRACIELA GARZÓN MENDÍA, CLARA LUZ GARZÓN MENDÍA, JULIO CEVERO GARZÓN MENDÍA, MARCOS GASTÓN GARZÓN MENDÍA Y FRANCISCO HOMERO GARZÓN MENDÍA; como demandado OLMEDO



EFRAÍN MOROCHO MOROCHO en calidad de Presidente de la ASOCIACIÓN DE TRABAJADORES AUTÓNOMOS NUESTRA SEÑORA DE LAS NIEVES. **FUNDAMENTOS DE HECHO:** Comparecen Luis Gerardo Cabrera Herrera, como Presidente y Representante Legal del Consejo Gubernativo de los Bienes Arquidiocesanos de Cuenca, Águeda Guillermina Mendía Rodas, Esther Graciela Garzón Mendía, Clara Luz Garzón Mendía, Julio Cevero Garzón Mendía, Marcos Gastón Garzón Mendía y Francisco Homero Garzón Mendía, y en su memorial de demanda expresan: Que conforme al documento que adjuntan, el 06 de marzo de 2013, a las 08h45, en el juicio No. 162-2011, esta autoridad dictó sentencia, en la que se acepta la demanda y dispone: “*que la ASOCIACIÓN DE TRABAJADORES AUTÓNOMOS NUESTRA SRA. DE LAS NIEVES*”, *ha adquirido por prescripción adquisitiva de dominio a su favor y extintiva en contra de la CURIA ARQUIDIOCESANA DE CUENCA, un inmueble...*” Que en la sentencia consta: “*PRIMERO: no se han omitido solemnidades sustanciales que vicien el procedimiento por lo que el procedimiento es válido*”. Más que esto no se cumplió, porque se violó su derecho constitucional a la defensa, porque las solemnidades sustanciales contempladas en el Art. 346 en armonía con el Art.73 del C. de P. Civil, y que consiste en el derecho a ser citado y de recibir notificaciones de la sentencia, autos y demás providencias judiciales, y que para ello es necesario señalar casillero judicial o el domicilio judicial electrónico en el correo electrónico de un abogado, Art. 75 ibídem. Que esto se cumplió únicamente hasta el 06 de diciembre de 2011, fecha en la cual se dejan las notificaciones en los domicilios antes indicados, que posteriormente no han recibido notificación alguna y la Secretaria sólo asentó una razón escueta diciendo que notifica, al primero en las puertas de la iglesia y a los segundos en el domicilio judicial señalado. Que en cuanto al primero, la iglesia tiene tres puertas y nadie reside en ella y en cuanto a los segundos, que ellos señalaron correo electrónico de su abogada que incluso defiende a todos, incluido al primero, domicilio judicial electrónico de la Dra. Alexandra Novo Crespo que consta a fojas



62 y 63 de los autos (juicio No. 162-2011), pero que a partir de esa fecha no recibieron notificación alguna, a pesar que esta judicatura cuenta con este servicio, tramitándose el juicio en REBELDÍA, como manifiestan los actores en la junta de conciliación, y el Juez en la sentencia cuando dice: *“Los accionados por su parte no han actuado prueba, en la presente causa, quedando sus alegaciones en el papel como simples enunciados sin valor probatorio alguno.”* Que se coartó su derecho a la defensa, dado que el juicio se siguió y tramitó en rebeldía, Art. 299.3, en concordancia con el Art. 346.6 del C. de P. Civil, lo que constituye causa de nulidad de la sentencia, fundamentada en los artículos antes invocados y en lo que determinan los Arts. 300 y 301 íbidem, por cuanto hasta el 30 de agosto de 2013, no se ha ejecutado la sentencia ya que no se ha hecho la entrega material de la bien raíz prescrito por los demandados.

FUNDAMENTOS DE DERECHO: Se expresa que presenta su demanda con los antecedentes expuestos y con fundamento en lo establecido en los Arts. 300 y 301 del Código de Procedimiento Civil. **EL HECHO QUE**

SE EXIGE: La parte accionante, demanda en juicio ordinario al PRESIDENTE DE LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS NUESTRA SRA. DE LAS NIEVES” en la persona del SR. OLMEDO EFRAÍN MOROCHO MOROCHO, la nulidad de la sentencia dictada el 06 de marzo de 2013.-a las 08h45, en contra de la CURIA ARQUIDIOCESANA DE CUENCA, la condena en costas y fijación de honorarios de la defensora. **CONTESTACIÓN A LA DEMANDA Y EXCEPCIONES**

DEDUCIDAS: Una vez cumplidas las formalidades citatorias, a fojas 17, del cuaderno de primera instancia comparece la parte demandada contestando y oponiendo las siguientes excepciones: 1.- Falta de derecho de los actores, por cuanto los de apellido Mendía Rodas y Garzón Mendía, vendieron el inmueble al Consejo Gubernativo de los Bienes Arquidiocesanos de Cuenca, por lo que perdieron cualquier derecho y la sentencia de prescripción en nada les afecta. 2.- Que como consecuencia de lo anterior hay falta de legitimidad activa. 3.- falta de legitimidad pasiva y de legítimo contradictor. 4.- improcedencia de la acción en los hechos y



en el derecho de la demanda, Que la sentencia está ejecutoriada y ejecutada y que todo lo que dispuso el fallo se encuentra ejecutado. 5.- improcedencia de la demanda por no hallarse fundamentada en derecho, que los actores confunden lo que es la acción de nulidad de sentencia ejecutoriada con nulidad procesal. 6.- Que la sentencia objeto de esta acción se encuentra inscrita en el Registro de la Propiedad de Nabón. 7.- Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda, excepciones con las que ha quedado trabada la Litis. El demandado reconviene a los actores, pero la contrademanda no se acepta a trámite por incompleta y no completarla dentro del término concedido para hacerlo. **LA SENTENCIA APELADA.**- En su resolución de fojas 156 a fs. 157 vta., la Jueza A quo, considera que la parte accionante con las pruebas aportadas ha justificado su pretensión y que en el proceso en el que se dictó la sentencia objeto de esta acción, se faltó a las solemnidades esenciales señaladas en el Art. 346 números: 3 y 6 del C. de P. Civil, porque el actor Morocho no tuvo la autorización para demandar la PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA EXTRAORDINARIA DE DOMINIO del inmueble en cuestión y porque los demandados no fueron notificados con el autos de prueba ni con la sentencia dictada, violándose las normas constitucionales y legales señaladas en los considerandos QUINTO y SEXTO, incumpliendo y violando el debido proceso, violando el trámite correspondiente a la naturaleza del asunto o al de la causa que se juzga, como prevé el Art. 1014 del C. de P. Civil, determinándose además que las violaciones descritas influyeron en la decisión de esa causa, por lo que con fundamento en ésta última norma procesal citada, en el Art. 299.2, Art. 300, Art. 346.3 y 6, Art. 349, e inciso 3ro. del Art. 350 del mismo Código de Procedimiento Civil, declarando con lugar la demanda. **FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN:** La parte demandada en el término legal fundamenta su recurso en el hecho de que los fundamentos de la demanda se refieren a la nulidad procesal que fue materia de la resolución de la sentencia, al declararse válido el proceso, que no se tomó en cuenta la prueba aportada por la exponente, es decir la sentencia



protocolizada e inscrita en el Registro de la Propiedad, con la que se ejecutaba completamente el fallo, que hay incongruencia en la sentencia que declara con lugar la demanda fundamentado en normas referentes a la nulidad procesal, que la sentencia de primer nivel ya resolvió sobre la validez procesal y no puede volver a litigarse sobre el mismo hecho; que en su momento el Juez requirió señalen casilla judicial para notificaciones y que esa providencia fue notificada en las puertas de la iglesia, que fue el lugar señalado para recibir notificaciones, contradiciéndose el Juez A que cuando señala que estas diligencias por si solas no demuestran la falta de notificación que alegan los actores, sin embargo acepta la demanda; analiza la contradicción normativa en que se dice ha incurrido el Juez; y, que se ha demandado al Presidente de los Trabajadores Autónomos Nuestra Sra. de las Nieves , es decir se demanda a su persona y no a la asociación que representa y analiza un punto que no fue controvertido sobre la supuesta autorización que necesitaba para litigar, que existe falta de motivación en la sentencia; que considera las declaraciones de testigos por ser unísonos dando a entender que los testimonios fueron receptados en un sólo acto; que oficiosamente y sin constancia alguna refiere que en el trámite impugnado existían notificaciones por correo electrónico lo que no es tal precisamente por ello el juzgador requirió el señalamiento de casilla judicial; que el Juez descarta las excepciones propuestas pese a que le da la razón de que los actores de apellidos Mendía Rodas y Garzón Mendía perdieron cualquier derecho sobre el inmueble al venderlo a la curia configurándose la falta de derecho de los actores, entre otras, termina solicitando se revoque el fallo de primera instancia citando jurisprudencia. **CONSIDERACIONES Y**

FUNDAMENTOS: El Tribunal hace la siguiente fundamentación:
PRIMERA: TRÁMITE.- El Ecuador es un Estado Constitucional de derechos y de justicia, y el proceso es un medio para dar justicia a quienes acuden a ella, reclamando sus derechos; como dicen los Arts. 1 y 169 de la Constitución del Ecuador, y el Art. 18 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, en este caso la pretensión se ha tramitado



observando el debido proceso, se han cumplido cada una de las diligencias propias del juicio ordinario, en donde la parte demandante en ejercicio de sus derechos ha accedido al órgano administrador de justicia, constituyendo un deber del Juez resolver la causa, porque así disponen los Arts. 18, 23 y 28 del Código Orgánico de la Función Judicial, mientras que los demandados también han hecho valer sus derechos; y, sin que existan motivos para que se declare la nulidad, corresponden resolver.

SEGUNDA: NORMAS DE DERECHO. - Para el análisis de la presente causa es necesario considerar que normalmente un juicio termina con la expedición de la sentencia que, según el Art. 273 del Código de Procedimiento Civil, es la decisión del Juez acerca del asunto o asuntos principales del juicio. El Art. 299.- La sentencia ejecutoriada es nula: 1. Por falta de jurisdicción o por incompetencia del Juez que la dictó; 2. Por ilegitimidad de personería de cualquiera de las partes que intervinieron en el juicio; y, 3. Por no haberse citado la demanda al demandado, si el juicio se ha seguido y terminado en rebeldía. En el corolario de lo expresado, es necesario resaltar el Art. 301 del Código de Procedimiento Civil que prescribe: *"No ha lugar a la acción de nulidad: 1. Si la sentencia ha sido ya ejecutada; 2. Si ha sido dada en última instancia; y, 3. Si la falta de jurisdicción o la incompetencia o la ilegitimidad de personería fueron materia de discusión especial y de propio pronunciamiento que llegó a ejecutoriarse."*

TERCERA: DE LA PRUEBA: De conformidad con lo previsto en los Arts. 113, 115, 269 y 273, del Código de Procedimiento Civil, corresponde a la parte actora probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en el juicio y que ha negado el reo, en tanto que éste último debe probar su negativa si aquella contiene afirmación explícita o implícita sobre el hecho, el derecho o la calidad de la cosa litigiosa, y la sentencia es la decisión de la Jueza o Juez acerca del asunto o asuntos principales del juicio, en tanto que se debe resolver sobre los puntos que se trabó la Litis; y, en la especie, los fundamentos de la apelación.

CUARTO: PRUEBA DE LAS PARTES.- En el presente trámite tenemos:
PRUEBA DE LA PARTE DEMANDANTE: Para justificar su pretensión en



la prueba, a su favor reproduce lo que de autos le sea favorable e impugna lo desfavorable; tacha a los testigos de la contraparte e impugna los documentos que llegare a presentar; implementa las testimoniales de MIGUEL ÁNGEL MIRANDA, CARLOS ARALDO TEJEDOR CABRERA, ANTONIO MATUSALÉN SANTOS (fs. 32 a 33), quienes manifiestan haber conocido del proceso de prescripción instaurado por el presidente de los Trabajadores Autónomos Nuestra Señora de las Nieves, que cualquier notificación llega en el convento parroquial de Nabón, que es verdad que la iglesia tiene tres puertas y que colabora en la iglesia. Se solicita inspección judicial que corre de fs. 34. En segunda instancia reproduce toda ésta prueba actuada y constancias procesales de primera instancia además adjunta una foja útil con la que dice justificar la falta de certificación de la calidad con la que ha comparecido al proceso de prescripción el demandado, fechada en octubre de 2014. Pide luego oficiar al Ministerio de Trabajo a fin de que certifique lo petitionado y que consta de fs. 46 a 62. Presenta un documento que corre a fs. 43.

PRUEBA DE LA PARTE DEMANDADA: En el término de prueba de primera instancia la demandada solicita se reproduzca lo que de autos les sea favorable, en especial los puntos a los que contrae su recurso; objeta la legitimidad de la prueba de la contraparte; adjunta en diez fojas la sentencia dictada por el Juzgado Décimo Octavo Multicompetente de Nabón, la misma que ha sido protocolizada e inscrita en el Registro de la Propiedad; el historial de dominio conferido por el Registrador de la Propiedad del Cantón Nabón sobre el inmueble que fuera adjudicado a su representada; acta de la sesión de socios de la Asociación que representa en la que se le autorizó se demande la prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio; y, el Registro de la Directiva vigente de su organización.

QUINTA. - ANÁLISIS DE LA PRUEBA. - Los presupuestos fácticos presentados por la parte actora están determinados al hecho de la falta de notificación que aduce en el trámite. En la especie, la parte accionante al proponer su demanda ha manifestado que se le ha coartado el derecho a la defensa en el juicio de prescripción adquisitiva



extraordinaria de dominio, dado que el juicio se siguió y se tramitó en rebeldía Art. 299 numeral 3, en concordancia con el Art. 346 numeral 6 del Código de Procedimiento Civil, lo que constituye nulidad de la sentencia. Consiguientemente con estos los límites del requerimiento de la parte actora, con las excepciones puntuales del demandado, de que la sentencia ya se encuentra ejecutoriada y ejecutada, que tampoco el demandante se encuentra comprendido en los presupuestos de la regla 3 del Art. 299. Por lógica jurídica corresponde analizar prioritariamente si la sentencia se encontraba o no dentro de las causas de nulidad invocadas en el Art. 299, y vemos que los fundamentos de la demanda están radicados en pedir la nulidad por la tramitación de la causa en rebeldía, más en el presente caso, en el que el demandado opuso la excepción de sentencia ejecutada, y dicho cargo ataca fundamentalmente a la procedencia de la acción, es necesario analizarlo primariamente. Al respecto cabe decir que es obligación del Tribunal examinar y pronunciarse respecto de la procedibilidad de la acción, por lo que, en tratándose de un juicio de nulidad de sentencia, debe entrar a analizar si la sentencia cuya nulidad demandó el accionante estaba incurso en los casos previstos, en la norma inicialmente invocada en este acápite. La probanza incorporada por la parte actora, consiste en prueba testimonial, inspección judicial, y documental, de la que se advierte que en el proceso N° 2011-0162, han sido citados legalmente y han comparecido al proceso, señalando los demandados que recibirán notificaciones en la puerta del Juzgado (fs. 108 vta., 109 vta.) y señalando además un correo electrónico; y, el Presidente del Consejo Governativo de Bienes Arquidiocesanos del Azuay en la puerta de la Iglesia del Centro Parroquial de Nabón, lo que da cuenta que comparecieron legalmente al proceso; de hecho, el Juez al calificar la contestación y declarar trabada la Litis (fs.110 y 114), en providencia notificada a las partes dispone tener en cuenta el domicilio judicial señalado para recibir notificaciones. A fs. 131, del proceso se advierte la providencia en que el Juzgado “conmina” a las partes procesales a señalar casilla judicial, a fin de que puedan recibir



futuras notificaciones en esa jurisdicción, y dicha providencia es notificada en los lugares señalados a las partes procesales, cumpliendo lo dispuesto por el Juez la parte actora en esa causa y no así la parte demandada, conforme providencia de fecha 19 de enero del 2012, también notificada a fs. 133 en los lugares señalados por las partes. Es decir, la parte demandada en esa causa, compareció al proceso al haber sido citada legalmente y no señaló casilla judicial pese a la disposición emanada en providencia por el Juez y debidamente notificada. Luego afirma también que era obligación de la Actuaría señalar el correo electrónico que se ha mencionado al contestar la demanda, correo electrónico que no fue considerado por el Juez al calificar la contestación, lo que se deduce que a esa fecha el Juzgado no contaba ni con casilleros ni con el sistema informático actual. Era entonces obligación de la parte demandada en ese proceso en el que pretende la nulidad de sentencia, fijar la casilla judicial requerida, pero de no ser así, al haber señalado que recibiría notificaciones en la puerta del despacho, era obligación de la defensa concurrir a ese despacho a conocer el estado de la causa, por lo que no se puede atribuir un error o vulneración de derecho alguno por falta de notificación en la forma que plantea en el libelo de demanda. Pero si lo relatado no es suficiente, se ha de considerar que lo alegado pretende advertir nulidades procesales y lo planteado como pretensión es la nulidad de sentencia. Luego, consta copia certificada del proceso N° 2011-0162, requerida por el Juez A quo para mejor resolver, en la que a fs. 153 consta la razón de ejecutoría que data de fecha 15 de marzo del 2013; y la razón de la entrega de las copias necesarias para su protocolización; existiendo en el proceso la escritura realizada en la Notaría Primera del Cantón Nabón, el 22 de marzo del 2013 y la razón de la inscripción constante en la misma y en el certificado del respectivo Registro de la Propiedad con el número 94 de fecha 22 de Marzo del 2013; lo que nos hace prever el verdadero estado en el cual se encuentra el procedimiento en este momento. Sobre el caso en estudio, la Jurisprudencia de varios fallos de la Ex Corte Suprema de Justicia, sobre



el asunto, citaremos el siguiente: “*SENTENCIA EJECUTADA El numeral primero del Art. 301 del Código de Procedimiento Civil, dispone que no ha lugar a la demanda de nulidad de sentencia ejecutoriada cuando la sentencia ha sido ejecutada. La sentencia favorable en el juicio de prescripción adquisitiva se ejecuta con la inscripción de la misma en el registro de la propiedad. En consecuencia, si se encuentra registrada, vale decir ejecutada la sentencia, es improcedente el juicio de nulidad de sentencia que admite la prescripción adquisitiva*”. Gaceta Judicial. Año CVIII. Serie XVIII, No. 4. Página 1447. (Quito, 8 de marzo de 2007). En base de lo expuesto, este Tribunal, para motivar este fallo, considera que las Juezas y Jueces en la tarea de resolver el conflicto, se encuentran sujetos a límites precisos que las partes le dan al debate. La parte demandante señala las pretensiones y su fundamento. El demandado esgrime unos hechos, o le da una determinada presentación a los hechos expuestos por el demandante, de lo cual surgen en uno y otro caso, las defensas con las cuales la parte demandada pretende negar, modificar o paralizar las pretensiones del demandante; es necesario que el Juez se pronuncie dentro de los límites trazados; más en el fallo de primer nivel se hacen otras apreciaciones que no fueron objeto de la Litis por parte del Juez Aquo; por lo que, sorprender al demandado condenándolo a lo que no fue pedido por el actor, sin acoger una excepción que ha sido legalmente acreditada en el proceso, que fue anunciada en forma oportuna cuando la naturaleza de la acción así lo reclama, carecería por completo de sentido. Ello implicaría un pronunciamiento con extralimitación de las facultades conferidas por la Ley al fallador. Por lo tanto, la sentencia en su parte resolutive debe guardar armonía, con lo que se pide en la demanda, con las excepciones que aparecen probadas en el proceso, aunque no hubiesen sido alegadas si son declarables de oficio, y con las excepciones alegadas si se trata de aquellas que no pueden ser declaradas oficiosamente. Al respecto es necesario señalar que una de las prohibiciones para el ejercicio de la acción de nulidad previstas en el numeral primero del Art. 301 del citado Código Adjetivo



Civil corresponde al caso en que la sentencia ha sido ya ejecutada. Para una mejor comprensión, cabe distinguir la sentencia ejecutoriada de la ejecutada. La primera se produce por una cualquiera de las condiciones establecidas en el Art. 296 ibídem. La segunda equivale a poner la sentencia en acción, como su propia expresión lo indica “EJECUTARLA” a fin de que su decisión tenga imperio en el derecho de la parte que le fue favorable. En la especie, la ASOCIACIÓN DE TRABAJADORES AUTÓNOMOS NUESTRA SEÑORA DE LAS NIEVES, ejecutó la sentencia dictada por el Juez Décimo Octavo de lo Civil de Nabón cuando la protocolizó e inscribió. Consecuentemente y aplicando la disposición legal últimamente citada: no ha lugar a la acción de nulidad propuesta. Sin que sea necesario otro análisis y con los razonamientos que anteceden, este Tribunal **“ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA”**, aceptando la impugnación planteada, revoca la sentencia venida en grado y se declara sin lugar la demanda propuesta por el PRESIDENTE Y REPRESENTANTE LEGAL DEL CONSEJO GUBERNATIVO DE LOS BIENES ARQUIDIÓCESIS DE CUENCA; y AGUEDA GUILLERMINA MENDÍA RODAS, ESTHER GRACIELA GARZÓN MENDÍA, CLARA LUZ GARZÓN MENDÍA, JULIO CEVERO GARZÓN MENDÍA, MARCOS GASTÓN GARZÓN MENDÍA Y FRANCISCO HOMERO GARZÓN MENDÍA, en contra de la ASOCIACIÓN DE TRABAJADORES AUTÓNOMOS NUESTRA SEÑORA DE LAS NIEVES, representada en la causa por su Presidente. Sin costas, pues no se advierte haber incurrido en el contenido del Art. 293 del Código de Procedimiento Civil. Ejecutoriado devuélvase. -NOTIFÍQUESE. -

A pesar de que esta sentencia fue dictada con el articulado del Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano, se pone de manifiesto la importancia de la prueba para mejor resolver, pues fue necesario para un mejor esclarecimiento del juzgador solicitar copia certificada del proceso ordinario, ya que sin esta



prueba no se le presentaba de manera clara los hechos que se pretendían probar por parte de las partes litigantes.

En estos casos podemos apreciar la necesidad probatoria del Juez para llegar al esclarecimiento de los hechos causales de la Litis; se aprecia que el Juez utiliza la prueba solicitada de oficio, debido a que las pruebas aportadas por las partes son insuficientes para que pueda conformar su convicción. Debemos tener en cuenta que la solicitud de esta prueba se hace teniendo en cuenta siempre presente el cumplimiento de lo que se encuentra legislado. Es decir, bajo ninguna circunstancia la prueba de oficio podrá ser solicitada sin una base sólida que fundamente su necesidad de uso y siempre debe ser establecida su aplicación mediante fundamentos legales de hecho y de derecho.

Por último, se ha de considerar que la prueba para mejor resolver, si bien no ha sido definida de manera estricta, se ha mantenido en la legislación procedimental ecuatoriana con anterioridad a la vigencia del COGEP, específicamente en el Art. 118 del Código de Procedimiento Civil; así encontramos en la misma línea argumentativa la siguiente sentencia, en el que se considera esa prueba de oficio requerida por el Juez.

3.8. Consideraciones Finales

Con el desarrollo de la sociedad y el creciente surgimiento de los conflictos sociales, la posición de las altas cortes sobre la prueba de oficio ha ido variando y se ha hecho cada vez más especializada, con el único fin de que el Juez deba ir en busca de la verdad en los procesos. Primero decretan estas cortes la prueba de oficio, posteriormente imponen formas para el decreto de la prueba de oficio, estableciendo de que esta es una facultad; años más tarde se da cuenta que ya no sólo es una facultad discrecional, sino que es un deber fundamental de cada administrador de justicia. Podemos decir que es la iniciativa del Juez la que enmarca la prueba de oficio, para aclarar e investigar los hechos que produjeron la Litis.

En general podemos apreciar que la prueba en virtud de su desarrollo procesal, es independientemente de quien la aporte o exponga –sean las partes o sea el



Juez- siempre van a pertenecer al proceso y a su conclusión. Es decir, la prueba de oficio no puede suplir la carga que las partes tienen con respecto a la prueba, esta se solicita cuando la norma procesal lo exige y cuando la finalidad del proceso lo requiera.

Pudimos apreciar que el proceso de oralidad, se convierte en un método fundamental para la aplicación de justicia, enriquece la depuración que se produce y la calidad de las discusiones, así como también exige de los administradores de justicia una mejor preparación de la labor judicial, es decir deben realizar un estudio exhaustivo de los escritos de demanda y contestación y de la totalidad de sus anexos.

En estos procesos orales existe una gran conexión entre el juzgador y la prueba ya que se incrementa su interacción con los litigantes, existe por parte del Juez una mejor apreciación de la prueba pues puede directamente interactuar en su momento de apreciación y valoración, además de que en este tipo de proceso el Juez puede hablar directamente con las partes y con terceros, todo lo cual favorece a la figura del juzgador para poder dictar una sentencia lo más acertada posible y conseguir resolución fiable del problema que se litiga.

Para terminar, se puede decir que el proceso oral ha tenido grandes avances, a pesar de que todavía en muchos países de nuestra región se encuentra en un estado primario. Aunque en nuestro país su desarrollo junto a la evolución de la prueba para mejor resolver, cada día están siendo de mayor utilidad a la mejora del proceso y la obtención de resoluciones imparciales y justas.



CAPÍTULO IV

PRUEBA PARA MEJOR RESOLVER EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO

4.1. Generalidades

En lo que se refiere a la prueba, a continuación, se hablará sobre el ordenamiento jurídico ecuatoriano y su relación con la prueba, en particular, la prueba para mejor resolver.

Primeramente, hay que enunciar que el Estado ecuatoriano se ha estructurado como un Estado constitucional de derechos y justicia. Consecuentemente podemos decir que el (Art. 84 CRE) hace referencia a que las y los legisladores deben adecuar la producción de las normas, formal y materialmente, a los derechos de las personas y a la dignidad de estas. Y al hablar de las y los jueces la misma Constitución en su (Art. 172 CRE) expresa que las y los jueces sólo pueden ejercer su potestad jurisdiccional con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales y a la ley.

En definitiva, todo órgano del poder público en este caso las y los jueces están facultados para garantizar y proteger los derechos de las personas que se crean en la necesidad de activar el aparato judicial para amparar o tutelar sus derechos y obtener una resolución acorde a sus pretensiones.

Jorge Zavala Egas (2016) expresa que, “toda persona puede exigir los derechos de protección, de los cuales son sus titulares, cuando un derecho subjetivo reconocido por el Derecho le es afectado y así poder reaccionar mediante acciones administrativas o judiciales” .(p.21).

Tales derechos de protección que viabilizan las acciones reaccionales son el derecho a la jurisdicción o tutela administrativa o judicial efectiva (Art. 75 CRE); el debido proceso (Art. 76 CRE) que, a su vez, comprende el derecho de toda persona a exigir, de la administración o de la jurisdicción, el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes (No. 1); la presunción de la inocencia



(No.2), a que se cumpla el principio de legalidad (No. 3); el derecho de prueba (No. 4); la interpretación y aplicación de la ley penal más benigna (No. 5); a que se cumplan la debida proporcionalidad entre infracciones y sanciones (No. 6); el derecho de defensa y sus quince (15) derechos instrumentales que conforman sus estructura (No. 7, letras a) a m) y Art 77, numeral 7, letras a). b) y c). (Zavala, 2013, p.22).

Dentro de nuestro estudio, también hay que enunciar al Código Orgánico General de Procesos (COGEP), que es la normativa que regula toda la actividad procesal en nuestro país, en todas las materias, excepto la penal, constitucional y electoral. Ya con esta nueva normativa se da un rol mucho más protagónico al Juez como director del proceso, facultado en nuestra legislación para hacer uso de la prueba para mejor resolver y para desarrollar la prueba de la mejor manera.

En general, lo fundamental puede decirse que el derecho a la prueba incluye “cuatro aspectos esenciales, a saber: a) derecho a obtener las pruebas; b) derecho a aportar las pruebas; c) derecho a que se reciba y asuma la prueba; d) derecho a que se valoren las pruebas”. (Zavala, 2013, p.135).

4.2. En el Sistema Procesal Ecuatoriano

Nuestro sistema procesal es propiamente dispositivo, las partes son las encargadas de iniciar e impulsar el proceso hasta llegar a la sentencia, a pesar de esto, se le concede la facultad al Juez, de poder solicitar la prueba de oficio por lo que se plantea que tenemos algunos rasgos del sistema inquisitivo y esto conlleva a pensar y a plantear por algunos tratadistas que tenemos un sistema mixto.

En nuestro sistema jurídico el principio dispositivo está reconocido constitucionalmente por el artículo 168, y ha sido desarrollado también por el Código Orgánico de la Función Judicial en sus artículos 18 y 19, de manera que constituye un imperativo que debe ser cumplido por el Juez en el ejercicio de sus actividades jurisdiccionales.



Algunos estudiosos del Derecho, que están a favor de otorgarle la facultad de solicitar la prueba de oficio al Juez, alegan que ninguna ley debe limitar a los jueces en su capacidad de razonar y analizar, dado que ello perjudica el derecho de acceder a la administración de justicia, al limitarlos a ser simples árbitros pasivos frente a la probable violación de derechos fundamentales, y, al contrario, en su función de garantes, su actitud debe ser activa y vigilante.

Aunque también existen otros tratadistas que piensan que esta facultad es arbitraria, pero no es así en nuestro sistema, al contrario, es una facultad no arbitraria, pues se encuentra regulada en el artículo 168 del COGEP, el cual se encuentra fundamentado en el análisis del sentido de lo justo, el que es tan abstracto de poderse determinar y comprobar, que ya no sólo debemos mirar a la interpretación de lo que se encuentra legislado en nuestra sociedad, sino también al resto de las normas sociales que nos rodean. Por lo tanto, cuando accionamos el aparataje jurisdiccional, lo hacemos pensando en que nuestros derechos han sido violados y por consiguiente tenemos la razón, y no con la idea de que la contraparte nos quiere perjudicar, pero en el accionar del proceso, puede ser que una de las partes omita una prueba que sea objetiva e importante y que el juzgador considere trascendental para llegar a una solución de la Litis, por lo que este hará uso de esta facultad de usar la prueba para mejor resolver, mirando no a ninguna de las partes, sino para suplir la falencia cometida, cumpliendo así con las garantías jurisdiccionales otorgadas por el estado.

El Juez debe ser activo en la búsqueda de la verdad o al menos resolver con real conocimiento de causa, más esto no significa que al hacer uso de dicha prueba no cumpla con los principios procesales aplicables en el desarrollo del proceso, por tanto, podemos ver la prueba de oficio como un auxilio judicial para llegar al esclarecimiento de los hechos que se ventilan.



4.3. Aspectos fundamentales de la Constitución de la República

4.3.1. El derecho a la tutela judicial ordinaria de derechos e intereses, el debido proceso y de la garantía de la prueba

Se puede decir que el derecho a la tutela judicial efectiva como el derecho al debido proceso están íntimamente relacionados, el uno con el otro. Además, estos dos artículos que enuncia la Constitución tienen total relación para la viabilidad y desarrollo de la prueba.

La Constitución Política de la República en su Art.75 regula la tutela judicial efectiva de la siguiente manera:

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.*

Esta comprende el acceso a la justicia, además a que se instaure un proceso por el Juez o Jueza imparcial que impida toda indefensión y que, se dicte una resolución al respecto, sin embargo, esta resolución tiene que ser motivada en derecho

La tutela judicial efectiva es el nombre con el que se conoce el derecho a la jurisdicción que es producto de la evolución del derecho al debido proceso por el cual se pasa a regular cada etapa del procedimiento como, por ejemplo, asistencia de un abogado, derecho a la prueba, etcétera. (Zavala, 2016, p.24-26)

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

Zavala (2016) hace mención a la:



Comisión de Derechos Humanos que ha establecido que, el debido proceso no puede entenderse circunscrito a las actuaciones judiciales; porque debe ser garantizado en todo trámite o actuación del Estado que pueda afectar los derechos e intereses de los particulares. (p.30).

Así tenemos al debido proceso, el cual se analizará como un derecho fundamental, es decir un derecho de protección, que se efectiviza a través de sus garantías, pues así lo establece el artículo 76 de la CRE.

Por lo cual, en cuanto a la prueba, este mismo artículo, lo expresa como garantía de la siguiente manera.

Art. 76.- (...)

1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes. (...)

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

h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.

Entonces, el desarrollo de la actividad probatoria en su integridad es de rango legal, la Constitución lo reconoce y lo contiene en la letra h) del numeral 7 del (Art.76 CRE).

Para que las partes puedan hacer uso de ella y a su vez de su derecho a la defensa, Jorge Zavala Egas (2016) dice que:

Es acertado que el constituyente haya puesto en diferentes artículos los derechos de protección o de defensa como son la tutela judicial efectiva y el debido proceso, el artículo 75, reconoce el derecho a la tutela, mientras que el artículo 76, comprende el debido proceso que sólo se entiende satisfecho si se cumplen las garantías que son sus concreciones en los numerales 1) al 7). En cuanto al debido proceso se



tomará como derecho de protección, que se asegura a través de sus garantías contempladas en su mismo artículo en los numerales 1 al 7.
(p.25)

Por lo cual en estos artículos tenemos el “derecho a la defensa”, que es, en consecuencia, elemento integrante del debido proceso; y el “derecho de prueba” de los hechos que constituyen el objeto del proceso, es una de las garantías que instituye la Constitución para la concreción empírica de aquel.

Se señala que, la Constitución incide en cuanto a la regulación jurídica de la prueba, esta trata de decir qué elementos de prueba pueden ser empleados en el proceso; aunque las partes pueden influir en la valoración de las pruebas que debe efectuar el Juez, interviniendo, discutiendo, haciendo uso del principio de contradicción y aportando pruebas en contra, antes que se decida el hecho.

4.4. Objeto de la actividad probatoria en el COGEP

El desarrollo de la actividad probatoria en su integridad es de rango legal, la Constitución lo reconoce y lo contiene en la letra h) del numeral 7 del (Art.76 CRE). Para que las partes puedan hacer uso de ella y a su vez de su derecho a la defensa. Un punto a tratar es el objeto de la actividad probatoria, y cómo esta se concibe propiamente en nuestra legislación.

Zavala Egas (2016) dice que son:

Primero, los actos que representan conductas exteriores o psíquicas, voluntarias o involuntarias, individuales o colectivas siempre que sean susceptibles de ser percibidos por los sentidos. Siendo así también los hechos humanos y, por lo tanto, objeto de prueba la costumbre y los textos que enuncian las prescripciones jurídicas nacionales o extranjeras en tanto sean comprendidos como obras de los hombres.

Segundo, los hechos de la naturaleza, los objetos o bienes materiales en cuanto insertos en documentos.



Tercero, también son objeto de prueba la existencia, las propiedades, capacidad y demás características de las personas naturales y de las jurídicas. (p.128-129).

Ante todo, hay que tener presente la finalidad de la prueba, nuestro ordenamiento jurídico lo expresa en el COGEP, en su Art. 158, que la prueba tiene como finalidad llevar al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias controvertidas.

La demanda y sus pretensiones se estructuran por lo tanto de la siguiente manera: el sujeto activo que es quien pretende, el sujeto pasivo frente a quien se lo hace y el Juez destinado a satisfacerla. Entonces las partes se encuentran enfrentadas, y cada una debe probar los hechos y circunstancias que sustenten sus pretensiones, y las defensas o excepciones, es decir, “debe probarse todos los hechos alegados por las partes, salvo los que no lo requieran” (Art 162. COGEP).

Pero también hay que hacer mención a los hechos que no requieren ser probados: los no controvertidos, los que no son posibles, los notorios o evidentes y los hechos presumidos ⁵iure et de iure (Art.163 COGEP)

Vale la pena hacer una aclaración, aunque la o los legisladores hablan de hechos, en realidad lo que se quiere expresar es que se tratan de afirmaciones sobre los hechos o enunciados fácticos. Por lo cual lo afirmado como hecho es lo que se ha de probar.

Es importante:

Para la actividad probatoria y su objeto determinar la necesidad o exigencia que los hechos a ser probados tengan «relevancia» y la tienen o son relevantes los hechos que están descritos por el legislador y sirve

⁵“Iure et de iure” Locución latina. De pleno y absoluto derecho. Jurídicamente constituye una presunción que no admite prueba en contrario, como el conocimiento de la ley, la duración del embarazo de la mujer, el domicilio legal, la presunción de reconciliación conyugal cuando el marido cohabita con la mujer después de haber dejado la habitación común, la legitimidad de los hijos concebidos durante el matrimonio, etc. (Ossorio, M. 2000, pág. 538)



de presupuesto a las reglas jurídicas aplicables al proceso. (Zavala, 2016, p.130).

No hay que olvidar en cuanto a los medios de prueba y estos en cuidado al objeto de la prueba, que deben cumplir y reunir los requisitos de pertinencia, utilidad y conducencia, según, lo prescribe el (Art. 160. COGEP). Este tiene relación con las objeciones de la prueba que es que las partes podrán objetar las actuaciones contrarias al debido proceso o lealtad procesal, así como cualquier prueba impertinente, inútil o inconducente, también cualquier acto intimidatorio (Art 170 COGEP).

En efecto vamos a explicar cada uno de los requisitos para que una prueba sea admitida.

La pertinencia o relevancia: esta es, “aquella contempla la relación que el hecho por probar puede tener con el litigio o la materia del proceso de jurisdicción voluntaria o de la investigación penal, o con el incidente si fuera el caso”. (Echandía, 2015, p.107).

De lo anterior deducimos que la prueba impertinente, será aquella que no lleva al Juez al convencimiento de los hechos, no se relaciona de ninguna manera al litigio, o de jurisdicción voluntaria, o del incidente, etc., y no puede influir en la decisión del Juez.

Utilidad: se diferencia totalmente de la conducencia, esta se refiere a “aquella actividad que, según la experiencia, pueda razonablemente esperarse que lograra el resultado apetecido, por existir una clara adecuación entre el medio propuesto y el fin a conseguir”. (Sendra,2015, p.503)

Según el COGEP para admitir un medio de prueba, hay que tener presente su utilidad que llevará a la convicción de un determinado hecho a la o el juzgador, de lo contrario el medio probatorio se vuelve inútil ya que no ha permitido persuadir a la o el juzgador de la existencia o inexistencia de un hecho.



Conducencia: es la aptitud “legal o jurídica de la prueba para convencer al Juez sobre el hecho a que se refiere. Este, debe ser examinado por el Juez cuando vaya a resolver sobre las pedidas por las partes o las que oficiosamente puede decretar”. (Echandía ,2015, p.106).

La conducencia debe adecuarse al objeto de la actividad probatoria, ya que puede darse el caso de que la o el legislador puedan prohibir la práctica de algunos medios de prueba en ciertos procesos, por lo que se dice que la conducencia no es cuestión de hecho, (como la pertinencia), sino de derecho, ya que se trata de establecer si es o no legalmente aceptada para probar un hecho.

4.5. La Prueba en el Código Orgánico General de Procesos

El 23 de mayo de 2016, entró en vigencia en nuestro país el cuerpo normativo “Código Orgánico General de Procesos”, el cual tiene muchos cambios y transforma el sistema procesal del país, claro está que la prueba es de orden relevante para este cuerpo normativo y hay que analizarla.

La prueba en el COGEP se encuentra regulada en el título II, y se subdivide en cinco capítulos: el capítulo I, trata sobre las reglas generales de la prueba; el capítulo II, la prueba testimonial; capítulo III prueba documental; capítulo IV, prueba pericial; y capítulo V, de la inspección judicial.

Es más, expresamente el **Artículo 3 del COGEP** establece quién está facultado en la dirección, control del proceso y dice:

La o el juzgador, conforme con la ley, ejercerá la dirección del proceso, controlará las actividades de las partes procesales y evitará dilaciones innecesarias.

En función de este principio de autoridad, la o el juzgador podrá interrumpir a las partes para solicitar aclaraciones, encauzar el debate y realizar las demás acciones correctivas.



Ya con esta nueva normativa se da un rol mucho más protagónico al Juez como director del proceso, facultado en nuestra legislación para hacer uso de la prueba para mejor resolver y para desarrollar la prueba de la mejor manera.

En particular, dentro de nuestro sistema procesal, el COGEP, tiene algunos principios en relación a la prueba, siendo los más destacados los siguientes:

Artículo 5.- Impulso procesal. *Corresponde a las partes procesales el impulso del proceso, conforme con el sistema dispositivo.*

Artículo 6.- Principio de inmediación. *La o el juzgador celebrará las audiencias en conjunto con las partes procesales que deberán estar presentes para la evacuación de la prueba y demás actos procesales que estructuran de manera fundamental el proceso.*

Sólo podrán delegar las diligencias que deban celebrarse en territorio distinto al de su competencia.

Las audiencias que no sean conducidas por la o el juzgador serán nulas.

En nuestro estudio revisaremos brevemente el capítulo I de las reglas generales de la prueba, y dentro de este el tema que nos atañe y que es la esencia de la presente monografía, nos referimos al artículo 168 de la Prueba para mejor resolver.

4.6. Reglas Generales de la Prueba.

4.6.1. Finalidad de la prueba en el COGEP

Ahora mismo, empezaremos hablando de la finalidad de la prueba, que como ya se ha hablado es un tema relevante y explica el porqué del existir de la prueba en nuestro ordenamiento jurídico, la cual tenemos regulada en el Art. 158 (COGEP), en la que se establece que:

Artículo 158.- Finalidad de la prueba. *La prueba tiene por finalidad llevar a la o al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias controvertidos.*



Para respaldar esta definición, se tiene como precepto que la prueba para ser admitida, debe reunir los requisitos de pertinencia, utilidad, conducencia y se practicará, con lealtad y veracidad, en donde la o el juzgador dirigirá el debate probatorio con imparcialidad y estará orientado a esclarecer la verdad procesal. Por ejemplo, en una audiencia preliminar la o el juzgador rechazará de oficio o a petición de parte la prueba impertinente, inútil e inconducente, pues las mismas deben obtenerse acorde los principios constitucionales. Es por ello que la resolución por la cual la o el juzgador decida no admitir alguna prueba podrá apelarse con efecto diferido. De admitirse la apelación, la o el juzgador superior ordenará la práctica de la prueba, siempre que con ella el resultado pueda variar fundamentalmente.

Se trata de que la o el juzgador que no tiene idea de los hechos suscitados pueda hacerse una idea de tal y como fueron estos, ya que para poder aplicar la ley al caso concreto y una vez que las partes hayan participado en el aporte de las pruebas, se tenga un real conocimiento de causa. Lo que se quiere es que la o el juzgador a través de la prueba se entienda “iluminado por la verdad”, es decir que la o el juzgador se encuentre convencido, al respecto de la verdad para llegar a solucionar y dar por terminado un conflicto.

Todo esto le permite al Juez llegar a construir una presunción judicial, en donde se reflejan todos los actos, circunstancias o signos suficientemente acreditados a través de la prueba y que además sean graves, precisos y concordantes, que adquieren significación en su conjunto cuando conducen unívocamente a la o al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias expuestos por las partes con respecto a los puntos controvertidos. Por lo tanto, la o el juzgador puede resolver la controversia sobre la base de estas conclusiones que constituyen la presunción judicial

4.6.2. Oportunidad de la Prueba

Acto seguido, continuando con el orden que plantea el COGEP, hablaremos del Artículo 159 que trata de la oportunidad de la prueba.



Artículo 159.- (...) *La práctica de la prueba será de manera oral en la audiencia de juicio. Para demostrar los hechos en controversia las partes podrán utilizar cualquier tipo de prueba que no violente el debido proceso ni la ley.*

Este artículo es muy relevante, ya que enuncia el proceso que debe seguir la prueba, se habla del derecho a probar que tienen la partes, el cual sirve para sustentar los hechos, sus pretensiones o sus excepciones del ser el caso dentro del proceso.

Hay que resaltar un gran cambio que se ha dado con este cuerpo legal, y justamente dentro de este artículo se hace visible, cómo es que, al presentar la demanda, contestar la misma, la reconvencción y contestación a la reconvencción, se debe ya adjuntar la prueba; o como se establece en el numeral 7, el cual establece que se hará el anuncio de medios de prueba (Art 142 COGEP), situación que no sucedía con el anterior Código de Procedimiento Civil, y que está marcando un cambio importantísimo en nuestra legislación, pues se trata de evitar la mala fe, la prueba sorpresa, etcétera.

También se habla de facultad de la o el juzgador, para facilitar que las pruebas que no estén al acceso de las partes, puedan ser solicitadas por su autoridad.

Siguiendo el sistema oral, obviamente la práctica de estas pruebas se realiza de manera oral en la audiencia única, que permite a las partes y a la o el juzgador estar más cerca de las mismas y poder cumplir su fin.

Brevemente hay que hablar de la apelación que se puede plantear, pues se dice que la prueba que no sea admitida por el juzgador, se puede apelar con efecto diferido, este efecto es nuevo y trata de que, “se continúa con la tramitación de la causa, hasta que, de existir una apelación a la resolución final, esta deba ser resuelta de manera prioritaria por el tribunal.” (Art. 261 COGEP)

4.6.3. Necesidad de la prueba

Continuando, hablaremos de la necesidad de la prueba igualmente regulados en el artículo 162 COGEP.



Es decir, en un proceso cuando una de las partes alegue un hecho o derecho, ya sea como acción o como excepción tiene que probarse, excepto que se invierta la carga de la prueba, es entonces cuando surge la necesidad de la prueba, aunque existe el particular de que la o el juzgador no puede aplicar su conocimiento propio como prueba con respecto a los hechos que se están conociendo, o que se ha trabado la Litis.

Artículo 162.- Necesidad de la prueba. *Deben probarse todos los hechos alegados por las partes, salvo los que no lo requieran.*

La parte que invoque la aplicación del derecho extranjero o disienta de ella presentará la certificación del agente diplomático sobre la autenticidad y vigencia de la ley.

A falta de agente diplomático, la parte podrá solicitar a la o al juzgador que requiera al Estado de cuya legislación se trate que certifique por la vía diplomática la autenticidad y vigencia de la ley.

La o el juzgador no podrá aplicar como prueba su conocimiento propio sobre los hechos o circunstancias controvertidos.

Es decir, tanto actor como demandado en cuanto hayan hecho afirmaciones de los hechos o se hayan excepcionado, deben evacuar prueba, es decir utilizar los medios probatorios de que se crean asistidos y probar sus pretensiones; en caso de tener inconvenientes y se requiera ayuda podrá solicitarse certificación de un agente diplomático o a falta de este a la o el juzgador que requiera el estado.

4.6.4. La valoración de la prueba

Por otro lado, en el COGEP, la valoración de la prueba se trata en el artículo 164, el cual dice:

Artículo 164.- Valoración de la prueba. *Para que las pruebas sean apreciadas por la o el juzgador deberá solicitarse, practicarse e incorporarse dentro de los términos señalados en este Código.*



La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, dejando a salvo las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos.

La o el juzgador tendrá obligación de expresar en su resolución, la valoración de todas las pruebas que le hayan servido para justificar su decisión.

Este artículo trata sobre a quién le corresponde valorar la prueba y es a la o el juzgador, quien, al conocer los hechos, al tener conocimientos de las afirmaciones o excepciones que hayan deducido las partes, procederá a emitir su resolución.

Claro que se debió haber seguido el debido proceso, es decir las pruebas debieron ser debidamente anunciadas, admitida, producida, y por último le corresponde a la Jueza o Juez valorarlas. En efecto, la o el juzgador para llegar a una resolución tiene que apreciar la prueba en forma conjunta, con la aplicación de la sana crítica “es decir el proceso mental de cuestiones y dudas, hasta el acto propio de la conclusión, donde emite su resolución, más este tiene que tomar en cuenta la valoración de todas las pruebas, en las cuales se haya respaldado”. (Buenaño, 2016, p.137).

4.6.5. Derecho de contradicción de la prueba

Por otro lado, tenemos el importante derecho de contradicción de la prueba que presenten las partes, este derecho está regulado en el artículo 165 COGEP.

Artículo 165.- Derecho de contradicción de la prueba. *Las partes tienen derecho a conocer oportunamente las pruebas que se van a practicar, oponerse de manera fundamentada y contradecirla.*

Este artículo se refiere a que toda prueba que se presente dentro de un proceso, deber ser puesta en conocimiento de las partes, es decir de la parte contraria, por lo cual la misma puede hacer uso de este derecho y de ser necesario contradecir o alegar lo pertinente de la prueba que se le presenta, por lo que entonces las partes tienen que seguir el debido proceso y presentar



sus pruebas, o de ser el caso allanarse o contradecirlas. Este artículo guarda estrecha relación con el derecho constitucional a la defensa, que tienen las partes, pues se establece que las partes pueden presentar prueba, y contradecir las que se presenten en su contra (Art 76, #7, literal h CRE).

4.6.6. La Prueba Nueva

Esta prueba se encuentra regulada en el artículo 166 (COGEP) de la siguiente forma;

Artículo 166.- Prueba nueva. *Se podrá solicitar prueba no anunciada en la demanda, contestación a la demanda, reconvencción y contestación a la reconvencción, hasta antes de la convocatoria a la audiencia de juicio, siempre que se acredite que no fue de conocimiento de la parte a la que beneficia o que, habiéndola conocido, no pudo disponer de la misma. La o el juzgador podrá aceptar o no la solicitud de acuerdo con su sana crítica.*

Aquí se determina que, una vez que las partes hayan anunciado y adjuntado sus pruebas para el comienzo del proceso, se puede dar el caso de que las partes procesales desconocieron de la existencia de una prueba nueva, la que no se podía obtener con anterioridad. Lo importante es que esta no puede presentarse en cualquier momento, si no podrá hacerse hasta antes de la audiencia de juicio, si no estaría dejando en indefensión a la otra parte, o se estaría actuando como prueba “sorpresa”. Quedando dicha prueba a potestad del juzgador de ser aceptada o negada.

4.6.7. Presunción Judicial

Por último, es importante mencionar a la presunción judicial, como lo enuncia el COGEP:

Artículo 172.- Presunción judicial. *Los actos, circunstancias o signos suficientemente acreditados a través de la prueba y que además sean graves, precisos y concordantes, adquieren significación en su conjunto*



cuando conducen unívocamente a la o al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias expuestos por las partes con respecto a los puntos controvertidos. Por lo tanto, la o el juzgador puede resolver la controversia sobre la base de estas conclusiones que constituyen la presunción judicial.

En este artículo queda reflejado que si los actos, circunstancias, etc., de que se valen las partes en su actuación en el proceso son suficientes, la o el juzgador en forma conjunta, valorándose, llegaran a su convencimiento, y en consecuencia podrá asumir una posición con respecto a tal o cual hecho conocidos en el proceso, entonces la o el juzgador resolverá en base a sus conclusiones que le llevó la presunción.

Jorge Zavala Egas (2016) al respecto dice que:

La presunción judicial es un procedimiento que trata de establecer sobre la base de hechos acreditados, graves, precisos, concordantes y con significado relativo al tema de la prueba otros hechos desconocidos. El Juez llega a la convicción de la ocurrencia de estos hechos ignotos mediante este razonamiento probatorio que dado que se fundamenta en la experiencia común que muestra cómo ciertos hechos le siguen normalmente otros, suele exigirse en lo general, un enlace preciso y directo entre el hecho conocido y el desconocido. (p.155).

4.7. La Prueba para Mejor Resolver

Seguidamente, en virtud de su análisis, se hará un acercamiento a las similitudes y diferencias con el anterior artículo 118 del Código de Procedimiento Civil (CPC) que regulaba a esta figura.

Art. 118.- Prueba de Oficio. *Las Juezas o 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 sí 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.

Para entender de una mejor manera, se describe similitudes y diferencias con el actual Art.168 COGEP, en cuanto a su regulación.

A. Similitudes:

- I. En el artículo 118 del CPC, con el artículo 168 COGEP, podemos entender como similitud, que esta facultad de disponer prueba de oficio es exclusiva de las o los juzgadores.
- II. Lo que se busca es el esclarecimiento de los hechos, de las afirmaciones propuestas por las partes.
- III. Queda a excepción, o al parecer del Juez o Jueza de considerar necesario hacer su uso.

B. Diferencias:

- I. Si bien es cierto se busca el esclarecimiento, pero el fin de la prueba en el art 118 es poder llegar a la verdad, al contrario del art 168, en cuya finalidad está expresada en el mismo código que es que tenga la o el juzgador el convencimiento de los hechos, esto no significa, necesariamente que se esté llegando al utópico de la verdad, si no que se trate de resolver con justicia.
- II. El momento para disponer de esta prueba era en el art. 118, en cualquier estado de la causa, hasta antes de la sentencia, es decir no tenía un momento específico, ahora con el art.168, es en la audiencia, la cual se puede suspender, pero estableciéndose un límite de 15 días para que se retome, y se continúe sustanciando.
- III. Otra diferencia es que en el art. 118 hay una limitación a la solicitud de esta prueba, que es en la prueba de testigos, aunque sí podrá el Juez o Jueza repreguntar o pedir explicaciones a los testigos. Esto precisamente ocurría porque teníamos anteriormente un sistema escrito, y esto presentaba algunas irregularidades, ya que muchas



veces estas diligencias eran evacuadas por secretarios o ayudantes judiciales; ahora con el sistema oral, el Juez conoce de cerca la prueba pues en la audiencia él está al tanto, puede preguntar, repreguntar, aclarar las dudas que tenga y si no es suficiente esto, hace uso de esta facultad excepcional. Entonces, aquí no hay limitaciones, se brinda total libertad ya que siempre que esté de acuerdo al ordenamiento jurídico, Constitución, tratados internacionales que serían sus limitaciones, no habría inconveniente.

- IV. También el anterior art 118 menciona que esta facultad se ejercerá en todas las instancias, sea cual fuera la causa, pero el artículo 168 nada expresa al respecto; sin embargo, se pudiera presumir que esta facultad será usada solamente en la audiencia.

Luego de una serie de reflexiones, sobre la base de las ideas de la prueba, su importancia, desarrollo, etc., finalmente se ha llegado al fondo del asunto, que es la “Prueba para Mejor Resolver” en nuestro ordenamiento jurídico. Hemos denotado que la prueba como actividad procesal se presenta a lo largo del proceso y tiene un lugar preponderante en las instancias orales, en cuanto su práctica y producción.

El principio de inmediación (Art 6 COGEP) es de especial importancia en la actividad probatoria, pues el Juez es quien directamente asimila el material probatorio, ya que se cree que mientras más cerca el Juez está de la prueba, más cerca estará de la verdad, no delega sus funciones y justamente eso es lo que pretende la implementación de este nuevo “sistema oral”. En realidad, se efectiviza el contacto directo del Juez con las partes y con la prueba que es lo más importante.

Así pues, la o el juzgador asume un rol de director (Art 3 COGEP), el cual se caracteriza por tener un papel más protagónico ya que puede, entre otras facultades, disponer de la prueba para mejor resolver, aquí se rompe con ese rol de la o el Juez como mero espectador, sin iniciativa probatoria.



Hoy la “Prueba para mejor resolver” se encuentra regulada en el artículo 168 del vigente COGEP, en el título segundo de la “Prueba”, aunque no hay que olvidar que en el artículo 118 en el anterior cuerpo normativo, del “Código de Procedimiento Civil” también estaba regulada, aunque se conocía como “Prueba de Oficio”, pero con la normativa actual se han hecho algunos cambios significativos y se ha dado una total libertad a la o el juzgador para que haga uso de esta facultad, siempre acorde al ordenamiento jurídico, con el cual se pretende un cambio positivo en el sistema de justicia.

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.*

Hay que hacer notar que, la prueba para mejor resolver como la conocemos ahora, es similar a la prueba de oficio. Esta prueba le corresponde al juzgador, quien de creerlo necesario para establecer la verdad de los hechos puede hacer uso de ella, más se cambió el nombre de prueba de oficio a prueba para mejor resolver porque al hablar de prueba de oficio nos parecería que se practicaba por los jueces por cuestiones relativas a su cargo y funciones, sin tener en cuenta que el fondo del asunto es el esclarecimiento de los hechos, por lo cual se vio necesario cambiar a la prueba para mejor resolver, que expresa de mejor manera el propósito de esta prueba.

En definitiva esta prueba trata sobre la facultad otorgada al director del proceso, la o el juzgador, de poder disponer pruebas, pero siempre que sea en un sentido excepcional, es decir que se aparte de lo ordinario, que se necesite especialmente para resolver un caso, porque de tenerse los elementos de convicción totalmente claros aportados por las partes, resultaría innecesario hacer uso de esta prueba, dicho en otra manera esta “debe restringirse a la indispensabilidad de la prueba requerida, de otra manera comprometería la



imparcialidad de los jueces con respecto a una de las partes”. (Zavala, 2016, p.143)

Otro punto importante es que los juzgadores deben dejar expresa constancia de su decisión, es decir de proveer pruebas de forma motiva, y así, se protege anticipadamente el debido proceso, logrando que los juzgadores expongan sus razones para haber solicitado tal o cual medio de prueba, pero esta motivación debe ser adecuada y suficiente, es suficiente cuando da “una breve explicación sobre las razones fácticas y jurídicas que le llevaron al juzgador a adoptar esa decisión” (Zavala, 2016, p.96). Por otra parte, no hay que olvidar que la propia Constitución dentro de las garantías básicas del debido proceso establece que las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas (...) (Art 76. Numeral 7, literal I). Considerando que esta necesidad de motivación, es fundamental para la legitimidad de esta facultad.

Hay que tener en cuenta que, en la práctica de las pruebas, de la que hagan uso los juzgadores “no se exime del cumplimiento de todos los principios inherentes a las que se aplican a las demás partes procesales” (Zavala, 2016, p.143).

Hay que destacar que el disponer de la prueba para mejor resolver permite al juzgador resolver, es decir tratar de cumplir con el fin de la prueba en nuestro país, y precisamente esclarecer los hechos mismos.

El efecto de que el Juez haga uso de la prueba de oficio es que la audiencia en la que la o el juzgador se vio en la necesidad de hacer uso de ella sea suspendida, aunque sabiamente las y los legisladores establecieron un tiempo máximo de 15 días, en la cual se retomara de nuevo, caso contrario se estaría dejando en indefensión a las partes, se violaría el principio de celeridad, etc.

Otra concepción que se tiene es que:

La práctica de la prueba de oficio, no interfiere con la facultad de los particulares de determinar el objeto del proceso, en forma exclusiva (principio dispositivo) ni con el de aportación de parte, pues son los litigantes quienes deben traer al proceso el material fáctico que



fundamenta sus respectivas pretensiones, no pudiendo el órgano jurisdiccional llevar a cabo ninguna actividad a investigar o aportar hechos no alegados por las partes, pues puede incurrir la sentencia en un vicio de incongruencia. (Zavala, 2016, p. 214).

Por otro lado, creemos que el Juez garantiza su imparcialidad, pues justamente en el mismo código se establece la prohibición al juzgador de hacer operar como prueba los hechos que son de su conocimiento privado (Art 162 COGEP), y lo más óptimo es disponer de esta prueba y resolver de una mejor manera.

Esta norma, claramente, se adecúa al principio de contradicción y al derecho de contradicción de la prueba (Art 165 COGEP), es decir que toda parte procesal debe actuar en el proceso, y de darse el caso de que el Juez decide practicar prueba para mejor resolver, obviamente se les debe permitir a las partes, contradecirlas, y participar en la práctica de aquellas ordenadas.

Como corolario de lo anotado, la adhesión a un sistema oral, nos obliga a realizar una lectura con mayor detenimiento a la llamada “Prueba para mejor resolver”.

En resumen, los estudiosos del derecho, que están a favor de otorgar esta facultad al Juez, alegan que prohibir legalmente el decreto de pruebas de oficio dentro de los procesos no es sino desconocer el valor de la justicia, así como las obligaciones de las autoridades judiciales de propender hacia la búsqueda de una verdadera defensa de los derechos que están consagrados en los tratados internacionales y en las constituciones. Estas afirmaciones se sostienen en que ninguna ley debe limitar a los jueces su capacidad de razonar y analizar, dado que ello perjudica el derecho de acceder a la administración de justicia al limitarlos a ser simples árbitros pasivos frente a la probable violación de derechos fundamentales. Por el contrario, en su función de garantes su actitud debe ser activa y vigilante.



Por otra parte, existe una posición contraria arguyendo que esta norma lesiona directamente el principio de independencia judicial al considerar que el deber del Juez es que prevalezca el derecho sustancial sobre el procesal y de esta manera hacer efectiva la búsqueda de la verdad y de la justicia. Todo basado en que el real y verdadero acceso a la justicia para efectivizar los derechos de los ciudadanos no se termina con la presentación de una demanda y la consecuente práctica de diligencias o el uso de algunos recursos, sino que finalmente prime la justicia y la vigencia de un orden justo, considerados como valores supremos.

Esta última posición también puede ser analizada desde el punto de vista del riesgo que correría el sistema de justicia cuando el Juez pase de ser director del proceso a dictador del mismo; esta línea delgada puede ser fácilmente transgredida por la constante tentación de evitar las injusticias o desde la actuación judicial, obtener aprobación de la gestión por parte de la sociedad, para esto pueden contribuir varios factores externos que van desde lo mediático hasta lo religioso. El peligro de la pérdida de imparcialidad del juzgador respecto a las partes se vería irreparablemente afectado y, además, se transitaría en contracorriente del derecho fundamental del debido proceso, que no es más que el respeto a sus propios principios dentro del juicio.

La Constitución de la República reconoce este derecho como fundamental y en esencia precautela la oportunidad para contradecir ante un Juez competente dentro de un régimen jurídico preexistente. Basado en este principio jurídico, Alvarado Velloso efectúa una crítica a la facultad probatoria de oficio argumentando que cualquier iniciativa que irrumpa en el desarrollo y estructura fundamental de los procedimientos o que afecta la legítima defensa, encajaría como una conducta que violenta el debido proceso y por ende afectaría a una de las partes que se encuentran dentro del litigio.

Sin perjuicio de lo descrito anteriormente, en casos en los cuales intervienen en favor de los derechos de la niñez y adolescencia, y de los trabajadores; los administradores de justicia motivadamente podrán requerir la incorporación de



pruebas en favor de estos, si es que posterior a la presentación de una demanda, se presenta un hecho de particular importancia que puede alterar en su favor la pretensión inicial o es extemporáneamente aportada la prueba, es en ese único momento, y con la concurrencia de la probable vulneración de un derecho de estos grupos poblacionales, cuando el Juez debería ordenar su incorporación de oficio evitando que se afecte la realidad de los hechos. Esta excepcionalidad debe ser tratada como tal y evitar que se convierta en generalidad.

En el fondo, de lo que se trata es que la totalidad del proceso debe permear de garantismo procesal para que el corolario sea la verdadera realización de los derechos ante un sistema de justicia imparcial, evitando que la prueba de oficio o para mejor resolver no viole el debido proceso, fundamentalmente el derecho a la legítima defensa del cual somos titulares todos los ciudadanos. La posibilidad de que el Juez disponga una prueba de oficio obliga en él una actitud de absoluta responsabilidad con la sociedad y el estado social de derechos y justicia (Ballesteros, 2015).

4.8. Código Orgánico de la Función Judicial

En virtud del estudio de la prueba para mejor resolver y la facultad de la o el juzgador de disponer de oficio la misma, en este cuerpo normativo se hace también alusión a esta.

En primer lugar, volveremos a hablar de ciertos principios, que, si bien ya se revisaron con anterioridad, es producente volver a enunciar, sin perjuicio de que estén regulados igualmente por el Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ), así tenemos el siguiente:

Art. 19.- Principios Dispositivo, de Inmediación y Concentración. -
Todo proceso judicial se promueve por iniciativa de parte legitimada. Las Juezas y jueces resolverán de conformidad con lo fijado por las partes como objeto del proceso y en mérito de las pruebas pedidas, ordenadas y actuadas de conformidad con la ley.



Sin embargo, en los procesos que versen sobre garantías jurisdiccionales, en caso de constatarse la vulneración de derechos que no fuera expresamente invocada por los afectados, las Juezas y jueces podrán pronunciarse sobre tal cuestión en la resolución que expidieren, sin que pueda acusarse al fallo de incongruencia por este motivo.

Los procesos se sustanciarán con la intervención directa de las Juezas y jueces que conozcan de la causa. Se propenderá a reunir la actividad procesal en la menor cantidad posible de actos, para lograr la concentración que contribuya a la celeridad del proceso.

Este artículo es uno de los más completos ya que contiene a la vez el principio dispositivo, inmediación y concentración, aquí el poder del Juez como director del proceso se visibiliza aún más, este tiene que resolver según las pruebas aportadas por las partes; los procesos ya no quedan a la intervención de ayudantes judiciales, existe la intervención directa de las o los jueces, lo que hace que el proceso se resuelva sin dilaciones.

En efecto, y como fundamento del por qué las o los jueces pueden disponer de pruebas para mejor proveer, tenemos el Art. 130 de COFJ, además aquí claramente consta la facultad que tiene el Juez de disponer pruebas, no obstante, se encuentra regulado de la siguiente manera.

Art. 130.- Facultades Jurisdiccionales de las Juezas y Jueces

Es facultad esencial de las Juezas y jueces ejercer las atribuciones jurisdiccionales de acuerdo con la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes; por lo tanto, deben:

(...)

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

Hay que destacar que, aquí se hace presente la voluntad de la o el legislador de someter a las y los juzgadores a los mandatos constitucionales,



instrumentos internacionales, normas, principios, etc., que estén de acorde obviamente a nuestro ordenamiento jurídico.

En este artículo, expresamente se le otorga la práctica de las pruebas de oficios, y como ya se ha dicho, el fin es el esclarecimiento de la “verdad”, por lo que la o él juzgador es quien está facultado para ordenar y disponer la prueba que creyere conveniente, pues así lo establece la normativa, pero todo lo que haga debe estar de acuerdo con la Constitución, instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes, ya que de esta manera se podrá resolver con real conocimiento de causa.

4.9. Entrevistas a juzgadores de la Corte Suprema de Justicia de Cuenca

A continuación, se presenta una apreciación y análisis de las entrevistas que se realizaron a expertos juzgadores de la “Corte Suprema de Justicia de Cuenca”, quienes día a día en el desempeño de sus funciones, determinan con real conocimiento de causa, el porqué de la prueba para mejor resolver, su relación con el vigente “Código Orgánico General de Procesos”, y cómo desde sus experiencias, está siendo desarrollada.

Las entrevistas fueron hechas a Jueza y jueces provinciales, de tres diferentes salas de la “Corte Superior de Justicia de Cuenca”, las cuales se encuentran ubicadas en el anexo 1.

Estos Juzgadores fueron los siguientes:

Sala de lo Civil y Mercantil: Dr. Manuel Enrique Cabrera Esquivel.

Sala de la Familia: Dra. Aida Palacios.

Sala de lo Laboral: Dr. Freddy Mulla.

Como resultado de estas entrevistas a la y los juzgadores, podemos realizar las siguientes consideraciones:

En el sistema procesal ecuatoriano, la prueba, se encuentra regulada de una manera eficiente y objetiva, para la utilización, aplicación y valoración de las



mismas. Así como también se encuentra regulado de una manera consciente la utilización de la prueba de oficio o la prueba para mejor resolver de tal manera que no se concibe que la misma sea aplicada por arbitrariedad de la o el juzgador, ya que a pesar de las diferentes interpretaciones que le puedan hacer los juzgadores a la norma, en el artículo 168 del COGEP se le pone freno al uso de la prueba.

Según la opinión de los entrevistados, en los momentos en que se utilizaron las pruebas de oficio, con la aplicación del antiguo CPC, estas fueron solicitadas acorde a Derecho, es decir fueron pedidas bajo fundamento objetivo. Ahora con la aplicación del COGEP, donde se le concede al juzgador una facultad mayor de actuación en el proceso, las pruebas que se soliciten para mejor resolver serán mayormente justificadas al momento de su uso, ya que, al ser el Juez director del proceso, puede apreciar con mayor claridad el objeto de la Litis, pues su apreciación sobre las pruebas presentadas será mucho mayor que antes, ya que el juzgador será el mismo en todo el transcurso del proceso. Esta facultad dada al juzgador, nos lleva a presumir que por ejemplo para los procesos donde intervienen las niñas, los niños, adolescentes, y los procesos laborales, etc., el papel que adoptará el Juez será de garante de una de estas personas que son de los grupos de atención prioritaria establecidos en la Constitución.

También piensan que las y los juzgadores, al motivar sus resoluciones, estarían, brindando seguridad a las partes interesadas, y a la sociedad en general.

Aunque se generó la inquietud de si la prueba para mejor resolver se usa excepcionalmente, cual sería esas excepciones, pero se piensa a la vez que, al estar de acorde al aparataje judicial vigente, y principios generales que rigen la prueba y el debido proceso, la Constitución, se subsana de esta manera.

Entonces, todos los entrevistados coinciden en que la utilización de la prueba de oficio o la prueba para mejor resolver, es un medio fundamental para poder llegar a dictar una mejor sentencia acorde a la verdad y la justicia.



CONCLUSIONES

Después de la exposición del presente trabajo, en el cual se analizaron los temas y subtemas referentes a la investigación consignada, se puede llegar a las siguientes conclusiones:

1. Para un Juez ser consecuente con una buena aplicación de justicia, es necesario que no sólo aplique, en el ejercicio de sus funciones, el derecho vigente sin incurrir en corrupción, sino que sea capaz de ir más allá de las normas, ya que debe tener ciertas cualidades judiciales que no se establecen normativamente.
2. Con la facultad que nuestro COGEP les da a los juzgadores en su artículo 168, podemos plantear que nuestro sistema procesal es ordenado y con igualdad de oportunidades para hacer valer los derechos de ambos contendientes.
3. La prueba de oficio es una facultad que tiene el Juez y no una obligación por lo que se acepta cuando los medios probatorios son insuficientes para formar una convicción en el Juez.
4. Los juzgadores juegan un rol de Directores del Proceso, pues en el momento del litigio son los máximos representantes de la Justicia, a pesar de que nuestro sistema procesal es Dispositivo.
5. La prueba de oficio es un fundamento necesario de la sentencia del Juez, ya que está encaminada a búsqueda de la verdad, permitiéndole despejar cualquier duda que tenga sobre las pruebas presentadas por las partes.
6. La prueba de oficio no vulnera los derechos de las partes o contrincantes, ya que, aunque se le da al Juez la libertad para que pueda valorar de forma subjetiva, se lo restringe de dos formas: la primera al decirle qué método debe usar al aplicar dicha subjetividad y el segundo al exigirle que para la petición de las pruebas de oficio o al dictar la sentencia deben estar fundamentadas y motivadas sobre su utilidad y cómo llegó a esa decisión.



En un mundo en constante desarrollo, no queda sólo en manos del legislador la creación de normas que fijen parámetros de conducta, sino depende en gran medida de la labor de los juzgadores, la tarea de interpretación y aplicación que le den a la norma jurídica dentro de la esfera de su competencia, para que el precepto normativo no quede detrás de la riqueza de la vida y el objetivo garantista constitucional de “hacer justicia”.



BIBLIOGRAFÍA

- Ampuero, I. (2010). El principio dispositivo y los poderes de Juez. *Revista de Derecho Valparaíso*, 149-188.
- Asamblea Nacional. (2009). *Código orgánico de la función judicial*. Quito: Registro Oficial.
- Asamblea Nacional. (2015). *Código Orgánico General de Procesos*. Quito: Registro Oficial.
- Asamblea Nacional Constituyente. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Montecristi.
- Ballesteros, J. (2015, Abril). *Revista Defensa y Justicia, revista institucional de la Defensoría Pública del Ecuador*. Retrieved from www.defensayjusticia.gob.ec
- Buenaño, R. (2016). *Práctica del Proceso civil y laboral con el COGEP*. Quito: Editorial Jurídica Ly L .
- Cabanellas, G. (2010). *Diccionario jurídico elemental*. Buenos Aires: Heliasta S.R.I.
- Camacho, A. (2015). *Manual de Derecho Procesal*. Bogotá: Editorial Temis S.A.
- Carnelutti, F. (1955). *La prueba Civil*. Buenos Aires. Buenos Aires: Ediciones Arayu.
- Colmenares Ayala, Susana. (2012, pág. 68 y 69). *Alcance de la facultad del Juez al momento de decretar pruebas de oficio, de conformidad con la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, años 2005 a 2010*.
- Couture, E. (1979). *Estudios de Derecho Procesal Civil. Tomo II pruebas en materia civil*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- dechile.net.(2017). *Etimología de prueba*. Retrieved 01 28, 2017, from <http://etimologias.dechile.net/?prueba>
- Devis, H. (2012). *Compendio de derecho procesal. Tomo II*. Bogotá: Temis.
- Echandía, H. (2015). *Teoría General de la Prueba Judicial*.
- Enciclopedia Jurídica. (2014). *Sana crítica*. Retrieved 01 22, 2016, from <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/sana-critica/sana-critica.htm>
- Fernando Barrionuevo, B. (2006). *La prueba de oficio*.
- Fuchs, A. (2011). *Proceso, Prueba y Verdad*. Santiago de Chile: Editorial Metropolitana.
- Michelli, G. (2004). *La carga de la prueba*. Bogotá: Editorial Temis S.A.
- Montero Aroca, Juan. (2001). *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Valencia: Tirant lo Blanch
- Nieva, J. (2010). *La valoración de la prueba*. Madrid: Ediciones Marcial Pons.



- R. A. Española. (n.d.). *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*. Madrid.
- Sendra, V. (2015). *Derecho Procesal Civil*. Editores Castillo de Luna.
- Taruffo, M. (2015). *Teoría de la Prueba*. Lima, Perú: Ara Editores E.I.R.L.
- Zavala, J. (2016). *Código Orgánico General de Procesos. COGEP, notas de estudio*. Quito: Murillo editores.



ANEXOS

Anexo 1

Sala de lo Civil y Mercantil: Dr. Manuel Enrique Cabrera Esquivel

Sala de la Familia: Dra. Aida Palacios.

Sala de lo Laboral: Dr. Freddy Mulla.

El guión de entrevista fue el siguiente:

1. ¿Cuál es su opinión sobre la prueba dentro del sistema procesal ecuatoriano?
2. ¿Cómo piensa usted que se está desarrollando la prueba dentro del Código Orgánico General de Procesos?
3. ¿Qué piensa usted sobre el trabajo que desempeña la o los juzgadores, en el proceso?
4. ¿Qué sabe sobre la prueba de oficio o prueba para mejor resolver?
5. ¿Piensa usted que la prueba para mejor resolver ayuda en la labor que desempeña la o el juzgador?
6. ¿Cree que es necesario que se regule de alguna otra manera la prueba de oficio?
7. ¿Piensa que la o el juzgador debería o no debería tener limitaciones, al hacer uso de la prueba de oficio?
8. ¿En su experiencia ha tenido casos o conoce casos de jueces o Juezas que han resuelto casos aplicando la prueba de oficio?
9. ¿Piensa que la prueba de oficio ayuda a llegar a la verdad?
10. ¿Cuál es su opinión sobre la prueba de oficio y su relación con la o el juzgador?



Respuestas entrevistas.

Entrevista 1.

1. La prueba es un elemento fundamental que debe ser activada por cada una de las partes en sus actuaciones propositivas, tanto de pretensión como de defensa, la prueba en el Sistema Ecuatoriano ha venido teniendo evolución. Paulatinamente con la modernización de los sistemas legales y con la apertura quizás del neo constitucionalismo esa prueba que venía a ser rígida pasa a ser un poco más amplia, en que se permite que la prueba sea anunciada, sea conocida, sea rebatida y sea puesta ante el Juez con los principios de inmediación y contradicción y en la actualidad considero que tiene mayor apertura sobre todo en contacto directo entre las partes y el Juez.
2. La prueba está plenamente definida en el COGEP, la prueba en el sistema o a través del COGEP le da un conocimiento previo, pero sobre todo una amplitud al debate con elementos propios de que puede ser actuada en una etapa procesal, con la confrontación de las partes y con inmediación del Juez como director del proceso y puede crear en el Juez mayor convicción sobre la certeza de cada uno de ellos, puede ser examinada de manera más profunda.
3. Anteriormente en los otros sistemas procesales, el Juez simplemente era un sustanciador, un mero espectador de los hechos. Hoy la Constitución le da al juzgador un sinnúmero de responsabilidades y a su vez de garantías, y ha implementado un sinnúmero de normas como el COFJ que le da facultades jurisdiccionales, pero fundamentalmente el COGEP determina un rol fundamental para el Juez que es el del director del proceso.
4. La Constitución política del Ecuador determina de manera clara que el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia en el artículo 169. Los jueces somos un medio para que se realice la justicia y a través del tiempo se le ha dado potestades al Juez por la jerarquía que



llevaba de poder pedir pruebas de oficio, como el Art 118 (CPC), así el Art 130 (COFJ), pero fundamentalmente el Artículo 168 del COGEP que determina la potestad del Juez sobre la prueba para mejor resolver.

Yo considero que es fundamental, porque al Juez le presentan un caso con un sin número de elementos, pero el Juez así cómo puede acceder a las partes y a la prueba de las partes para obtener mayor información de calidad, puede considerar que existen requisitos y pruebas que tienen que fortalecerse para llevar a la convicción, es decir la prueba para mejor resolver no le extrae al Juez de la condición de director del proceso sino más bien le da una facultad para clarificar y al final poder obtener un principio de justicia, nótese que la prueba para mejor resolver no es una regla que se le da al Juez, si no es una excepción cuando el considere que es pertinente mostrar u obtener otro tipo de elemento , pero ojo que el Juez para ordenar esta prueba para mejor resolver tiene que sustentar por qué la requiere, de qué manera la requiere, esto es con el único objetivo de esclarecer más los elementos controvertidos, pero fundamentalmente para darle al justiciable la garantía de que su resolución estuvo debidamente motivada sustentada en pruebas actuadas.

5. Es fundamental, ahora que se está emprendiendo este cambio normativo en un transcurso de un sistema netamente escrito a un sistema oral, sin duda alguna hasta la implementación y el asentamiento de este sistema van a existir un sin número de tropiezos va a hacer necesario y es un instrumento fundamental para el Juez como ya se ha dicho, el hecho de que este acápite de la prueba para mejor resolver se le este dada como facultad, porque es el único requisito que le va a permitir alcanzar la verdad o al menos acercarse a la verdad y determinar una resolución justa.
6. Pienso que la Constitución de la República, el Código Orgánico General de Procesos y Código Orgánico de la Función Judicial, presentan las garantías suficientes en la regulación de la prueba para mejor resolver.



7. El Juez como director del proceso tiene que estar revestido de sensatez, de imparcialidad, pero los límites están dados precisamente en su justificación porque el Juez para determinar una prueba para mejor resolver tiene que sin duda alguna determinar las razones de la decisión de pedir esa prueba y el límite para el Juez cuando se extralimite, para desechar la misma o para no considerarla es precisamente los recursos de los que están revestidas las partes para impugnar esa actuación. limitaciones que preveía el código anterior, ahora ya no las tiene el Juez, ahora la prueba se hace de manera frontal, inmediata con el principio de inmediación.
8. Las pruebas de oficio muchas veces pudieron ser fundamentales, estas comenzaron a tener mayor arraigo precisamente cuando entró en vigencia la Constitución porque lo que se quiere es llegar a la realización de la justicia, ahora con el COGEP existen muchas demandas, por ejemplo en primer nivel en las cuales se demanda la prescripción adquisitiva y extraordinaria de dominio de bienes pero muchas veces las municipalidades se excepciona simplemente negando de manera puntual, o indicando que el terreno no es de propiedad de ellos si no de terceras personas, y conozco en algún caso que pude revisar en apelación una Jueza de Gualaceo había solicitado ese particular y se determinó que ese terreno que querían prescribir pertenecía a terceras personas, no se había demandado al legítimo contradictor, por lo que se declaró sin lugar, entonces son elementos fundamentales para la realización de la justicia la prueba para mejor resolver.
9. Yo considero que llegar a la verdad es muy difícil, es algo utópico, pero sí le permite tener una mayor convicción sobre los elementos que se dan, considero que esta es una herramienta no solamente como potestad del Juez sino más bien como garantía de la realización de la justicia en beneficio de los usuarios de la justicia y prueba para mejor resolver, le da la potestad de acceder a lo que no tuvo llegada y poder tener una mayor convicción de lo que va a resolver. Por tanto, considero que ayuda no necesariamente a llegar a la verdad, pero si a hacer



justicia y si a garantizar los derechos y a cumplir el principio de la administración de justicia.

- 10.** Es una prueba para mejor resolver, claro que es la que ordena el Juez, la ordena porque él considera es su facultad, pero nótese que la ordena porque deviene del hecho que están presentando las partes, la necesidad de pedir del Juez, yo considero que este tipo de prueba es connatural a la relación del Juez, tiene que estar siempre apegada al Juez, la prueba para mejor resolver es algo que debe ir junto al Juez director de las audiencias, junto al Juez director del proceso pero al mismo tiempo este tipo de prueba para mejor resolver no debe verse como una potestad jurisdiccional sino como una garantía para la realización de la justicia. (Cabrera, M. comunicación personal, 30 de diciembre, 2016)

Entrevista 2.

1. La prueba en el sistema procesal ecuatoriano pienso que se regula adecuadamente, porque posibilita la aplicación de los principios tanto de contradicción como el de inmediación porque ya no se delega la función, si no es que el juzgador directamente de forma oral las recepta, así mismo tenemos el principio de contradicción en el sentido de que ya se posibilita a la parte procesal, las partes procesales conocen claramente cuál es la prueba anunciada y cuál es la prueba que va hacer producida en la audiencia.
2. Como está regulado es una forma y a veces como está se desarrolla es otra, ya que es un código nuevo y esta inicial, en su desarrollo, ahora las partes anuncian sus pruebas, tanto en la presentación de la demanda, contestación a la misma, reconvencción o contestación a la reconvencción, con la posibilidad de presentar prueba nueva.
3. El trabajo que desempeñan ya no pasa a ser simplemente de observadores sino son directores del proceso. No lo dirigen rompiendo su parcialidad, sino lo dirigen de forma en que se esclarezca los



hechos de manera correcta, evitando la prueba inútil, la prueba impertinente.

4. La prueba para mejor resolver es la prueba que puede solicitar el Juez, antes con el anterior (CPC), también estaba regulada se llamaba antes, la prueba de oficio hasta que se dicte sentencia con excepción de la prueba testimonial. no es que el Juez también va a perder su principio de imparcialidad o también lo que es el principio dispositivo sino el Juez para mejor resolver puede solicitar prueba pero prueba referente a los hechos que han sido alegados por las partes, o las pretensiones de las partes, pero no debe salirse de ese círculo y además para poder el Juez solicitar esa prueba tiene que fundamentar porque la realiza, o sea no queda a discreción del Juez sino que el Juez tiene que fundamentarla solamente para esclarecer la verdad de los hechos que han sido alegados por las partes procesadas, no es que se inventa algo nuevo, dicho de esta manera.
5. Algunas personas si consideran que con la prueba para mejor resolver se rompe el principio dispositivo porque el Juez tiene que resolver en base a lo que las partes procesales le van presentando y son las partes procesales las que deben presentar al Juez, lo importante es que el Juez refleje expresa constancia de las razones por las que toma esa decisión, tomando en cuenta que eso también puede ser objetado por las partes procesales en caso de que no exista razones fundamentada para que el juzgador pida la prueba de oficio. En realidad, no se rompería el principio dispositivo para mí si solamente va encaminada la prueba de oficio a hechos que ya fueron alegados por las partes.
6. En el artículo 168 (COGEP), está regulada la forma de proceder la prueba para mejor resolver, pero si considero debe señalarse condicionamientos para él, por ejemplo, yo le decía la prueba para mejor resolver solamente tiene que referirse a lo que las partes procesales se pronunciaron en la audiencia, resolver por ejemplo cuando se trata de un divorcio, y se olvidó la parte de presentar la



partida de matrimonio, entonces se solicita la partida de matrimonio, para poder resolver y si existe o no la relación matrimonial. Y vea que la prueba para mejor resolver debería señalarse como excepcional y solamente vinculada con los hechos, ya que el juzgador siempre tiene que mantener el principio de igualdad entre las partes.

7. La limitación como yo le indicaba tiene que existir y debe estar regulada en la ley y las condiciones para que pueda pedir, esto sí debería limitarse en el artículo 168 (COGEP) ya que sólo habla excepcionalmente y no establece cuales son las excepciones, otra cosa sólo se pone un condicionamiento que es el que se halla motivado por el Juez.
8. Personalmente no conozco, pero he observado que algunos jueces ponentes de nuestras salas si piden prueba para mejor resolver, como en los casos de informes técnicos que han sido realizados por ejemplo en medidas de protección o en denuncias de visitas, cuando ya están realizados con tiempo atrás y ha pasado un año, dos años, el tribunal solicita que se actualicen esos informes para mejor resolver.
9. En los juicios se supone que se debe llegar a la verdad, las partes procesales son las que deberían estar preocupadas, en justificar lo que han alegado y el Juez lo que tiene que hacer es dirigir y garantizar lo que son los derechos de las partes procesales.
10. La prueba para mejor resolver es excepcionalmente, ahora el problema es cómo el Juez interprete el art. 168 del (COGEP), porque muchos jueces creen que esto le da una discreción para que ellos presenten como parte procesal pidan la prueba que ellos consideran necesaria, a lo mejor en desmedro de alguna de ellas y allí se podría afectar el principio de igualdad procesal. Y si este se parcializa puede beneficiar a algunas de las partes. Por lo tanto, creo que este artículo está totalmente abierto y queda sujeto a la interpretación que le dé la o el juzgador. (Palacios, A., comunicación personal, 30 de diciembre, 2016)



Entrevista 3.

1. Pienso que nuestro sistema procesal, con el COGEP, establece claramente la finalidad de la prueba y es llevar al juzgador al convencimiento de los hechos y sobre los hechos controvertidos, eso es fundamental. Ahora el (COGEP) nos da la oportunidad de saber plenamente sobre las pruebas que se practican en la audiencia de forma oral, pero al mismo tiempo le da la posibilidad al juzgador en este caso al Juez a rechazar de oficio o a petición de parte sobre calificar la prueba si es impertinente, si es inútil o inconducente.
2. Ahora el Juez que es el director de la audiencia lo primero que debe saber es establecer sobre la conducencia y pertinencia de la prueba, esta prueba debe hacerse de forma directa sobre los hechos controvertidos, aquí se aplica un principio de suma importancia, lealtad procesal y buena fe.
3. Creo que este cambio es muy importante, en este nuevo código donde están concentradas todas las materias no penales ni constitucionales, esto amerita que los jueces estén más preparados, pero, no solamente los jueces, sino de lado a lado, también los profesionales del derecho.
4. El COGEP, establece que el juzgador podrá excepcionalmente ordenar pruebas de oficio, cuando hablamos de excepcionalmente esto quiere decir que tiene la facultad el Juez, pero obviamente se dejará expresa constancia de las razones de su decisión, es decir, el ¿Por qué razón el Juez puede dictar de oficio una prueba? Entonces el Juez tiene esta decisión siempre y cuando indudablemente sea para el esclarecimiento de los hechos.
5. Sin duda, es muy importante que el Juez necesariamente para resolver una buena sentencia, conozca los hechos reales y si de considerarlo necesario, tiene la oportunidad de disponer de las pruebas para mejor resolver. Esto es fundamental indudablemente siempre y cuando quiere esclarecer los hechos.



6. Considero que no, como el sistema establece que, al presentar la demanda el actor y al contestar la demanda se anuncien las pruebas, se regirán por los principios fundamentales, como se había dicho lealtad procesal, así como también la buena fe. Y como es sometida a la contradicción de las partes, también hay el momento de objetar y todo esto se desarrollará en audiencia.
7. Creo que el Juez va a actuar en el caso que sea necesario la prueba de oficio, por eso es que le da el código esa facultad, claro al mismo tiempo debe dejar expresa constancia de las razones de su decisión. El Juez no está siendo arbitrario, la misma ley, los derechos fundamentales prestan las limitaciones necesarias, y la regulan.
8. No en materia laboral todavía no conozco ni he visto que un Juez de lo laboral haya aplicado la prueba de oficio. En la legislación colombiana, uruguay existen casos, aquí en el Ecuador todavía muy general, pero yo creo que, con el transcurso del tiempo y la mejor aplicación del reciente “COGEP” podemos analizar de una mejor manera esta temática.
9. Personalmente, considero que en muchos casos podrían solicitarse pruebas para mejor resolver, pero si el Juez no solicita una prueba de oficio, se entiende que las pruebas que han presentado los sujetos procesales es suficiente para tomar una decisión lo más apegada a la realidad.
10. Al establecer la normativa esa excepcionalidad de la prueba, hace que una vez que el Juez observe las circunstancias y el debate probatorio que existe en la audiencia, sienta la necesidad de la misma. El Juez deja de ser un mero espectador y se convierte en ese director que necesita el proceso y este dispondrá de la prueba para mejor resolver con la finalidad de resolver mejor a cada caso. (Mulla F., comunicación personal, 30 de diciembre, 2016)