

**UNIVERSIDAD METROPOLITANA DEL ECUADOR**



**CARRERA DE DERECHO**

**Trabajo de titulación previo a la obtención del título de Abogado de los  
Tribunales de Justicia del Ecuador**

**TEMA:**

**“LA PRUEBA DE OFICIO EN MATERIA CIVIL Y SU EFECTO EN EL PRINCIPIO DE  
IMPARCIALIDAD”**

**AUTORES: Jonathan Francisco Burbano Puebla y Daisy Pamela Yépez Jácome**

**ASESOR: Dr. Eugenio Egüez Valdivieso**

**QUITO – 2018**



# NOTARIA CUADRAGESIMA

Dra. Paola Andrade Torres

COPIA: PRIMERA

Av. 12 de octubre N26-48 y Orellana, Edificio MIRAGE, Piso 5, Oficina 5C  
Telfs: 3514 690 • 3514 691 • [notaria40@notaria40.net](mailto:notaria40@notaria40.net)

[www.notaria40.net](http://www.notaria40.net)

Quito - Ecuador



Factura: 001-001-000034467



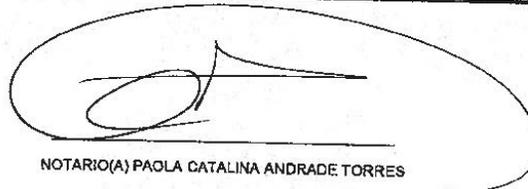
20181701040P00392

NOTARIO(A) PAOLA CATALINA ANDRADE TORRES

NOTARÍA CUADRAGÉSIMA DEL CANTÓN QUITO

EXTRACTO

Escritura N°:		20181701040P00392					
<b>ACTO O CONTRATO:</b>							
DECLARACIÓN JURAMENTADA PERSONA NATURAL							
FECHA DE OTORGAMIENTO:		29 DE ENERO DEL 2018, (10:35)					
<b>OTORGANTES</b>							
<b>OTORGADO POR</b>							
Persona	Nombres/Razón social	Tipo Intervinente	Documento de Identidad	No. Identificación	Nacionalidad	Calidad	Persona que le representa
Natural	YEPEZ JACOME DAISY PAMELA	POR SUS PROPIOS DERECHOS	CÉDULA	1721121034	ECUATORIANA	COMPARECIENTE	
Natural	BURBANO PUEBLA JONATHAN FRANCISCO	POR SUS PROPIOS DERECHOS	CÉDULA	1713419123	ECUATORIANA	COMPARECIENTE	
<b>A FAVOR DE</b>							
Persona	Nombres/Razón social	Tipo Intervinente	Documento de Identidad	No. Identificación	Nacionalidad	Calidad	Persona que representa
<b>UBICACIÓN</b>							
Provincia		Cantón		Parroquia			
PICHINCHA		QUITO		LA FLORESTA			
<b>DESCRIPCIÓN DOCUMENTO:</b>							
<b>OBJETO/OBSERVACIONES:</b>							
<b>CUANTÍA DEL ACTO O CONTRATO:</b>		INDETERMINADA					



NOTARIO(A) PAOLA CATALINA ANDRADE TORRES

NOTARÍA CUADRAGÉSIMA DEL CANTÓN QUITO



Dra. Paola Andrade Torres



**DOCTORA PAOLA ANDRADE TORRES  
NOTARÍA CUADRAGÉSIMA DE QUITO**

**DECLARACIÓN JURAMENTADA**

**QUE OTORGAN**

**DAISY PAMELA YEPEZ JACOME Y**

**JONATHAN FRANCISCO BURBANO PUEBLA**

**CUANTÍA: INDETERMINADA**

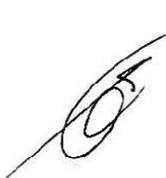
**(DI: 2<sup>o</sup>; COPIAS)**

**A.F.A**

**Escritura No.- 20181701040P00392**

En la ciudad de Quito, Distrito Metropolitano, capital de la República del Ecuador, hoy día **VEINTINUEVE (29)** de **ENERO** el año dos mil dieciocho, ante mí, Doctora **PAOLA ANDRADE TORRES**, Notaria Cuadragésima de Quito, comparecen con plena capacidad, libertad y conocimiento a la celebración de la presente escritura los señores **DAISY PAMELA YEPEZ JACOME Y JONATHAN FRANCISCO BURBANO PUEBLA** por sus propios y personales derechos. Los comparecientes declaran ser de nacionalidad ecuatoriana, mayores de edad, de estado civil casada y soltero respectivamente, estudiantes, domiciliados en la ciudad de Quito, Distrito Metropolitano, en la Avenida General Paya y **Punáez** la primera y en la calle San Francisco de la Pita E1-392 y **Sheyhua** el segundo, con números telefónicos de contacto **3170206** y **0996385811** respectivamente y correos electrónicos

1

  
Dra. Paola Andrade Torres

pame.ye.legal@gmail.com y jonb.sisgo@hotmail.com  
respectivamente, hábiles en derecho para contratar y contraer  
obligaciones, a quienes de conocer doy fe por haber  
convalidado, con su expreso consentimiento, la información en  
el Sistema Nacional de Identificación Ciudadana, cuyas  
impresiones se agregan como habilitantes. Advertidos los  
comparecientes por mí la Notaria de los efectos y resultados de  
esta escritura, así como examinados que fueron en forma  
aislada y separada de que comparecen al otorgamiento de la  
misma sin coacción, amenazas, temor reverencial, ni promesa  
o seducción, de conformidad con las leyes vigentes, y de las  
penas por perjurio, bajo juramento, por su honor, declaran:  
**Nosotros, DAISY PAMELA YEPEZ JACOME Y JONATHAN  
FRANCISCO BURBANO PUEBLA**, estudiantes de la  
Universidad Metropolitana de Quito "UMET", declaramos en  
forma libre y voluntaria que el presente Trabajo de Titulación  
previo a la obtención del título de abogado que versa sobre el  
tema "LA PRUEBA DE OFICIO Y SU EFECTO EN EL  
PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD", así como el contenido de  
la misma es de nuestra autoría, y no ha sido presentada  
previamente para ningún grado o calificación profesional, y la  
hemos realizado en base a estudios, recopilación bibliográfica,  
consultas bibliográficas y de campo. Además declaramos que  
cedemos los derechos y el contenido de la presente  
investigación a la Universidad Metropolitana de Quito, para que  
sirva de fuente de información y conocimiento para utilidad  
académica universitaria. En consecuencia asumimos la  
responsabilidad de la originalidad de la misma y el cuidado al

**DOCTORA PAOLA ANDRADE TORRES  
NOTARÍA CUADRAGÉSIMA DE QUITO**



remitirnos a las fuentes bibliográficas respectivas para fundamentar el contenido expuesto.-- **HASTA AQUÍ EL CONTENIDO DE LA DECLARACIÓN JURAMENTADA** que junto con los documentos anexos que se incorporan queda elevada a escritura pública con todo el valor legal, y que, los comparecientes aceptan en todas y cada una de sus partes, para la celebración de la presente escritura se observaron los preceptos y requisitos previstos en la ley notarial; y, leída que les fue a los comparecientes por mí la notaria, se ratifican y firman conmigo en unidad de acto quedando incorporada en el protocolo de esta notaria, de todo cuanto doy fe.-

  
f) **DAISY PAMELA YELACOME**  
CC.- 1721121034



  
f) **JONATHAN FRANCISCO BURBANO PUEBLA**  
CC.-1713419123



*De Notaria*



Dra. Paola Andrade Torres



## CERTIFICADO DIGITAL DE DATOS DE IDENTIDAD



*Pamela Yopez J.*

Número único de identificación: 1721121034

Nombres del ciudadano: YEPEZ JACOME DAISY PAMELA

Condición del cedulado: CIUDADANO

Lugar de nacimiento: ECUADOR/PICHINCHA/QUITO/GONZALEZ  
SUAREZ

Fecha de nacimiento: 12 DE MAYO DE 1987

Nacionalidad: ECUATORIANA

Sexo: MUJER

Instrucción: BACHILLERATO

Profesión: ESTUDIANTE

Estado Civil: CASADO

Cónyuge: VALENCIA LOPEZ LUIS EDUARDO

Fecha de Matrimonio: 24 DE NOVIEMBRE DE 2007

Nombres del padre: YEPEZ JUAN OSWALDO

Nombres de la madre: JACOME MARTHA PRICELA

Fecha de expedición: 24 DE ENERO DE 2012

Información certificada a la fecha: 29 DE ENERO DE 2018  
Emisor: ROQUE ALEJANDRO FARTO ANDRADE - PICHINCHA-QUITO-NT 40 - PICHINCHA - QUITO



N° de certificado: 184-088-98747



184-088-98747

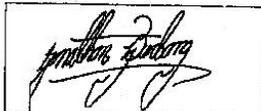
Ing. Jorge Troya Fuertes

Director General del Registro Civil, Identificación y Cedulación  
Documento firmado electrónicamente





## CERTIFICADO DIGITAL DE DATOS DE IDENTIDAD



**Número único de identificación:** 1713419123

**Nombres del ciudadano:** BURBANO PUEBLA JONATHAN FRANCISCO

**Condición del cedulado:** CIUDADANO

**Lugar de nacimiento:** ECUADOR/PICHINCHA/QUITO/SAN BLAS

**Fecha de nacimiento:** 22 DE MAYO DE 1991

**Nacionalidad:** ECUATORIANA

**Sexo:** HOMBRE

**Instrucción:** BACHILLERATO

**Profesión:** ESTUDIANTE

**Estado Civil:** SOLTERO

**Cónyuge:** No Registra

**Fecha de Matrimonio:** No Registra

**Nombres del padre:** BURBANO FRANCISCO ADRIAN

**Nombres de la madre:** PUEBLA YOMAR DE LOS ANGELES

**Fecha de expedición:** 18 DE JULIO DE 2014

Información certificada a la fecha: 29 DE ENERO DE 2018

Emisor: ROQUE ALEJANDRO FARTE ANDRADE - PICHINCHA-QUITO-NT 40 - PICHINCHA - QUITO



Roque Farte Andrade

Ing. Jorge Troya Fuertes

Director General del Registro Civil, Identificación y Cedulación

Documento firmado electrónicamente



N° de certificado: 189-089-03384



189-089-03384





Dra. Paola Andrade Torres

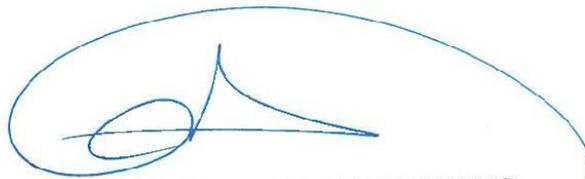
RAZON: De conformidad con el numeral cinco del Artículo dieciocho de la Ley Notarial doy fe que las COPIAS FOTOSTATICAS que anteceden, SELLADAS Y FIRMADAS por mí, es reproducción exacta del ORIGINAL que he tenido a la vista

Quito,

24 ENE 2018

Dra. PAOLA ANDRADE TORRES  
NOTARIA EJECUTIVA

Se otorgó ante mí, en fe de ello confiere **PRIMERA COPIA CERTIFICADA**, firmada y sellada en Quito, veintinueve de enero del año dos mil dieciocho.



**DRA. PAOLA ANDRADE TORRES**  
**NOTARIA CUADRAGÉSIMA DE QUITO**



Dra. Paola Andrade Torres

## **CERTIFICACIÓN DEL ASESOR**

Dr. Eugenio Egüez, MSG en calidad de Asesor del Trabajo de Investigación designado por disposición de Cancillería de la UMET, certifico que los estudiantes: Jonathan Francisco Burbano Puebla y Daisy Pamela Yépez Jácome, han culminado el trabajo de investigación, con el tema: “La Prueba de Oficio en Materia Civil y su efecto en el Principio de Imparcialidad”, quienes han cumplido con todos los requisitos legales exigidos por los que se aprueba la misma.

Es todo cuanto puedo decir en honor a la verdad, facultando a los interesados hacer uso de la presente, así como también se autoriza la presentación para la evaluación por parte del jurado respectivo.

Atentamente,

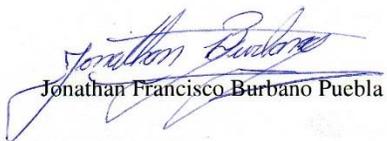
Dr. Eugenio Egüez

## CERTIFICACIÓN DE AUTORÍA DEL TRABAJO

Nosotros, Jonathan Francisco Burbano Puebla y Daisy Pamela Yépez Jácome estudiantes de la Universidad Metropolitana del Ecuador "UMET", declaramos de forma libre y voluntaria que la presente investigación que versa sobre La Prueba de Oficio en Materia Civil y su Efecto en el Principio de Imparcialidad así como las expresiones vertidas en la misma son autoría de los comparecientes, quienes hemos realizado en base a recopilación bibliográfica, consultas de internet y consultas de campo.

En consecuencia asumimos la responsabilidad de la originalidad de la misma y el cuidado al remitirnos a las fuentes bibliográficas respectivas para fundamentar el contenido expuesto.

Atentamente,



Jonathan Francisco Burbano Puebla

CI: 171341912-3



Daisy Pamela Yépez Jácome

CI: 172112103-4

## CESIÓN DE DERECHOS

Nosotros, Jonathan Francisco Burbano Puebla, con cédula de identidad No. CI: 171341912-3 y Daisy Pamela Yépez Jácome, con cédula de identidad No. 172112103-4 estudiantes de la Universidad Metropolitana del Ecuador "UMET", autores del trabajo de investigación que versa sobre **"LA PRUEBA DE OFICIO EN MATERIA CIVIL Y SU EFECTO EN EL PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD"**, declaramos de forma libre y voluntaria que cedemos los derechos del presente trabajo de investigación a la Universidad Metropolitana del Ecuador (UMET) y que el contenido sirva de fuente de información para que futuros estudiantes y su publicación si lo creen necesario..

Atentamente,

  
Jonathan Francisco Burbano Puebla

CI: 171341912-3

  
Daisy Pamela Yépez Jácome

CI: 172112103-4

## **DEDICATORIA**

El presente trabajo está dedicado primero a Dios, por su protección y cuidado. A mi mami Rosy por ser mi ejemplo a seguir. A mis padres y hermanas quienes siempre me motivaron por verme cumplir mis sueños. A mi esposo por su apoyo incondicional, a mis hijos por ser mi pilar fundamental cada uno de mis días y a mi compañero Jonathan por su esfuerzo y trabajo.

Atentamente,

Daisy Pamela Yépez Jácome

1721121034

## DEDICATORIA

A veces los caminos más oscuros nos llevan a la claridad. Este trabajo se lo dedico, en primer lugar a Dios, por ser mi guía, mi camino y mi apoyo en los momentos de debilidad. A mis padres, Yomar y Adrián, por los principios y carácter forjados en mí, que me han llevado a ser el hombre que soy ahora. A mi hermana Yessica, por su manera tan distintiva de decirme que siempre puedo dar más y llegar a lo más alto. A mi familia, por siempre hacerme sentir que lo valgo. Y por último, a mi compañera Pamela, por demostrarme esa calidez humana que no encuentras en cualquier persona.

Atentamente,

Jonathan Francisco Burbano Puebla

1713419123

## **AGRADECIMIENTO**

Agradecemos primordialmente a nuestra Alma Mater, la gloriosa Universidad Metropolitana del Ecuador, por otorgarnos las herramientas y conocimiento necesario para convertirnos en grandes abogados.

A nuestro tutor, Eugenio Égüez, por las instrucciones brindadas en relación a la realización del trabajo.

Por último, agradecemos a todas las personas que de manera directa o indirecta han aportado para la realización de este trabajo investigativo

## ÍNDICE DE CONTENIDOS

<b>CERTIFICACIÓN DEL ASESOR .....</b>	<b>i</b>
<b>ÍNDICE DE CONTENIDOS.....</b>	<b>vii</b>
<b>ÍNDICE DE TABLAS.....</b>	<b>x</b>
<b>ÍNDICE DE GRÁFICOS .....</b>	<b>xii</b>
<b>RESUMEN.....</b>	<b>xiv</b>
<b>ABSTRACT.....</b>	<b>xv</b>
<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>1</b>
<b>CAPÍTULO I.....</b>	<b>7</b>
<b>1. MARCO TEÓRICO.....</b>	<b>7</b>
1.1. La prueba en el proceso civil.....	8
1.1.1. Definición .....	8
1.1.2. Objeto y fin de la prueba.....	10
1.1.3. La prueba en el Código Orgánico General de Procesos .....	13
1.1.4. Principios de la prueba.....	15
1.1.5. La carga de la prueba .....	20

1.1.6.	Valoración de la prueba .....	23
1.2.	La prueba de oficio.....	25
1.2.1.	Definición .....	25
1.2.2.	La prueba para mejor resolver en el COGEP.....	27
1.2.3.	Objeto y fin de la prueba de oficio.....	29
1.2.4.	Autoridad competente.....	32
1.2.5.	Requisitos de la prueba para mejor resolver .....	33
1.3.	El principio de imparcialidad judicial .....	34
1.3.1.	Definición .....	35
1.3.2.	La imparcialidad como principio del Derecho Procesal .....	37
1.3.3.	Modos de garantizar la imparcialidad.....	39
1.3.4.	Prueba de oficio e imparcialidad judicial, posibles afectaciones.....	41
1.3.5.	La prueba de oficio y sus efectos sobre otros principios probatorios .....	45
1.3.6.	Estrategias para contrarrestar una posible afectación a la imparcialidad judicial ..	47
	Análisis teórico doctrinario crítico.....	52
	<b>CAPÍTULO II. ....</b>	<b>55</b>
<b>2.</b>	<b>METODOLOGÍA .....</b>	<b>55</b>

2.1. Discusión de resultados.....	59
2.1.1. Análisis de las entrevistas .....	59
2.2. ANÁLISIS CRÍTICO COMPARATIVO DE LAS ENTREVISTAS .....	81
2.3. ANÁLISIS DEL ESTADO DEL ARTE.....	84
2.4. Análisis de las Encuestas.....	86
2.5. ANÁLISIS COMPARATIVO CRÍTICO DE LAS ENCUESTAS .....	104
<b>CAPÍTULO III.....</b>	<b>108</b>
<b>3. PRESENTACIÓN DE LA PROPUESTA .....</b>	<b>108</b>
3.1. Título.....	108
3.2. Objetivos .....	108
3.3. Elaboración .....	109
3.4. Impacto .....	120
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>121</b>
<b>RECOMENDACIONES .....</b>	<b>124</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>125</b>
<b>Anexos .....</b>	<b>132</b>

## ÍNDICE DE TABLAS

<b>Tabla 1</b> - Población .....	57
<b>Tabla 2</b> - Análisis crítico comparativo de las entrevistas.....	81
<b>Tabla 3</b> - Análisis del estado del arte .....	84
<b>Tabla 4</b> – Pregunta 1 .....	86
<b>Tabla 5</b> – Pregunta 2 .....	87
<b>Tabla 6</b> – Pregunta 3 .....	88
<b>Tabla 7</b> – Pregunta 4 .....	89
<b>Tabla 8</b> – Pregunta 5 .....	90
<b>Tabla 9</b> – Pregunta 6 .....	91
<b>Tabla 10</b> – Pregunta 7 .....	92
<b>Tabla 11</b> – Pregunta 8 .....	93
<b>Tabla 12</b> – Pregunta 9 .....	94
<b>Tabla 13</b> – Pregunta 10 .....	95
<b>Tabla 14</b> – Pregunta 1 segunda encuesta .....	96
<b>Tabla 15</b> – Pregunta 1 frecuencia segunda encuesta.....	96

<b>Tabla 16</b> – Pregunta 2 segunda encuesta .....	97
<b>Tabla 17</b> – Pregunta 2 frecuencia segunda encuesta.....	98
<b>Tabla 18</b> – Pregunta 3 segunda encuesta .....	99
<b>Tabla 19</b> – Pregunta 3 frecuencia segunda encuesta.....	99
<b>Tabla 20</b> – Pregunta 4 segunda encuesta .....	101
<b>Tabla 21</b> – Pregunta 4 frecuencia segunda encuesta.....	101
<b>Tabla 14</b> – Pregunta 5 segunda encuesta .....	102
<b>Tabla 23</b> – Pregunta 5 frecuencia segunda encuesta.....	103
<b>Tabla 24</b> – Análisis comparativo Primera Encuesta.....	104
<b>Tabla 24</b> – Análisis comparativo Segunda Encuesta .....	106

## ÍNDICE DE GRÁFICOS

<b>Gráfico 1</b> – Pregunta 1 .....	86
<b>Gráfico 2</b> – Pregunta 2 .....	87
<b>Gráfico 3</b> – Pregunta 3 .....	88
<b>Gráfico 4</b> – Pregunta 4 .....	89
<b>Gráfico 5</b> – Pregunta 5 .....	90
<b>Gráfico 6</b> – Pregunta 6 .....	91
<b>Gráfico 7</b> – Pregunta 7 .....	92
<b>Gráfico 8</b> – Pregunta 8 .....	93
<b>Gráfico 9</b> – Pregunta 9 .....	94
<b>Gráfico 10</b> – Pregunta 10 .....	95
<b>Gráfico 11</b> – Pregunta 1 segunda encuesta .....	96
<b>Gráfico 12</b> – Pregunta 1 frecuencia segunda encuesta.....	96
<b>Gráfico 13</b> – Pregunta 2 segunda encuesta .....	97
<b>Gráfico 14</b> – Pregunta 2 frecuencia segunda encuesta.....	98
<b>Gráfico 15</b> – Pregunta 3 segunda encuesta .....	99

<b>Gráfico 15</b> – Pregunta 3 frecuencia segunda encuesta.....	100
<b>Gráfico 17</b> – Pregunta 4 segunda encuesta .....	101
<b>Gráfico 18</b> – Pregunta 4 frecuencia segunda encuesta.....	101
<b>Gráfico 19</b> – Pregunta 5 segunda encuesta .....	102
<b>Gráfico 20</b> – Pregunta 5 frecuencia segunda encuesta.....	103

## RESUMEN

El Código Orgánico General de Procesos, incorporó dentro de su normativa, concretamente en su artículo 168 una prueba de oficio, denominada como “prueba para mejor resolver”, a través de la cual, el juzgador podrá, excepcionalmente, ordenar de oficio la práctica de la prueba que juzgue necesaria para el esclarecimiento de los hechos controvertidos. Existe una posición doctrinaria que afirma que esta prueba lesiona directamente el principio de imparcialidad 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; esta situación se agrava, si se considera el actual rol que tiene el juzgador dentro del paradigma constitucional ecuatoriano, “garantista de derechos”. De este modo resulta evidente que existe un riesgo de la pérdida de imparcialidad del juzgador, ya que respecto a las partes, éste 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 presente investigación reúne las principales posturas doctrinarias, jurídicas y jurisprudenciales respecto de este tema, contrarrestando las diversas opiniones al respecto.

## ABSTRACT

The General Organic Code of Processes incorporated within its regulations, specifically in its article 168, an ex officio evidence called as "evidence to better resolve", through which the judge may, exceptionally, order ex officio the practice of the evidence it deems necessary for the clarification of the facts in dispute. There is a doctrinal position that states that this sort of ordered evidence directly affects the principle of judicial impartiality; to consider that the duty of the judge is that the substantial right prevails over the procedural and in this way make effective the search for truth and justice; This situation is aggravated, considering the current role of the judge within the Ecuadorian constitutional paradigm, "guarantor of rights". In this way, it is evident that there is a risk of loss of impartiality of the judge, since with respect to the parties, it would be irreparably affected, and in addition, it would run counter to the fundamental right of due process, which is no more than the respect for their own principles within the trial. The present investigation gathers the main doctrinal, juridical and jurisprudential positions on this subject, countering the diverse opinions on the matter.

## INTRODUCCIÓN

Desde un punto de vista doctrinario, un sistema procesal es un método de enjuiciamiento que gobierna en una determinada sociedad, es decir, se trata de la propia estructuración jurisdiccional que regula cada una de las etapas del proceso; y en este sentido, es el impulso procesal el que ha configurado históricamente los tipos de sistemas procesales, que son tres: inquisitivo, dispositivo y mixto.

Dentro de cada uno de estos sistemas procesales, se ha determinado la forma en la cual se ha de realizar la actividad probatoria, así como quien es el responsable de ejercer el impulso procesal, siendo en el sistema dispositivo las partes, mientras que en el inquisitivo el juez, el responsable de aportar las pruebas que permitan la solución del conflicto.

En este contexto, la mayoría de ordenamientos jurídicos alrededor del mundo han establecido un sistema dispositivo procesal (incluido el ecuatoriano), en el cual lógicamente, como regla general, son las partes quienes aportan al proceso las pruebas pertinentes, de acuerdo a los principios de necesidad y carga de la prueba; y no obstante en algunos ordenamientos jurídicos, se ha incorporado en forma excepcional, una prueba de oficio, que permite al juzgador de *motu proprio*, ordenar la práctica de la prueba que considere necesaria para el esclarecimiento de los hechos controvertidos.

Sin embargo, actualmente la doctrina discute la legalidad y constitucionalidad de poder establecer dentro del sistema procesal una prueba de oficio, pues existen posturas doctrinarias que afirman que esta facultad del juez afecta el principio de imparcialidad judicial, al permitir que el juzgador sea juez y parte dentro del proceso, además de que su actividad podría desequilibrar la carga probatoria a favor de una de las partes del proceso, y por lo tanto, afectar los derechos y las pretensiones de la otra parte.

Considerando que en la actualidad, la finalidad de la prueba consiste en llevar a la convicción del juzgado, para que pueda decidir con certeza sobre el asunto materia del proceso, y no alcanzar la verdad material, resulta discutible que dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano exista una prueba para mejor resolver, pues la Constitución de la República garantiza como derechos primordiales, el ser juzgado por un juez imparcial, y la igualdad material ante la ley, de modo que

es pertinente, realizar un estudio profundo respecto de la prueba de oficio a fin de determinar una posible afectación en el principio de imparcialidad, y de ser el caso, sugerir una posibles solución a este problema.

La presente investigación reúne las principales posturas doctrinarias acerca de la prueba de oficio, tanto a favor como en contra; en la primera parte, así como también la postura de distintos entrevistados que tienen conocimiento respecto del tema, a fin de que contrarrestarlos con la teoría y poder determinar algunas conclusiones que sirvan para solucionar la pregunta de investigación planteada.

### **Antecedentes**

Como antecedentes investigativos académicos se encuentran los siguientes trabajos:

Patricia Sánchez Gómez: “Imparcialidad del Juez de la Familia al ordenar la prueba de oficio”. Valdivia, Chile, 2010<sup>1</sup>, tesis de pregrado realizada en la Universidad Austral de Chile. Este trabajo de investigación aborda la potestad del juzgador por ordenar pruebas de oficio dentro de la materia de la familia, comparándolas con las posturas de la doctrina internacional, favorables y contrarias a esta facultad, así como la diferente jurisprudencia que existe en Chile respecto de las pruebas de oficio; para finalmente estudiar si en la práctica es utilizada dicha potestad.

Julio Cesar Jara Callo: “Análisis de la constitucionalidad de la prueba de oficio en el Proceso Penal peruano”. Puno, año 2014. Tesis de pregrado realizada en la Universidad Nacional del Altiplano; trabajo académico en el que se explica la importancia y aplicabilidad de la actividad probatoria de oficio, en materia penal, y se enfoca el análisis dentro de los principios constitucionales peruanos; haciendo énfasis en la idoneidad que tiene esta herramienta dentro del proceso.

Teresa de Jesús Jordán Peña, “La prueba de oficio ordenada por el juez de trabajo y los principios procesales establecidos en la Constitución de la República del Ecuador”. Ambato, año 2014. Tesis de pregrado realizada en la Universidad Técnica de Ambato; trabajo académico en el cual se plantea el problema de la prueba de oficio y los principios procesales establecidos en la Constitución, abordando los principales criterios doctrinarios a favor y en contra de la prueba de oficio, desde la perspectiva de los principios necesarios en un procedimiento, aunque la investigación se enfoca específicamente en la prueba de oficio en materia de derecho laboral.

## **Situación problemática**

El Código Orgánico General de Procesos entró en vigencia en mayo del 2015, cuerpo jurídico que tiene como objetivo: “regular la actividad procesal en todas las materias, excepto la constitucional, electoral y penal, con estricta observancia del debido proceso” (Ecuador, Asamblea Nacional , 2015), según se prevé en su artículo 1. Con la aprobación de esta norma, se establecieron en el marco jurídico ecuatoriano una serie de modificaciones en el ámbito procedimental civil, siendo la principal novedad la implementación de la oralidad en los procesos.

Aunque este es el cambio más significativo, también destacan algunos elementos dentro del ámbito probatorio; como el contenido dentro del artículo 168, que implementó una prueba de oficio, llamado prueba para mejor resolver, cuya realización podrá ser ordenada por el juzgador en forma excepcional para poder esclarecer los hechos controvertidos.

Desde la doctrina internacional se viene abordando desde hace algunos años, cual es el alcance que tiene la aplicación de una prueba de oficio en relación a la igualdad de las partes dentro del litigio, y sobre todo en relación al principio de imparcialidad que debe tener el juzgador, pues al permitir que el juez actúe como una parte dentro del proceso, se podría afectar seriamente los derechos y las pretensiones de las partes.

En este sentido, la propia norma suprema prescribe que el primer deber prioritario del Estado es “garantizar el efectivo cumplimiento de los derechos”, incluido el derecho al debido proceso, dentro del cual se garantiza que todos los ciudadanos tiene el acceso a la justicia, y que “en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se garantizará el derecho a ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente”. (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008)

Considerando que la Constitución de la República y el Código Orgánico de la Función Judicial garantizan el derecho de las personas a ser juzgados por un juez imparcial, existe al menos una contradicción o duda, entre el deber del juzgador de ser imparcial y la facultad que le otorga el COGEP en ordenar pruebas de oficio, y de cierto modo, actuar como parte; pues el actual rol del juzgador determinado en la propia norma suprema, es la de ser garante de los derechos de ambas

partes, siendo imparcial, para lo cual debería existir una prohibición de realizar alguna actuación que pudiera inferir dentro del litigio a favor de una de las partes.

### **Formulación o enunciado del problema:**

- ¿Existen carencias en la formulación de la prueba de oficio o prueba para mejor resolver inscrita en el Código Orgánico General de Procesos que afectan directamente al principio de imparcialidad judicial?

### **Preguntas Directrices**

- ¿Cuál es la naturaleza jurídica de la prueba de oficio en materia civil y del principio de imparcialidad judicial dentro del Estado constitucional de derechos?
- ¿Qué opinión tienen los operadores jurídicos respecto de la prueba de oficio y el principio de imparcialidad judicial?
- ¿Cuál es la posible solución para prevenir una posible afectación de la prueba de oficio en el principio de imparcialidad judicial?

### **Justificación:**

Es pertinente realizar un estudio del presente tema de investigación, considerando que en la actualidad, la materia procesal civil constituye una de las más importantes actividades jurídicas, ya que a través de ésta, se sustancian procesos de distinta naturaleza jurídica, según lo previsto dentro del COGEP.

De este modo, la importancia social del presente tema de investigación se fundamenta en el cumplimiento efectivo de los derechos de las partes, ya que dentro de la materia procesal civil se ven involucrados derechos de carácter patrimonial de las personas, por lo que la importancia social de la investigación se relaciona con el respeto a las normas del debido proceso, que en el marco constitucional ecuatoriano es un derecho fundamental, cuya finalidad es la protección de los derechos procesales y la regulación de la actividad jurisdiccional, otorgando principios en cuanto a la actuación del juzgador y determinando en todo momento su imparcialidad e independencia.

Los beneficiarios directos del presente trabajo de investigación serán todas las personas que actúan como parte dentro de cualquier tipo de procedimiento dispuesto en el COGEP. Lógicamente que también se beneficiarán de manera directa los juzgadores y el sistema de justicia ecuatoriano.

Debe manifestarse que de igual forma, existen las condiciones necesarias para que la investigación sea favorable, ya que se cuenta con los recursos humanos, materiales, institucionales, financieros y bibliográficos necesarios para cumplir con los objetivos de estudio y desarrollar una propuesta adecuada que ayude a solucionar el problema expuesto.

En cuanto a la significación práctica de la presente investigación, debe señalarse que el tema planteado tiene un alto grado de relevancia y beneficio social, ya que aborda uno de los factores medulares del procedimiento civil, que es la prueba, por lo que los resultados de la investigación permitirán identificar las posibles afectaciones de la prueba para mejor resolver sobre los principios probatorios, que facilitarán la solución del problema planteado.

En cuanto a la novedad científica de la presente investigación, se trata de un tema que no se ha abordado dentro de ámbito académico local, ya que la prueba de oficio o prueba para mejor resolver poco se conoce, aún dentro de la doctrina ecuatoriana, por lo cual no existen referencias bibliográficas sobre este tema, razón por la cual se brindará un valioso aporte desde el campo del derecho procesal civil.

Con el desarrollo de la investigación y la realización de la propuesta se espera tener un impacto social, jurídico y académico favorable en lo que se referencia a la garantía de los derechos de las partes, así como a la contribución en el criterio de la imparcialidad judicial.

## **Objetivos**

### **Objetivo General:**

- Fundamentar desde el punto de vista teórico, legislativo, doctrinal, jurisprudencial y empírico cuales son las insuficiencias que, en su formulación legal, presenta la prueba de oficio o prueba para mejor resolver en materia civil, que pueden afectar el principio de imparcialidad judicial u otros principios probatorios.

**Objetivos Específicos:**

- Identificar las posturas doctrinarias favorables y contrarias a la prueba de oficio en materia civil y la prueba para mejor resolver del COGEP con el fin de confeccionar una postura con respecto a su naturaleza jurídica y posibles afectaciones al principio de imparcialidad judicial
- Categorizar la opinión de distintos profesionales del derecho respecto de la prueba de oficio y el principio de imparcialidad judicial para conocer su eficacia y aplicabilidad en la realidad jurídica nacional
- Establecer un estudio comparativo de la prueba para mejor resolver con la prueba de oficio de distintas legislaciones internacionales para cimentar una solución integral a las posibles afectaciones que pueda tener en nuestra legislación con respecto al principio de imparcialidad judicial.
- Determinar una posible solución para prevenir una afectación de la prueba de oficio en el principio de imparcialidad judicial en base a la sistematización de la investigación realizada.

## **CAPÍTULO I.**

### **1. MARCO TEÓRICO**

En la parte teórica de la investigación se desarrollarán principalmente tres conceptos o categorías doctrinarias y jurídicas: la prueba en sentido general, la prueba de oficio, y finalmente el principio de imparcialidad judicial. En estos conceptos se tomará en cuenta la doctrina contemporánea, pero a la vez será necesario realizar una correspondiente comparación con el marco jurídico ecuatoriano.

Respecto del concepto de prueba puede afirmarse que la doctrina lo ha estudiado a fondo por ser una de las categorías principales del derecho probatorio, y actualmente poco ha cambiado la conceptualización respecto de prueba, pues ya desde principios de siglo se ha mantenido este criterio. La discusión, sin embargo, ha cambiado en torno a la finalidad que tiene la prueba, pues este es un punto que ha evolucionado de acuerdo con lo prescrito dentro de cada legislación procesal como se abordará posteriormente. También, otro aspecto en constante discusión es el de los principios probatorios, que suele variar, aunque no considerablemente.

Respecto de la segunda categoría analizada, la prueba de oficio, se trata de una discusión que se encuentra en plena vigencia, ya que existen, en la actualidad, defensores de posturas favorables como posturas contrarias de la prueba de oficio que se derivan del sistema procesal imperante así como del ordenamiento constitucional de cada Estado. En este sentido se abordará las principales teorías de cada lado, y se procurará diferenciar la prueba en sentido general de la prueba de oficio, pues como se apuntará con posterioridad, existen significativas diferencias entre estas dos categorías.

Finalmente respecto del principio de imparcialidad judicial, actualmente constituye una categoría sumamente desarrollada por la doctrina, cuya discusión se basa en relación a su aplicación dentro del proceso, pues su naturaleza jurídica, origen y afinidad con otros principios procesales está definida; no así su relación con la prueba de oficio, ya que en la doctrina existen posturas que afirman su afectación con la prueba de oficio, y otras que niegan este hecho particular, de modo que se tratará de exponer estos criterios en forma equilibrada a fin de inclinarnos hacia una de ellas en base a los criterios propuestos.

## **1.1. La prueba en el proceso civil**

### **1.1.1. Definición**

Según afirma el autor Jiménez Walters, “la noción probar infiere investigar, examinar acreditar convencer, evidenciar, demostrar, etc.”, sin embargo, ya dentro del ámbito jurídico, el concepto de probar adquiere un significado distinto, pues tal como advierte el autor, en una relación jurídico procesal, el único fin de una prueba es el de “convencer al juez para obtener el resultado de las pretensiones, contrapretensiones, excepciones o defensa en general”, considerando que “cada parte procesal tiene su verdad de los hechos o relación sustancial.” (Walters, 2003, pág. 19)

En esta misma línea, el profesor Hernando Devis Echendía, infiere que “probar es aportar al proceso, por los medios y procedimientos aceptados en la ley, los motivos o las razones que produzcan el convencimiento o la certeza del juez sobre los hechos” (Devis, 2015, pág. 15) De lo expuesto por los autores puede deducirse que la acción “probar”, trasciende más allá del ámbito jurídico, pues en definitiva se trata de una acción que se realiza en todos los ámbitos de la vida del ser humano, y se aplica en todas las ciencias; sin embargo, ambos autores advierten que dentro de la dogmática jurídica, esta concepción adquiere un alcance particular, que se justifica en virtud de las limitaciones que establece la propia normativa sobre cómo se ha de realizar esta actividad; y con el objeto comprender mejor este fenómeno, es necesario exponer algunas de las definiciones doctrinarias de la prueba en sentido jurídico.

El profesor Antonio Dellepiane afirma que, definir a la prueba aún dentro del campo jurídico tiene su dificultad, en virtud de las múltiples acepciones que existen dentro del campo jurídico; y a su entender existen al menos tres variaciones importantes de prueba, y explica:

Úsase, desde luego, en el sentido de medio de prueba, o sea para designar los distintos elementos del juicio producidos por las partes o recogidos por el juez, a fin de establecer la existencia de ciertos hechos en el proceso (prueba de testigos, prueba indiciaria). En segundo lugar, entiéndase por prueba, la acción de probar, de hacer la prueba como cuando se dice que al actor incumbe la prueba de los hechos por él afirmados (...) Por último, con la voz “prueba” se designa también el fenómeno psicológico, el estado de espíritu producido en el juez por los elementos del juicio antes aducidos, o de la convicción, la certeza acerca de la existencia de ciertos hechos sobre los cuales ha de recaer su pronunciamiento. (Dellepiane, 2011, págs. 7, 8)

De acuerdo con lo explicado por el autor, en sentido jurídico, existen diversas acepciones del vocablo prueba, y detalla que las más importantes son al menos tres: la prueba como medio, la prueba como acción de probar, y la prueba como fenómeno psicológico. El mismo criterio tiene Marcelo Midón, quien explica en primer lugar que la prueba tiene múltiples significados, y coincide en que las acepciones más conocidas son tres:

En su más corriente acepción, probar es demostrar que lo afirmado corresponde a la realidad. Pero también se denomina prueba al medio a través del cual el litigante presenta al juez la verdad del hecho afirmado, así como por ejemplo un documento, un dictamen de un perito, la declaración de un testigo, la confesión, etcétera. Finalmente esa misma voz se utiliza para hacer referencia a la actividad o procedimiento desarrollado al ofrecer o producir un medio probatorio. (Midón, 2007, págs. 27, 28)

Dentro de estos tres alcances expuestos por los dos autores, quizás el contexto más utilizado es la prueba como medio y como actividad, al cual nos apegamos en esta investigación, en este sentido, varias son las definiciones que han apuntado los tratadistas a lo largo del tiempo, siendo necesario considerar algunas de ellas.

Joaquín Esriche, define a la prueba como “la averiguación que se hace en juicio, de una cosa dudosa; o bien el medio con que se muestra y hace parte patente la verdad o falsedad de alguna cosa” (Esriche, 1997, pág. 408); mientras que De la Oliva considera que prueba es “aquella actividad que realizan las partes con el tribunal para que este adquiriera el convencimiento de la verdad o certeza de un hecho o afirmación fáctica para fijarlos como ciertos a los efectos de un proceso.” (De la Oliva, 2000, pág. 18)

Con el criterio de medio, también concuerdan los autores Javier Larena y Ainhoa Gutiérrez quienes la definen como “un instrumento a través del cual se lleva a cabo la determinación de los hechos que sirven de base operativa al proceso” (Larena & Gutiérrez, 2007, pág. 219); mientras que Fernando Toribios y María Velloso explican que en términos simples, la prueba consiste en una actividad para lograr acreditar la certeza y exactitud de hechos afirmados por las partes como fundamento de sus pretensiones jurídicas. (Toribios & Velloso, 2010, pág. 215)

Una última consideración que debe exponerse es la de Hernando Devis Echendía, quien define a la prueba judicial como: “el conjunto de reglas que regulan la admisión, producción, asunción y

valoración de los diversos medios que pueden emplearse para llevar al juez la convicción sobre los hechos que interesan al proceso” (Devis, 2015, pág. 15)

De esta afirmación cabe destacar que la prueba ante todo, consiste en una actividad, instrumento o medio, cuya realización, admisión, producción o valoración, está regulada en forma estricta por la ley, de tal forma que si una prueba no se apega a la reglas establecidas en la normativa legal vigente de un Estado, no tendrá valor jurídico, no pudiendo tener el carácter de prueba; de allí que Devis afirme que prueba “es todo motivo o razón aportado al proceso por los medios y procedimientos aceptados en la ley, para llevarle al juez al convencimiento o certeza sobre los hechos” (Devis, 2015, pág. 31)

Dentro de este contexto, se puede explicar las limitaciones de la prueba en sentido jurídico, pues mientras en las demás ciencias, la prueba puramente lógica o científica no conoce límites, la prueba en el proceso judicial se limita a nivel social y legal, pues es la propia normativa la que establece las condiciones, forma o prohibiciones probatorias. Existe además una definición de prueba de oficio que será abordada a profundidad más adelante.

### **1.1.2. Objeto y fin de la prueba**

De las definiciones anteriormente apuntadas respecto de la prueba, pueden ya deducirse cuál es el objeto y el fin que tiene la prueba; y una primera aclaración que debe realizarse al respecto, es que dentro de la doctrina el objeto y el fin no son expresiones sinónimas, por lo que conviene explicar detalladamente este hecho particular. En este sentido, Giuseppe Chiovenda, explica que el objeto de la prueba:

Son los hechos no admitidos, y que no sean notorios, ya que los hechos que no sean negados sin tergiversación no necesitan pruebas. Las normas jurídicas, el juez debe conocerlas, y por lo tanto no son objeto de la prueba en el sentido de que la falta de prueba sobre ellas pueda perjudicar jurídicamente a una de las partes. (Chiovenda, 1974, págs. 224, 225)

De acuerdo con lo explicado por el autor, el objeto de la prueba son todos los hechos que sean negados por las partes, y que no resulten notorios para el juzgador, es decir, el objeto de la prueba está constituido por aquellos hechos de carácter controvertido, que no sean aceptados en forma pacífica por una de las partes o que sean impugnados por la otra parte; y de allí que sea necesario

que éstos sean puestos en conocimiento del juzgador con la finalidad de que los esclarezca de acuerdo con elementos proporcionados.

En este sentido, Toribios y Velloso explican que el objeto de la prueba se obtiene realizándose el cuestionamiento de “qué hay que probarse”, y que al clarificar este supuesto se obtiene cual es el objeto de prueba; y la primera respuesta sería que el objeto son todos aquellos hechos que tengan relación con la tutela judicial del proceso en cuestión, (Toribios & Velloso, 2010, pág. 217) pero estos hechos además deberán ser controvertidos, pues un hecho aceptado por ambas partes no tiene razón jurídica de ser probado.

En este sentido, el objeto de la prueba se deduce de la cuestión lógica de que el juez ignora por completo los hechos del litigio, y que en el transcurso del mismo, conoce escasamente los relatos realizados por ambas partes, sin tener, en un primer momento, la certeza de cuál de éstos es verdadero, de tal modo que el objeto de la prueba será la confrontación de las afirmaciones formuladas por las partes, con los correspondientes elementos de juicio que permitan aclarar esta incertidumbre; aunque lógicamente no todos los hechos deberán ser probados. (Midón, 2007, pág. 29)

La doctrina señala los hechos que no deberán ser probados: aquellos en los que no haya controversia, es decir, en los que las partes estén de acuerdo, pero además no deben ser probados los hechos que resulten notorios para el juzgador, entendiéndose por estos, los que gocen de notoriedad absoluta y general y que legalmente no sean discutibles. Finalmente no son objeto de prueba los hechos que se encuentren favorecidos por alguna presunción legal, así como las normas jurídicas, y lógicamente será cada ordenamiento jurídico el que determine los hechos que no deben probarse.

Por su parte, Hernando Devis Echendía, tiene un criterio más amplio del objeto de la prueba y señala que éste es:

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. (...) desde un punto de vista estrictamente procesal por objeto de la prueba debe entenderse todo aquello que es posible de comprobación ante el órgano

jurisdiccional del Estado para efectos procesales (en general; no de cada proceso en particular) (Devis, 2015, págs. 142, 143)

De acuerdo con el criterio expuesto por el autor, el objeto de la prueba tiene una perspectiva general y abstracta que se aplica en todos los procedimientos, no a cada caso en forma particular, sino que abarcaría a todos los hechos que son susceptibles de comprobación; por lo tanto, a criterio de Devis tampoco se podría excluir aquellos hechos en los cuales existiera un acuerdo entre las partes; porque en este caso no se estaría refiriendo al concepto de objeto de la prueba, sino al de “necesidad de la prueba”.

Por otra parte se encuentra el fin de la prueba, y para poder determinar cuál es el fin de la prueba debe cuestionarse cual es propósito de probar un hecho. Para dar respuesta a esta interrogante se han planteado dos respuestas, cuya diferencia radica en el subjetivo ámbito de la Filosofía del derecho. Desde un punto de vista amplio, podría decirse que el fin de la prueba es “conocer u obtener la verdad de los hechos”, de tal forma que el fin de la prueba sería “la verdad”; y no obstante de ello, la doctrina sostiene que “la convicción del juez” es el fin de la prueba (Midón, 2007, pág. 33). Esta situación resulta tan subjetiva y compleja como distinguir entre los conceptos de certeza y verdad, pues doctrinariamente hablando, estos términos divergen en sus conceptos.

En este sentido, Isidoro Eisner, sostiene que “pretender alcanzar la verdad a través de un proceso judicial es una genuina utopía”, pues la verdad es inasequible, y que por lo tanto, “debería descartarse como la finalidad de la prueba”, aun cuando esto sería lo ideal en todo proceso (Eisner, 1974, pág. 26). De este modo, queda claro que el fin de la prueba no es alcanzar la verdad, debido a las dificultades existentes por llegar a este objetivo, sino que el fin de la prueba es únicamente llevar a la certeza o convicción al juez.

De este modo, Jairo Parra Quijano expone que el fin de la prueba es “llevar a la inteligencia del juzgador la convicción suficiente para que pueda decidir con certeza sobre el asunto materia del proceso” (Parra, 1996, pág. 33); o en palabras de Walters “el fin de la prueba es llevar al funcionario las pruebas necesarias para convencerlo de que nuestro dicho (como litigante), es la verdad, derivada de las pruebas oportunamente allegadas al plenario. (Walters, 2003, pág. 28)

En este sentido, Marcelo Midón concluye que, siendo que la verdad absoluta es una ambición desmedida y un propósito que excede las limitaciones del proceso, “es más plausible optar por aquellas construcciones que, sustituyendo la verdad por certeza” han optado por considerar que el fin de la prueba es la persuasión o convicción del juzgador”. (Midón, 2007, pág. 34) La prueba de oficio tiene un fin y objeto concretos, que serán descritos oportunamente.

### **1.1.3. La prueba en el Código Orgánico General de Procesos**

Una vez que se han expuesto las consideraciones generales de la prueba desde una perspectiva doctrinaria, conviene realizar un análisis legal respecto de la prueba dentro del ordenamiento jurídico procesal civil ecuatoriano, siendo necesario abordar los aspectos más trascendentales dispuestos dentro del Código Orgánico General de Procesos (En adelante COGEP).

La primera apreciación respecto del COGEP en cuanto a la prueba, es que, esta normativa no dispone ninguna definición de prueba, al igual que el derogado Código de Procedimiento Civil; no obstante, este último cuerpo normativo disponía dentro de su artículo 121, una referencia hacia los medios de pruebas, aunque no se trataba propiamente de una definición, sino de una descripción taxativa de cuáles eran los medios de prueba a través de los cuales las partes podían probar su verdad procesal.

Lo que si dispone el COGEP, es cuál es la finalidad de la prueba, que se encuentra prevista dentro del artículo 158: “la prueba tiene por finalidad llevar a la o al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias controvertidos” (Ecuador, Asamblea Nacional , 2015); lo que claramente concuerda con la doctrina internacional antes referida, de que el fin de la prueba no es obtener la verdad, sino que basta con que lleve al convencimiento del juzgador de los hechos alegados por las partes.

De la redacción del referido artículo se infiere que el objeto de la prueba dentro del COGEP son todos los “hechos y circunstancias en los que haya controversia” y en este sentido, el artículo 162 que se refiere a la necesidad de la prueba, aclara que “deben probarse todos los hechos alegados por las partes, salvo los que no lo requieran.” (Ecuador, Asamblea Nacional , 2015)

En cuanto a los hechos que no requieren ser probados en la legislación ecuatoriana, el COGEP los ha prescrito dentro de su artículo 163 siendo éstos:

1. Los hechos afirmados por una de las partes y admitidos por la parte contraria en la contestación de la demanda o de la reconvencción o los que se determinen en la audiencia preliminar.
2. Los hechos imposibles.
3. Los hechos notorios o públicamente evidentes.
4. Los hechos que la ley presume de derecho. (Ecuador, Asamblea Nacional , 2015)

De acuerdo con lo prescrito por la normativa ecuatoriana, no se deberá probar los hechos en los que no exista una controversia y la ley dispone que los hechos admitidos por ambas partes deben constar en forma expresa dentro de la contestación de la demanda, en la reconvencción, o que se hayan determinado en la audiencia preliminar. Tampoco se podrá probar los hechos imposibles; en cuanto al término imposible ha de comprenderse un sentido lógico de la palabra, por lo que se tratan de hechos “que no pueden ser o suceder” (Real Academia Española). Otro hecho que no requiere ser probado es el que es notorio o públicamente evidente, es decir aquellos que no requieran de una discusión por ser “públicos y sabido por todos”. (Real Academia Española)

Finalmente el numeral cuarto dispone que no deberán ser probados los hechos que la ley presume de derecho. En cuanto a la presunción de derecho, el Código Civil prescribe en su artículo 32 que:

Se llama presunción la consecuencia que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas” (...) Si una cosa, según la expresión de la ley, se presume de derecho, se entiende que es inadmisibile la prueba contraria, supuestos los antecedentes o circunstancias. (Ecuador, Congreso Nacional, 2005)

Además dentro del COGEP se ha prescrito, un principio de licitud de la prueba dentro de las reglas de valoración, esto en concordancia con lo señalado desde la doctrina que afirma que una prueba solo puede ser aportada al proceso por los medios y procedimientos aceptados en la ley; así el artículo 164, respecto de los medios de valoración dispone: “para que las pruebas sean apreciadas por la o el juzgador deberán solicitarse, practicarse e incorporarse dentro de los términos señalados en este Código.” (Ecuador, Asamblea Nacional , 2015)

#### 1.1.4. Principios de la prueba

De acuerdo con el criterio del tratadista Manuel Borja, “el curso histórico del derecho es concebido como el ajuste normativo de la vida social a los ideales de perfección, demarcados por valores que se destacan como realizables por el poder político, y que, al regularse, implican” una serie de limitaciones y directrices que repercuten en las normas jurídicas, tanto en su interpretación, integración y aplicación jurídica; y en este sentido, son los principios los encargados de llevar a cabo esta labor; (Borja, 2003, pág. 48) siendo éstos son definidos por el mismo autor en los siguientes términos:

Los principios son, pues, orientaciones sistémicas, valorativas, generales, consagradas técnicamente por el orden jurídico y que en forma tácita o expresa reciben concreción o se conllevan o efectivizan en unas normas procesales, o se abstraen en forma general o particular, de las regulaciones atinentes a las pruebas. (...) El principio recoge el contenido de varias normas y se extrae de los casos determinados en ellas, pero cobija como abstracción un mayor número de situaciones. (Borja, 2003, págs. 48, 49)

De este modo, siendo los principios orientadores generales que regulan el ordenamiento jurídico, se encuentran contemplados también dentro del derecho procesal, y concretamente en la prueba. Doctrinariamente, se reconocen una serie de principios generales de la prueba, aunque también no es menos cierto que cada legislación reconoce sus propios principios.

La legislación ecuatoriana por su parte, no reconoce en forma expresa principios probatorios, pues el COGEP más bien los denomina como “requisitos de admisibilidad”, que se hallan en el primer inciso del artículo 160 (Ecuador, Asamblea Nacional, 2015); no obstante otros principios se contemplan tácitamente en distintos artículos dentro del Título correspondiente a la Prueba, en su Capítulo I.

En este sentido, siendo que el estudio de los principios de la prueba pudiere resultar complejo, y tomando en cuenta que no es prioritario un desarrollo extenso para la investigación, conviene realizar un estudio concreto, resumido y ordenado de algunos de estos principios; para lo cual, se ha tomado como referencia, la clasificación realizada por el autor Jiménez Walters en su obra “Prueba Judiciales”, por estar bien estructurados, y porque se ajusta a los fines investigativos, que será comparada y contrastada con el COGEP.

De este modo, Walters expone que existen, a su entender, al menos 8 principios de la prueba judicial, siendo el primero de ellos el principio de preclusión; y seguidamente explica:

El proceso se encuentra estructurado sobre unos términos y oportunidades imperativos para el litigante y el funcionario del órgano jurisdiccional. Cuando estos términos para ejercer un acto procesal concreto no se observan, o se han ejercido incorrectamente, se dice que ha precluido la oportunidad procesal. Significa que hubo una omisión (el no ejercicio), o la consumación (cuando frustra) del respectivo acto u oportunidad. (Walters, 2003, pág. 32)

El principio de preclusión está relacionado directamente con el tiempo, y se trata de la pérdida de un derecho porque ha concluido un término o un plazo en el que la ley determina que se realiza en forma imperativa, como explica el autor, también se incluyen los casos en los que se ha realizado en forma errónea un acto, siempre y cuando no se rectifique antes de que concluye el tiempo previsto.

El principio de preclusión se halla contemplado en el COGEP dentro de la primera regla de valoración de la prueba del artículo 164 que prescribe que “para que las pruebas sean apreciadas por la o el juzgador deberán solicitarse, practicarse e incorporarse dentro de los términos señalados en este Código.” (Ecuador, Asamblea Nacional, 2015)

El segundo principio de la prueba es el de contradicción; suele derivarse del marco constitucional; y en efecto, dentro del sistema jurídico ecuatoriano la contradicción se halla prevista en el artículo 168, numeral 6 de la Constitución de la República que prevé: “la sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo” (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008). Respecto de este principio, el autor Piero Calamendrie señala:

Por el principio de contradicción debe ser siempre admitido a hacer valer ante el juez todas las razones de derecho y de hecho que puedan servir para demostrar la falta de fundamento del reclamo de la contraria. De modo que el impulso y la colaboración en la jurisdicción le llegan al órgano judicial de dos partes; el juez no debe decir en virtud de una sola propuesta de providencia, sino que debe escoger entre dos propuestas, por lo general antitéticas. (Calamendrie, 1993, págs. 238, 239)

El principio de contradicción, a más de contemplarse dentro del marco constitucional ecuatoriano, también se halla dispuesto en el artículo 165 del COGEP, aunque se le otorga la calidad de “derecho” de contradicción de la prueba; y en este sentido la norma dispone que “las partes tienen derecho a conocer oportunamente las pruebas que se van a practicar, oponerse de manera fundamentada y contradecirla” (Ecuador, Asamblea Nacional, 2015).

El tercer principio expuesto por Walters es uno de carácter compuesto, pues abarca tres principios, siendo estos los de inmediación, oralidad y escritura. A criterio del autor, estos tres principios se encuentran interrelacionados entre sí, por lo cual deben tratarse de esta forma; y expresa en un primer momento que “la oralidad es propia del criterio de la inmediación procesal en general” y posteriormente explica que:

La inmediación es la que pone en contacto directo al juez, con el medio probatorio que se practica. (...) En la oralidad el juez percibe (como en la inmediación), la prueba. La escritura obliga a plasmar por escrito cada probanza o el allegamiento (...) es decir las huellas materiales. Se infiere, por consiguiente, lo difícil que es, en veces, desligar estos tres principios en la praxis judicial. (Walters, 2003, pág. 35)

Estos tres principios se hallan también contemplados dentro del COGEP, además de en el ya referido artículo 168 de la Constitución; no obstante la norma procesal civil los determina en forma individual; y así el inciso final del artículo 159 prevé que “la práctica de la prueba será de manera oral en la audiencia de juicio”, mientras que el artículo 160 en su primera parte y 164, segundo inciso dispone que “la o el juzgador dirigirá el debate probatorio” de la audiencia, y que para su valoración deberá ser apreciada en conjunto, “de acuerdo con las reglas de la sana crítica” (Ecuador, Congreso Nacional, 2005). El cuanto al principio de escritura, a lo largo de la normativa del COGEP se prescribe cuáles son las actuaciones que se realizarán por escrito.

El cuarto principio doctrinario es el principio de apreciación que busca el libre convencimiento del juez, procedente de sana crítica y la valoración científica de las pruebas sustanciadas en forma legal al proceso. En este sentido, apreciar significa “percibir algo a través de los sentidos o de la mente” y al mismo tiempo “reconocer y estimar el mérito de algo” (Real Academia Española); por lo que el principio de apreciación dispone la forma de como se ha de percibir, reconocer y estimar la prueba.

En este sentido, el COGEP contiene dentro de su normativa el principio de apreciación, concretamente en su artículo 164, inciso segundo que menciona que “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. (Ecuador, Asamblea Nacional , 2015)” Desde un punto de vista doctrinario, la apreciación suele utilizarse en forma sinónima de la valoración; pero este último criterio será ampliado más adelante.

Un quinto principio expuesto es el de necesidad de la prueba, que se refiere “a la necesidad de que los hechos sobre los cuales debe fundarse la decisión judicial, estén demostrados con pruebas aportadas al proceso por cualquiera de los interesados o por el juez, si este tiene facultades” (Devis, 2015, pág. 19). Respecto de la necesidad de la prueba, el COGEP dispone dentro de su artículo 162 “que deben probarse todos los hechos alegados por las partes, salvo los que no lo requieran” (Ecuador, Asamblea Nacional , 2015); y en artículo siguiente se exponen esas excepciones como ya se ha apuntado anteriormente.

El sexto principio es la de publicidad de la prueba, “significa que debe permitirse a las partes conocerlas e intervenir en su práctica” (Borja, 2003, pág. 61); por lo tanto, la prueba no puede ser en ningún caso secreta; y un último aspecto es que las pruebas admitidas y valoradas para la decisión judicial deben ser manifestadas en forma expresa dentro de la providencia.

Respecto del principio de publicidad, el COGEP dispone dentro de su artículo 159, inciso final, que “la práctica de la prueba será de manera oral en la audiencia de juicio”, esto con el efecto de ambas partes y el juzgador, puedan tener acceso a ella y no sea secreta; y el artículo 164, también en su inciso final dispone que “la o el juzgador tendrá la obligación de expresar en su resolución, la valoración de todas las pruebas que le hayan servido para justificar su decisión” (Ecuador, Asamblea Nacional , 2015).

Dentro de la clasificación otorgado por Walters, existen dos tipos de principios más, siendo estos el principio de la carga y principio de imparcialidad; el primero será abordado en apartado distinto de la investigación debido a la importancia que tiene; mientras que el principio de imparcialidad, por ser tema principal, se analizará ampliamente dentro del tercer punto del marco teórico. .

Finalmente, en este punto de la investigación, es necesario referirse a tres principios que se encuentran contemplados dentro del COGEP; y que no son mencionados por Walters en su clasificación, que dentro de la normativa procesal, son tratados como requisitos de admisibilidad, como ya se había advertido. Así, el artículo 160 determina como principios de la prueba los de “pertinencia, utilidad, conducencia” por un lado; y por el otro, el principio de lealtad y veracidad.” (Ecuador, Asamblea Nacional , 2015)

Respecto del principio de pertinencia, utilidad y conducencia, se comprende que son tres principios que se encuentran interrelacionados entre sí, debido a que es difícil desligarlos uno de otro durante el proceso, por lo que se trata de un principio compuesto. Respecto de ellos, el artículo 161 del COGEP prescribe que: “la conducencia de la prueba consiste en la aptitud del contenido intrínseco y particular para demostrar los hechos que se alegan en cada caso. La prueba deberá referirse directa o indirectamente a los hechos o circunstancias controvertidos” (Ecuador, Asamblea Nacional , 2015).

De la denominación de estos principios se intuye cuál es su alcance y su relación, y se puede afirmar que se trata de un principio a través del cual, la prueba debe tener pertinencia para el proceso, es decir debe referirse a los hechos controvertidos; debe también ser conducente, porque su contenido debe llevar a demostrar tales hechos; y finalmente debe ser útil, pues no basta con que su contenido se relacione a los hechos y nos conduzca a demostrarlos, sino que la información debe tener alguna utilidad, no pudiendo referirse a hechos que no requieren ser probados. El COGEP además, dentro de su artículo 160, inciso segundo prevé cual es la consecuencia jurídica de que no se aplique este principio; disponiendo que es una obligación del juzgador “rechazar de oficio o a petición de parte la prueba impertinente, inútil e inconducente” (Ecuador, Asamblea Nacional , 2015).

Respecto del principio de lealtad y veracidad, el COGEP no ofrece definición alguna, sino más bien la consecuencia jurídica de que no se aplique este criterio, razón por la cual debe acudir a la doctrina para conceptualizarla. Doctrinariamente, el principio de lealtad y veracidad suele denominárselo como principio de legalidad y principio de licitud de la prueba. Según expone Manuel Miranda el principio de legalidad de la prueba significa que los elementos de prueba deben obtenerse e incorporarse al proceso con respeto a los principios y normas previstos en la

Constitución y la ley; mientras que el principio de licitud de la prueba “supone que toda prueba debe obtenerse y practicarse con respeto a los derechos fundamentales” (Miranda, 2010, pág. 133)

Este principio se deriva del mandato constitucional, referente al debido proceso, dispuesto en el artículo 76, numeral 4 de la Constitución de la República que prevé:

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: (...) Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria. (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008)

Por su parte el COGEP dentro de su artículo 160, inciso tercero y cuarto, en relación al principio de lealtad y veracidad dispone que:

La o el juzgador declarará la improcedencia de la prueba cuando se haya obtenido con violación de la Constitución o de la ley. Carece de eficacia probatoria la prueba obtenida por medio de simulación, dolo, fuerza física, fuerza moral o soborno. Igualmente será ineficaz la prueba actuada sin oportunidad de contradecir. (Ecuador, Asamblea Nacional, 2015)

#### **1.1.5. La carga de la prueba**

Fernando Toribios y María Velloso afirman, que ya estando claro lo que hay que probarse, debe dilucidarse quien ha de probar. Reconocen que esta es una cuestión mucho más compleja que la anterior, y concretando esta idea exponen:

En principio, la responsabilidad de probar en el proceso civil recae sobre las partes: a ellas corresponde proponer la prueba y en gran medida ocuparse de que se practique. Ahora bien, las partes no tiene la obligación de probar un hecho, pero ha de soportar la carga (las consecuencias jurídicas desfavorables) de la falta de prueba de un hecho por ella afirmado. (Toribios & Velloso, 2010, pág. 218)

De acuerdo con lo expuesto por los autores, la carga de la prueba se relaciona directamente con el hecho de establecer “quien debe probar dentro del proceso”; y según su criterio, tal responsabilidad recae sobre las partes, siendo conocido el principio general de la teoría de la prueba de “quien alega prueba”. Por su parte, Hernando Devis explica:

La carga de la prueba determina lo que cada parte tiene interés en probar, para obtener éxito en el proceso; es decir, cuáles hechos, entre los que forman el tema de la prueba en el proceso, necesita cada una que aparezcan probados para que sirvan de fundamento a sus pretensiones o excepciones (sin que se trata de una obligación o deber), y le dice al juez como debe fallar en caso de que estas pruebas falten. (Devis, 2015, pág. 142)

De acuerdo con lo expuesto por el autor, la carga de la prueba determina una imposición que tiene cada una de las partes, por probar los hechos que alegan dentro del proceso, y dicho sea de paso, esta es una imposición o “carga” a la que se exige cada una de las partes; no siendo propiamente una obligación o deber, pues como ya señalaban Toribios y Velloso, las partes no están en la obligación jurídica de probar lo que alegan, pero sí de soportar las consecuencias jurídicas en el caso de que no hayan probado satisfactoriamente su alegación; de allí que Devis exponga que la carga de la prueba le dice al juzgador “como debe fallar en caso de que estas pruebas falten”. Por esta razón además, también se denomina a la carga de la prueba como el principio de auto-responsabilidad de las partes.

Ahora bien, la regla general determina que “quien alega prueba”; y no obstante de ello, la doctrina y las legislaciones suelen determinar otros casos en los cuales, las partes asumen la carga de probar hechos que no han alegado, en razón de ciertas circunstancias, así el autor Orlando Monagas expone claramente:

Las partes deben suministrar la prueba de ciertos hechos, sea porque los invoca en su favor, porque de ellos se deduce lo que se pide, o porque el opuesto goza de presunción o de notoriedad o porque es una negación indefinida. (Monagas, 2005, pág. 9)

De la afirmación expuesta por el autor, se deduce el hecho de que, además de que las partes asumen la carga de probar los hechos que invocan directamente como favorables a ellos, también deberán probar los hechos, del cual se deduce una afirmación realizada por ellos; existe una carga de la prueba para las partes que deban demostrar un hecho opuesto a una presunción legal del que goce la parte contraria, o porque el hecho sea evidente, y finalmente cuando se trate de una negación indefinida. En cuanto a la naturaleza jurídica y características que tiene la carga de la prueba, Hernando Devis considera que posee al menos cuatro características que delimitan esta naturaleza y expone:

Se trata, por lo tanto, de una noción que es subjetiva porque contempla la situación que las partes tienen frente a cada hecho que requiere prueba (aunque esta puede ser suministrada por la parte contraria o por el juez oficiosamente) (...). Es concreta respecto de las partes, ya que se refiere a hechos precisos, y es más singularizada que la anterior, pues establece cuáles de los varios hechos que forman el tema de la prueba en el proceso, interesa a cada parte que sean demostrados para que sirvan de base a sus pretensiones o excepciones; mas es también abstracta respecto del juez, porque es una regla de juicio de alcance general sobre la manera de cómo debe decidir el juez a falta de prueba, y no un conjunto de reglas concretas para los diversos procesos. (Devis, 2015, págs. 142, 143)

Una vez que se han expuesto las principales consideraciones doctrinarias respecto de la carga de la prueba, corresponde ahora enmarcar el análisis dentro del marco procesal ecuatoriano. En este sentido el COGEP contempla en forma taxativa el principio de carga de la prueba dentro del artículo 169, pero también hace referencia del mismo dentro del principio de necesidad de la prueba, en el ya anteriormente citado artículo 162, se prevé que: “deben probarse todos los hechos alegados por las partes, salvo los que no lo requieran.” (Ecuador, Asamblea Nacional , 2015)

Respecto de ello, Jiménez Walters reconoce que existe una relación entre los principios de necesidad y carga de la prueba, pero también considera que existe una diferencia sustancial entre ellos, pues el principio de necesidad está relacionado con el juzgador, y se reduce al precepto de “*judex secundum alligata et probata partibus judicare debet; quod non est in actis non est in hoc mundo*”, lo que se traduce como “el juzgador fallará conforme a los hechos alegados y probados oportunamente dentro del proceso”; mientras que el principio de la carga probatoria está relacionado con “la autonomía probatoria de las partes (libertad procesal)”, que “está atada a la responsabilidad del litigante para solicitar los medios probatorios que pretende hacer valer dentro del proceso y de procurar su práctica”. (Walters, 2003, págs. 36, 41)

Como se desprende la explicación realizada por Walters, si bien es cierto, la necesidad y la carga de la prueba son principios que se encuentran relacionados e inter vinculados entre sí, no se trata de los mismos; sin embargo, uno necesita del otro para complementarse y surtir los efectos jurídicos procesales; pues de nada sirve la carga que tiene una de las partes por probar algo, sino existe una consecuencia y efecto jurídico de cómo afectará esta actuación en el juzgador al momento de emitir su dictamen; es quizás esta la razón por la cual el COGEP contempla la carga

de la prueba dentro del principio de necesidad y a la vez lo prescribe dentro del artículo 169 que dispone en su parte pertinente:

Es obligación de la parte actora probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en la demanda y que ha negado la parte demandada en su contestación. La parte demandada no está obligada a producir pruebas si su contestación ha sido simple o absolutamente negativa; pero sí deberá hacerlo si su contestación contiene afirmaciones explícitas o implícitas sobre el hecho, el derecho o la calidad de la cosa litigada. La o el juzgador ordenará a las partes que pongan con anticipación suficiente a disposición de la contraparte, la prueba que esté o deba estar en su poder, así como dictar correctivos si lo hace de manera incompleta. (Ecuador, Asamblea Nacional , 2015)

En cuanto al principio de la carga de la prueba dentro la prueba de oficio, se expondrá un criterio más adelante en la investigación.

#### **1.1.6. Valoración de la prueba**

En sentido general, valorar significa reconocer o apreciar el mérito de algo, y dentro del derecho probatorio, su significación no se aparta de este criterio. Toribios y Velloso afirman que la prueba se practica para el juzgador, por lo tanto solo él es el destinatario; y por ello, “cuando hablamos de valoración de la prueba nos estamos refiriendo a la capacidad de la actividad desplegada por las partes dentro del proceso para lograr la convicción del juez de la verdad o certeza de los hechos” (Toribios & Velloso, 2010, pág. 220)

Así Walters expone que la valoración se relaciona con la finalidad de la teoría de la prueba, cuya misión “es precisamente establecer los métodos, sistemas, y medios técnicos y teóricos para demostrar en cada juicio la verdad de cada acto o hechos del hombre o de la naturaleza que influya en una relación jurídica procesal”; y le “toca al juez, y nadie más que él, apreciar los diversos elementos de juicio allegados al proceso por las partes y oficiosamente por él para decidir mediante un fallo o sentencia la verdad” (Walters, 2003, pág. 73).

Según el criterio de mencionado autor, y coincidiendo con la opinión de Toribios y Velloso, corresponde únicamente al juzgador la valoración o apreciación de la prueba, pues es precisamente él, quien debe determinar la verdad procesal de los hechos por mandato legal y constitucional;

pero el juez, deberá aplicar los métodos, sistemas y medios técnicos y teóricos que la ley le otorga para realizar tan delicada labor.

En lo referente a la valoración de la prueba, son dos los criterios que se utilizan en forma indistinta o a veces conjunta, dentro de los determinados sistemas jurídicos procesales de cada Estado, siendo estos los de la “libre apreciación” y el de la “prueba legal o tasada”; y respecto de ellos, Toribios y Velloso explican:

Si el juez valora esa prueba según sus propios criterios, sin estar sometido a condicionante alguno, hablamos de libre valoración de la prueba. Si, por el contrario, el juez ha de someterse a criterios legales que le dicen que valor ha de dar a una determinada actividad para fijar los hechos alegados por las partes, estamos frente a la denominada prueba legal o tasada. (Toribios & Velloso, 2010, pág. 220)

Existen determinados sistemas jurídicos procesales que adoptan uno solo de los criterios para la valoración de la prueba, pero también existen algunos en los cuales se opta por permitir un sistema mixto de coexistencia de los dos sistemas. En el caso concreto de la legislación ecuatoriana, el COGEP dispone un sistema de libre apreciación, a juzgar por la disposición contenida en el inciso segundo el artículo 164 que prevé que: “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”. (Ecuador, Asamblea Nacional , 2015)

Para justificar este criterio, es necesario seguir las ideas de Walters quien expone que la regla de la sana crítica está relacionada directamente con el criterio de libre apreciación (Walters, 2003, págs. 76, 77); mientras que Larena y Gutiérrez complementan esta afirmación señalando que cuando los “criterios de naturaleza lógica, científica y psicológica que el juez toma en cuenta a la hora de valorar las pruebas”, se encuentran positivizadas, se trata de la prueba tasada; y que si por el contrario no se ha procedido a su positivización, (como en el caso del COGEP), se trata de una prueba libre. (Larena & Gutiérrez, 2007, pág. 223)

Un último e importante aspecto que exponen los autores, es que la “valoración libre no debe confundirse con arbitrariedad o utilización de criterios estrictamente personales, ya que el juzgador, al valorar de esta forma, deberá tener presente la lógica y la razón, como expresión de esa “sana crítica”. (Larena & Gutiérrez, 2007, pág. 223)

## **1.2. La prueba de oficio**

Dentro de la primera parte de la investigación se han procurado apuntar cada uno de los criterios más importantes de la prueba en sentido general, mismos que tenían por objetivo dar a conocer cuál es la naturaleza jurídica de la prueba dentro del proceso judicial; de modo que en este segundo punto teórico corresponde ahora enfocarse en forma específica a la prueba de oficio, para posteriormente analizar la denominada prueba para mejor resolver del COGEP, a fin de poder determinar la naturaleza jurídica de cada una de ellas.

### **1.2.1. Definición**

Como se intuye en un primer momento, a la expresión prueba de oficio se compone de dos elementos: “prueba”, cuyas acepciones ya fueron analizadas en el apartado anterior de la investigación; y “de oficio”, expresión que le otorga una cualidad y característica delimitada a este tipo de prueba, que será motivo de análisis en este punto

Recapitulando el criterio de los autores anteriormente citados, la “prueba” consiste en una actividad, instrumento o medio que pretende lograr acreditar la certeza y exactitud de los hechos afirmados por las partes como fundamento de sus pretensiones jurídicas; mientras que “de oficio”, es una expresión jurídica, definida por la RAE como “una diligencia que se practica judicialmente sin instancia de parte” (Real Academia Española); mientras que Guillermo Cabanellas la define en su Diccionario en la siguiente forma: “calificación que se le da a las diligencias que los jueces o tribunales efectúan por decisión propia, sin previo requerimiento de parte o sin necesidad de petición de esta” (Cabanellas, 2010, pág. 90)

Realmente son pocos los tratadistas que apuntan una definición concreta de prueba de oficio; tampoco dentro de las distintas legislaciones se ha conceptualizado taxativamente una definición, sino que tanto doctrinarios como cuerpos jurídicos, explican más bien el alcance que tiene esta prueba; por lo que en este punto se procurará apuntar primero algunas de las pocas definiciones doctrinarias.

En este sentido, Gaitán señala en un primer momento que la “la prueba de oficio es una herramienta jurídico procesal” aunque más adelante expone que se trata de una verdadera institución del derecho procesal civil, cuyo alcance y objeto dependerá del marco jurídico procesal dentro de la

cual se encuentre contemplada, pues la autora reconoce que se trata de una herramienta procesal dispuesta en pocos ordenamientos jurídicos a nivel internacional. (Gaitán, 2010, pág. 3)

Más ampliamente, José Rosales apunta la siguiente definición de prueba de oficio:

Las pruebas de oficio son aquellas actuaciones realizadas por parte del Juez, quien al encontrarse ante un acopio de pruebas deficientes, y advertir además que resulta necesario incorporar otros medios de prueba no ofrecidos por las partes, -pero que resultan fundamentales para la resolución de un caso-, ordena su incorporación y actuación en el proceso. (Rosales, 2008, pág. 2)

De acuerdo con el criterio expuesto por Rosales, la prueba de oficio es una actuación, que únicamente puede ser realizada por el juez cuando se presenten determinadas circunstancias: ya sea que las pruebas presentadas por las partes sean deficientes, o que se requiera incorporar otros medios de prueba para aclarar la resolución de un caso. Criterio similar tiene el autor Adolfo Alvarado, quien respecto de la prueba de oficio tiene la siguiente opinión:

La prueba de oficio constituye una herramienta auxiliar del juzgador, instituida por el derecho procesal moderno, para practicar aquellas diligencias que considere necesarias, por motivaciones de orden público, para el mejor esclarecimiento de los hechos, antes de resolver un asunto sometido a su conocimiento. (Alvarado, Debido Proceso versus Pruebas de oficio, 2004, pág. 21)

Para el autor, la prueba de oficio constituye una herramienta, pero de carácter auxiliar, es decir que ayuda en forma secundaria al juzgador, y que tiene el primordial fin de permitir la práctica de diligencias necesarias para poder esclarecer los hechos que no hayan quedado discernidos con la actividad probatoria de las partes. Un último criterio que debe exponerse es el del autor Juan Montero, quien realiza su definición en los siguientes términos:

Se ha considerado invariablemente que es un instrumento procesal valioso con el que cuentan los Jueces en la búsqueda de la llamada verdad material (procesal), la que, a su vez, debe orientar las decisiones finales que desaten los litigios sometidos a su consideración, atenuando pues el principio dispositivo que rige en su mayor parte las fases probatorias de los procesos, mas no reemplazándolo ni supliéndolo cuando el mismo resulta desatendido por los que integran la relación jurídico-procesal en cada caso. (Montero, 2013, pág. 19)

De acuerdo con el criterio del autor, la prueba de oficio constituye ante todo un instrumento procesal, y reitera que su aplicación se encuentra reservada exclusivamente para los juzgadores, añadiendo que tiene una importancia valiosa para el proceso en lo referente a la búsqueda de la verdad material.

### **1.2.2. La prueba para mejor resolver en el COGEP**

Como ya se ha señalado, la prueba de oficio constituye un instrumento procesal que se halla previsto dentro de distintos marcos normativos pertenecientes a diversos Estados; y en el caso concreto ecuatoriano, la prueba de oficio se encuentra prevista dentro del COGEP con la denominación de “prueba para mejor resolver”. Concretamente el artículo 168 prescribe:

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. (Ecuador, Asamblea Nacional , 2015)

De la redacción del artículo 168 del COGEP queda claro que la prueba para mejor resolver constituye, en forma inequívoca, una especie de prueba de oficio, que podrá ser ordenada únicamente por el juzgador, que deberá dejar constancia dentro del proceso de que se ha ordenado.

Lo que no determina la normativa procesal civil ecuatoriana en forma expresa, es que naturaleza jurídica tiene esta prueba, si se trata en definitiva de un recurso, una herramienta auxiliar, un instrumento procesal o de una actuación del juzgador; aunque de la redacción se comprende (a nuestro criterio) que se trata de una actuación del juzgador, en virtud de que se dispone que es una “práctica excepcional”

Un hecho a destacar, es que la propia denominación que tiene esta prueba en la legislación ecuatoriana, pues el legislador optó por no utilizar la denominación de “prueba de oficio” (instrumento que es utilizado por una decisión propia del juzgador sin requerimiento de parte); y en lugar de ello la denominó como prueba para mejor resolver, utilizando quizás en esta denominación, la finalidad específica que tiene la prueba, que de cierto modo, se justifica en el principio de excepcionalidad dispuesto en la misma norma.

Se trata entonces, (y a falta de una definición doctrinaria por la novedad del tema), de una actuación realizada por el juzgador, que tiene por finalidad la mejor resolución de un proceso, cuando en éste se han presentado pruebas deficientes para acreditar los hechos; para lo cual, la ley le faculta a ordenar, en forma excepcional, la práctica de aquellas diligencias que considere necesarias para la mejor resolución y esclarecimiento de tales hechos en sentencia. Como antecedentes a esta normativa se puede mencionar la disposición contenida en el derogado Código de Procedimiento Civil que en su artículo 118 prescribía:

Las juezas y jueces pueden ordenar de oficio las pruebas que juzguen necesarias para el esclarecimiento de la verdad, en cualquier estado de la causa, antes de la sentencia. Exceptúese la prueba de testigos, que no puede ordenarse de oficio; pero si podrá la jueza o el juez repreguntar o pedir explicaciones a los testigos que ya hubiesen declarado legalmente. (Ecuador, Congreso Nacional, 2005)

Como se observa, la normativa civil derogada ya contemplaba una prueba de oficio, que difiere en varios puntos con la actual prueba para mejor resolver; ya que el Código de Procedimiento Civil consideraba a esta prueba como una potestad que tenían los juzgadores, sin que se limite su aplicación más que en forma temporal, y también poniendo como excepción la prueba de testigos. No se trata en definitiva, como en el COGEP, de una actuación extraordinaria para resolver mejor la causa, sino una facultad discrecional del juzgador siempre que la considere como necesaria.

Cabe destacarse que no existía jurisprudencia o pronunciamiento alguno respecto del criterio de cuando era necesario solicitar prueba de oficio; por lo que debe reiterarse que será a criterio judicial. La única jurisprudencia existente en cuanto a la prueba de oficio, fue pronunciada en relación a su temporalidad, siendo dictaminada por la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil, caso 672-1999, del 12 de julio de 1999; y que se encuentra publicada en el Registro Oficial N° 288 del 30 de septiembre de 1999, que literalmente prescribe:

Aun cuando se haya concluido el término de prueba, los jueces de oficio pueden pedir las pruebas necesarias para el esclarecimiento de la verdad, y la prueba de ADN, es oportuna, pertinente, idónea, útil, efectiva, científica y determinante en los juicios en que se discute la paternidad. (Registro Oficial N° 288 del 30 de septiembre de 1999, 1999)

De acuerdo con la jurisprudencia referida, la prueba de oficio se podrá solicitar en cualquier estado de la causa como ya refiere la propia normativa; aun cuando el término legal probatorio haya concluido, por lo cual, este tipo de prueba no estaba regulada por el principio de preclusión. De este modo puede concluirse que la prueba para mejor resolver, es un tipo de prueba de oficio, que posee características particulares otorgadas por la normativa procedimental ecuatoriana, y que es distinta de su antecesora, tanto en su propia naturaleza jurídica como al marco legal que la regula.

Otro aspecto que debe mencionarse, es que dentro de la Ley de Arbitraje y Mediación existe una diligencia para mejor proveer, que tiene naturaleza jurídica similar a la de la prueba para mejor resolver que el COGEP; así el artículo 23 de la referida norma prescribe:

Art. 23.- Si antes de la expedición del laudo, el tribunal o las partes estiman que se necesitan otras pruebas o cualquier otra diligencia para el esclarecimiento de los hechos, de oficio o a petición de parte podrá ordenar que se practiquen señalando día y hora. (Ecuador, Congreso Nacional, 2006)

De conformidad con lo prescrito dentro de esta norma, la diligencia para mejor proveer, constituye una especie de prueba de oficio, que tiene como finalidad el esclarecimiento de hechos de carácter controvertido; esta diligencia se podrá realizar en cualquier tiempo antes de la expedición del laudo arbitral.

### **1.2.3. Objeto y fin de la prueba de oficio**

Desde un punto de vista lógico, podría pensarse que el objeto y fin de la prueba de oficio son las mismas que las de la prueba en general; y no obstante de ello, ya de las propias disposiciones legales se intuye que este hecho no es así; ya que la prueba de oficio tiene un objetivo más particularizado y un fin distinto.

De acuerdo con la doctrina, el objeto de la prueba (en sentido general) son los hechos no admitidos o los hechos en los que exista controversia; estos también son objeto de la prueba de oficio, pero con el particular hecho de que para que se produzca una prueba de oficio, deben haberse practicado las pruebas correspondientes de cada una de las partes; por lo cual, el objeto de la prueba de oficio son “los hechos no admitidos o controvertidos que no hayan quedado claros o en los que exista duda u oscuridad, con la actuación de las partes”.

Explicando mejor este criterio, la prueba de oficio no se produce siempre sino en forma excepcional, y para que pueda aplicarse hace falta que se cumpla con el requisito de que las pruebas aportadas por las partes no sean suficientes para justificar sus argumentaciones; por lo cual, ante esa oscuridad o poca claridad de los hechos, el juez ordena su práctica, siendo su objeto probar hechos controvertidos que no hayan quedado lo suficientemente claros o justificados con la actividad probatoria de las partes.

En cuanto al fin de la prueba, doctrinaria y jurídicamente se sostiene que consiste en llevar a la inteligencia al juez, la convicción suficiente para que decida con certeza sobre el asunto controvertido, o como dispone el COGEP “la prueba tiene por finalidad llevar a la o al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias controvertidos” (Ecuador, Asamblea Nacional , 2015). En este sentido, resultara poco probable que este fin de la prueba en sentido general, sea el mismo fin que tiene la prueba de oficio.

Puesto que la autoridad pertinente para aplicar una prueba de oficio es el propio juzgador, el fin de esta prueba no puede ser “que el juzgador se convenza a sí mismo sobre verdad de un hecho propuesto por las partes” (Ecuador, Asamblea Nacional , 2015), sino más bien, el fin de la prueba de oficio está en esclarecer la verdad; por lo tanto, y aunque la consideración doctrinaria afirme que conocer la verdad es una genuina utopía y que por lo tanto no puede ser la finalidad de la prueba; la finalidad de la prueba de oficio está más ligada a este propósito; es decir, el juez ordena la prueba de oficio con el objeto de conocer la verdad material de los hechos; de allí que la prueba de oficio se constituya como un instrumento a través del cual se logra la búsqueda de la llamada verdad material.

Por otra parte, Alvarado dentro de su definición también considera que el fin de la prueba responde a “motivaciones de orden público”; y en este sentido Walters expone que:

Tanto por la vía legislativa como jurisprudencial, se ha separado, afortunadamente, el concepto erróneo de que los procesos civiles solamente incumben a los intereses de quienes integran la respectiva relación procesal. La experiencia ha enseñado que los resultados de un proceso aparentemente privado, pueden desestabilizar la misma estructura democrática de cualquier país. (Walters, 2003, pág. 57)

De acuerdo con este criterio, debe tomarse en cuenta que el proceso civil no está alejado de los intereses públicos; y para ilustrar esta afirmación, pone un ejemplo en el que la empresa más importante del país o un banco comercial privado de grandes proporciones quiebra ; y aunque en tal situación, el Estado directamente no haga parte de la relación material y procesal, el descalabro económico podría vulnerar seriamente la estabilidad del país; por lo que la actuación judicial sería importante más que nunca. (Walters, 2003, pág. 57)

Más aún, en este mismo caso, habría que imaginar hipotéticamente que las partes involucradas no aportaren las pruebas suficientes para la resolución del litigio, y con ello, se produjere el perjuicio de cientos de personas; entonces, el juzgador de oficio, debería solicitar la práctica de pruebas que considere necesarias para llegar a la verdad material; y por consiguiente, la finalidad de la prueba de oficio no solo recaería en la en encontrar la verdad material, sino en una motivación de orden público.

De este modo es evidente que el fin que tiene la prueba de oficio es distinta, o al menos más amplia, que la finalidad de la prueba en general, pues por un principio de lógica, el juzgador no solo buscará converse a sí mismo del hecho de que una alegación de una parte resulte verdadera, sino que más bien tratará de buscar la verdad material de los hechos, mediante la aplicación de una prueba que considere como necesaria, dentro de los límites que le permite la ley, pero además, la finalidad de esta prueba también tendrá una motivación social o de orden público, en el sentido de que pretenderá garantizar la aplicación de justicia para la estabilidad de la estructura política de un determinado Estado.

Igualmente el objeto de la prueba de oficio se delimita en forma particular; pues no podrán ser objeto de la prueba de oficio todos los hechos controvertidos, sino que será el juzgador quien determine cuáles son los hechos necesarios para aclarar su resolución, y sobre éstos solicitar la prueba de oficio, a fin de que no se utilice en forma abusiva esta herramienta cuya naturaleza la hace auxiliar y excepcional.

#### 1.2.4. Autoridad competente

Para referirse al principio de la carga de la prueba, la doctrina reconoce que cabe cuestionarse quién debe probar dentro del proceso; y una vez establecido lo que debe probarse mediante la prueba de oficio, corresponde determinar quién es competente para solicitar una prueba de oficio.

La respuesta puede deducirse de las propias definiciones, así como del objeto y fin de la prueba de oficio, siendo competente la jueza o el juez de la causa pertinente, quien es el único facultado para solicitar una prueba de oficio, pues es él en definitiva quien tiene a su cargo la solución de los hechos, y solo el juzgador puede considerar que la actividad de las partes ha sido deficiente, y como consecuencia de ello, ordenar que de oficio se practique una prueba para mejor resolver. Respecto de ello, el tratadista Jiménez Walters explica:

Uno de los principios que informan el derecho procesal es el de la inmediación. Existe una serie de factores que inciden psicológicamente en la decisión final del proceso o del incidente por parte del juzgador, y tal vez sea la relación directa (inmediación) del juez durante la plenaria la más importante. Las reacciones, los gestos, la fluidez, etc., de un testigo le dan al funcionario una mayor solvencia de convicción, o no, del testimonio (*verbi gratia*). (...) Es de vital importancia que sea el mismo juez que recepciona las pruebas quien decida el incidente o el proceso, por las razones apuntadas aquí. (Walters, 2003, pág. 63)

De acuerdo con el criterio explicado por el autor, resulta de gran importancia y trascendencia que sea el propio juez que sustancia la causa quien solicite la realización de las pruebas de oficio; pues debido al principio de inmediación, el juzgador ha tenido contacto con cada una de las partes, y quien mejor que él para poder determinar la claridad o deficiencia de las pruebas aportadas al proceso por cualquiera de los medios que dispone la ley; y por consiguiente, una vez ordenadas las prácticas de estas pruebas, podrá justificar su accionar en sentencia, de acuerdo a las exigencias contempladas en la normativa; ya que generalmente, la prueba de oficio está regida por una serie de principios con el objetivo de que se use razonadamente; y además la normativa siempre suele determinar que el juzgador explique sus motivos en caso de ser requerida tal prueba.

### 1.2.5. Requisitos de la prueba para mejor resolver

Tres requisitos específicos gobiernan a la prueba de oficio, que se desprenden de la redacción del artículo 168 del COGEP; el uno es descrito en forma taxativa; mientras que los otros dos se deducen de la redacción del texto normativo: el primero es del de excepcionalidad de la prueba (La o el juzgador podrá, excepcionalmente); el segundo es la justificación (dejando expresa constancia de las razones de su decisión); y el tercero es del de oportunidad (la práctica de la prueba que juzgue necesaria para el esclarecimiento de los hechos controvertidos).

Un primer aspecto que se debe apuntar respecto de estos tres requisitos, es que se encuentran interrelacionados entre sí, de forma que para su aplicación, uno depende del otro, aunque para su análisis es prudente explicarlos por separado, para finalmente explicar cómo funciona esta relación

El primer requisito que debe ser explicado es el de excepcionalidad de la prueba de oficio. La Real Academia Española, define dentro de Diccionario de la Lengua el término excepcional como aquella cosa que constituye excepción de la regla común; es decir, la “cosa que se aparta de la regla o condición general de las demás de su especie”, “que se aparta de lo ordinario, o que ocurre rara vez”. (Real Academia Española)

De la definición otorgada por la RAE se deduce, que la prueba de oficio no puede aplicarse en forma ordinaria ni como una actuación común, o que se aplique por regla general de la normativa dentro del proceso civil, sino que se trata de una alternativa que ha de aplicarse en un caso apartado, siempre que se cumpla con el requisito que motive la aplicación de la regla excepcional. Este tipo de principio se encuentra por ejemplo en el derecho penal, en la aplicación de medidas cautelares como la prisión preventiva.

En cuanto al requisito de “oportunidad” en la prueba de oficio, la primera consideración que debe puntualizarse es respecto de su denominación. El COGEP no lo denomina como requisito de oportunidad, sino más bien de necesidad; y en este sentido, es prudente optar por la denominación otorgada Jiménez Walters, quien llama a este criterio como “oportunidad para la prueba oficiosa”, basándose en la jurisprudencia colombiana.

La oportunidad, es aquella que determina cuando es pertinente u oportuno la aplicación de una prueba de oficio, pues en definitiva se trata de una prueba limitada a una regla de excepción, es

decir, su aplicación depende de una condición que debe cumplirse para que el juzgador pueda hacer uso de ella y no una libre facultad.

La prueba de oficio responde a una necesidad, que se produce cuando las pruebas aportadas al proceso no son suficientes para convencer al juzgador, quien ante la falta de claridad de los hechos controvertidos, aplica su facultad excepcional de ordenar una prueba “para mejor resolver”. En este sentido, es clara la disposición del COGEP que otorga una regla en la cual determina una situación hipotética y posteriormente dispone su efecto jurídico que puede sintetizarse en la siguiente premisa: en caso de existir hechos controvertidos no esclarecidos, el juzgador podrá ordenar la prueba de oficio con el objeto de resolver en mejor forma el litigio.

Un último requisito de la prueba para mejor resolver es el de justificación, expresión que según la RAE significa “probar algo con razones convincentes” (Real Academia Española). La prueba para mejor resolver, una vez aplicada debe ser justificada, pues el COGEP dispone que la prueba de oficio solo podrá ser aplicada por el juzgador “dejando expresa constancia de las razones de su decisión (Ecuador, Asamblea Nacional, 2015)”; todo ello con el objetivo de que su aplicación sea razonable, pues en ninguna forma el juzgador puede ser la parte central de la actividad probatoria, sino más bien actuar solo en forma excepcional, oportuna y justificada.

Como se observa, los tres requisitos tienen una amplia vinculación, pues al ser la prueba de oficio una facultad excepcional del juzgador, se requiere que se apliquen en el caso oportuno descrito por la normativa, y no como una regla general del proceso; y para que se dé cumplimiento de estos dos requisitos y que exista constancia de ello, se requiere de una debida justificación judicial, que ha de quedar constada en forma expresa dentro de la resolución del caso.

### **1.3. El principio de imparcialidad judicial**

En los dos puntos anteriores de la investigación se desarrolló la teoría relacionada con la prueba en sentido general y posteriormente la prueba de oficio; puesto que el objetivo de la investigación pretende determinar la influencia de esta última sobre el principio de imparcialidad, corresponde ahora iniciar un estudio de este importante principio procesal, mismo que se desarrollará en dos partes: la primera parte será de carácter teórico y estudiará el referido principio; mientras que la segunda parte será analítica, por lo que se desarrollará un estudio de la prueba de oficio y las

posibles afectaciones que existen en el principio de imparcialidad, pero además se procurará contrastar los efectos de la prueba para mejor resolver contemplada en el COGEP con otros principios probatorios.

### **1.3.1. Definición**

Con el objeto de poder determinar en mejor forma un concepto de imparcialidad, distintos autores toman en cuenta la propia etimología de la palabra, y en este sentido, el diccionario de la RAE define la imparcialidad como la “falta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de alguien o algo, que permite juzgar o proceder con rectitud”; mientras que el término imparcial es definido como aquel “que juzga o procede con imparcialidad; que incluye o denota imparcialidad, o “que no se adhiere a ningún partido o no entra en ninguna parcialidad”. (Real Academia Española)

Desde un sentido etimológico, la palabra imparcialidad consiste en una actuación que se aleja de favorecer a determinada persona, sino que al contrario, actúa en forma recta, sin parcializarse o inclinarse por una de las partes, no tomando partido por una postura, o ejerciendo acciones desfavorables hacia alguna de las mismas. Ampliado este primer criterio, y ya en sentido jurídico, el tratadista Juan Montero Aroca explica que la imparcialidad judicial implica necesariamente:

La ausencia de designio o prevención en el juez de poner su función jurisdiccional al servicio del interés particular de una de las partes. La función jurisdiccional implica la tutela de los derechos e intereses legítimos de las personas por medio de la aplicación del Derecho en el caso concreto, y la imparcialidad se quiebra cuando el juez tiene el designio o la prevención de no cumplir realmente con esa función, sino que, incumpliendo con ella, puede perseguir en un caso concreto servir a una de las partes. (Montero, 2006, pág. 69)

Montero Aroca expone un primer criterio de imparcialidad judicial, explicando que se trata de una ausencia de parcialización dentro del proceso jurídico; es decir, evitando poner la función jurisdiccional a su cargo al servicio particular de cualquiera de las partes, lo que consecuentemente perjudicaría a la otra; el autor amplía su criterio, y explica la función jurisdiccional puede resumirse como “la tutela de los derechos e intereses legítimos de las personas a través del derecho”. (Montero, 2006, pág. 69)

En cuanto al origen del principio de imparcialidad, doctrinariamente se ha considerado que se trata de una derivación de dos principios procesales: el principio de igualdad de las partes y el principio de independencia judicial; y aunque estos se encuentran relacionados entre sí, cada uno tiene un alcance distinto.

En este sentido, el autor Adolfo Alvarado Velloso, explica que el principio de igualdad de las partes surge debido al lógico hecho de que todo proceso implica necesariamente la existencia de dos partes antagónicas, de modo que el debate de un juicio debe ser realizado en perfecta igualdad, las Constituciones consagran el derecho de la igualdad jurídica ante la ley. (Velloso, 2009, pág. 154)

Mientras que el principio de independencia judicial puede ser comprendido como un principio de imparcialidad externa, de modo que evita las presiones provenientes de otros poderes y funciones estatales, con el objeto de mantener esta imparcialidad al momento de resolver las causas. Respecto a ello, el autor Rubén Hernández señala:

Para garantizar la imparcialidad del juez, no es suficiente la independencia de los órganos judiciales respecto de los otros poderes y órganos constitucionales sino que además, es necesaria la independencia interna en relación con los otros tribunales. Con ello se trata de que el juez se coloque en una posición de efectiva imparcialidad respecto de los intereses de las partes en conflicto. (Hernández R. , 2005, pág. 85)

Por otra parte, Alvarado Velloso va más allá de una definición de principio de imparcialidad, y advierte que ésta no tiene una gran importancia, pues en la actualidad, si bien es cierto, no todos los juzgadores tienen en claro esta definición, no es menos cierto que existe entre los juzgadores un alto grado de comprensión del principio, y señala “en realidad, creo que todos -particularmente los jueces y juezas- sobreentienden tácitamente el concepto de imparcialidad pero nadie afirma en que consiste con precisión y sin dudas” (Alvarado, 2009, pág. 237). A criterio del mismo autor, existen una serie de elementos básicos que comprende este principio y explica que éste implica que las personas juzgadoras posean las siguientes virtudes:

- a) Ausencia de prejuicios de todo tipo (particularmente raciales o religiosos),
- b) Independencia de cualquier opinión y, consecuentemente, tener oídos sordos ante sugerencia o persuasión de parte interesada que pueda influir en su ánimo,

- c) No identificación con alguna ideología determinada, completa ajenidad frente a la posibilidad de dádiva o soborno; y a la influencia de la amistad, del odio, de un sentimiento caritativo, de la haraganería, de los deseos de lucimiento personal, de figuración periodística, etc. ´
- d) Y también es no involucrarse personal ni emocionalmente en el meollo del asunto litigioso y evitar toda participación en la investigación de los hechos o en la formación de los elementos de convicción, así como de fallar según su propio conocimiento privado el asunto.
- e) Tampoco debe tener temor al qué dirán ni a separarse fundadamente de los precedentes jurisprudenciales, etc. (Alvarado, 2009, págs. 237, 238)

A manera de conclusión se puede señalar que el principio de imparcialidad judicial está relacionado directamente con el juzgador, quien limita su actuación como autoridad encargada de la dirección del proceso a lo dispuesto en la normativa legal vigente, si permitir influencias o presiones de ningún tipo en la resolución de la causa judicial, operando libremente, sin inclinarse al servicio particular de una de las partes.

### **1.3.2. La imparcialidad como principio del Derecho Procesal**

La imparcialidad constituye actualmente uno de los principios más importante en materia procesal en todas las áreas jurídicas. De acuerdo con autores como Otto Brusiin, Gómez Orbaneja y Werner Goldschmidt, “la imparcialidad es el fundamento del proceso civil, penal, contencioso-administrativo, en fin: del proceso como tal” y para justificar este criterio, Goldschmidt expone:

La justicia se basa en la imparcialidad de las personas que intervienen legalmente en la resolución de la causa. Excepto las partes en sentido material, respecto a las cuales la parcialidad es condición esencial, todas las demás personas deben ser tan imparciales como sea posible y en razón directa de su influencia legal sobre el contenido de la resolución. (Goldschmidt, Academia de Derecho, 2015, pág. 4)

De acuerdo con el criterio explicado por el autor, el principio de imparcialidad es uno de los más importantes dentro de cualquier clase de procedimiento, pues la propia justicia se construye en base a éste; de modo que todas las personas que interviene dentro del proceso, con excepción de las partes, deben ser imparciales, sobre todo el juzgador, quien tiene influencia directa sobre la resolución.

Naturalmente que el principio de imparcialidad se extiende sobre todas las partes del proceso; y siendo que, como ya se manifestó con anterioridad, la actividad probatoria constituye la parte medular del proceso (y se justificó este postulado oportunamente), el principio de imparcialidad tiene un papel determinante en esta parte del proceso. Así, respecto al tema, Jiménez Walters expone que:

Dentro de los poderes del juez, está el de dirigir el proceso (...). Esta dirección deberá notarse ante todo en la producción probatoria. El funcionario debe sopesar los medios de prueba aducidas por las partes, evitar posibles fraudes en las pruebas, y conservar la igualdad de las partes, siempre de manera imparcial. El principio de imparcialidad judicial hace relación a la dirección del funcionario en la prueba y su imparcialidad en la averiguación de la verdad real. (Walters, 2003, pág. 38)

Por su parte, la legislación ecuatoriana, contempla el principio de imparcialidad como un principio general y un principio probatorio, pero también como una parte del derecho al debido proceso. Es así que la Constitución de la República prescribe dentro de su artículo 75 que; “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” (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008); mientras que el artículo 76 en su parte respectiva prescribe:

En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará (...).7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (...) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto. (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008)

Por su parte, el Código Orgánico de la Función Judicial contempla el principio de imparcialidad como un principio general, dentro de su artículo 9 que prescribe:

Art. 9.- Principio de Imparcialidad.- La actuación de las juezas y jueces de la Función Judicial será imparcial, respetando la igualdad ante la ley. En todos los procesos a su cargo, las juezas y jueces deberán resolver siempre las pretensiones y excepciones que hayan deducido los litigantes, sobre la única base de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado, la ley y los elementos probatorios aportados por las partes. Con la finalidad de preservar el derecho a la defensa y a la réplica, no se permitirá la

realización de audiencias o reuniones privadas o fuera de las etapas procesales correspondientes, entre la jueza o el juez y las partes o sus defensores, salvo que se notifique a la otra parte de conformidad con lo dispuesto en el numeral 14 del artículo 103 de esta ley. (Ecuador, Asamblea Nacional, 2009)

La legislación ecuatoriana dentro de su normativa contempla por un lado, que el principio de imparcialidad es un derecho de protección y además un derecho que forma parte del debido proceso; mientras que por otro lado, el Código Orgánico de la Función Judicial lo determina como un principio judicial; mismo que se origina del principio de igualdad ante la ley. Finalmente, el COGEP por su parte, lo contempla como un principio probatorio dentro de su artículo 160 que prevé que “la o el juzgador dirigirá el debate probatorio con imparcialidad y estará orientado a esclarecer la verdad procesal.” (Ecuador, Asamblea Nacional , 2015)

En este sentido, el profesor Hernando Devis Echendía, afirma que la imparcialidad es un principio fundamental del derecho procesal y no solo de los procedimientos, siendo un deber de los funcionarios cumplir con el éste; y agrega que:

La imparcialidad del juez debe presumirse, a menos que exista alguna causa contemplada por la ley como motivo de impedimento y recusación, en cuyo caso su competencias subjetiva y moral para el proceso, no solo para las pruebas, lo obliga a dejar su consentimiento voluntariamente, lo somete a que sea separado por otro juez. (Devis, 2015, pág. 130)

De la exposición realizada por el autor se desprende, la importancia que existe en determinar mecanismos jurídicos que permitan garantizar la imparcialidad, los cuales serán analizados a continuación.

### **1.3.3. Modos de garantizar la imparcialidad**

Como es lógico, la imparcialidad del juzgador, pese a que se trate de una presunción, debe estar sometida a un estricto control a fin de que se garantice en forma efectiva. (Ya que como a se ha recalado, se trata de una parte fundamental en la construcción de la justicia). Así, dentro de la doctrina, se han considerado que existen diversos modos de garantizar esta imparcialidad, algunos de los cuales se expondrán a continuación.

El primer método es el sistema de designación, es decir, aquel que está relacionado directamente con la elección de un juez para su cargo, lo cual tiene una gran importancia a nivel social y legal, en este sentido el autor Néstor Sagüés afirma que en esta designación confluyen ciertos requisitos en el sistema de reclutamiento de magistrados independientes, siendo estos: principio de igualdad de oportunidades; principio de formación; principio de selección de idoneidad y el principio de independencia. (Sagüés, 2000, pág. 49)

El segundo modo para garantizar la imparcialidad es la intangibilidad, inamovilidad y vitalidad de los juzgadores; es decir, se tratan de principios relacionados con la estabilidad económica y laboral de la jueza o juez, a fin de que no puedan ser presionados en estos aspectos, y que puedan actuar libremente sabiendo su permanencia en su cargo.

El tercer modo de garantizar la imparcialidad es el principio de Juez natural, que es entendido desde la doctrina como “la imposibilidad de designar posteriormente a la consumación del hecho el juez o tribunal que va a estar encargado de juzgarlo”; es decir la prohibición de que designe un juez *ad hoc*, que pueda tener intereses en el caso a favor de una u otra parte. (Ferrari, 2008, pág. 11)

El cuarto modo de garantizar la imparcialidad es la excusación y recusación, que es descrita por Goldschmidt, como un modo de:

Impedir que intervengan personas en tentación de ser parciales, se evita que una persona que es parte ocupe otro lugar en el proceso que no sea precisamente éste: el de ser parte. La recusación asegura la base misma de la justicia y la abstención propio motu de una persona que se considere parcial constituye el complemento del derecho a recusarlo. (Goldschmidt, 1970, pág. 25)

Un quinto modo de garantizar la imparcialidad judicial, es a través de la fundamentación de los fallos, que en la legislación ecuatoriana adquiere el nombre de motivación, de acuerdo con lo prescrito por la Constitución de la República, Así, el artículo 76 de la norma suprema, en su numeral 7, literal k, prescribe que:

Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008)

Un último modo de garantizar esta imparcialidad es determinar “un régimen de responsabilidades y sanciones para los magistrados que incurran en la violación de la imparcialidad;” (Ferrari, 2008, pág. 12) y en este sentido, la propia norma constitucional antes citada, en su parte final prevé que “los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se consideraran nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados” (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008); y en este sentido, dentro del Código Orgánico de la Función Judicial se establece este régimen disciplinario.

#### **1.3.4. Prueba de oficio e imparcialidad judicial, posibles afectaciones**

Hasta este punto de la investigación se ha procurado apuntar las teorías más importantes respecto de la prueba de oficio y el principio de imparcialidad, al fin de comprender el alcance que tiene cada uno, y lograr establecer una primera idea de la relación que existe entre estos dos elementos del derecho procesal. Ahora corresponde ampliar este análisis, a fin de poder determinar si existe realmente una afectación del principio de imparcialidad al permitir la incorporación de una prueba de oficio dentro de un determinado sistema jurídico.

La respuesta a este interrogante no es fácil, y una muestra de esta afirmación es el gran número de posturas de diversos doctrinarios tanto a favor como en contra de una posible afectación de este y otros principios; de modo que en este apartado se pretende hacer constar algunas de las más importantes posturas tanto a favor como en contra (en forma equilibrada), a fin de extraer importantes conclusiones; y con este propósito, cabe puntualizar el punto de partida del problema.

El principio de imparcialidad consiste, en palabras de Montero en “la ausencia de designio o prevención en el juez de poner su función jurisdiccional al servicio del interés particular de una de las partes” (Montero, 2006, pág. 69) ; pues este principio nace a su vez del principio constitucional de igualdad ante la ley, de modo que siendo todas las personas iguales, el juez debe respetar esta igualdad, procurando un trato recto, que no se incline al servicio de una sola de las partes, sino que sea equilibrada; y en este sentido, constituye un verdadero dilema si esta posición de rectitud del juez no se parcializa al momento de decretar una prueba de oficio, que en definitiva, tendrá una influencia (muchas veces decisiva) dentro del proceso judicial.

Alvarado Velloso en este sentido sostiene que el principio de imparcialidad implica que los juzgadores no puedan involucrarse personal o emocionalmente en el meollo del asunto litigioso, y para ello deberán “evitar toda participación en la investigación de los hechos o en la formación de los elementos de convicción”, pues como ya se apuntaba en el primer punto de la investigación, la prueba también es un fenómeno psicológico que influye sobre el juzgador en la convicción que debe formarse para determinar un fallo. (Alvarado, 2009, pág. 164)

Al respecto, Ferrari afirma que el juzgador, “al momento de heterocomponer el litigio debe operar libremente, sin presiones”, y aclara que a su entender existen dos tipos de presiones: las internas y las externas; y que las primeras “pueden identificarse con el vocablo propias”, siendo estas “las provenientes de la subjetividad del juzgador”; (Ferrari, 2008, pág. 5) de modo que siguiendo este orden de ideas, el propio juzgador puede condicionarse (aunque sea en forma inconsciente), a fallar de un determinado modo, cuando ha tenido alguna participación dentro del proceso, específicamente en lo referente a la investigación de hechos.

En este sentido, Alvarado Velloso realiza una importante crítica respecto del sistema donde el juez es el director del proceso, señalando que “este a su vez no puede convertirse en dictador, pues esto estaría contribuyendo a la pérdida de imparcialidad del funcionario judicial respecto a las partes, e iría en contravía del derecho fundamental al debido proceso”; y en este sentido critica a la prueba de oficio en razón de que “cualquier elemento que irrumpa la estructura del procedimiento, la oportunidad de defensa o induzca a error, podría configurarse como violatorio al debido proceso.” (Alvarado, 2004, pág. 154)

De acuerdo con lo afirmado por el autor, la imparcialidad judicial se pierde dentro de los sistemas judiciales en los cuales se permite que el juzgador actúe en forma “dictatorial”, entendiéndose que se trata de aquellos sistemas en los cuales se permite que el juzgador, además de ser el director del debate jurídico, actúe dentro del proceso, ordenando pruebas de oficio ya que de cierto modo, se convierte en director y parte dentro del proceso judicial, y aunque esta actitud ciertamente no significaría que directamente el juez se ha parcializado a favor de una de las partes, si implica una cierta pérdida de neutralidad en el proceso que tiene a su cargo resolver.

El autor además refiere que la prueba de oficio es un elemento que atenta en contra del derecho fundamental del debido proceso, pues irrumpen dentro de la estructura procesal afectando el

derecho a la defensa de una de las partes, o al menos desequilibrándolo, pues la otra parte no solo tendrá que contrarrestar las pretensiones jurídicas, afirmaciones y pruebas presentadas por la otra parte, sino que deberá contrarrestar las pruebas ordenadas de oficio por el juez; respecto a ello, la autora Loly Gaitán afirma que:

La totalidad del proceso debe estar permeado por el garantismo procesal. De esta forma, toma partido por preceptos constitucionales y proclama, entre otros, la garantía al debido proceso y que todo ciudadano sea juzgado imparcialmente por un juez y sin actitudes paternalistas de éste con las partes. Luego, la prueba de oficio en estos términos no sería pertinente puesto que podría convertirse en violatoria del debido proceso, específicamente del derecho a la defensa. (Gaitán, 2010, pág. 11)

En lo referente a la legislación ecuatoriana, ciertamente la prueba de oficio podría afectar el debido proceso, pues como ya se apuntó anteriormente, el principio de imparcialidad se encuentra contemplado dentro del derecho a la defensa, que a su vez, es parte de esta institución, de acuerdo con lo prescrito en la Constitución de la República.

Otros autores como Hernando Devis, tienen un criterio más favorable hacia la prueba de oficio, afirmando que no existe una afectación directa sobre el principio de imparcialidad; así el referido autor apunta que “no existen razón para temerle a la parcialidad del juez si se le otorgan facultades inquisitivas y libertad de apreciación, porque en el proceso dispositivo o con tarifa legal pueden darse iguales injusticias e iniquidades”, y afirma que una medida jurídica de garantizar la imparcialidad, es del derecho de garantizar los recursos de segunda instancia y la casación. (Devis, 2015, pág. 130)

De lo expresado por el autor, se entiende que existen criterios más optimistas respecto de la prueba de oficio, que no consideran que exista un verdadero riesgo sobre la imparcialidad del juez; pero además, las ideas del autor dan paso a una de las cuestiones fundamentales de la prueba de oficio, ya que de lo expuesto se comprende que existen determinados sistemas procesales, cuyo fundamento debe comprenderse mejor para conocer los beneficios, perjuicios y alcance de la prueba de oficio.

En palabras de Gustavo Calvino un sistema procesal es “el método de enjuiciamiento que rige a una sociedad determinada, constituyendo el punto de partida de toda su estructuración

jurisdiccional” (Calvino, 2008, pág. 114). Este proceso está compuesto por etapas que se afectan entre sí y se desarrollan gracias a la actividad de las partes procesales o del juez; y en este sentido, es el impulso procesal el que ha configurado históricamente los tipos de sistemas procesales, que son tres: inquisitivo, dispositivo y mixto.

El sistema dispositivo es el más antiguo, y puede definirse como “aquel en el que las partes son las que disponen de su derecho a discutir libremente, del método de discusión y del cómo debe conducirse esa discusión”, por lo tanto “las partes son las únicas que impulsan el proceso, fijan la *litis*, aportan las pruebas necesarias para confirmar o desmentir argumentos y finalizan el proceso por el medio que consideren más idóneo.” (Gaitán, 2010, pág. 5) En cuanto a la actuación que tiene el juez en este sistema, Alvarado Velloso sostiene que:

Debe aceptar como ciertos los hechos admitidos por las partes, así como conformarse con los medios de confirmación que éstas aportan y resolver el caso ajustándose estrictamente a lo que es materia de controversia, en función de lo que fue afirmado y negado en las etapas respectivas. (Alvarado, 2004, pág. 63)

Como se observa, dentro de este sistema, el juez solo tiene la función de ser director del proceso; es decir, se convierte en un mero observador en lo referente al impulso procesal, razón por la cual solo puede juzgar en base a las pruebas aportadas al proceso por las partes, pues la legislación no le permite realizar ninguna actuación probatoria; dicho en forma concreta, no existe la prueba de oficio.

Por otra parte está el sistema inquisitivo, que como su propio nombre lo indica, nació con la inquisición cristiana alrededor del año 1000. Este sistema “se caracteriza por una autoridad unilateral –juez- quien ejecuta e impulsa cada una de las etapas procesales, configurándose éste, como investigador, acusador y juzgador.” (Gaitán, 2010, pág. 5)

Como es de suponerse el principal protagonista dentro del proceso es el juez, quien concentra todas las actuaciones procesales, por lo tanto, únicamente el juzgador puede realizar de oficio todas las etapas del proceso, incluida la actividad probatoria, y por supuesto, juzgar y dictar sentencia.

Finalmente se encuentra un sistema mixto, que como es de deducible, contiene características de los dos sistemas, aunque a criterio de algunos autores como Alvarado Velloso, estos dos sistemas

no podrían coexistir, en el sentido de que son eminentemente antagónicos (Alvarado, 2004, pág. 63); aunque en la actualidad, en la práctica, existen sistemas que adoptan características de los dos; y prueba de ello, es que algunos sistemas dispositivos han incorporado la facultad de solicitar pruebas de oficio.

En este sentido, quienes defienden a la pruebas de oficio, lo realizan en el sentido de la función que tiene el juez dentro del proceso, determinando que un sistema procesal actual, es inconcebible que un juez tenga un rol estático, conformándose con la actividad probatoria de las partes; así Walters, respecto de la posición moderna del juez dentro del proceso señala que: “dejó de ser un espectador, para convertirse en figura principal del proceso, en *pro* de obtener la verdad real o material en lo civil, laboral, penal y contencioso administrativo”. (Walters, 2003, pág. 57)

Por su parte, el tratadista Esteban Mora opina que la prueba de oficio es necesaria:

Fundado en la lógica y obvia razón de que la justicia no puede volverle la espalda al establecimiento de la verdad material en frente de los intereses en pugna, asumiendo una posición eminentemente pasiva, si encuentra que decretando pruebas de oficio puede a la postre mediante ellas verificar los hechos alegados por las partes, y lograr que en definitiva brille la verdad y, por tanto, se imponga la justicia. (Mora, 2001, pág. 97)

Finalmente, respecto de la posible afectación del principio de imparcialidad del juzgador por medio de la prueba de oficio, Loly Gaitán explica que:

Respecto a la imparcialidad, esta posición de la doctrina argumenta que el decreto y práctica de las pruebas de oficio, no irrumpen el principio de neutralidad del juez. En el camino de la búsqueda de la verdad, así parezca beneficiar a una de las partes, no significa que se esté faltando al deber de imparcialidad, pues la finalidad de su actuación es encontrar la verdad material, y para llegar a ésta, es necesario, en algunas ocasiones, desligarse del impulso procesal de las partes y dirigir el proceso *verbi gratia* decretando pruebas de oficio. (Gaitán, 2010, pág. 12)

### **1.3.5. La prueba de oficio y sus efectos sobre otros principios probatorios**

Si bien es cierto, desde la doctrina, la prueba de oficio ha sido seriamente cuestionada debido a su afectación sobre el principio de imparcialidad judicial, no resulta ser el único principio sobre el cual tiene una influencia seria, pues como se analizará brevemente, existen algunos

cuestionamientos en relación a otros principios probatorios y procesales, lo cual podría tener también consecuencias jurídicas adversas.

En este sentido, el primer principio afectado es el de preclusión, pues como ya se ha manifestado, dentro de algunos ordenamientos jurídicos (incluido el ecuatoriano hasta antes de la aprobación del COGEP), permiten que la prueba de oficio se presente fuera del término probatorio, es decir, cuando la oportunidad para que las partes presenten las pruebas necesarias ha terminado, lo que en cierta forma afecta el proceso, ya que vulnera el derecho de defensa y contradicción al que tiene las partes, que deberán determinar su situación jurídica dentro del proceso nuevamente, después de que el juzgador haya incorporado una prueba de oficio.

Para que una prueba tenga plena validez dentro del proceso debe haber sido incorporada al mismo con inmediación, es decir, con la presencia de todas las partes y el juzgador, para que de esta manera pueda ser aplicado el principio de contradicción al que tiene derecho la otra parte. Este segundo principio también es afectado por la prueba de oficio, debido a que las partes no solo deberán contradecir las pruebas aportadas por la otra parte, sino que más aún deberán contradecir las pruebas aportadas por el juzgador de oficio, lo cual ocasiona una desigualdad dentro del proceso, ya que debe pensarse que quizás la o las pruebas de oficio solo benefician a una de las partes, y a consecuencia de ello, la otra parte tendrá una mayor presión en contradecir estas pruebas.

Dos principios que también tienen afectación y que deben ser analizados en conjunto son los de necesidad y carga de la prueba; que se ven afectados por la prueba de oficio, en el sentido de que la necesidad se refiere a los hechos que requieren ser probados para que el juez pueda resolver; y la carga es una imposición a la que somete cada parte en probar un hecho, que como ya se mencionó con anterioridad, no están obligados en probar, pero sí en soportar la consecuencias de no probar un hecho.

En este sentido, la prueba de oficio desequilibra la carga de la prueba, pues introduce elementos probatorios cuya carga deberán soportar las partes, incluidos los efectos jurídicos que se desprendan de éstas nuevas pruebas; además de que se afecta la necesidad de los hechos que deben ser probados para cumplir con las pretensiones de cada parte.

En este punto quizás es importante subrayar un hecho que ya se apuntó anteriormente de que la finalidad de la prueba es el de llevar a la inteligencia del juez para que pueda decidir con certeza en el proceso; o como dispone el COGEP “la prueba tiene por finalidad llevar a la o al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias controvertidos” (Ecuador, Asamblea Nacional , 2015); por lo tanto resulta cuestionable los pronunciamientos a favor de la prueba de oficio en el sentido de que justifiquen su necesidad en su aporte de “conocer la verdad”, pues esta no es la finalidad de la prueba; y además se debe considerar el hecho de que pretender lograr la verdad en el proceso es una utopía, pues la verdad es inasequible, y que por lo tanto, debería descartarse como la finalidad de cualquier tipo de prueba. (Eisner, 1974, pág. 26)

Los dos últimos principios afectados, y que tienen relación con lo anteriormente expuesto son los de apreciación y valoración de la prueba. El juez debe apreciar la prueba y debe valorarla, y aunque la legislación determine que deberá realizarse en modo conjunto, no es menos cierto que cada elemento probatorio introducido al proceso tiene una apreciación individual y una valoración particular, y que en sentido práctico, una prueba puede tener mayor peso que otra, pues ha de insistirse en el hecho de que la prueba es un fenómeno psicológico.

Ahora bien, la imparcialidad y neutralidad del juez pueden estar influenciadas por elementos subjetivos (de acuerdo con el criterio doctrinario), que pueden ser incluso inconscientes, y en este sentido, cabe cuestionarse si una prueba aportada al proceso por cualquiera de las partes, tendrá la misma apreciación y valoración que una prueba que ha sido ordenada y practicada por el propio juez de oficio, pues esta última, surgiendo de la propia idea o iniciativa del juez, quizás tenga un efecto psicológico inconsciente en el juzgador que le conceda un mayor valor probatorio que las demás pruebas, lo que de cierto modo inclinaría la balanza definitivamente a la hora de realizar esa valoración en conjunto, lo que consecuentemente también influiría al momento de dictar el fallo definitivo.

### **1.3.6. Estrategias para contrarrestar una posible afectación a la imparcialidad judicial**

De lo anteriormente expuesto se deduce que, existen tanto criterios favorables como posturas críticas frente a la prueba de oficio; pues en determinados casos, pueden resultar favorable, mientras que en otros, podría afectar el principio de imparcialidad judicial y otros principios probatorios. En este sentido, este último punto de la investigación pretende esbozar, una posible

solución desde la doctrina, a fin de contrarrestar los posibles efectos adversos que tiene la prueba de oficio para el ordenamiento jurídico procesal de un Estado.

En este contexto, uno de los criterios que debe subrayarse (que consideramos el más acertado), es el denominado “criterio de la racionalización de la prueba de oficio”, que expuesto por autores como Parra Quijano y Diana Ramírez, autores que se encuentran a favor de la aplicación de una prueba de oficio, siempre y cuando esta sea limitada dentro del ordenamiento jurídico, permitiendo que se aplique en forma excepcional y justificada.

El criterio de la racionalidad parte de la idea de que el juzgador ha adquirido un nuevo rol, que se origina en el paradigma constitucional; pues el denominado “Estado social de derecho” exige una mayor aplicación del derecho en el sentido de buscar una justicia efectiva, por lo cual se privilegian los derechos frente a las cuestiones meramente procesales, y por lo tanto, el juzgador adquiere un mayor compromiso por buscar la verdad. Así, Ramírez explica:

El tema sobre la racionalidad en la aplicación de la prueba de oficio está íntimamente ligado con la verdad (...) porque la tensión permanente en las diversas áreas del derecho en cuanto a la función y naturaleza de la prueba se ha debatido entre una propuesta de verdad material y formal. (Ramírez, 2006, pág. 443)

De este modo se desprende, que la finalidad de la prueba actualmente ha variado, (según este criterio) de lograr convencer al juez, a la búsqueda de la verdad; y “para este objetivo se establece un juez activo, dotado de todos los poderes necesarios para enderezar el proceso hacia una decisión justa”. (Ramírez, 2009, pág. 16)

Lógicamente que estos nuevos poderes del juez deben ser limitados, a riesgo de que él se convierta en protagonista del proceso, (juez dictador), siendo necesario limitar estos deberes- poderes mediante un criterio de racionalidad, es decir aplicado en forma pertinente, y así la propia Diana Ramírez explica:

Se trata, evidentemente, de un rol que el juez desempeña solo eventualmente y en vía de integración, y está claro que si las partes deducen todas las pruebas disponibles, el juez no puede y no debe realizar alguna iniciativa de instrucción autónoma. Es, pues, un rol importantísimo, decisivo para

la justicia de la solución final de la controversia, todas las veces que la actividad probatoria de las partes no sea adecuada para el acercamiento de la verdad. (Ramírez, 2006, pág. 17)

De acuerdo con la explicación de la autora la racionalidad de la prueba de oficio consiste en la excepcionalidad o supletoriedad de este tipo de prueba, que se emplea como un medio auxiliar y no como un medio principal en la actividad probatoria. Lógicamente ha de entenderse que para que esta racionalidad opere debe regularse mediante la normativa legal, pues de otro modo, el juzgador podría asumir una titularidad innecesaria al no existir límites legales.

Procesalmente, la prueba de oficio puede ser limitada en cuanto al tiempo en la cual se interpone y además en cuanto a su necesidad u oportunidad como ya se ha mencionado antes; sin embargo, con el objeto de garantizar la imparcialidad además es necesario que se incorporen otras medidas. En este sentido, acudiendo a la legislación comparada, la Ley de Enjuiciamiento Civil española ofrece una solución oportuna para garantizar la imparcialidad del juzgador ante las partes, que se realiza mediante una advertencia.

Generalmente, el ordenamiento jurídico (ya sea civil, laboral o administrativo), contempla una etapa de anuncio de pruebas, de modo que, el juzgador puede hacerse una idea de lo que las partes quieren probar dentro del proceso, y al mismo tiempo, puede deducir (en la mayor parte de casos), que aspectos estarían inconclusos o no estarían bien fundados con esta prueba, haciendo una relación entre la pretensión de cada parte y las pruebas que ha anunciado o solicitado para corroborar sus afirmaciones; y en este caso, advertir a ambas partes por igual respecto de las pruebas faltantes, de modo que cada parte pueda corregir o aumentar elementos probatorios pertinentes para justificar sus pretensiones; y solo en el caso de que no se cumpliera con las observaciones realizadas por el juzgador, se permite solicitar una prueba de oficio.

En este caso es evidentemente notorio que el juez, ordena la prueba de oficio en forma excepcional, y que la finalidad de esta prueba responde a una necesidad auxiliar, pues el juez no busca protagonismo en lo referente a la prueba, sino que actúa en forma racional, ante la negativa expresa de las partes de completar su actividad probatoria, y permite que se garantice la imparcialidad, al advertirles por igual, y no teniendo la facultad de ordenar una prueba (quizás arbitrariamente), que pudiera beneficiar únicamente a una de las dos partes.

De este modo, es evidente que no basta con que el ordenamiento jurídico disponga que la prueba de oficio se utilizará en forma excepcional, sino que es necesario que la misma normativa disponga como se aplicará esta excepcionalidad, algo que no se encuentra regulado en el COGEP en la prueba para mejor resolver.

También resulta necesario (a nuestro criterio), que dentro de la normativa procesal civil, se regulen en mejor forma algunos aspectos de la prueba para mejor resolver, a fin de que se utilice en forma adecuada, sin afectar los principios probatorios, procesales y constitucionales, como su temporalidad; pues solo de este modo, se podrá garantizar que la prueba para mejor resolver no afecte el principio de imparcialidad.

De esto modo, a fin de que se cumpla con este criterio, como forma de contrarrestar una posible afectación del principio de imparcialidad por parte de la prueba para mejor resolver, se requiere que la normativa contemplada actualmente en el COGEP sea modificada, para lo cual existirían dos caminos legales: la reforma y la acción de inconstitucionalidad.

En cuanto a la reforma, resulta el camino más idóneo para el problema expuesto, pues se trata de un medio por el cual el legislador, en forma directa, enmienda la disposición legal con el objeto de garantizar una afectación del principio de imparcialidad, estableciendo reglas más claras respecto de la prueba para mejor resolver o prueba de oficio, limitando su aplicación y estableciendo en forma taxativa en qué consiste la excepcionalidad de este principio. En este sentido, en el capítulo 3 del presente trabajo se hace una propuesta en relación a este criterio.

El segundo camino legal para modificar la prueba de oficio sería la vía constitucional, y en este sentido, la garantía pertinente es la acción de inconstitucionalidad, que según refiere el tratadista Juan Francisco Guerrero “es el mecanismo de control abstracto por antonomasia que le corresponde conocer a la Corte Constitucional”; y que “en cuanto a la oportunidad, es una modalidad de control a posteriori, es decir, que se lo ejerce una vez que la norma ha sido promulgada y está vigente” (Guerrero, 2012, pág. 120)

En este sentido, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional dispone en su artículo 74 que:

El control abstracto de constitucionalidad tiene como finalidad garantizar la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico a través de la identificación y la eliminación de las incompatibilidades normativas, por razones de fondo o de forma, entre las normas constitucionales y las demás disposiciones que integran el sistema jurídico. (Ecuador, Asamblea Nacional, 2009)

De este modo, es evidente que la acción de inconstitucionalidad tiene por objeto revisar la constitucionalidad de una norma legal, con el fin de hacer efectivo el control de la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico, para lo cual se ha otorgado competencia a la Corte Constitucional para resolver acciones de inconstitucionalidad, que procederán en contra de: “enmiendas y reformas constitucionales; resoluciones legislativas aprobatorias de tratados internacionales; leyes, decretos leyes de urgencia económica y demás normas con fuerza de ley; y, actos normativos y administrativos con carácter general.” (Ecuador, Asamblea Nacional, 2009)

En este sentido, mediante acción de inconstitucionalidad, podría pedirse la revisión del artículo 168 del COGEP; en relación a la disposición contenida en la Constitución de la República en su artículo 76, numeral 7, literal “k”, que establece que el derecho a la defensa incluirá la garantía de “ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente.” (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008)

Lógicamente que esta vía judicial es la más extensa, ya que se deberá demostrar que efectivamente la normativa del GOGEP vulnera el principio de imparcialidad judicial, y únicamente si la Corte Constitucional acepta este supuesto, se podrá dar pasó a una modificación de la normativa, por lo que resulta mucho más pertinente realizar una reforma a la normativa procesal civil.

A manera de conclusión de este primer punto de la investigación puede decirse, que la prueba constituye un elemento central dentro del procedimiento judicial, razón por la cual su realización debe efectuarse bajo el estricto cumplimiento de una serie de principios que tienen una gran importancia, pues éstos constituyen mandatos de optimización que permiten una mejor aplicación de las normas jurídicas y del derecho procesal.

En este sentido, la prueba de oficio, al ser un medio excepcional, es cuestionada por una serie de doctrinarios, en el sentido de que consideran que afecta principalmente a la imparcialidad judicial, así como a los principios de preclusión, carga de la prueba, inmediatez, contradicción, necesidad de la prueba y valoración.

Debido a que principio de imparcialidad judicial es la ausencia de designio o prevención en el juez de poner su función jurisdiccional al servicio del interés particular de una de las partes, ya sea en forma directa o indirecta dentro del proceso judicial, la prueba de oficio, en cierto modo implica una vulneración directa de este principio, sobre todo en la forma en la cual se encuentra regulada dentro del COGEP; razón por la cual deben pensarse en alternativas como una reforma normativa a través de la cual se ponga un límite a las facultades que actualmente tiene el juzgador.

### **Análisis teórico doctrinario crítico**

Desde nuestra perspectiva, la prueba de oficio, denominada como prueba para mejor resolver dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, en la actualidad, vulnera indudablemente el principio de imparcialidad judicial, así como otros principios procesales probatorios, entre los que se encuentran: los de preclusión, inmediación, contradicción, necesidad y carga de la prueba y valoración; y para realizar tal afirmación es necesario exponer un análisis razonado e interpretativo persona de las posturas doctrinarias que ya se han referido.

En este sentido, el primer punto a considerarse es la importancia que tiene la prueba dentro del proceso, pues es la actividad medular que permite a las partes sustentar sus alegaciones realizadas para alcanzar una pretensión, que son antagónicas entre sí, al existir un conflicto de intereses. En este sentido, el juez es, el director de proceso, no pudiendo constituirse como una parte procesal, al menos en un sistema dispositivo, en el que las partes son las llamadas a aportar con las pruebas necesarias para resolver el conflicto.

Desde esta perspectiva, para que las pruebas tengan un valor dentro del proceso, han de cumplir con una serie de principios, que se encuentran contemplados tanto en el mandato constitucional, como en el legal. Uno de los más importantes, es el principio de imparcialidad judicial, que parte de los principios de igualdad ante la ley e independencia judicial; el primero implica que la ley trata a todos por igual, por lo que no realiza distinciones; y en este sentido, el juzgador en trata en forma igualitaria a las partes. Así mismo, de acuerdo con el principio de independencia judicial, el juzgador no puede aceptar presiones externas o internas que condicionen su resolución.

El principio de imparcialidad significa, por lo tanto, que el juzgador no puede poner la facultad jurisdiccional al servicio particular de una de las partes, sino al contrario, conceder los mismos

derechos a las dos partes por igual, lo que implica, una obligación por no realizar acciones que perjudiquen a una de las partes, ya sea en forma directa o indirecta.

Precisamente, consideramos que el hecho de que se le conceda una facultad inquisitiva al juez por ordenar una prueba de oficio, implica la realización de una actividad indirecta que afecta la imparcialidad judicial, pues el juzgador al disponer la realización de determinada prueba, puede afectar en forma definitiva el proceso, lo que implicaría por un lado un beneficio directo a una de las partes, y un perjuicio a la otra parte.

Por otra parte, los autores que consideran que la prueba de oficio es una herramienta auxiliar que no constituye una afectación al principio de imparcialidad, lo hacen desde la lógica que la finalidad de la prueba es la de encontrar la verdad material del proceso; algo que no se ajusta a los disposiciones legales de la normativa civil ecuatoriana, ya que según dispone el propio COGEP, “la prueba tiene por finalidad llevar a la o al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias controvertidos” (Ecuador, Asamblea Nacional , 2015); por lo que el encontrar la verdad material es una finalidad del proceso público y no propia del derecho privado, en donde las partes buscan el convencimiento del juzgador a través de la aportación de las pruebas que respalden sus pretensiones; por lo que este criterio no es aplicable para la prueba para mejor resolver.

Pero no únicamente la prueba para mejor resolver afecta el principio de imparcialidad, sino que en nuestro criterio, tienen una serie influencia en otros principios procesales, que también se ven vulnerados por esta prueba. En este sentido, el primer principio afectados es el de preclusión, ya que el ordenamiento jurídico no dispone un tiempo para solicitar y práctica la prueba de oficio; por lo que podrá realizarse en cualquier tiempo.

Así mismo, al poder producirse e incorporarse en cualquier momento antes de la resolución judicial, afecta el principio de inmediación, ya que esta prueba no se presentará en conjunto con las demás dentro de la diligencia de audiencia, afectando con ello además el principio de contradicción de la otra parte.

Dos principios fundamentales que se ven afectados son el de necesidad y carga de la prueba, ya que las partes deben probar lo que argumentan, y al mismo tiempo, soportar las consecuencias de los hechos que no prueben; y siendo que la prueba de oficio incorpora nuevos elementos dentro

del juicio, cada una de las partes deberá soportar el efecto que éste produzca dentro del proceso, es decir, contradecirla en el caso de que perjudique a sus pretensiones, o respaldarla en el caso de que le favorezca. De todos modos, es evidente que tendrá un efecto que afectará el equilibrio del proceso.

Finalmente está el principio de la valoración de la prueba, que debe considerarse además como una actividad objetivo subjetiva que realiza el juez; ya que siendo la prueba un fenómeno psicológico, es evidente que el juzgador realizará una apreciación distinta y particular de una prueba introducida al proceso, aunque sea en forma inconsciente, de allí se deduce que existe una afectación de este principio.

A todos estos hechos debe sumársele, que en el ordenamiento jurídico ecuatoriano no se ha limitado correctamente a la prueba para mejor resolver, lo que aumenta el riesgo de que pueda ser usada arbitrariamente para beneficiar o perjudicar a una de las partes; por esta razón, consideramos que el mejor criterio que ha dispuesto la doctrina para la resolución de estos efectos negativos de la prueba de oficio, es el de la denominada racionalización de la prueba de oficio.

Racionalizar la prueba para mejor resolver, no es otra cosa que disponer dentro de la normativa reglas claras y concretas, que limiten a esta prueba, de forma que se pueda usar solamente en forma excepcional y justificada; y también que se establezca un criterio que permitan garantizar la imparcialidad judicial; ya con ello, se logrará que la prueba de oficio sea una herramienta auxiliar y no una medida discrecional. Para complementar este criterio doctrinario, es preciso analizar algunas de las propuestas de otras legislaciones.

## CAPÍTULO II.

### 2. METODOLOGÍA

En la primera parte de la investigación se apuntaron los aspectos bibliográficos y doctrinarios más importantes desde la perspectiva de diversos autores respecto de la prueba en sentido general, la prueba de oficio, y el principio de imparcialidad judicial; todo ello con el objetivo primordial de construir una base teórica del problema planteado y conocer cuáles son las posibles soluciones expuestas desde la doctrina.

Corresponde ahora en este Capítulo realizar una breve investigación de campo, tomando en cuenta el criterio directo de algunos especialistas en el ámbito del derecho que puedan aclarar ciertos puntos de la investigación que hasta el momento no han tenido una solución efectiva, a fin de lograr contrarrestarlos con la parte teórica, para finalmente realizar una propuesta de investigación al problema.

#### **Metodología empleada**

El presente trabajo se realizó bajo la forma de investigación descriptiva; que es definida por el autor Mario Bunge en los siguientes términos:

Consiste, fundamentalmente, en caracterizar un fenómeno o situación concreta indicando sus rasgos más peculiares o diferenciadores. El objetivo de la investigación descriptiva consiste en llegar a conocer las situaciones, costumbres y actitudes predominantes a través de la descripción exacta de las actividades, objetos, procesos y personas. Su meta no se limita a la recolección de datos, sino a la predicción e identificación de las relaciones que existen entre dos o más variables. (Bunge, 2015, pág. 12)

Debido a la naturaleza de la presente investigación se tomó en cuenta principalmente las fuentes de carácter bibliográfico; e investigaciones de otros autores, realizados con anterioridad; por este motivo la investigación se basó en fuentes de tipo secundaria. En este sentido fue prudente tomar en consideración, toda la información relativa a la prueba judicial, la prueba de oficio y el principio de imparcialidad judicial.

Lógicamente se abordaron los cuerpos jurídicos pertinentes como Constitución de la República, el Código Orgánico General de Procesos, el Código Civil y el Código Orgánico de la Función

Judicial. También se tomó en consideración toda la jurisprudencia relacionada con el tema de investigación, así como la legislación comparada. Finalmente se realizó una investigación de campo que con el objetivo de recolectar información cualitativa, realizada mediante entrevistas a expertos en el tema.

De esta manera, los tipos de investigación que se aplicaron en el proyecto corresponden a la bibliográfica, de campo y descriptiva.

En el caso de la investigación bibliográfica, que consiste en la revisión de literatura que proporciona datos fidedignos y de alto nivel (Hernández, Fernández, & Baptista, 2006, pág. 23); ésta permitió acceder a distintos estudios doctrinarios e investigaciones, relacionados con la temática de estudio.

Mientras que la investigación descriptiva, que actúa en los niveles de investigación aplicada y activa e intenta una investigación sistemática, estudiando la realidad y como se desarrolla (Best, 1995, pág. 32); se utilizó para describir los factores jurídicos, procesales y constitucionales que inciden en la temática de la prueba de oficio, que permitieron dar cuenta del estado actual la situación.

Finalmente, mediante la investigación de campo se recopiló información de expertos en la temática de estudio, para lo cual se entrevistaron a diversos profesionales cuyas áreas de trabajo están relacionados con el tema de estudio. Las técnicas utilizadas para el proyecto fueron:

**Técnica de Gabinete.**- Es una técnica de la investigación científica utilizada para la recolección de información de tipo bibliográfica que consiste en ir recolectando información importante relacionada con el tema de investigación obtenida en los diversos medios (Fernández, 2012, pág. 20)

**Técnica Documental.**- Se utilizó concretamente el análisis de contenido y la hermenéutica jurídica, para investigar todo el material documental que se relaciona con las variables de estudio; y también el análisis e interpretación de las normas jurídicas, que permitieron estructurar y formar los criterios de la investigación, a fin de orientarlos hacia la aplicación de una propuesta concreta.

**Técnica de Campo:** Es una técnica que permite obtener datos primarios, directamente de un profesional o experto en el tema, se realiza mediante la participación directa del investigador. (Fernández, 2012, pág. 21) La técnica de campo se utilizará con los siguientes instrumentos: observación, que se aplicará en el estado del arte, y el análisis comparativo con otras legislaciones, y la encuesta, que se aplicará a la selección de la muestra realizada.

**Técnica de Criterio de Expertos.-** Se realizará una entrevista a un conjunto de expertos, especialistas en el tema de estudio, para conocer y contrastar sus opiniones respecto de la temática planteada, a fin de poder sustentar una propuesta concreta.

## **Población y muestra**

### **Población**

Debido a que el tema de investigación es de carácter técnico jurídico, y requiere que las personas tengan conocimientos jurídicos académicos, se tomó en cuenta como población, el número de abogados del Distrito Metropolitano de Quito, según fuente del Colegio de Abogados de Pichincha, a fin de aplicar una encuesta a los Funcionarios del Complejo Judicial Norte, de acuerdo con el cálculo de la muestra obtenido a partir de la fórmula de muestreo probabilístico, en proporción al tamaño de la población. Así, se obtuvieron los siguientes resultados.

**Tabla 1 - Población**

<b>Composición</b>	<b>Universo o Población</b>	<b>Muestra</b>
Abogados en la Ciudad de Quito	10730	117
<b>Total</b>	<b>10730</b>	<b>117</b>

**Elaborado por Jonathan Burbano y Pamela Yépez**

## Muestra

Para el cálculo de la muestra de las encuestas, se tomará en consideración la siguiente fórmula de cálculo:

## Fórmula

$$n = \frac{Z^2 * P * Q * N}{e^2 * (n - 1) + Z^2 * P * Q}$$

## Datos:

n = Tamaño de la población.

Z = Coeficiente que tiene en cuenta el nivel de confianza con que se trabaja.

P= Porcentaje de la población que reúne las características de interés para el estudio.

Q= Porcentaje de la población que no reúne las características de interés para el estudio.

E = error con que se trabaja

## Desarrollo

n = tamaño de la muestra 10730

Z = Nivel de Confianza 1,96

P=Q Supuesto de máxima variabilidad estadística (Personas que reúnen y no reúnen las características de interés para el estudio) 0,5

E = error máximo admisible, al cuadrado va entre (0,01 y 0,10)

$$\frac{1,96^2 * 0,5 * 0,5 * 10730}{0,09^2 * (10730 - 1) + 1,96^2 * 0,5 * 0,5}$$

$$n = \frac{7008,09}{87,86}$$

$$n = 79,81$$

$$n = 80$$

Respecto de la entrevista, se aplicarán ocho a distintos expertos en el tema con diversas posiciones respecto al tema planteado, a fin de tener un análisis equilibrado de las posturas. Así se seleccionó a 3 funcionarios judiciales, un abogado en libre ejercicio, y cuatro docentes universitarios.

## **2.1. Discusión de resultados**

### **2.1.1. Análisis de las entrevistas**

**Primera entrevista:** Realizada al Dr. Bolívar Lema, Juez de la Sala de la Familia de la Corte Provincial de Pichincha.

#### **1. ¿Qué es la prueba de oficio o prueba para mejor resolver?**

De acuerdo con el criterio del entrevistado, la prueba de oficio es “una excepcionalidad de la actividad probatoria”, una prerrogativa del juzgador otorgada con la finalidad de conocer la verdad. “Es una figura antigua que viene con el modelo anterior y que se ha mantenido en el COGEP, que está dentro de los límites de la racionalidad y la necesidad”. A criterio del entrevistado, su aplicación se justificada en la necesidad del juzgador en conocer la verdad, pues esta es su obligación, ya que debe prestar un servicio público de calidad que debe ser eficiente.

Realizando una comparativa con lo explicado con la doctrina, la opinión del entrevistado coincide con el criterio de Gaitán y Rosales, quienes consideran que la naturaleza de la prueba de oficio es la de ser una herramienta auxiliar en la actividad probatoria. Sin embargo, el entrevistado no le otorga una naturaleza jurídica, pues no señala si es una herramienta procesal o un instrumento,

sino que más bien se limita a señalar que se trata de una excepcionalidad o una prerrogativa judicial.

## **2. ¿Qué objeto y finalidad tiene de la prueba de oficio?**

“Tiene el propósito de construir una tesis jurídica lo suficientemente sólida para convencer al juez”, y debe estar enmarcada dentro del derecho constitucional al debido proceso, por lo que la prueba debe ser valorada en conjunto; y en este sentido no puede faltar ningún elemento probatorio, y si el juez advierte esta omisión, es su deber ayudar a descubrir la verdad para que el sistema judicial se convierta en un medio para realizar la justicia.

En cuanto a la finalidad, el entrevistado considera que se trata de llevar a la convicción al juez acerca de la verdad material, y para ello es necesario que se construya una tesis sólida, y todos los puntos controvertidos estén claros. En este punto, la opinión del entrevistado no concuerda con la de la doctrina, pues desde esta perspectiva se considera que el objeto de la prueba de oficio está relacionado con el orden público, en el sentido de que la mala o incompleta administración provoca su desestabilización.

## **3. ¿Cómo debe valorar el juez la prueba de oficio?**

“Si bien es cierto, la prueba de oficio viene como propuesta del mismo juzgador para buscar la verdad, debe aplicar las reglas de la sana crítica”, por lo que la valoración debe realizarse en conjunto con el universo probatorio que haya sido aplicado por las otras partes; por lo que la prueba de oficio no podrá tener una mayor carga de valoración con respecto a las demás pruebas. Se debe valorar a todas las pruebas y con esto se integra la verdad material.

En el criterio del entrevistado, la prueba de oficio, debe ser valorada bajo la misma regla que la prueba general, es decir bajo el criterio de la sana crítica y en forma conjunta, por lo cual no se podría dar un mayor peso probatorio a una prueba ordenada de oficio por el juzgador; por lo que su opinión concuerda con la de los autores Toribios y Velloso, que señalan que toda prueba debe analizarse bajo los parámetros determinados en la legislación; y también el criterio del entrevistado se contradice el del autor Antonio Dellepiane, quien considera que la prueba es un fenómeno psicológico, que suele condicionar inconscientemente al juez.

#### **4. ¿Qué rol tienen el juzgador en el Estado constitucional de derechos?**

“Por naturaleza, todo juzgador es garantista de los derechos fundamentales, no del proceso” y las dos partes tienen en el derecho a conocer la verdad y la tutela judicial efectiva; y en este sentido, el entrevistado considera que si dentro del proceso está faltando un elemento, ya sea por descuido o desconocimiento, que impida alcanzar la justicia, es tarea del juez realizar una prueba de oficio que ayude a encontrar la verdad, porque no basta con cumplir con una justicia formal, sino con una verdadera justicia.

De acuerdo a la opinión del entrevistado, el rol que tiene el juzgador es la de ser un garante de los derechos fundamentales, por lo que la garantizar la justicia es su última finalidad; esta opinión sigue las corrientes neo constitucionalistas, que consideran que la finalidad del juzgador es la de garantizar todos los derechos de las partes; sin embargo, la opinión no toma en cuenta el principio de imparcialidad judicial, sino que se enmarca solo en el derecho a la justicia.

#### **5. ¿Considera usted que la prueba de oficio vulnera el principio de imparcialidad judicial?**

Desde la perspectiva del entrevistado la prueba de oficio no vulnera el principio de imparcialidad, “siempre y cuando la prueba de oficio se mantenga dentro los límites objetivos y subjetivos”, de tal manera que el juez tiene que demostrar que es imparcial a todas las partes con sus actos justificar; es decir que una prueba para mejor resolver no lo vulnera este principio, pero solo si se sujeta a estos dos componentes. No obstante de ello, si no se justifica los motivos, y en su acto muestra que tiene tendencia hacia una de las partes, ahí si existiría una vulneración. Pero esto es un tema muy delicado que debe ser analizado dentro de un contexto de las actuaciones del juzgador, pero de forma general, esta prueba a primera vista no rompe con este principio.

La opinión del entrevistado claramente se enmarca dentro de los criterios doctrinarios favorables a la prueba de oficio, como la defendida por Hernando Devis, quien considera que no se le debe temer a la prueba de oficio, en el sentido de que ésta facultad inquisitiva del juez no trae ningún perjuicio al proceso. (Lema, 2017)

## **Análisis de la entrevista**

**Elaborado por Jonathan Burbano y Pamela Yépez**

De acuerdo con el criterio expuesto por el primer entrevistado, la prueba de oficio constituye una excepcionalidad dentro del proceso probatorio, que debe ser aplicado por el juzgador para conocer un hecho desconocido que no ha sido probado por las partes. De este modo, la finalidad que tendría esta prueba es la de construir una tesis jurídica sobre un asunto incompleto en el proceso. En cuanto a la valoración, el entrevistado reconoce que debe ser realizada en conjunto, pues el juzgador deberá evitar concederle un valor superior a esta.

Dos aspectos que deben recalcar de la opinión del entrevistado tienen que ver con el nuevo rol del juzgador otorgado por la Constitución de la República y también la relación entre la prueba de oficio y el principio de imparcialidad. En el primer aspecto, el entrevistado afirma que el juez por naturaleza es garantista de los derechos de las dos partes, aunque apunta dos derechos principales: el derecho a conocer la verdad y la tutela judicial efectiva. Sin embargo, ha de destacarse que existe una serie de derechos constitucionales que deben ser protegidos por el juzgador en igualdad de condiciones.

En cuanto al segundo aspecto, es de gran importancia la opinión del entrevistado, pues en su entender la prueba de oficio no afecta el principio de imparcialidad, siempre y cuando se cumplan dos requisitos de objetividad y subjetividad. De esta forma es evidente que, si bien es cierto no existe una afectación directa, si no se cumple con criterios judiciales en forma efectiva, podría darse una afectación de este principio; y en este sentido, el mejor método para poder asegurar una actuación judicial correcta es regular en forma coherente la normativa jurídica.

**Segunda entrevista:** Realizada al Dr. José Gallardo García, Juez de la Corte Provincial de Pichincha.

### **1. ¿Qué es la prueba de oficio o prueba para mejor resolver?**

Primeramente el entrevistado señala la dificultad de la actividad judicial, y afirma que es una obligación del juzgador resolver con base en el conocimiento; y en este contexto considera que la

prueba para mejor resolver es una “garantía que se otorga a las partes”, para que el juez pueda ordenar pruebas sobre aspectos que no están claros. De acuerdo con el principio de progresividad de los derechos se mantuvo la prueba de oficio desde el Código de Procedimiento Civil anterior, en la que ya se contenía una prueba de oficio, aunque se excluía la prueba de testigos, en razón de que se afecta el principio de contradicción. El entrevistado también sostiene que existe una obligatoriedad de las instituciones públicas y privadas con la administración de justicia, por lo que un juez puede ordenar una prueba para esclarecer la verdad histórica. De esta manera, la prueba de oficio también es una prerrogativa del juez para esclarecer lo que él considera que es una verdad a medias.

Este criterio del entrevistado, quien considera a la prueba de oficio como una garantía, coincide con la opinión del autor Juan Montero, en el sentido que ambos sostienen que la prueba se trata de un mecanismo o garantía, cuya finalidad es la de lograr llegar a la verdad procesal o verdad material, pues esta es la finalidad del sistema de justicia.

## **2. ¿Qué objeto y finalidad tiene de la prueba de oficio?**

De acuerdo al criterio del entrevistado, la finalidad de la prueba de oficio es la de complementar lo que no han solicitado las partes; pero cabe recalcar que los jueces en ningún modo pueden cambiar los hechos, porque se afectaría el principio constitucional de congruencia, porque las partes son las dueñas de la pretensión y el juez es dueño del derecho. Por lo tanto, si se observa que la prueba no está completa, el juez solicita una prueba de oficio con el objeto de conocer la verdad, sino de lo contrario se denegaría la justicia.

La opinión del entrevistado sostiene que el objeto de la prueba es la de esclarecer los hechos controvertidos, que no han sido completados por las partes, lo que concuerda con la disposición legal del COGEP, que dispone que la prueba para mejor resolver debe ajustarse solo a estos hechos. En cuanto a la finalidad, el entrevistado no señala que se origine en un fin público, sino más bien el sentido de que el juez necesita conocer la verdad para poder resolver.

## **3. ¿Cómo debe valorar el juez la prueba de oficio?**

Según afirma el entrevistado, la prueba de oficio no tiene que salirse de la prueba actuada por la parte, por lo que siempre tiene que hacerse una valoración que tenga relación con las pretensiones

y las contradicciones realizadas por las partes. La prueba tiene que ser limpia, sin interés de beneficiar a alguna de las partes, sino para que se haga justicia y siempre deberá tener interés en el proceso.

De acuerdo con el criterio del entrevistado, la prueba para mejor resolver debe ser valorada bajo el criterio de imparcialidad judicial, sin que haya una pretensión de beneficiar a ninguna de las dos partes; y además esta valoración, deberá apegarse a las pretensiones de las partes. Esta opinión coincide con la expresada por la doctrina, sobre todo con la de Toribios y Velloso, que señalan que toda prueba debe analizarse bajo los parámetros determinados en la legislación.

#### **4. ¿Qué rol tienen el juzgador en el Estado constitucional de derechos?**

“Ese es un avance de la Constitución”, el cual que viene del sistema europeo del neoconstitucionalismo, en el que se respeta la función de cada institución; es una progresividad en la cual el juez ya deja de ser la voz de aplicación de la ley, y se le concede la facultad de hacer una hermenéutica ponderada para aplicar la justicia. El juez tiene que llegar a ponderar, aplicar los principios, las reglas para hacer justicia, las garantías básicas llamadas garantías constitucionales, el principio de supremacía constitucional y los derechos humanos. El cuerpo de constitucionalidad exige un desarrollo ponderando, aplicando la norma supra o bloque de constitucionalidad y el control de convencionalidad.

Claramente la postura del entrevistado coincide con la de los autores neo constitucionalistas, quienes consideran que el cambio de modelo estatal es un progreso, en el sentido de que el juez debe procurar la aplicación efectiva de la justicia, bajo la perspectiva de estricto respeto al principio de supremacía constitucional y respeto a todos los derechos humanos, entre los que se incluye el derecho a la justicia.

#### **5. ¿Considera usted que la prueba de oficio vulnera el principio de imparcialidad judicial?**

“Pienso que no vulnera ningún derecho”, más bien al contrario otorga un aporte, pues brinda la posibilidad al juez para conocer la verdad, por lo que no se vulnera ningún derecho, siempre que

haya una equivalencia para las dos partes. Desde mi punto de vista, no afecta porque es una prerrogativa es para atender a las dos partes, que aclara el panorama para que el juez aplique la justicia en base la verdad, y en este sentido no afectan los derechos de las partes.

Esta opinión del entrevistado coincide con las posturas favorables a la prueba de oficio, principalmente con la del autor Esteban Mora, quien afirma que la prueba de oficio es un valioso aporte para la construcción del sistema de justicia y la búsqueda de la verdad material, por lo tanto no vulneraría ningún derecho. (García, 2017)

### **Análisis de la entrevista**

**Elaborado por Jonathan Burbano y Pamela Yépez**

De acuerdo con el criterio del entrevistado, la prueba de oficio constituye una garantía para los dos partes, así como una prerrogativa que tiene el juzgador para conocer la verdad material de los hechos, y poder aplicar la justicia con bases a esta verdad. En cuanto a al objeto que tiene la misma, el entrevistado considerar que es una finalidad complementaria, a falta de elementos probatorios que permitan decidir en el proceso; y en este contexto, la valoración debe realizarse con base a la pretensión y a las demás pruebas aportadas por las partes, permitiendo su lógica contradicción dentro del proceso.

Respecto del nuevo rol que tiene el juzgador dentro del estado constitucional de derechos, el entrevistado reconoce que se trata de un avance, que implica que el jugador debe aplicar criterios distintos para juzgador, permitiendo una ponderación de derechos, así como la aplicación de los principios y reglas del derecho; sobre todo aquellos relacionados con la prevalencia de la Constitución de la República sobre los demás cuerpos normativos, así como la aplicación efectiva de los derechos humanos.

En cuanto a la posible afectación que tiene la prueba de oficio sobre el principio de imparcialidad judicial, el entrevistado considera que no existe, sino más bien que esta prueba constituye un aporte, pero también tiempo señala que para que no exista tal afectación debe aplicarse en forma equilibrada hacia las dos partes, evitando favorecer con esta a una sola parte. De este modo, es prudente señalar que para garantizar este equilibrio, debe establecerse una regulación concreta dentro de la normativa.

**Tercera entrevista:** Realizada al Abg. Juan Carlos Cevallos, Abogado en libre ejercicio.

### **1. ¿Qué es la prueba de oficio o prueba para mejor resolver?**

De acuerdo con el entrevistado, la prueba de oficio es un medio probatorio de carácter excepcional y complementario que puede ordenar el juzgador en un proceso a su cargo, siempre y cuando considere que la actividad probatoria de las partes ha sido incompleta, y por tal motivo, puede ordenar de oficio la realización de diligencias destinadas a probar determinados hechos relacionados con la pretensión jurídica de las partes.

Esta opinión del entrevistado coincide con el criterio del autor José Rosales, quien afirma precisamente que la prueba de oficio es un medio probatorio, que actúa cuando los medios de prueba incorporados por las partes son incompletos o insuficientes, constituyéndose en una actuación excepcional del juzgador para lograr resolver el asunto.

### **2. ¿Qué objeto y finalidad tiene de la prueba de oficio?**

Según el criterio del entrevistado, la prueba de oficio tiene como objeto los hechos controvertidos no probados por las partes que forman parte de sus pretensiones, mientras que la finalidad de la prueba de oficio sería de llevar al convencimiento al juez sobre la verdad material de los hechos.

La opinión del entrevistado sostiene que el objeto de la prueba es la de esclarecer los hechos controvertidos que no han sido determinados por las partes, lo que concuerda con la disposición legal del COGEP, que dispone que la prueba para mejor resolver debe ajustarse solo a las pretensiones de las partes que no hayan sido justificadas en sus pruebas.

### **3. ¿Cómo debe valorar el juez la prueba de oficio?**

De acuerdo con el criterio del entrevistado, la valoración de la prueba debe ser realizada de acuerdo con las reglas establecidas en el COGEP, mismas que disponen que se realizará una valoración en conjunto, pero lógicamente se deberá valorar el aporte probatorio de cada prueba a nivel individual, pues la prueba también es un fenómeno psicológico que lleva al juzgador a la formación de una convicción procesal.

De acuerdo con el criterio del entrevistado, la valoración de la prueba debe realizarse bajo las reglas determinadas en la normativa legal vigente, opinión que comparten los autores Larena y Gutiérrez, quienes sostiene que toda valoración debe apegarse a las reglas legales, sobre todo a la sana crítica y a la valoración en conjunto.

#### **4. ¿Qué rol tienen el juzgador en el Estado constitucional de derechos?**

De acuerdo con el criterio del entrevistado, el rol que tiene el juzgador es el de garantista de los derechos de las partes, esto se deriva del hecho del cambio de modelo constitucional que consagra al Ecuador como un Estado constitucional de derechos y justicia, lo que impone al juzgador la obligación de ser el garante de estos derechos constitucionales a todas las personas sin discriminación alguna, en igualdad de condiciones y oportunidades.

La opinión del entrevistados coincide con el criterio de la escuela neo constitucionalista, en la cual se determina que el deber del juzgador es el de ser el garantista de los derechos de ambas partes, por lo tanto no cabe la parcialización, pues implicaría una violación del principio de igualdad procesal.

#### **5. ¿Considera usted que la prueba de oficio vulnera el principio de imparcialidad judicial?**

A criterio del entrevistado, si existe una vulneración del principio de imparcialidad judicial, pues la prueba para mejor resolver no está lo suficientemente regulada dentro del COGEP, lo que podría dar lugar a arbitrariedades por parte de los juzgadores, considerando que ahora el juzgador tiene un mayor protagonismo en el proceso. Además el entrevistado señala que es necesario que se realice una revisión de la normativa a fin de darle una mayor coherencia, pues si bien es cierto el COGEP es una norma dispositiva, se atribuyen facultades inquisitivas al juzgador, impropias de modelo, y además existen contradicciones en la norma, pues por un lado se dispone que la finalidad de la prueba es la de llevar a la convicción a juzgador; y por otro, se dispone una prueba de oficio cuya finalidad sería la de conocer la verdad material de los hechos. Finalmente, el entrevistado señala que la prueba de oficio desequilibra la carga probatoria y la igualdad de las partes, en el sentido de que puede llegar a ser determinante en la resolución del proceso beneficiando a una parte y perjudicando a otra.

Esta opinión del entrevistado claramente se enmarca dentro de las posturas que están en contra de las pruebas de oficio, en el sentido de que consideran que existe una vulneración de la imparcialidad judicial; sobre todo con la opinión de la autora Loly Gaitán, quien sostiene que permitir este tipo de pruebas es riesgoso para el garantismo procesal y los derechos de ambas partes, que podrían verse irremediablemente afectados. (Cevallos, 2017)

### **Análisis de la entrevista**

**Elaborado por Jonathan Burbano y Pamela Yépez**

De acuerdo con el criterio del entrevistado, la prueba de oficio constituye un medio probatorio de carácter excepcional y complementario que la ley ha dispuesto con el objeto de que el juzgador pueda utilizarla en los casos en los cuales la actividad probatoria de las partes haya sido insuficiente, de modo que de oficio puede ordenar la realización de determinadas diligencias para complementar esta actividad de las partes. En cuanto a la finalidad de la prueba, es la de llevar al convencimiento al juzgador de determinada teoría o hechos. Finalmente la valoración deberá ser realizada de acuerdo con las exigencias del COGEP, es decir, en forma conjunta con las demás pruebas aportadas por las partes.

Respecto del rol que tiene el juzgador dentro del Estado constitucional de derechos, es claramente el ser el garante de los derechos de las dos partes, en igualdad de condiciones y sin ningún tipo de discriminación. El juzgador tiene un rol protagónico en la administración de justicia dentro del nuevo paradigma constitucional, razón por la cual deben garantizarse todos los derechos constitucionales dentro del proceso.

En cuanto a la posible afectación que tiene la prueba de oficio sobre el principio de imparcialidad judicial, el entrevistado considera que si existe, principalmente debido a la escasa regulación que tiene dentro del COGEP; así como debido a las contradicciones que existe dentro de la normativa, razón por la cual es conveniente realzar una mejor regulación que impida al juzgador actuar en forma arbitraria, de modo que no se desequilibre la carga probatoria y no se pueda beneficiar a alguna de las partes procesales.

**Cuarta entrevista:** Realizada a la Dra. Aura Violeta Díaz de Perales, Docente Universitaria. Magister en Derecho Penal, Civil y Laboral.

### **1. ¿Qué es la prueba de oficio o prueba para mejor resolver?**

De acuerdo con la opinión de la entrevistada, es una facultad del juez para pedir pruebas cuando él considere que son necesarias para la recta aplicación de justicia, ya que como director del proceso, está obligado a buscar esas pruebas, a fin de resolver en mejor forma el caso que tiene en sus manos. Además la entrevistada considera que al solicitar el juez pruebas de oficio no se convierte en parte procesal, sino que como director del proceso, está obligado a ser diligente.

En opinión de la entrevistada, la prueba de oficio es una facultad legal, concedida por la normativa, a través de la cual el juzgador solicita una prueba para lograr una recta aplicación de la justicia. Este criterio lo comparte el autor Adolfo Alvarado, quien señala que se trata de una herramienta auxiliar que pretende mejorar la resolución del sistema de justicia.

### **2. ¿Qué objeto y finalidad tiene de la prueba de oficio?**

De acuerdo con el criterio de la entrevistada, el objeto de la prueba de oficio es el de “aclarar mucho más, para solucionar el proceso, en forma definitiva” y agrega que si bien es cierto una de las dos partes podría salir beneficiada, y la otra no, ésta última, puede acceder a los recursos pertinentes que le faculta la ley.

Este objeto concuerda con lo dispuesto en la normativa legal, que señala que se la prueba para mejor resolver tendrá por finalidad aclarar los hechos que no hayan sido probados por las partes; pero no concuerda con la idea expuesta por Walters, quien afirma que la finalidad de la prueba de oficio tiene que ver con el interés público.

### **3. ¿Cómo debe valorar el juez la prueba de oficio?**

En el criterio de la entrevistada, no se le puede dar preminencia a la prueba de oficio sobre las demás pruebas, sino que se debe valorar en conjunto y agrega que para considerar que se ha realizado una mala valoración de la prueba se debe probar este hecho, pues la buena fe se presume y la mala fe hay que probarla, y en este sentido “la prueba de oficio no se la pide para beneficiar a nadie, sino para tomar una decisión más ajustada a la legalidad”.

Desde un punto de vista doctrinario, el criterio de la entrevistada coincide con el expuesto por los autores Larena y Gutiérrez en lo referente a la valoración de la prueba, en donde, sostienen que toda valoración debe apegarse a las reglas legales.

#### **4. ¿Qué rol tienen el juzgador en el Estado constitucional de derechos?**

En criterio de la entrevistada, existen varios roles del juez, pero el más importante sería el que le da la competencia para juzgar, y por lo tanto el juzgador debe responderle al Estado “de la mejor manera con una recta aplicación de justicia, para que se fortalezcan las instituciones del Estado y la democracia, para que la sociedad tenga confianza en sus instituciones.”

En cuanto a los criterio doctrinarios, la entrevistada se distancia de las posturas neo constitucionalistas, que determinan que el principal rol que tiene el juzgador es el de ser garante de los derechos de las partes, y más bien se inclina por el criterio de la administración de justicia como principal rol.

#### **5. ¿Considera usted que la prueba de oficio vulnera el principio de imparcialidad judicial?**

Respecto a si esta prueba vulnera el principio de imparcialidad judicial, la entrevistada tienen una postura media, y afirma que “si lo entendemos como que el juez está interviniendo, en la puridad del derecho, si podríamos considerar que el juez está incurriendo en una vulneración, si podría pensarse que hay una vulneración, porque al pedir una prueba de oficio, de alguna manera, en el fondo una de las partes se va a beneficiar”, sin embargo reitera que esta prueba es necesaria para poder esclarecer la verdad. Como una posible solución, la entrevistada señala que estaría en la formación del abogado, ya que si él es diligente, el juez no tendría necesidad de utilizar la prueba de oficio; y además sostiene que debe pensarse que la regulación en el COGEP se debe mejorar, demarcando con exactitud los momentos en el que el juez puede solicitarla, “porque si no hay determinación se convierte en arbitraria”, entonces se deben demarcar los tiempos y los tipos, porque actualmente la potestad es demasiado amplia.

Esta postura concuerda con la visión presentada por los autores Parra Quijano y Diana Ramírez, que se encuentran a favor de la aplicación de una prueba de oficio, siempre y cuando esta sea

limitada dentro del ordenamiento jurídico, a fin de que no se vulnere ningún derecho de las partes. (Perales, 2017)

## **Análisis de la entrevista**

**Elaborado por Jonathan Burbano y Pamela Yépez**

De acuerdo con la postura que tiene la entrevistada, la prueba de oficio constituye un medio por el cual se logra alcanzar la justicia, en el caso de que las partes no hayan sido lo suficientemente claras con sus pruebas, de modo que esta herramienta se puede utilizar para aclarar las posibles dudas que pudiera tener el juzgador.

Un criterio importante que aporta la entrevistada, es que gran parte de la responsabilidad de que se haya incorporado una prueba de oficio al ordenamiento jurídico, es debido a que los abogados son poco diligentes al momento de realizar su actividad probatoria, y por esta razón “a veces el juez se parcializa y da la pauta al abogado porque se desespera ante el desconocimiento del abogado.”

Este criterio expresa la enorme responsabilidad que tienen los profesionales del derecho por mejorar su actuación dentro de las causas, ya que si existiera siempre una actuación diligente, los jueces no tendrían la necesidad de solicitar prueba de oficio, y con ello se podría garantizar la imparcialidad del proceso.

Otro aspecto fundamental que expone la entrevistada, es que es necesario que se regule en mejor forma la prueba de oficio, a fin de que no se pueda utilizar en forma arbitraria por parte de los juzgadores, para lo cual debe cambiarse la redacción legal del artículo 168 del COGEP, estableciendo límites pertinentes a las actuaciones judiciales.

**Quinta entrevista:** Realizada al Dr. Alejandro Arteaga García, Conjuez de la Corte Nacional de Justicia.

### **1. ¿Qué es la prueba de oficio o prueba para mejor resolver?**

Respecto de la definición de la prueba de oficio, el entrevistado se remite a la disposición legal del COGEP, y señala que desde el punto de vista normativo, el artículo 168 dispone que una prueba

para mejor resolver, es una prueba excepcional, que no siempre cabe, “y esta prueba deberá aplicarse cuando se juzgue necesario para aclarar otras pruebas, no para descubrir nuevos hechos, porque cómo puede el juez probar los hechos si él no es participe del conocimiento de los mismos”, ya que esta es una facultada que solo les compete a las partes.

Este criterio del entrevistado coincide con el del autor Juan Montero, quien sostiene que la prueba de oficio es un medio procesal que pretende esclarecer los hechos que no han sido probados correctamente por las partes.

## **2. ¿Qué objeto y finalidad tiene de la prueba de oficio?**

A criterio del entrevistado, “tiene por objeto mejorar el entendimiento de la prueba vertida presentada y contradicha por las partes durante la audiencia de juicio. Es decir solo en los hechos controvertidos, que se propone en la demanda y se contesta con las excepciones.”

Respecto del objeto de la prueba de oficio, el entrevistado coincide con las disposición legal del COGEP; que delimita la el objeto a los hechos que no hayan sido esclarecidos por las partes; aunque respecto de cuál es la finalidad de la prueba para mejor resolver, no señala nada en concreto.

## **3. ¿Cómo debe valorar el juez la prueba de oficio?**

En la opinión del entrevistado debe ser valorada con la misma técnica que se valora la prueba presentada por las partes, de acuerdo con los sistemas que indica la misma norma; por lo que se debe utilizar la sana critica, libre convicción y tarifa legal. Estos tres sistemas hacen que el juez tenga la convicción suficiente; otra regla aplicable es la de la valoración en conjunto, porque no se puede escoger la prueba a valorar.

Esta opinión concuerda con la de los autores Toribios y Velloso, quienes afirman que toda prueba debe someterse a un sistema de valoración regido por las normas procesales, que incluye el principio de valoración en conjunto, el de tarifa legal y libre convicción, y de este modo no se vulneran los derechos de las partes.

#### **4. ¿Qué rol tienen el juzgador en el Estado constitucional de derechos?**

En opinión del entrevistado, el rol que tiene el juzgador es el de “democratizar el Estado constitucional derechos, porque en la medida que el juzgador promulgue sentencias que generen satisfacción y no generen dudas para la sociedad, esto hará que se constitucionalice la justicia.”

Nuevamente la postura del entrevistado se aleja de las concepciones neo constitucionalistas, en donde el principal rol que tiene el juzgador es el de garantizar los derechos de las partes; y más bien, su criterio sugiere que el rol sería el de la democratización del sistema judicial, con la finalidad de que en la sociedad se perciba un sentimiento de justicia.

#### **5. ¿Considera usted que la prueba de oficio vulnera el principio de imparcialidad judicial?**

En opinión del entrevistado no existe ninguna vulneración del principio de imparcialidad, y más bien realiza una crítica a la forma en la cual se construyen las normas dentro del sistema ecuatoriano, razón por la cual considera que sería importante el COGEP tenga un título preliminar que disponga un glosario de términos, a fin de que las disposiciones sean lo más comprensibles.

En este sentido, su postura se enmarca dentro de los criterios que defienden la prueba de oficio, y consideran que no existe una vulneración de derechos en su aplicación; criterio que coincide como el expuesto por el autor Hernando Devis, quien invita a perder el miedo a la incorporación de estas facultades judiciales inquisitivas. (Arteaga, 2017)

### **Análisis de la entrevista**

**Elaborado por Jonathan Burbano y Pamela Yépez**

El entrevistado además de contestar a las preguntas, ofrece algunos criterios muy importantes, entre los que se encuentra el hecho de que la prueba de oficio siempre debe pretender aclarar una prueba presentada por las partes, y no constituirse en una nueva prueba sobre otros hechos; en consecuencia, la prueba de oficio se incorpora a las pruebas de las partes porque esta sirve para darle valor positivo o para darle valor negativo de las mismas; y además no será para todas las

pruebas, sino que está dirigida para esclarecer una de las pruebas o dos, por un principio de pertinencia.

En cuanto al principio de imparcialidad judicial el entrevistado considera que es inherente al principio de independencia judicial, la tutela judicial efectiva y la seguridad jurídica, y que este significa que el juez no puede inclinar la balanza hacia ninguna de las partes. La imparcialidad significa no tomar partido, en el sentido de que no hay relación afectiva, de negocios, social o jerárquica entre el juez y las partes, que le obligue a dejar a un lado la lógica, el sentido común y la congruencia para poder resolver el litigio. Un hecho a considerarse es que la imparcialidad supone que de ser violentada se está incurriendo en un acto doloso.

También el autor considera que la prueba de oficio no vulnera el principio de imparcialidad judicial, ya que se debe partir de la presunción de legalidad, certeza y constitucionalidad de quien realizó la norma, y en este sentido el único punto que se puede cuestionar es la motivación del juzgador al solicitar la prueba y esto sería motivo para iniciar la apelación, ya que existiría violación del principio de imparcialidad sino se justifica porque razón se solicitó la prueba de oficio.

En cuanto a la limitación de la herramienta judicial, el entrevistado considera que primero debe evaluarse los razonamientos que ha tenido el legislador para crear la prueba de oficio, y más aún si esta constituye razón para que se genere una apelación.

**Sexta entrevista:** Realizada al Dr. Hermes Sarango, Abogado en Libre ejercicio y Docente Universitario.

### **1. ¿Qué es la prueba de oficio o prueba para mejor resolver?**

De acuerdo con el criterio del entrevistado, la prueba de oficio “es la que ordena el juez bajo las reglas de la sana crítica y cuando tiene duda respecto del hecho controvertido.”

La opinión del entrevistado coincide con la expresada por el autor José Rosales, quien considera que este tipo de prueba constituye toda actuación judicial ordenada para el esclarecimiento de la verdad procesal.

## **2. ¿Qué objeto y finalidad tiene de la prueba de oficio?**

De acuerdo con el criterio del entrevistado el objeto de la prueba de oficio “es administrar justicia con mayor certeza, respecto del acto de proposición puesto a su conocimiento”, mientras que “la finalidad, que no quede en la indefensión bajo el argumento de falta de prueba”.

Respecto de la objeto de la prueba, la opinión del entrevistado coincide con la que dispone la normativa legal ecuatoriana, pues el COGEP prevé que se trata de una prueba para mejor resolver. En cuanto a la finalidad, el criterio coincide por el expuesto por Walters, quien afirma que esta prueba tiene una finalidad pública, que se relacionaría con el derecho a no dejar a ninguna persona en la indefensión.

## **3. ¿Cómo debe valorar el juez la prueba de oficio?**

De acuerdo con el criterio del entrevistado, “el juez puede valorar la prueba en forma libre, sin que exista norma legal que le dé un valor determinado a una prueba en particular, para lo cual el juez debe valerse de las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia, en el primer caso (tarifa legal) el valor de las pruebas están previstas en la ley impidiéndole al juez que actúe conforme a su experiencia y a su propio entendimiento personal sobre los hechos.”

Respecto a la valoración de las pruebas debe realizarse en conjunto y bajo los principios de la lógica y la experiencia, sin conceder un peso mayor a una prueba determinada, criterio que coincide con el de los autores Toribios y Velloso, que sostienen que el juzgador deberá realizar la valoración probatoria en base a los principios legales vigentes.

## **4. ¿Qué rol tienen el juzgador en el Estado constitucional de derechos?**

De acuerdo con el criterio del entrevistado, el rol del juzgador en el Estado constitucional de derechos se ha modificado en relación a las anteriores legislaciones, y este hecho se vislumbra en el sentido de que se han incluido nuevas variantes, “es decir que se deben aplicar de manera directa los principios constitucionales, pues así lo prevé el artículo 11 de la Constitución de la República.”

Respecto de este nuevo rol del juzgador, el criterio del entrevistado se enmarca dentro de las posturas neo constitucionales, que señalan que el cambio de paradigma trajo una ampliación de

funciones a los juzgadores, que resulta mucho más complejo que los modelos anteriores, aunque no señala nada de respecto del rol del juzgador de ser garantista de las partes.

### **5. ¿Considera usted que la prueba de oficio vulnera el principio de imparcialidad judicial?**

De acuerdo con el criterio del entrevistado la prueba de oficio no vulnera el principio de imparcialidad judicial, pues en ningún caso, el juzgador puede vulnerar este principio mediante la solicitud de una prueba, siempre y cuando esta cumpla con los principios de probatorios contemplados dentro del artículo 168 de la Constitución de la República.

Claramente este criterio se apega a las posturas que defienden la prueba de oficio, y no consideran que existe una vulneración del principio de imparcialidad al ordenarla, como la del autor Walters quien considera que en la actualidad el juzgador tiene un papel más activo en la administración de justicia. (Sarango, 2017)

### **Análisis de la entrevista**

**Elaborado por Jonathan Burbano y Pamela Yépez**

La postura del entrevistado se enmarca dentro de los criterios que están a favor de la prueba de oficio, en el sentido de que la consideran como un medio auxiliar en la administración de justicia, que permite a los juzgadores utilizarla como un medio excepcional, a través del cual se puede aclarar las dudas que no hayan solucionado las partes en su actividad probatoria.

Desde esta perspectiva define a la prueba de oficio como un medio a través del cual el legislador puede aclarar las dudas respecto de las pretensiones de las partes, a fin de poder administrar justicia con certeza. En este sentido, la prueba de oficio deberá ser valorada por el juzgador en forma libre, y bajo los principios contemplados dentro del COGEP.

Finalmente el entrevistado considera que el nuevo rol del juez en el Estado constitucional de derechos se ha ampliado, pero no considera que la prueba de oficio vulnere en forma alguna al principio de imparcialidad judicial, siempre que se cumpla con las disposiciones constitucionales y legales pertinentes.

**Séptima entrevista:** Dr. Fernando Castillo, Docente Universidad Metropolitana, Doctor en Ciencias Jurídicas.

### **1. ¿Qué es la prueba de oficio o prueba para mejor resolver?**

De acuerdo con el criterio del entrevistado, esta es “una prueba que emite el juez a solicitud propia para poder cubrir una duda con respecto al proceso”.

Como bien afirma el entrevistado, se trata de un medio probatorio a través del cual se aclara una duda no solucionada por las partes; criterio que también comparte el autor José Rosales quien considera que es un medio fundamental de ayuda para el juzgador.

### **2. ¿Qué objeto y finalidad tiene de la prueba de oficio?**

Respecto del objeto de esta prueba, el entrevistado considera que es la aclaración particular del juez, ya que “para que éste pueda tomar una decisión, necesariamente debe consultar todos y cada uno de los asuntos del proceso”, de modo que, si hace falta una prueba elemental o fundamental para tomar una decisión, el juzgador la puede solicitar porque el Código así lo establece.

En este sentido, se podría tomar el criterio del autor José Rosales, que coincide con la postura del entrevistado, que señala que es un medio fundamental y elemental para poder tomar una decisión, a fin de poder resolver sobre todos los puntos controvertidos del caso con certeza.

### **3. ¿Cómo debe valorar el juez la prueba de oficio?**

Según la opinión del entrevistado, el juez debe valorar la prueba de oficio en forma imparcial, pues “el hecho de que él la solicite no quiere decir que él va a beneficiar a una parte”, sino que se solicita solo para tener un mayor conocimiento respecto de los hechos controvertidos.

En este sentido, esta tesis discrepa mucho de la sostenida por Antonio Dellepiane, pues éste considera que la prueba siempre es un fenómeno psicológico, razón por la cual resulta poco objetivo hablar de valoración imparcial, cuando es el mismo juzgador quien ha ordenado una prueba de oficio.

#### **4. ¿Qué rol tienen el juzgador en el Estado constitucional de derechos?**

De acuerdo con el criterio del autor, el rol del juzgador en el Estado constitucional de derechos es sumamente importante, “porque como representante del Estado le da la garantía a las partes de un juicio justo” con base a lo dispuesto en la propia Constitución de la República.

Esta postura se enmarca dentro de las teorías neo constitucionalistas, que afirman que el juzgador tiene un rol distinto dentro del nuevo paradigma; sin embargo, el entrevistado no coincide con la postura de que el principal rol que tiene el juez es el de ser garantista de los derechos de las partes.

#### **5. ¿Considera usted que la prueba de oficio vulnera el principio de imparcialidad judicial?**

De acuerdo con la opinión del entrevistado la prueba de oficio no vulnera este principio, “precisamente porque el Código le permite hacerlo” y solo en el caso en el que la normativa no disponga esta facultad legal, entonces el juzgador estaría actuando *extra petita*, es decir que sería ilegal.

La postura del entrevistado se enmarca dentro de quienes consideran que la prueba de oficio no vulnera el principio de imparcialidad, como la sostenida por Esteban Mora, quien señala que la justicia no puede darle la espalda a la verdad procesal, y en este sentido, el juzgador debe aplicar todas las herramientas que la ley le faculta para obtener esta verdad y poder resolver. (Castillo, 2017)

#### **Análisis de la entrevista**

**Elaborado por Jonathan Burbano y Pamela Yépez**

En el criterio del entrevistado no existe una vulneración del principio de imparcialidad judicial cuando se solicita una prueba de oficio, sino que más bien este tipo de prueba constituye una herramienta legal que permite al juzgador acceder a la verdad material de los hechos para poder resolver en mejor forma.

Un criterio importante que sostiene el entrevistado, es que la prueba de oficio es una respuesta que la normativa ha consagrado en razón de que “hay abogados que no están capacitadas para sustentar un proceso”, y esto suele perjudicar a las personas; tesis que ya fue sostenida por otra entrevistada.

En cuanto a la vulneración del principio de imparcialidad consagrado en la Constitución, el entrevistado señala que la prueba de oficio no es un derecho sino un deber, que se ampara en el respeto a las partes; ya que una vez el juzgador “ve una injusticia en el proceso por falla de los abogados, para no decir en contra de una persona que tiene la razón, puede solicitar esta prueba, pero solo actuando como justiciero”.

**Octava entrevista:** Realizada al Dr. Pablo Leguisamo, Docente Universidad Metropolitana y Abogado en Libre ejercicio.

### **1. ¿Qué rol tienen el juzgador en el Estado constitucional de derechos?**

De acuerdo con la opinión del entrevistado, el juzgador tiene un papel mucho más importante en el Estado constitucional de derechos, en razón de que juzga en base a derechos y principios, además de la normativa legal vigente. Este papel del juzgador se vuelve mucho más importante, y en cierto sentido peligroso, en razón de que no existe una cultura jurídica adecuada para sustentar este modelo.

Esta opinión claramente se enmarca dentro de la dogmática neo constitucional, que sostiene que el juzgador es garantista de los derechos de las partes, razón por la cual debe procurar una aplicación efectiva de los derechos y principios constitucionales, que están por encima de las disposiciones legales.

### **2. ¿Considera usted que la prueba de oficio vulnera el principio de imparcialidad judicial?**

De acuerdo con la opinión del entrevistado, “la prueba siempre va a beneficiar a unas de las partes, creo que es inconveniente que el juez tenga esa capacidad, pero creo que esta deriva a una corriente generada que va activar la capacidad de los jueces; creo que es riesgoso y cuestionable, cualquier

prueba que él solicite va a beneficiar a una de las partes, por lo tanto le resta imparcialidad”, aunque reconoce que esta prueba de oficio se enmarca dentro del ámbito de buscar un Estado garantista.

La opinión del autor se enmarca dentro de las posturas que afirman que existe una vulneración de los principios constitucionales por parte de la prueba de oficio, como la postura de la autora Loly Gaitán, quien considera que la garantía al debido proceso constitucional implica que todo ciudadano debe ser juzgado imparcialmente por un juez y sin actitudes paternalistas con las partes. (Leguisamo, 2017)

### **Análisis de la entrevista**

**Elaborado por Jonathan Burbano y Pamela Yépez**

El entrevistado tiene una visión mucho más constitucional de la prueba de oficio, en el sentido de que considera que es un mecanismo que se ha implementado en otros modelos jurídicos como el anglosajón, en donde el juez se encuentra plenamente capacitado para exigir una prueba de oficio, sin que exista una vulneración de los derechos de las partes.

Otra opinión interesante, es que a criterio del entrevistado, la prueba de oficio es una institución “trasplantada de otro sistema jurídico”, razón por la cual es difícil que se adapte al medio ecuatoriano; algo que se dificulta se toma en cuenta que el COGEP es una norma que tiene mucha influencia de otras legislaciones internacionales, poco adaptable al ámbito nacional.

Por esta razón considera que la prueba de oficio debe ser más delimitada, pues el ordenamiento jurídico ecuatoriano es positivista, y su cultura jurídica responde a este criterio, razón por la cual sería pertinente que se establezcan límites legales que permitan que no se utilice esta herramienta judicial en forma arbitraria.

## 2.2. ANÁLISIS CRÍTICO COMPARATIVO DE LAS ENTREVISTAS

Tabla 2 - Análisis crítico comparativo de las entrevistas

Pregunta/ Entrevistado	Qué es la prueba de oficio o prueba para mejor resolver	¿Qué objeto y finalidad tiene de la prueba de oficio?	¿Cómo debe valorar el juez la prueba de oficio?	¿Qué rol tienen el juzgador en el Estado constitucional de derechos?	¿Considera usted que la prueba de oficio vulnera el principio de imparcialidad judicial?
<b>Dr. Bolívar Lema Juez de la Sala de la Familia de la Corte Provincial de Pichincha.</b>	Una figura, excepcionalidad probatoria	Tiene el propósito de construir una tesis jurídica lo suficientemente sólida para convencer al juez	Debe aplicar las reglas de la sana crítica”, por lo que la valoración debe realizarse en conjunto	Por naturaleza, todo juzgador es garantista de los derechos fundamentales, no del proceso	<b>No</b> vulnera el principio de imparcialidad, siempre que se mantenga dentro los límites objetivos y subjetivos”
<b>José Gallardo García, Juez de la Corte Provincial de Pichincha.</b>	es una “garantía que se otorga a las partes”, para que el juez pueda ordenar pruebas sobre aspectos que no están claros	Complementar lo que no han solicitado las partes	tiene que hacerse una valoración que tenga relación con las pretensiones y las contradicciones realizadas por las partes	El juez tiene que llegar a ponderar, aplicar los principios, las reglas para hacer justicia, las garantías básicas llamadas garantías constitucionales, el principio de supremacía constitucional y los derechos humanos	<b>No</b> vulnera ningún derecho”, más bien al contrario otorga un aporte, pues brinda la posibilidad al juez para conocer la verdad
<b>Abg. Juan Carlos Cevallos, Abogado en libre ejercicio</b>	Es un medio probatorio de carácter excepcional y complementario	Tiene como objeto los hechos controvertidos no probados por las partes y la finalidad es llevar al convencimiento al juez sobre la verdad material de los hechos	La valoración de la prueba debe ser realizada de acuerdo con las reglas establecidas en el COGEP, mismas que disponen que se realizará una valoración en conjunto	Es el de ser garantista de los derechos de las partes, sin discriminación alguna, en igualdad de condiciones y oportunidades	<b>Si</b> existe una vulneración del principio de imparcialidad judicial, pues la prueba para mejor resolver no está lo suficientemente regulada dentro del COGEP.
<b>Aura Violeta Díaz de Perales, Docente Universitaria. Magister en</b>	Es una facultad del juez para pedir pruebas cuando él considere que son necesarias para la	Es la de “aclarar mucho más, para solucionar el proceso, en forma definitiva”	No se le puede dar preminencia a la prueba de oficio sobre las demás pruebas, sino que se	Es el que le da la competencia para juzgar de la mejor manera con una recta aplicación de	Si lo entendemos como que el juez está interviniendo, en la puridad del derecho, <b>Si</b> podríamos considerar que el

<b>Derecho Penal, Civil y Laboral.</b>	recta aplicación de justicia		debe valorar en conjunto	justicia, para que se fortalezcan las instituciones del Estado y la democracia	juez está incurriendo en una vulneración, si podría pensarse que hay una vulneración, porque al pedir una prueba de oficio, de alguna manera, en el fondo una de las partes se va a beneficiar
<b>Dr. Alejandro Arteaga García, Conjuez de la Corte Nacional de Justicia.</b>	Es una prueba excepcional, que no siempre cabe, “y esta prueba deberá aplicarse cuando se juzgue necesario para aclarar otras pruebas	Tiene por objeto mejorar el entendimiento de la prueba vertida y presentada y contradicha por las partes durante la audiencia de juicio	Debe ser valorada con la misma técnica que se valora la prueba presentada por las partes, de acuerdo con los sistemas que indica la misma norma	Democratizar el Estado constitucional derechos, porque en la medida que el juzgador promulgue sentencias que generen satisfacción y no generen dudas para la sociedad, esto hará que se constitucionalice la justicia	<b>No</b> existe ninguna vulneración del principio de imparcialidad,
<b>Dr. Hermes Sarango, Abogado en Libre ejercicio y Docente Universitario.</b>	Es la que ordena el juez bajo las reglas de la sana crítica y cuando tiene duda respecto del hecho controvertido	Es administrar justicia con mayor certeza, respecto del acto de proposición puesto a su conocimiento	El juez puede valorar la prueba en forma libre, sin que exista norma legal que le dé un valor determinado a una prueba en particular, para lo cual el juez debe valerse de las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia	El rol del juzgador en el Estado constitucional de derechos es aplicar de manera directa los principios constitucionales,	La prueba de oficio <b>no</b> vulnera el principio de imparcialidad judicial, pues en ningún caso, el juzgador puede vulnerar este principio mediante la solicitud de una prueba
<b>Dr. Fernando Castillo, Docente Universidad Metropolitana, Doctor en Ciencias Jurídicas.</b>	Es una prueba que emite el juez a solicitud propia para poder cubrir una duda con respecto al proceso	La aclaración particular del juez, ya que “para que éste pueda tomar una decisión, necesariamente debe consultar todos y cada uno de los asuntos del proceso	El juez debe valorar la prueba de oficio en forma imparcial, pues “el hecho de que él la solicite no quiere decir que él va a beneficiar a una parte”,	El rol del juzgador en el Estado constitucional de derechos es sumamente importante, “porque como representante del Estado le da la garantía a las partes de un juicio justo”	<b>No</b> vulnera este principio, “precisamente porque el Código le permite hacerlo” y solo en el caso en el que la normativa no disponga esta facultad legal, entonces el juzgador

					estaría actuando <i>extra petita</i> , es decir que sería ilegal.
<b>Dr. Pablo Leguisamo, Docente Universidad Metropolitana y Abogado en Libre ejercicio</b>			El juzgador tiene un papel más importante en el Estado constitucional de derechos, en razón de que juzga en base a derechos y principios, además de la normativa legal vigente. Este papel se vuelve mucho más importante, y peligroso, en razón de que no existe una cultura jurídica adecuada para sustentar este modelo.		<b>Si,</b> la prueba siempre va a beneficiar a unas de las partes, creo que es inconveniente que el juez tenga esa capacidad, pero creo que esta deriva a una corriente generada que va a activar la capacidad de los jueces; creo que es riesgoso y cuestionable, cualquier prueba que él solicite va a beneficiar a una de las partes, por lo tanto le resta imparcialidad”

Elaborado por Jonathan Burbano y Pamela Yépez

Respecto de la posición de los distintos entrevistados, existe una posición bastante equilibrada en relación a la prueba de oficio y su afectación sobre el principio de imparcialidad, pues de 8 encuestados 5 consideran que no hay afectación y 3 consideran que sí; sin embargo, un aspecto que debe destacarse, es que todos apuntan a que la mejor alternativa que existe para que no hay una vulneración de principios por parte de esta prueba, así como un uso arbitrario de la misma, es de establecer una mejor regulación que garantice su excepcionalidad, aspecto que solo se lograría a través de la reforma al COGEP y mediante una reglamentación de esta prueba.

## 2.3. ANÁLISIS DEL ESTADO DEL ARTE

Tabla 3 - Análisis del estado del arte

Criterio/ País	Argentina	Colombia	Cuba	Chile	España
Normativa	Código Procesal Civil y Comercial de la Nación	Código de Procedimiento Civil	Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico	Código de Procedimiento Civil	Ley de Enjuiciamiento Civil
Prueba de Oficio	<p><b>Art. 61</b> A pedido de parte, el juez abrirá la causa a prueba, o dispondrá su producción según correspondiere conforme al tipo de proceso; en su caso, podrá mandar practicar las medidas tendientes al esclarecimiento de la verdad de los hechos autorizadas por este Código. (Argentina, Congreso de la Nación, 1981)</p>	<p><b>Art. 179</b> 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.</p> <p><b>Art.180.</b> Decreto y práctica de prueba de oficio. Podrán decretarse pruebas de oficio, en los términos probatorios de las instancias y de los incidentes y posteriormente, antes de fallar. Cuando no sea posible practicar estas pruebas dentro de las oportunidades de que disponen las partes, el juez señalará para tal fin una audiencia o un término que no podrá exceder del que se adiciona, según fuere el caso. (Colombia, Parlamento Bicameral, 1970)</p>	<p><b>Art. 248.-</b> En cualquiera de las instancias el Tribunal acordará de oficio o a solicitud de parte, antes de dictar sentencia y para mejor proveer, las diligencias de prueba que considere indispensable para llegar al cabal conocimiento de la verdad en relación con las cuestiones planteadas. No obstante, las partes sólo podrán proponer pruebas para mejor proveer en los supuestos a que se refieren los apartados 3) y 4) del artículo 623. En la práctica de las pruebas para mejor proveer, las partes tendrán la intervención que el Tribunal expresamente autorice.</p> <p><b>Art. 249.-</b> La providencia en que se acuerde la prueba o pruebas para mejor proveer se dictará después de concluso el proceso para sentencia, con suspensión del término para dictarla.</p>	<p><b>Art. 122.-</b> 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. Exceptúase la prueba de testigos, que no puede ordenarse de oficio; pero si podrá el juez repreguntar o pedir explicaciones a los testigos que ya hubiesen declarado legalmente. Esta facultad se ejercerá en todas las instancias antes de sentencia o auto definitivo, sea cual fuere la naturaleza de la causa. (Chile, Ministerio de Justicia Decreto N° 1107, 1902)</p>	<p><b>Art. 429:</b> Proposición y admisión de la prueba. Señalamiento del juicio</p> <p>Cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria. Al efectuar esta manifestación, el tribunal, ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente.</p> <p><b>Art. 435.</b> Diligencias finales. Procedencia. (...) 2. Excepcionalmente, el tribunal podrá acordar, de oficio o a instancia de parte, que se practiquen de nuevo pruebas sobre hechos relevantes, oportunamente alegados, si los actos de prueba anteriores no hubieran resultado conducentes a causa de circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las partes, siempre que existan motivos fundados para creer que las nuevas actuaciones permitirán adquirir certeza sobre aquellos hechos. (España, Jefatura Estado España, 2000)</p>

			El término para la práctica de la prueba dispuesta no deberá exceder de veinte días. (Cuba, Asamblea Nacional del Poder Popular, 1977)		
<b>Excepcionalidad</b>	No	Si	Si	No	Si
<b>Limitaciones</b>	En razón de la materia de la causa	Preclusión	Preclusión	Prueba testimonial	Anuncio previo a las partes
<b>Finalidad de la prueba de oficio</b>	Esclarecimiento de la verdad de los hechos	Cuando el juez las considere útiles para la verificación de los hechos	Para llegar al cabal conocimiento de la verdad en relación con las cuestiones planteadas	Esclarecimiento de la verdad	El esclarecimiento de los hechos controvertidos
<b>Tiempo de Procedencia</b>	Cualquier tiempo antes de llegar a la sentencia	En los términos probatorios y posteriormente, antes de fallar	Cualquier tiempo antes de llegar a la sentencia	En cualquier estado de la causa, antes de la sentencia	Cualquier tiempo antes de llegar a la sentencia
<b>Principios de la Prueba Afectados</b>	Preclusión Inmediación Imparcialidad Contradicción Necesidad y carga de la prueba Valoración	Preclusión Inmediación Imparcialidad Contradicción Valoración	Preclusión Inmediación Imparcialidad Contradicción Valoración	Preclusión Inmediación Imparcialidad Contradicción Necesidad y carga de la prueba Valoración	Preclusión

Elaborado por Jonathan Burbano y Pamela Yépez

Respecto de los criterios aplicados para regular la prueba de oficio en la legislación internacional, se puede observar que existe en todos los países investigados, sin embargo, en al menos tres no se aplica el criterio de la excepcionalidad de esta prueba; y así mismo en pocas legislaciones se ha impuesto límites eficientes a esta prueba, lo que provoca que se afecten varios principios. Consecuentemente, en la legislación española, que es la más estricta con la aplicación de la prueba de oficio, se ven vulnerados menos principios, criterio que hace plantearse la necesidad de mejorar la regulación de la prueba para mejor resolver en el Ecuador.

## 2.4. Análisis de las Encuestas

**Primera encuesta:**

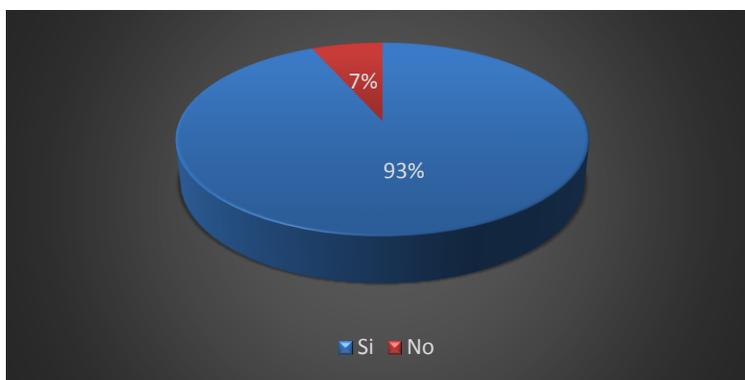
**Pregunta 01. ¿Conoce usted en qué consiste la prueba para mejor resolver?**

**Tabla 4 – Pregunta 1**

Alternativas	Frecuencia	Porcentaje
Si	28	93,3
No	2	6,7
<b>TOTAL</b>	30	100

Elaborado por Jonathan Burbano y Pamela Yépez

**Gráfico 1 – Pregunta 1**



Elaborado por Jonathan Burbano y Pamela Yépez

### **Análisis e interpretación**

Elaborado por Jonathan Burbano y Pamela Yépez

El 93% de los encuestados manifiesta que conoce en qué consiste la prueba para mejor resolver, mientras que el 7% restante indica que no. Esto demuestra que en la actualidad, la mayoría de personas tienen un conocimiento de esta herramienta judicial que se ha dispuesto en el COGEP, pese a que su utilización es poco frecuente en el ámbito jurisdiccional.

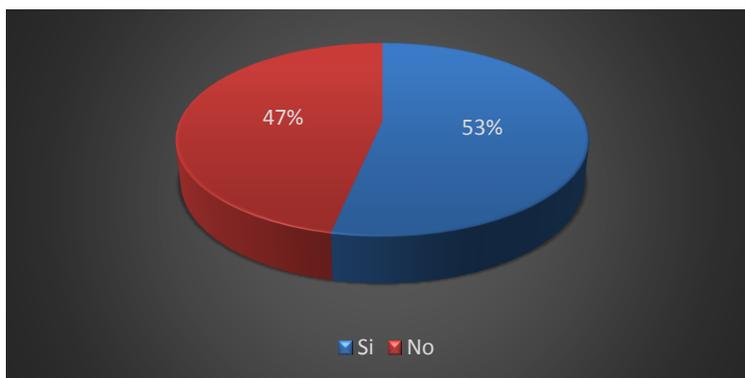
**Pregunta 02. ¿Conoce usted qué naturaleza jurídica tiene la prueba para mejor resolver?**

**Tabla 5 – Pregunta 2**

<b>Alternativas</b>	<b>Frecuencia</b>	<b>Porcentaje</b>
Si	16	53,3
No	14	46,7
<b>TOTAL</b>	<b>30</b>	<b>100</b>

Elaborado por Jonathan Burbano y Pamela Yépez

**Gráfico 2 – Pregunta 2**



Elaborado por Jonathan Burbano y Pamela Yépez

**Análisis e interpretación**

Elaborado por Jonathan Burbano y Pamela Yépez

El 53% de los encuestados señalan que conocen la naturaleza jurídica de la prueba para mejor resolver, mientras que el 47% restante refiere que no. Respecto de la naturaleza jurídica de la prueba para mejor resolver, se observa que más de la mitad de los encuestados tiene un conocimiento de la misma, mientras que un porcentaje considerable no la conocen. Esto demuestra la naturaleza controvertida que en la actualidad mantiene este tipo de prueba en el sistema jurídico ecuatoriano.

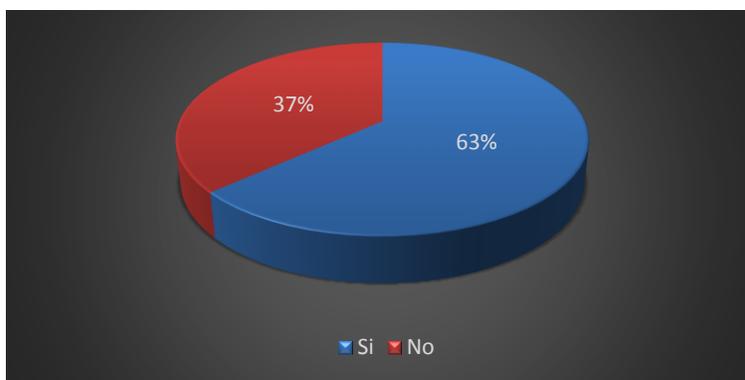
**Pregunta 03. ¿Conoce usted qué principios rigen a la prueba para mejor resolver?**

**Tabla 6 – Pregunta 3**

<b>Alternativas</b>	<b>Frecuencia</b>	<b>Porcentaje</b>
Si	19	63,3
No	11	36,7
<b>TOTAL</b>	<b>30</b>	<b>100</b>

Elaborado por Jonathan Burbano y Pamela Yépez

**Gráfico 3 – Pregunta 3**



Elaborado por Jonathan Burbano y Pamela Yépez

**Análisis e interpretación**

Elaborado por Jonathan Burbano y Pamela Yépez

El 63% de los encuestados afirma que conocen los principios que rigen la prueba para mejor resolver, mientras que el 37% restante sostiene lo contrario. Respecto de los principios que rigen la prueba de oficio, se observa que un porcentaje mayoritario afirma conocerlos, mientras que un porcentaje considerable los desconoce; esto quizás se debe a que muchos de los principios de esta prueba son los mismos que la prueba civil en general.

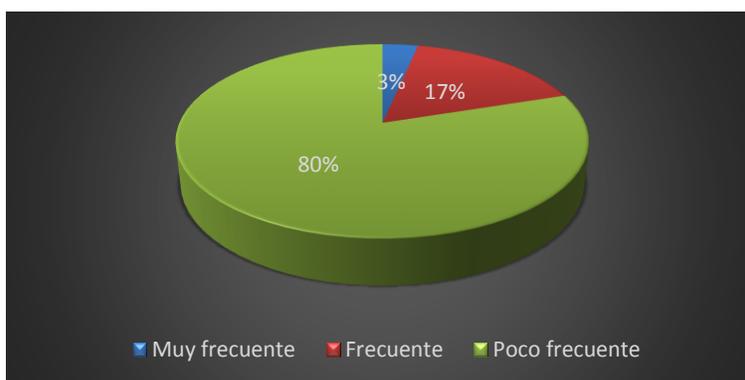
**Pregunta 04. ¿Con qué frecuencia cree usted que solicita la o el juzgador, la realización de pruebas para mejor resolver?**

**Tabla 7 – Pregunta 4**

<b>Alternativas</b>	<b>Frecuencia</b>	<b>Porcentaje</b>
Muy frecuente	1	3,3
Frecuente	5	16,7
Poco frecuente	24	80,0
<b>TOTAL</b>	<b>30</b>	<b>100</b>

**Elaborado por Jonathan Burbano y Pamela Yépez**

**Gráfico 4 – Pregunta 4**



**Elaborado por Jonathan Burbano y Pamela Yépez**

### **Análisis e interpretación**

**Elaborado por Jonathan Burbano y Pamela Yépez**

El 80% de los encuestados señala que con poca frecuencia la o el juzgador solicita la realización de pruebas para mejor resolver, el 17% refiere que frecuentemente, mientras que el 3% indica que esta acción es muy frecuente. Respecto de la frecuencia con que se solicita las pruebas de oficio, un elevado porcentaje considera que son poco frecuentes; situación que coincide con la realidad ecuatoriana.

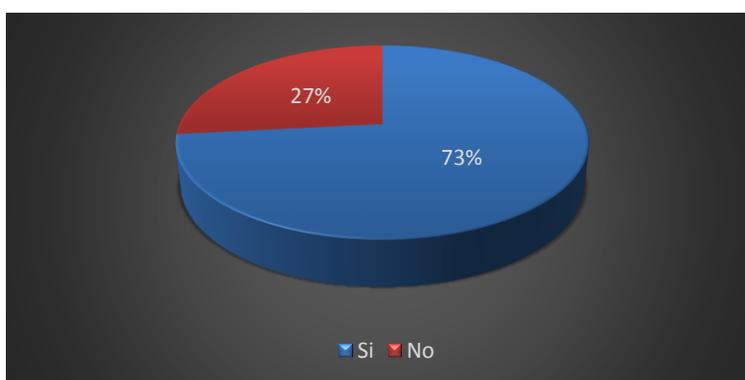
**Pregunta 05. ¿Considera usted que la prueba para mejor resolver tiene un aporte valioso en el proceso judicial?**

**Tabla 8 – Pregunta 5**

<b>Alternativas</b>	<b>Frecuencia</b>	<b>Porcentaje</b>
Si	22	73,3
No	8	26,7
<b>TOTAL</b>	<b>30</b>	<b>100</b>

Elaborado por Jonathan Burbano y Pamela Yépez

**Gráfico 5 – Pregunta 5**



Elaborado por Jonathan Burbano y Pamela Yépez

### **Análisis e interpretación**

Elaborado por Jonathan Burbano y Pamela Yépez

El 73% de los encuestados considera que la prueba para mejor resolver tiene un aporte valioso en el proceso judicial, mientras que el 8% indica que no. Respecto del aporte que esta prueba puede tener para la administración de justicia, un porcentaje elevado la considera positiva, mientras que un porcentaje mínimo señala que no tiene una mayor trascendencia. Esto demuestra que actualmente se utiliza poco este tipo de prueba.

**Pregunta 06. ¿Qué tan importante considera usted que es la prueba para mejor resolver dentro del proceso judicial?**

**Tabla 9 – Pregunta 6**

<b>Alternativas</b>	<b>Frecuencia</b>	<b>Porcentaje</b>
Muy importante	16	53,3
Importante	9	30,0
Poco importante	5	16,7
<b>TOTAL</b>	<b>30</b>	<b>100</b>

Elaborado por Jonathan Burbano y Pamela Yépez

**Gráfico 6 – Pregunta 6**



Elaborado por Jonathan Burbano y Pamela Yépez

### **Análisis e interpretación**

Elaborado por Jonathan Burbano y Pamela Yépez

El 53% de los encuestados considera muy importante la prueba para mejor resolver dentro del proceso judicial, el 30% indica que es importante, mientras que el 17% restante refiere poco importante. Respecto de la importancia que tiene la prueba de oficio en el proceso, la mitad de las personas consideran que es muy alta, mientras que los demás consideran que tiene una importancia mediana y baja.

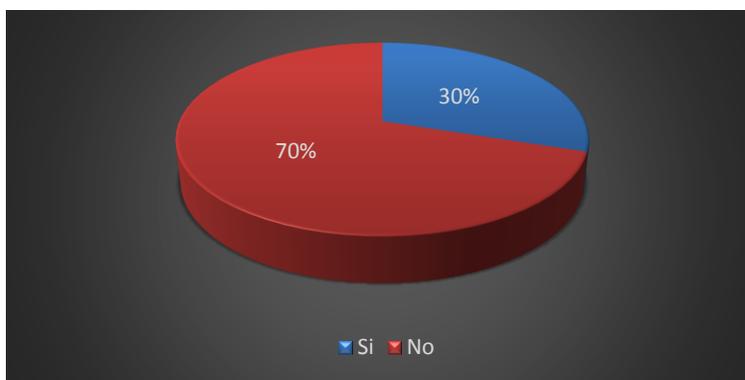
**Pregunta 07. ¿Considera usted que la prueba para mejor resolver vulnera el principio de imparcialidad judicial?**

**Tabla 10 – Pregunta 7**

<b>Alternativas</b>	<b>Frecuencia</b>	<b>Porcentaje</b>
Si	9	30,0
No	21	70,0
<b>TOTAL</b>	<b>30</b>	<b>100</b>

Elaborado por Jonathan Burbano y Pamela Yépez

**Gráfico 7 – Pregunta 7**



Elaborado por Jonathan Burbano y Pamela Yépez

**Análisis e interpretación**

Elaborado por Jonathan Burbano y Pamela Yépez

El 70% de los encuestados considera que la prueba para mejor resolver no vulnera el principio de imparcialidad judicial, mientras que el 30% restante manifiesta que sí. En cuanto a si la prueba de oficio vulnera en alguna forma el principio de imparcialidad, existen opiniones divididas, una mayoría afirma que no, mientras que un porcentaje menor considera que si hay afectación. Esto demuestra las tendencias actuales respecto a la prueba de oficio, inclusive en la doctrina, donde existen dos posturas marcadas y contrapuestas.

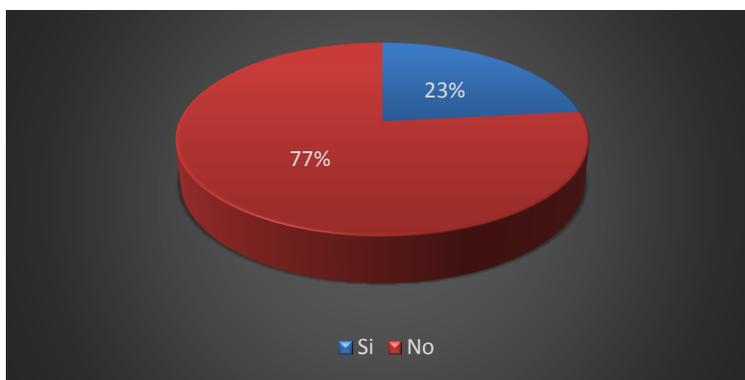
**Pregunta 08. ¿Considera usted que la prueba para mejor resolver está correctamente regulada dentro de la legislación civil ecuatoriana?**

**Tabla 11 – Pregunta 8**

<b>Alternativas</b>	<b>Frecuencia</b>	<b>Porcentaje</b>
Si	7	23,3
No	23	76,7
<b>TOTAL</b>	30	100

Elaborado por Jonathan Burbano y Pamela Yépez

**Gráfico 8 – Pregunta 8**



Elaborado por Jonathan Burbano y Pamela Yépez

### **Análisis e interpretación**

Elaborado por Jonathan Burbano y Pamela Yépez

El 77% de los encuestados considera que la prueba para mejor resolver no está correctamente regulada dentro de la legislación civil ecuatoriana, a diferencia del 23% restante que sostiene que sí. Respecto de la regulación normativa del COGEP de la prueba de oficio, una amplia mayoría considera que no está bien regulada, mientras que un porcentaje minoritario afirma que esta regulación es idónea. Esto demuestra la necesidad de que se implemente reformas normativas que permitan mejorar la aplicación de la prueba de oficio dentro del COGEP.

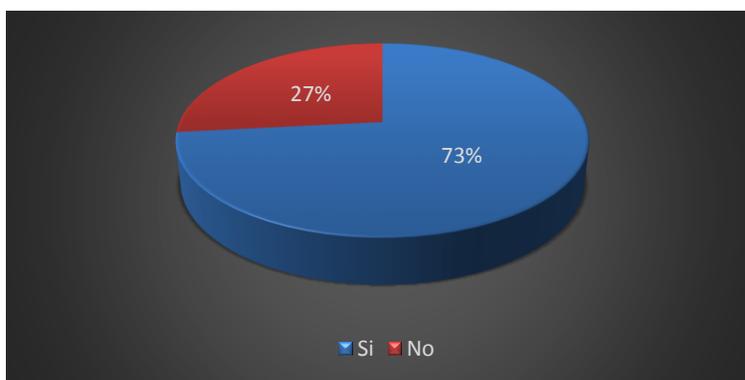
**Pregunta 09. ¿Estaría de acuerdo con que se reforme el COGEP en lo referente a la prueba para mejor resolver?**

**Tabla 12 – Pregunta 9**

<b>Alternativas</b>	<b>Frecuencia</b>	<b>Porcentaje</b>
Si	22	73,3
No	8	26,7
<b>TOTAL</b>	<b>30</b>	<b>100</b>

Elaborado por Jonathan Burbano y Pamela Yépez

**Gráfico 9 – Pregunta 9**



Elaborado por Jonathan Burbano y Pamela Yépez

**Análisis e interpretación**

Elaborado por Jonathan Burbano y Pamela Yépez

El 73% de los encuestados estaría de acuerdo con que se reforme el COGEP en lo referente a la prueba para mejor resolver, mientras que el 27% restante manifiesta que no. En cuanto a la opción de reformar el COGEP en lo referente a la prueba de oficio, un porcentaje elevado considera que debe realizarse, mientras que una minoría considera que debe mantenerse la disposición actual. Esto demuestra que en la actualidad es primordial realizar una reforma que permita una mejor regulación de esta herramienta judicial, a fin de que no se utilice arbitrariamente.

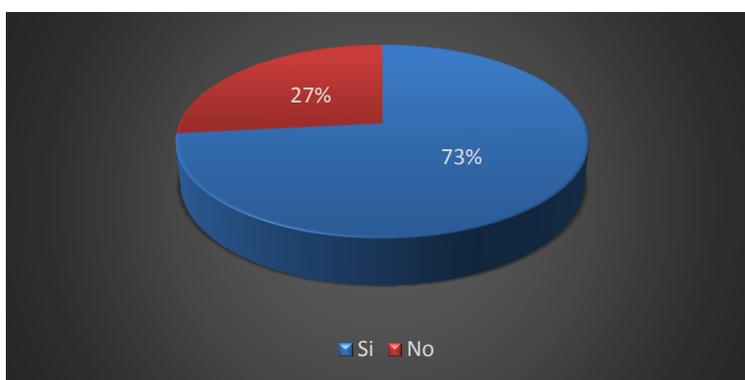
**Pregunta 10. ¿Estaría de acuerdo con que se reglamente la prueba para mejor resolver?**

**Tabla 13 – Pregunta 10**

<b>Alternativas</b>	<b>Frecuencia</b>	<b>Porcentaje</b>
Si	22	73,3
No	8	26,7
<b>TOTAL</b>	<b>30</b>	<b>100</b>

Elaborado por Jonathan Burbano y Pamela Yépez

**Gráfico 10 – Pregunta 10**



Elaborado por Jonathan Burbano y Pamela Yépez

**Análisis e interpretación**

Elaborado por Jonathan Burbano y Pamela Yépez

El 73% de los encuestados estaría de acuerdo con que se reglamente la prueba para mejor resolver, a diferencia del 27% que manifiesta lo contrario. Respecto de una posible reglamentación de la prueba para mejor resolver, el mismo porcentaje mayoritario, considera que es pertinente, mientras que una minoría coincide con que no debe realizarse ningún cambio en la legislación actual. Esto demuestra que además de realizarse una reforma a la normativa, es necesario que consideren la creación de un reglamento que mejore la aplicación de la prueba de oficio en el COGEP.

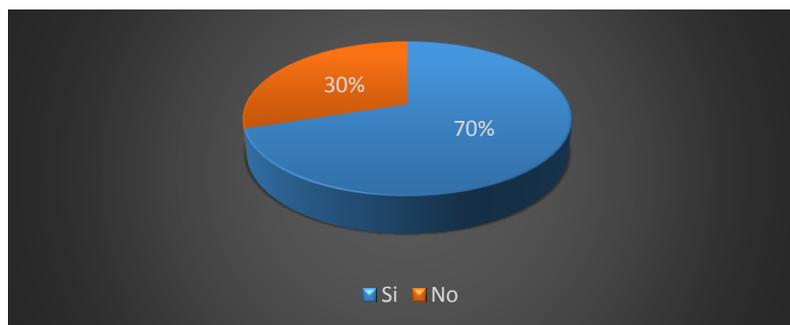
## Segunda encuesta

1. ¿Considera usted que la prueba para mejor resolver tiene un aporte valioso en el proceso judicial?

Tabla 14 – Pregunta 1 segunda encuesta

Alternativas	Frecuencia	Porcentaje
Si	35	70,0
No	15	30,0
<b>TOTAL</b>	50	100

Gráfico 11 – Pregunta 1 segunda encuesta

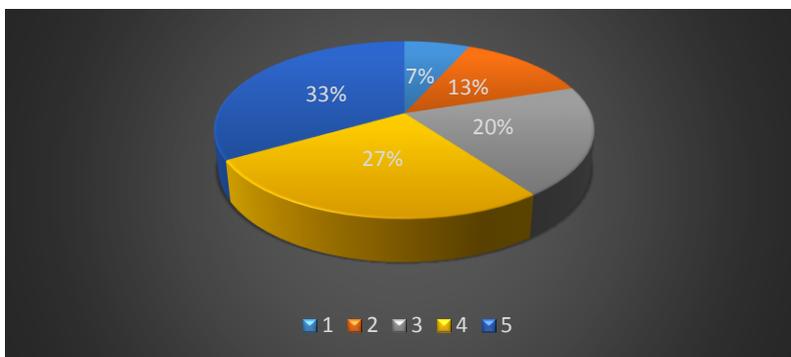


Elaborado por Jonathan Burbano y Pamela Yépez

Tabla 15 – Pregunta 1 frecuencia segunda encuesta

Grado de importancia	Frecuencia	Porcentaje
1	8	16,0
2	6	12,0
3	14	28,0
4	16	32,0
5	6	12,0
<b>TOTAL</b>	50	100

Gráfico 12 – Pregunta 1 frecuencia segunda encuesta



Elaborado por Jonathan Burbano y Pamela Yépez

## Análisis e interpretación de resultados

Elaborado por Jonathan Burbano y Pamela Yépez

Se preguntó a los encuestados si consideraban que la prueba para mejor resolver tiene un aporte valioso en el proceso judicial y en qué grado de importancia lo consideraban. En este sentido, un 70% consideró que sí era valioso, mientras que un 30% que no. Respecto del grado de importancia, un 16% consideró que la importancia era 1; un 12% que era 2, un 38% que era 3; un 32% que era 4 y un 12% que era 5. Esto demuestra que actualmente existen criterios divididos en cuanto al beneficio de la prueba de oficio, aunque una mayoría se inclina porque tiene un beneficio en grado alto y medio de importancia.

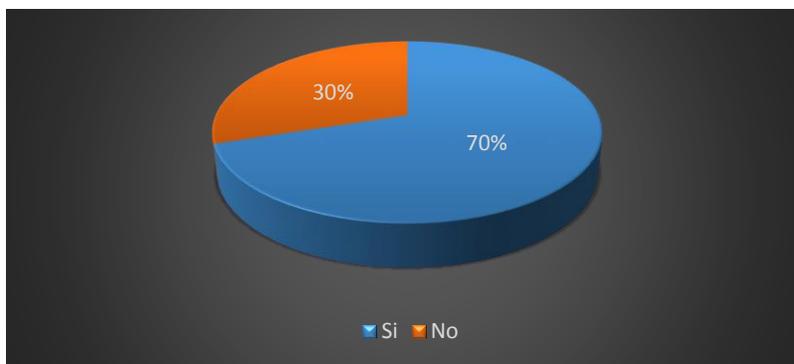
## 2. ¿Considera usted que es la prueba para mejor resolver es importante al momento de resolver un proceso judicial?

Tabla 16 – Pregunta 2 segunda encuesta

Alternativas	Frecuencia	Porcentaje
Si	35	70,0
No	15	30,0
<b>TOTAL</b>	50	100

Elaborado por Jonathan Burbano y Pamela Yépez

Gráfico 13 – Pregunta 2 segunda encuesta



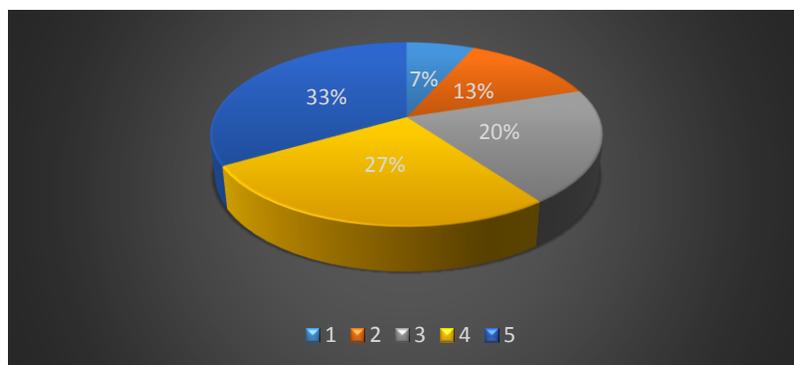
Elaborado por Jonathan Burbano y Pamela Yépez

Tabla 17 – Pregunta 2 frecuencia segunda encuesta

Grado de importancia	Frecuencia	Porcentaje
1	10	20,0
2	4	8,0
3	14	28,0
4	17	34,0
5	5	10,0
<b>TOTAL</b>	<b>50</b>	<b>100</b>

Elaborado por Jonathan Burbano y Pamela Yépez

Gráfico 14 – Pregunta 2 frecuencia segunda encuesta



Elaborado por Jonathan Burbano y Pamela Yépez

## Análisis e interpretación de resultados

Elaborado por Jonathan Burbano y Pamela Yépez

Se les preguntó a los encuestados si consideraban que la prueba para mejor resolver es importante al momento de resolver un proceso judicial, ante lo cual un 70% dijo que sí, mientras un 30% sostuvo lo contrario. Respecto de la importancia, un 20% dijo que era 1; un 8% que era 2; un 28% que era 3; un 34% que era 4 y un 10% que era 5. Esto demuestra que una gran parte de personas considera que una prueba de oficio puede ser determinante en la resolución del proceso, lo que consecuentemente podría perjudicar a otra parte. Así mismo, respecto del grado de importancia, la mayor parte de personas considera que está en un grado medio y alto.

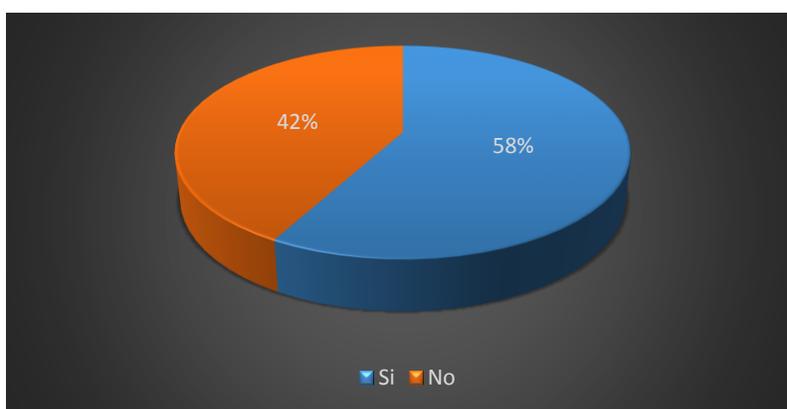
### 3. ¿Considera usted que la prueba para mejor resolver vulnera el principio de imparcialidad judicial?

Tabla 18 – Pregunta 3 segunda encuesta

Alternativas	Frecuencia	Porcentaje
Si	29	58,0
No	21	42,0
<b>TOTAL</b>	50	100

Elaborado por Jonathan Burbano y Pamela Yépez

Gráfico 15 – Pregunta 3 segunda encuesta

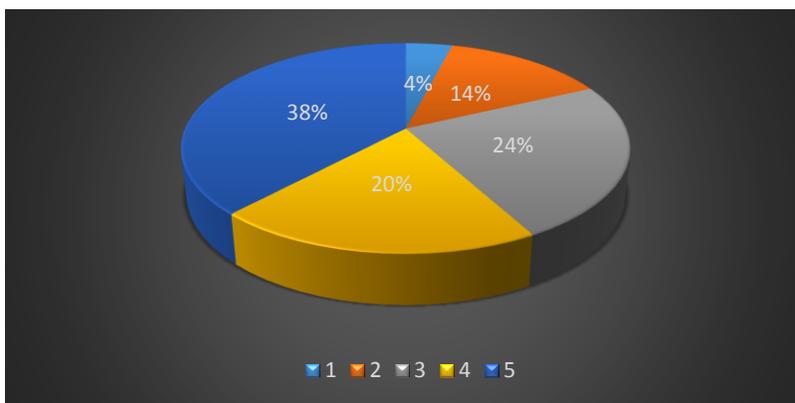


Elaborado por Jonathan Burbano y Pamela Yépez

Tabla 19 – Pregunta 3 frecuencia segunda encuesta

<b>Grado de importancia</b>	<b>Frecuencia</b>	<b>Porcentaje</b>
1	2	4,0
2	7	14,0
3	12	24,0
4	10	20,0
5	19	38,0
<b>TOTAL</b>	50	100

**Gráfico 16** – Pregunta 3 frecuencia segunda encuesta



Elaborado por Jonathan Burbano y Pamela Yépez

### **Análisis e interpretación de resultados**

Elaborado por Jonathan Burbano y Pamela Yépez

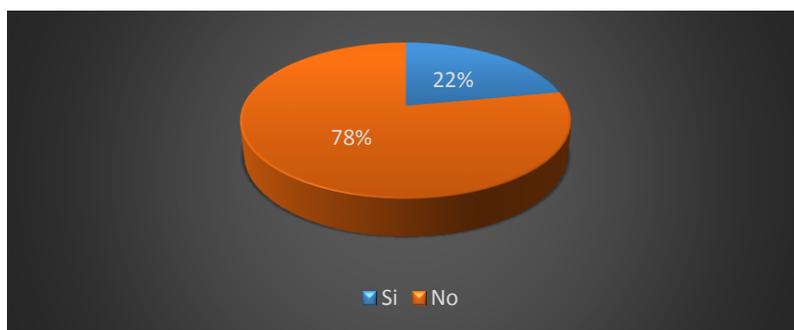
Se preguntó a los encuestados, si consideraban que la prueba para mejor resolver vulnera el principio de imparcialidad judicial, ante lo cual un 58% consideró que sí, mientras que un 42% considera que no. Respecto del grado de importancia, un 2% considera que es 1; un 14% que es 2; un 24% que es 3; un 20% que es 4; y un 38% que es 5. Nuevamente se nota la postura dividida en cuanto a la vulneración de este principio, que en este caso se inclina por el sí, en un porcentaje de importancia alto, lo que demuestra que a criterio de personas con conocimientos jurídicos, existe una vulneración que debe ser revisada.

**4. ¿Considera usted que la prueba para mejor resolver esta correctamente regulada dentro de la legislación civil ecuatoriana?**

**Tabla 20** – Pregunta 4 segunda encuesta

<b>Alternativas</b>	<b>Frecuencia</b>	<b>Porcentaje</b>
Si	11	22,0
No	39	78,0
<b>TOTAL</b>	<b>50</b>	<b>100</b>

**Gráfico 17** – Pregunta 4 segunda encuesta

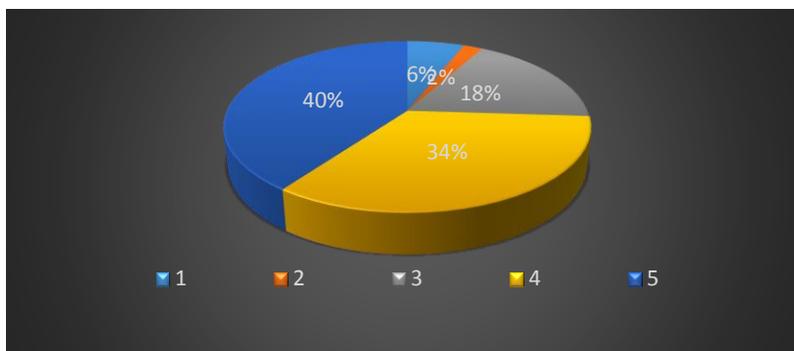


**Elaborado por Jonathan Burbano y Pamela Yépez**

**Tabla 21** – Pregunta 4 frecuencia segunda encuesta

<b>Alternativas</b>	<b>Frecuencia</b>	<b>Porcentaje</b>
1	3	6,0
2	1	2,0
3	9	18,0
4	17	34,0
5	20	40,0
<b>TOTAL</b>	<b>50</b>	<b>100</b>

**Gráfico 18** – Pregunta 4 frecuencia segunda encuesta



Elaborado por Jonathan Burbano y Pamela Yépez

### Análisis e interpretación de resultados

Elaborado por Jonathan Burbano y Pamela Yépez

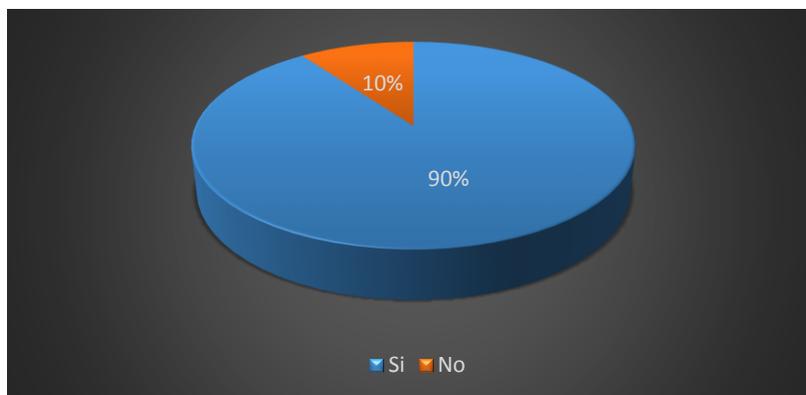
Se preguntó a los encuestados si consideraban que la prueba para mejor resolver está correctamente regulada dentro de la legislación civil ecuatoriana, ante lo cual un 22% consideró que sí, mientras que una amplia mayoría del 78% consideró que no. En cuanto al grado de importancia, un 6% dijo que era 1, un 2% que era 2; un 18% que era 3; un 34% que era 4; y un 40% que era 5. Esto demuestra que actualmente, un alto porcentaje de personas consideran que no existe una adecuada regulación normativa de la prueba de oficio el COGEP, en un porcentaje alto de importancia, razón por la cual sería necesario que se implementen acciones concretas a fin de solucionar este problema.

### 5. ¿Estaría de acuerdo con que se realice una reglamentación de la prueba para mejor resolver?

Tabla 22 – Pregunta 5 segunda encuesta

Alternativas	Frecuencia	Porcentaje
Si	45	90,0
No	5	10,0
<b>TOTAL</b>	50	100

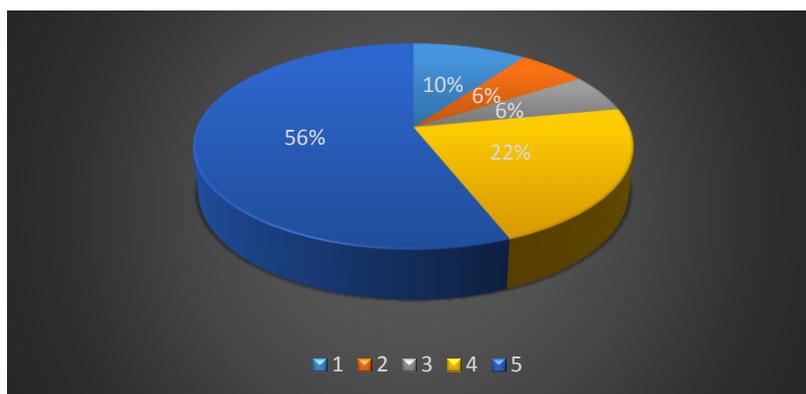
Gráfico 19 – Pregunta 5 segunda encuesta



**Tabla 23** – Pregunta 5 frecuencia segunda encuesta

Alternativas	Frecuencia	Porcentaje
1	5	10,0
2	3	6,0
3	3	6,0
4	11	22,0
5	28	56,0
<b>TOTAL</b>	50	100

**Gráfico 20** – Pregunta 5 frecuencia segunda encuesta



Elaborado por Jonathan Burbano y Pamela Yépez

## Análisis e interpretación de resultados

Elaborado por Jonathan Burbano y Pamela Yépez

Finalmente, se les preguntó a los encuestados si estarían de acuerdo con que se realice una reglamentación de la prueba para mejor resolver, ante lo cual una amplia mayoría del 90% consideró que sí, mientras que un 10% opinó lo contrario. En cuanto al grado de importancia, un 10% dijo que era 1, un 6% que era 2; un 6% que era 3; un 22% que era 4; y un 56% que era 5. Esto demuestra que en la actualidad, una gran parte de personas conocedoras del derecho, considera que es necesario expedir una reglamentación a la prueba de oficio en forma prioritaria, pues la importancia de esta reforma y reglamentación es grande, razón por la cual, las autoridades legislativas y judiciales deben emprender las acciones necesarias a fin de que se cumpla con esta recomendación.

## 2.5. ANÁLISIS COMPARATIVO CRÍTICO DE LAS ENCUESTAS

Tabla 24 – Análisis comparativo Primera Encuesta

<b>Preguntas</b>	<b>Si</b>	<b>NO</b>
<b>Conoce usted en qué consiste la prueba para mejor resolver</b>	93,6	6,7
<b>Conoce usted qué naturaleza jurídica tiene la prueba para mejor resolver</b>	53,3	46,7
<b>Conoce usted qué principios rigen a la prueba para mejor resolver</b>	63,3	36,7
<b>Considera usted que la prueba para mejor resolver</b>	73,3	26,7

tiene un aporte valioso en el proceso judicial			
Considera usted que la prueba para mejor resolver vulnera el principio de imparcialidad judicial	30,0		70,0
Considera usted que la prueba para mejor resolver esta correctamente regulada dentro de la legislación civil ecuatoriana	23,3		76,7
Estaría de acuerdo con que se reforme el COGEP en lo referente a la prueba para mejor resolver	73,3		26,7
Estaría de acuerdo con que se reglamente la prueba para mejor resolver	73,3		26,7
	<b>Mucho</b>	<b>Medio</b>	<b>Bajo</b>
Con que frecuencia cree usted que solicita la o el juzgador, la realización de pruebas para mejor resolver	3,3	16,7	80

<b>Qué tan importante considera usted que es la prueba para mejor dentro del proceso judicial</b>	56,3	30	16,7
---	------	----	------

Elaborado por Jonathan Burbano y Pamela Yépez

Tabla 25 – Análisis comparativo Segunda Encuesta

<b>Preguntas</b>	<b>Si</b>	<b>NO</b>
<b>¿Considera usted que la prueba para mejor resolver tiene un aporte valioso en el proceso judicial?</b>	70	30
<b>¿Considera usted que es la prueba para mejor resolver es importante al momento de resolver un proceso judicial?</b>	70	30
<b>¿Considera usted que la prueba para mejor resolver vulnera el principio de imparcialidad judicial?</b>	58	42
<b>¿Considera usted que la prueba para mejor resolver esta correctamente regulada dentro</b>	22	78

<b>de la legislación civil ecuatoriana?</b>		
<b>¿Estaría de acuerdo con que se realice una reglamentación de la prueba para mejor resolver?</b>	90	10

Elaborado por Jonathan Burbano y Pamela Yépez

En cuanto a las encuestas, en primer lugar se observa un nivel de conocimiento medio alto de las personas en relación a la prueba de oficio; mientras que en aspectos más puntuales se puede observar una tendencia equilibrada entre quienes piensan que esta prueba vulnera el principio de imparcialidad y quienes opinan lo contrario.

Sin embargo, un dato importante que apuntan los resultados de las encuestas, es el hecho de que una mayoría considera personas encuestadas opina que la regulación de la prueba para mejor resolver es deficiente en la normativa procesal civil, y así mismo se muestran receptivos con la idea de que es necesario reformar el COGEP y realizar otro tipo de regulación normativa al respecto.

### **Conclusión del capítulo**

Una vez que se ha realizado la investigación de campo con distintos entrevistados, encuestados, así como se ha analizado las alternativas propuestas por las legislaciones internacionales, es evidente que existe un contraste equilibrado entre posturas, en el sentido de que existen criterios favorables y contrarios a la prueba de oficio y de su posible afectación del principio de imparcialidad; sin embargo todos los criterios apuntan que es necesario contar con una regulación eficiente, de tal manera que la mejor solución al problema planteado es que debe fomentarse una reforma del COGEP, para mejorar la regulación de la prueba de oficio.

## CAPÍTULO III.

### 3. PRESENTACIÓN DE LA PROPUESTA

Una vez que se han determinado los principales criterios doctrinarios, jurídico legales, jurisprudenciales y el criterio de expertos sobre el tema de la prueba de oficio o prueba para mejor resolver en materia civil, en este capítulo se pretende realizar un aporte para una propuesta a fin de resolver el problema, que en este caso se trata de un anteproyecto de reforma del COGEP, con la finalidad de que la prueba para mejor resolver tenga una mejor regulación normativa, y pueda ser utilizada por el juzgador como una herramienta auxiliar en la búsqueda de la verdad material y no como un medio arbitrario para favorecer a alguna de las partes.

#### 3.1. Título

Propuesta de reforma al Código Orgánico General de Procesos para establecer en forma efectiva la aplicación de la prueba de oficio

#### 3.2. Objetivos

##### General:

- Proponer una reforma al Código Orgánico General de Procesos para establecer en forma efectiva la aplicación de la prueba de oficio

##### Específicos:

- Establecer en forma adecuada la prueba para mejor resolver garantizando su principio de excepcionalidad.
- Evitar que la prueba para mejor resolver vulnere el principio de imparcialidad judicial, otros principios procesales y las reglas del debido proceso
- Procurar que la prueba de oficio no sea usada en forma arbitraria ni discriminatoria por los juzgadores

### **3.3. Elaboración**

## **REPÚBLICA DEL ECUADOR**

### **LA ASAMBLEA NACIONAL**

#### **EXPOSICIÓN DE MOTIVOS**

#### **I.- ANTECEDENTE HISTÓRICO**

El 12 de julio de 2005, la Función Legislativa expidió la Cuarta Codificación del Código de Procedimiento Civil que fue el último instrumento vigente antes de la aprobación del Código Orgánico General de Procesos, mismo dentro del cual, se incluía la posibilidad de ordenar una prueba de oficio a petición del juzgador.

En el año 2008, se promulgó la Constitución de la República del Ecuador, vigente hasta la actualidad, misma en la cual se ordenó la sustanciación de causas en forma oral, procurando la celeridad y eficiencia de la justicia en estricto respeto de los derechos fundamentales.

Que en el año 2015 entró en vigencia el Código Orgánico General de Procesos, cuya finalidad es la de “regula la actividad procesal en todas las materias, excepto la constitucional, electoral y penal, con estricta observancia del debido proceso” (Ecuador, Asamblea Nacional , 2015), mismo en el cual se mantiene una prueba de oficio denominada como prueba para mejor resolver.

#### **II.- CONFORMIDAD CONSTITUCIONAL Y LEGAL**

El artículo 1 de la Constitución de la República, declara y reconoce, entre los principios fundamentales, que: “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y de justicia”. (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008)

A partir del artículo 75 de la Constitución de la República, que el Estado reconoce a todos los ciudadanos sin discriminación por causa alguna, el “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” (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008)

El artículo 169 de la Constitución de la República prescribe que: “El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades”. (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008)

### **III.- ESTRUCTURA DEL PROYECTO**

En cuanto al diseño de la Ley reformativa al Código Orgánico General de Procesos, respecto a la prueba de oficios el instrumento propone la reforma de un artículo, mientras que la Resolución para su Reglamento está compuesta de tres Títulos: Disposiciones Generales, Procedimiento y Régimen Disciplinario,

#### **EL PLENO**

#### **CONSIDERANDO:**

Que, por mandato constitucional, los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes, a base de derechos de igualdad, no discriminación, acceso gratuito a la justicia, tutela efectiva imparcial y expedita, debido proceso y seguridad jurídica, conforme lo prevén los artículos 11, 75, 76 y 82 de la Carta Fundamental; (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008)

Que, la Constitución de la República en el artículo 76, prevé que 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: (...) 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (...) k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008)

Que, la Constitución de la República en el artículo 167, consagra que la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los órganos de la Función Judicial y por los demás órganos y funciones previstos en la Constitución; (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008)

Que, el Código Orgánico de la Función Judicial en los artículos 7 y siguientes prevé que la administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los principios de legalidad, jurisdicción y competencia, independencia, imparcialidad, unidad jurisdiccional y gradualidad, especialidad, publicidad, responsabilidad, servicio a la comunidad, dispositivo, concentración, probidad, buena fe y lealtad procesal, verdad procesal, obligatoriedad de administrar justicia, interpretación de normas procesales, impugnación en sede judicial de los actos administrativos; (Ecuador, Asamblea Nacional, 2009)

Que, el Código Orgánico de la Función Judicial en los artículos 9 prescribe que “La actuación de las juezas y jueces de la Función Judicial será imparcial, respetando la igualdad ante la ley. En todos los procesos a su cargo, las juezas y jueces deberán resolver siempre las pretensiones y excepciones que hayan deducido los litigantes, sobre la única base de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado, la ley y los elementos probatorios aportados por las partes. (Ecuador, Asamblea Nacional, 2009)

Que, el Código Orgánico General de Procesos reconoce que la prueba de oficio es un medio excepcional del juzgador, y en tal razón es necesario reglamentar esta excepcionalidad a fin de garantizar el principio de imparcialidad judicial. (Ecuador, Asamblea Nacional , 2015)

En ejercicio de las atribuciones que le confieren el numeral 6 del artículo 120 de la Constitución de la República y el numeral 6 del artículo 9 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, expide el siguiente:

### **Ley reformativa del Código Orgánico General de Procesos sobre la regulación de la prueba para mejor resolver**

**Art. 1 Sustitúyase el artículo 168 por el siguiente:**

**Artículo 168.-** Prueba para mejor resolver. Cuando la o el juzgador considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos lo pondrá de manifiesto a las partes por igual, indicando el hecho o hechos que, a

su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria. En este caso, las partes podrán completar o modificar sus proposiciones de prueba a la vista de lo manifestado por la o el juzgador.

En el caso que las partes no completaren o modificaren estas proposiciones, y de mantenerse la insuficiencia probatoria, 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. Solo podrán decretarse pruebas de oficio en los términos probatorios previstos en esta norma.

## **Consejo de la Judicatura**

### **Resolución N° 0001-2017**

#### **El Pleno del Consejo de la Judicatura**

##### **Considerando**

Que, por mandato constitucional, los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes, a base de derechos de igualdad, no discriminación, acceso gratuito a la justicia, tutela efectiva imparcial y expedita, debido proceso y seguridad jurídica, conforme lo prevén los artículos 11, 75, 76 y 82 de la Carta Fundamental (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008);

Que, la Constitución de la República en el artículo 76, prevé que 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: (...) 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (...) k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008)

Que, la Constitución de la República en el artículo 167, consagra que la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los órganos de la Función Judicial y por los demás órganos y funciones previstos en la Constitución (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008);

Que, el Código Orgánico de la Función Judicial en los artículos 7 y siguientes prevé que la administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los principios de legalidad, jurisdicción y competencia, independencia, imparcialidad, unidad jurisdiccional y gradualidad, especialidad, publicidad, responsabilidad, servicio a la comunidad, dispositivo, concentración, probidad, buena fe y lealtad procesal, verdad procesal, obligatoriedad de administrar justicia, interpretación de normas procesales, impugnación en sede judicial de los actos administrativos (Ecuador, Asamblea Nacional, 2009);

Que, el Código Orgánico de la Función Judicial en los artículos 9 prescribe que “La actuación de las juezas y jueces de la Función Judicial será imparcial, respetando la igualdad ante la ley. En todos los procesos a su cargo, las juezas y jueces deberán resolver siempre las pretensiones y excepciones que hayan deducido los litigantes, sobre la única base de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado, la ley y los elementos probatorios aportados por las partes (Ecuador, Asamblea Nacional, 2009).

Que, el Código Orgánico General de Procesos reconoce que la prueba de oficio es un medio excepcional del juzgador, y en tal razón es necesario reglamentar esta excepcionalidad a fin de garantizar el principio de imparcialidad judicial.

Que, la Ley reformativa al Código Orgánico General de Procesos sobre la regulación de la prueba para mejor resolver, determinó un régimen normativo para la prueba de oficio que pretende evitar la aplicación arbitraria de este tipo de prueba por parte de los juzgadores; y que no obstante de ello, es necesario ampliar el ámbito de aplicación de este tipo de prueba, a fin de lograr una administración de justicia eficiente.

Que, de conformidad con lo previsto en el numeral 10 del artículo 264 del Código Orgánico de la Función Judicial, el Pleno del Consejo de la Judicatura, en sesión ordinaria celebrada el 18 de septiembre de 2017, conoció y aprobó la presente Resolución;

En ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales:

**RESUELVE:**

Expedir el Reglamento para la aplicación de la regulación de la prueba para mejor resolver:

**TITULO I****GENERALIDADES****CAPITULO I****ÁMBITO DE APLICACIÓN Y OBJETO**

**Artículo 1.- Ámbito.-** Las disposiciones del presente Reglamento se aplicarán en todas las pruebas para mejor resolver ordenadas por las juezas y jueces que sustancien las causas regidas bajo el ámbito del Código Orgánico General de Procesos; es decir todas las materias con excepción de las materia: constitucional, electoral y penal, de acuerdo con los términos prescritos dentro del artículo 1 de este cuerpo legal.

**Artículo 2. Objeto.-** El presente Reglamento tiene por objeto:

- a) Expedir las normas que permitan la aplicación de las pruebas para mejor resolver ordenadas por las juezas y jueces en el ámbito de su competencia.
- b) Vigilar que se cumplan los principios constitucionales con estricta observancia del debido proceso en el ordenamiento y la aplicación de las pruebas para mejor resolver.
- c) Hacer efectivo control sobre las y los juzgadores, cuando ordenen la realización de pruebas de oficio a fin de garantizar el efectivo cumplimiento del principio de imparcialidad judicial e igualdad de las partes.
- d) Determinar las normas necesarias para realizar las pruebas de oficio de acuerdo con los distintos medios probatorios ordenados en el Código Orgánico General de Procesos.
- e) Sancionar a las y los juzgadores que incumplieren las disposiciones contenidas dentro del presente reglamento

## CAPÍTULO II

### PRINCIPIOS

**Artículo 3.- Principios rectores.-** En todas las actividades probatorias se aplicarán los principios previstos en la Constitución de la República, en los instrumentos internacionales de derechos humanos, en los instrumentos internacionales ratificados por el Estado, en el Código Orgánico de la Función Judicial, en el Código Orgánico General de Procesos y los desarrollados en este Reglamento.

**Artículo 4.- Principios de la prueba para mejor resolver.-** En todos los procedimientos en los cuales, las y los juzgadores deban ordenar pruebas para mejor resolver, se observará la estricta aplicación de los principios desarrollados en este Capítulo.

**Artículo 5.- Principio de preclusión.-** Para que las pruebas para mejor resolver tengan validez dentro del proceso, deberán solicitarse, practicarse e incorporarse dentro de los términos señalados en esta ley y este Reglamento.

**Artículo 6.- Principio de contradicción.-** Las pruebas para mejor resolver que hayan sido ordenadas por la o el juzgador, deberán ser conocidas por ambas partes oportunamente, a fin de que puedan oponerse de manera fundamentada y contradecirlas, cuando lo consideren necesario. La prueba para mejor resolver que no haya sido conocida por las ambas partes no tendrá validez legal dentro del proceso.

**Artículo 7.- Principio de inmediación.-** La práctica de la prueba para mejor resolver será de manera oral en la audiencia de juicio en presencia de las partes.

**Artículo 8.- Principio de apreciación y valoración.-** La prueba para mejor resolver será apreciada y valorada por el juzgador en conjunto con otras pruebas, no pudiendo realizar una valoración única de esta prueba sin tomar en cuenta las demás actuadas por las partes, ni atribuirse una mayor carga a la prueba ordenada por el juzgador.

**Artículo 9.- Principio de necesidad de la prueba.-** La prueba para mejor resolver deberá practicarse con el objeto de probar los hechos alegados por las partes que no hayan quedado

esclarecidos con mediante su actividad probatoria. No se deberá probar los hechos que no lo requieran.

**Artículo 10.- Principio de imparcialidad.-** La actuación de las juezas y jueces en la solicitud y práctica de pruebas para mejor resolver será imparcial, respetando la igualdad de las partes ante la ley. Se prohíbe la utilización de este medio probatorio como medio para favorecer la pretensión de una de las partes.

**Artículo 11.- Principio de pertinencia, utilidad y conducencia.-** La conducencia de la prueba para mejor resolver consiste en la aptitud del contenido intrínseco y particular para demostrar los hechos que el juzgador considere que no se encuentren suficientemente claros. La prueba para mejor resolver deberá referirse directa o indirectamente a los hechos o circunstancias controvertidos no esclarecidos por la actividad probatoria de las partes.

**Artículo 12.- Principio lealtad y veracidad.-** La prueba para mejor resolver ordenada por la o el juzgador, deberá practicarse e incorporarse al proceso con estricto respeto a los principios y normas previstos en la Constitución, la ley y los derechos fundamentales.

**Artículo 13.- Principio de excepcionalidad.-** La o el juzgador podrá ordenar la prueba de oficio únicamente en forma excepcional, cuando la actividad probatoria de las partes no haya sido suficiente para esclarecer los hechos controvertidos.

**Artículo 14.- Principio de justificación.-** Con la finalidad de garantizar la excepcionalidad de la prueba, la o el juzgador deberá dejar expresa constancia de las razones de su decisión de solicitar una prueba para mejor resolver.

**TITULO II**  
**DEL PROCEDIMIENTO**  
**CAPÍTULO I**  
**REGLAS COMUNES A LA APLICACIÓN DE LA PRUEBA PARA MEJOR**  
**RESOLVER**

**Artículo 15.- Régimen de aplicación de las reglas.-** Las presentes reglas regirán la sustanciación de todos los procedimientos contemplados dentro del Código Orgánico General de Procesos en todas sus audiencias.

**Artículo 16.- Solicitud de la prueba para mejor resolver.-** Solo la o el juzgador podrá ordenar la sustanciación de una prueba para mejor resolver, cuando considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos.

**Artículo 17.- Procedimiento.-** Dentro de la audiencia, la o el juzgador, en forma obligatoria, deberá poner en manifiesto a las partes por igual, el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria.

Una vez realizada esta advertencia, las partes podrán completar o modificar sus proposiciones de prueba a la vista de lo manifestado por la o el juzgador.

En el caso que las partes no completaren o modificaren estas proposiciones, o de mantenerse la insuficiencia probatoria, 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. Una vez concluido este plazo, deberá reinstalarse la audiencia, en donde el juzgador tomará una decisión definitiva, sin que exista la posibilidad de que pueda ordenar nuevas pruebas para mejor resolver.

La decisión judicial deberá valorar la actividad probatoria de las partes y las pruebas para mejor resolver ordenadas de oficio por la o el juzgador en forma conjunta.

**Artículo 18.- Plazo para ordenar la prueba de oficio.-** Solo podrá solicitarse pruebas de oficio en los términos probatorios previstos en dentro del Código Orgánico General de Procesos para cada caso.

## **CAPÍTULO II**

### **PRUEBAS PARA MEJOR RESOLVER DE ACUERDO CON LOS MEDIOS PROBATORIOS**

**Artículo 19.- Prueba para mejor resolver testimonial.-** Dentro de la prueba para mejor resolver ordenada por la o el juzgador de carácter testimonial, no se podrá ordenar la presentación de nuevos testigos, sino únicamente volver a tomar testimonio de los testigos presentados por las partes, con la finalidad de que se amplíe o aclare el testimonio rendido anteriormente.

**Artículo 20.- Prueba para mejor resolver documental.-** La o el juzgador podrá ordenar de oficio, que se incorporen al proceso, cualquier documento público o privado que recoja, contenga o represente algún hecho o declare, constituya o incorpore un derecho, que no haya sido presentado por las partes durante su actividad probatoria, siempre que éste tenga algún aporte para esclarecer los hechos controvertidos.

**Artículo 21.- Prueba para mejor resolver pericial.-** En caso de que los informes periciales presentados por las partes sean recíprocamente contradictorios o esencialmente divergentes sobre un mismo hecho, la o el juzgador, si mantuviere dudas sobre las conclusiones de los peritajes presentados podrá ordenar un nuevo peritaje, para cuya realización sorteará a una o un perito de entre los acreditados por el Consejo de la Judicatura, precisando el objeto de la pericia y el término para la presentación de su informe, el mismo que inmediatamente será puesto a conocimiento de las partes.

En aquellos casos en que una de las partes sea representada por una o un defensor público o demuestre tener escasos recursos económicos, los honorarios y gastos del peritaje, podrán ser cubiertos por el Consejo de la Judicatura, a petición de esta.

### **TÍTULO III**

#### **RÉGIMEN DISCIPLINARIO**

#### **CAPÍTULO I**

#### **SANCIONES APLICABLES**

**Artículo 22.- Sanciones.-** Se impondrá sanción, en los términos prescritos en el artículo 107 del Código Orgánico de la Función Judicial, a las o los juzgadores que incurrieren en las siguientes faltas:

- a) A quienes en forma arbitraria o sin necesidad, ordenarán la realización de una prueba para mejor resolver.
- b) A quienes ordenaran una prueba para mejor resolver con el objeto claro de favorecer a una de las partes procesales.
- c) A quienes ordenaren o realizaren una prueba para mejor resolver sin realizar la debida advertencia a las partes por igual, del hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria, bajo los términos prescritos en el inciso primero del artículo 16 de este Reglamento.
- d) A quienes ordenaren una prueba para mejor resolver fuera de los plazos legales previstos, o si solicitaren nueva prueba para mejor resolver en segunda audiencia.
- e) A quienes ordenaren una prueba para mejor resolver testimonial, solicitando la presencia de nuevos testigos; y,
- f) A quienes incurrieran en alguna otra falta o incumplimiento del presente Reglamento, que no se haya descrito en los literales anteriores.

#### **DISPOSICIÓN FINAL**

La presente Resolución entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial

### **3.4. Impacto**

#### **Impacto Jurídico**

De ser aprobada la propuesta de Ley reformativa al Código Orgánico general de Procesos, y una vez que entre en vigencia, se espera resultados positivos, principalmente para las partes procesales, pues se podrá garantizar el principio de imparcialidad del juzgador, evitando que se apliquen pruebas de oficio en forma arbitraria; con lo cual se garantizará la tutela efectiva de los derechos de ambas partes, aplicando el principio de igualdad jurídica ante la ley además de que se podrá garantizar en forma efectiva el cumplimiento del principio de imparcialidad y neutralidad judicial.

#### **Impacto Social**

De igual manera se espera que la propuesta tenga un impacto positivo para la sociedad, de tal forma que permita la protección jurídica de los derechos de las partes, así como se facilite la labor de los profesionales del derecho que ejercen la representación jurídica de las partes, permitiéndose una igualdad en el trato dentro de los procesos judiciales, lo que en definitiva ayudará a la construcción de una cultura jurídica de igualdad, equilibrio y respeto en el litigio. Lógicamente que por este motivo, la propuesta también tendrá un impacto positivo en el sistema de justicia ecuatoriano, en todos los ámbitos regulados bajo la normativa del COGEP.

## CONCLUSIONES

A través de la siguiente investigación se han llegado a las siguientes conclusiones:

- La prueba de oficio o prueba para mejor resolver es una actividad, instrumento o medio que pretende lograr acreditar la certeza y exactitud de los hechos afirmados por las partes, que es realizada por una decisión propia del juzgador o tribunal sin requerimiento de parte; pero que únicamente podrá ser realizada cuando se presenten determinadas circunstancias: ya sea que las pruebas presentadas por las partes sean deficientes, o que se requiera incorporar otros medios de prueba para aclarar la resolución de un caso. Sin embargo, este tipo de prueba es ampliamente cuestionado desde la doctrina, ya que diversas posturas consideran que vulnera el principio probatorio de imparcialidad judicial, y que también influye sobre otros como preclusión, intermediación, contradicción, necesidad, carga de la prueba y valoración.
- Una vez analizadas las distintas posturas doctrinarias, consideramos que la prueba de oficio o prueba para mejor resolver, en efecto vulnera el principio de imparcialidad judicial, que consiste en evitar poner la función jurisdiccional al servicio particular de cualquiera de las partes; sobre todos si se toma en cuenta que el sistema dispuesto por el COGEP es dispositivo, en la cual la actuación del juzgador, debe limitarse a la dirección del proceso según lo dispuesto en la normativa legal vigente, sin inclinarse al servicio particular de una de las partes; y al momento que se ordenar una prueba de oficio, en forma indirecta se beneficia a una de las partes y se perjudica a la otra, muchas veces en forma definitiva. También tiene una gran influencia la valoración de la prueba, ya que el juzgador no puede evitar los efectos de la prueba como fenómeno psicológico, lo que en forma indirecta hace que el juzgador le dé más importancia a la prueba realizada por él mismo.
- Los criterios que defienden a la prueba de oficio se basan en la finalidad que tienen la prueba por constituirse en una herramienta auxiliar del juzgador para lograr alcanzar la verdad material, sin embargo cabe destacar que la finalidad de la prueba en el ordenamiento jurídico procesal civil ecuatoriano, es la de llevar al convencimiento al juzgador de las

pretensiones alegadas y no la de buscar la verdad material de los hechos, por lo tanto este criterio resultaría erróneo e incompatible en el sistema jurídico ecuatoriano.

- Ante la diversidad de criterios tanto a favor como posturas críticas frente a la prueba de oficio, la mejor solución al problema planteado es la aplicación del criterio de la racionalidad de la prueba de oficio, que consiste en la excepcionalidad o supletoriedad de este tipo de prueba, que se emplea como un medio auxiliar y no como un medio principal en la actividad probatoria. Lógicamente ha de entenderse que para que esta racionalidad opere debe regularse mediante la normativa legal y reglamentaria, pues de otro modo, el juzgador podría asumir una titularidad innecesaria al no existir límites legales.
- Los criterios de los entrevistados y de los encuestados son más o menos equilibrados y la mitad considera que no existe vulneración del principio de imparcialidad judicial, mientras que la otra mitad apunta a que si existe tal afectación. De todos modos, ambas posturas enfatizan que debe existir una regulación efectiva de la prueba para mejor resolver, misma que evite que esta herramienta legal permita una actuación inquisitiva y arbitraria del juzgador, y al contrario, facilite su aplicación excepcional y justa. Este mismo criterio lo tienen algunas legislaciones internacionales, en donde se ha consagrado distintas formas por tratar de limitar a la prueba de oficio a fin de que no vulnere la imparcialidad, de entre los que se destaca el sistema español, al disponer que se anuncie a ambas partes por igual las pruebas que sean insuficientes para comprobar sus alegaciones, y se permita modificar o completar sus pretensiones, y solo a falta de acción de las partes, en forma excepcional el juzgador puede solicitar una prueba de oficio.
- A fin de permitir que se aplique el criterio de la racionalización de la prueba de oficio, es necesario reformar el COGEP; para que se permita que previo a ordenar una prueba para mejor resolver, el juzgador anuncie a las partes, por igual, la deficiencias probatorias que existen en relación a sus pretensiones, para que éstas puedan completarlas, y solo en caso de hacer caso omiso a esta disposición, se pueda ordenar una prueba de oficio en forma excepcional. Este cambio normativo debe estar acompañado de la emisión de una Resolución del Consejo de la Judicatura, a través de la cual se determinen distintos

parámetros de excepcionalidad y la forma en la cual se pueda solicitar y realizar la prueba de oficio en los distintos medios probatorios.

## RECOMENDACIONES

- A la Asamblea Nacional, a fin de que emprenda las reformas necesarias para realizar una reforma al Código Orgánico General de Procesos en el cual se regule en forma efectiva la prueba para mejor resolver, de modo que constituya un medio de ayuda judicial y no se utilice en forma arbitraria por las y los juzgadores; y de este modo se pueda garantizar el respeto al principio de imparcialidad y neutralidad judicial.
- A la Función Judicial, a fin de que capacite en forma permanente a las y los juzgadores con la finalidad de concientizar la utilización de la prueba de oficio, de tal modo que se pueden garantizar los derechos de todas las partes en igualdad de condiciones, cumpliendo con el principio de imparcialidad judicial que es parte del debido proceso constitucional.
- A la Corte Constitucional, a fin de que examine la constitucionalidad del artículo 168 del Código Orgánico General de Procesos, a fin de que establezca si existe vulneración del principio de imparcialidad judicial en la aplicación de la prueba de oficio, a fin de que se resuelvan las posibles dudas que existen en la actualidad respecto de este controvertido tema, y se dicte jurisprudencia en este tema concreto.
- A los doctrinarios ecuatorianos en materia civil, a fin de que realicen estudios concretos respecto de la prueba de oficio y prueba para mejor resolver en la legislación ecuatoriana, pues actualmente es evidente la falta de estudios bibliográficos respecto de este importante tema, siendo necesario que se profundice en aspectos concretos de este tipo de prueba, para dar sustento científico a las investigaciones locales.

## BIBLIOGRAFÍA

Alvarado, A. (2004). *Debido Proceso versus Pruebas de oficio*. Bogotá: Temis.

Alvarado, A. (2004). *Introducción al estudio del derecho procesal. Primera parte*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.

Alvarado, A. (2009). *Sistemas de Derecho Procesal*. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni.

Argentina, Congreso de la Nación. (1981). *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires: Boletín Oficial Ley N° 17.454.

Arteaga, A. (11 de 07 de 2017). La prueba de oficio y su efecto en el principio de imparcialidad. (J. B. Yépez, Entrevistador)

Best, J. (1995). *Cómo investigar en educación*. Madrid: Morata.

Borja, M. (2003). *La Prueba en el derecho colombiano*. Bucaramanga: UNAB.

Bunge, M. (16 de Junio de 2015). *Cooperación en Red Euro Americana para el desarrollo Sostenible*. Obtenido de Tipos de Investigación Científica: <http://www.creadess.org/index.php/informate/de-interes/temas-de-interes/17300-conozca-3-tipos-de-investigacion-descriptiva-exploratoria-y-explicativa>

Cabanellas, G. (2010). *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires: Heliasta.

Calamendrie, P. (1993). *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.

Calvino, G. (2008). Pretensión procesal, calificación legal y regla de congruencia en el sistema dispositivo. En G. Hernández, *Temas vigentes en materia de derecho procesal y probatorio* (págs. 113-132). Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.

Castillo, F. (17 de 07 de 2017). La prueba de oficio y su efecto en el principio de imparcialidad. (J. B. Yépez, Entrevistador)

Cevallos, J. C. (07 de 07 de 2017). La prueba de oficio y su efecto en el principio de imparcialidad. (J. B. Yépez, Entrevistador)

Chile, Ministerio de Justicia Decreto N° 1107. (1902). *Código de Procedimiento Civil*. Santiago de Chile: Ley N° 1552.

Chiovenda, G. (1974). *Instituciones del Derecho Procesal Civil*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

Colombia, Parlamento Bicameral. (1970). *Código de Procedimiento Civil*. Bogotá: Diario Oficial N° 33.150 de 21 de septiembre de 1970.

Cuba, Asamblea Nacional del Poder Popular. (1977). *Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico*. La Habana: Gaceta Oficial N° 7 de 19 de agosto de 1977.

De la Oliva, A. (2000). *Derecho Procesal Civil. El Proceso de Declaración*. Madrid: Ramón Areces.

Dellepiane, A. (2011). *Nueva Teoría de la Prueba*. Bogotá: Temis.

Devis, H. (2015). *Teoría General de la Prueba Judicial*. Bogotá: Temis.

Ecuador, Asamblea Constituyente. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Quito: Registro Oficial N° 449 de 20 de octubre de 2008.

Ecuador, Asamblea Nacional . (2015). *Código Orgánico General de Procesos*. Quito: Registro Oficial N° 506 del 22 de mayo de 2015.

Ecuador, Asamblea Nacional. (2009). *Código Orgánico de la Función Judicial*. Quito : Registro Oficial Suplemento N° 544 de 9 de marzo de 2009.

Ecuador, Asamblea Nacional. (2009). *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional* . Quito: Registro Oficial Suplemento N° 52 de 22 de octubre de 2009.

Ecuador, Congreso Nacional. (2005). *Código Civil*. Quito: Registro Oficial Suplemento N° 46 de 24 de junio de 2005.

Ecuador, Congreso Nacional. (2005). *Código de Procedimiento Civil*. Quito: Registro Oficial Suplemento N° 58 de 12 de julio de 2005.

Ecuador, Congreso Nacional. (2006). *Ley de Mediación y Arbitraje*. Quito: Registro Oficial N° 417 de 14 de diciembre de 2006.

Eisner, I. (1974). *La prueba en el proceso civil*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

España, Jefatura Estado España. (2000). *Ley Enjuiciamiento Civil*. Madrid: Boletín Oficial del Estado N° 7 de 08 de enero de 2000.

Esriche, J. (1997). *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*. Bogotá: Temis.

Fernández, A. (2012). *La aventura de investigar*. México D.F.: UNAM.

- Ferrari, B. (2008). *Tipificación jurídica de la imparcialidad judicial en un debido proceso constitucional nociones conflictivas: debido proceso e imparcialidad*. Cali: Encuentro Panamericano de Derecho Procesal.
- Gaitán, L. (2010). La prueba de oficio en el proceso civil: ¿imparcialidad del juez e igualdad de las partes? *Revista de Derecho Privado*, 1-21.
- García, J. G. (29 de 06 de 2017). La prueba de oficio y su efecto en el principio de imparcialidad. (J. B. Yépez, Entrevistador)
- Goldschmidt, W. (1970). *La imparcialidad como principio básico del proceso: (la "parcialidad" y la parcialidad)*. (E. Gómez, Trad.) Madrid: Instituto Español de Derecho Procesal.
- Goldschmidt, W. (27 de Enero de 2015). *Academia de Derecho*. Obtenido de La imparcialidad como principio básico del proceso (la parcialidad y la parcialidad): [http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/la\\_imparcialidad.pdf](http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/la_imparcialidad.pdf)
- Guerrero, J. (2012). Aproximación al control abstracto en Ecuador. La acción de inconstitucionalidad. . En J. Montaña, *Apuntes de derecho procesal constitucional. Tomo II* (págs. 101-142). Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.
- Hernández, R. (2005). *Instituciones del Derecho Público Costaricense*. San José: EUNED.
- Hernández, R., Fernández, C., & Baptista, P. (2006). *Metodología de la Investigación*. México D.F.: McGraw-Hill.
- Larena, J., & Gutiérrez, A. (2007). *El proceso civil. Parte general. El juicio verbal y el juicio ordinario*. Madrid: Dykinson.

Leguisamo, P. (25 de 07 de 2017). La prueba de oficio y su efecto en el principio de imparcialidad.

(J. B. Yépez, Entrevistador)

Lema, B. (15 de 06 de 2017). La prueba de oficio y su efecto en el principio de imparcialidad. (J.

B. Yépez, Entrevistador)

Midón, M. (2007). *Derecho probatorio: Parte general*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo.

Miranda, M. (2010). La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones. *Revista Catalana de Seguridad Pública*, 131-151.

Monagas, O. (2005). *Cuestiones Fundamentales en el derecho probatorio*. Caracas: UCAB.

Montero, J. (2006). Derecho a la Imparcialidad Judicial. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 69-111.

Montero, J. (2013). *Prueba y proceso civil: prueba y verdad, la prueba de oficio, derecho y carga de la prueba, valoración, reglas legales, garantía y libertad*. San José: Investigaciones Jurídicas S.A.

Mora, E. (2001). *Código Contencioso Administrativo*. Bogotá: Leyer.

Parra, J. (1996). *Manuela de Derecho Probatorio*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.

Perales, A. V. (10 de 07 de 2017). La prueba de oficio y su efecto en el principio de imparcialidad.

(J. B. Yépez, Entrevistador)

- Ramírez, D. (2006). Hacia una aplicación racional de la prueba de oficio. En O. Restrepo, *Investigación jurídica y sociojurídica en Colombia: resultados y avances en Investigación* (págs. 443-459). Medellín: Sello Editorial Universidad de Medellín.
- Ramírez, D. (2009). *La prueba de oficio. Una perspectiva para el proceso dialógico civil*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Real Academia Española. (s.f.). *Imposible*. Recuperado el 23 de junio de 2017, de <http://dle.rae.es/?id=L5lzJIZ>
- Registro Oficial N° 288 del 30 de septiembre de 1999, 672 - 1999 (Segunda Sala de lo Civil y Mercantil 12 de julio de 1999).
- Rosales, J. (2008). La prueba de oficio. *Alerta Informativa*, 1-23.
- Sagüés, N. (2000). *Las escuelas judiciales*. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México,.
- Sarango, H. (12 de 07 de 2017). La prueba de oficio y su efecto en el principio de imparcialidad. (J. B. Yépez, Entrevistador)
- Strauss, A., & Corbin, J. (1994). *Metodología de la teoría fundamentada, una visión general*. Londres: Sage Publications.
- Toribios, F., & Velloso, M. (2010). *Manual práctico del proceso civil*. Valladolid: Lex Nova.
- Velloso, A. (2009). La imparcialidad judicial. En E. Ferrer, & A. Zaldívar, *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional* (págs. 143 - 158). Madrid: Marcial Pons.

Walters, J. (2003). *Pruebas Judiciales*. Medellín: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

## **Anexos**

### **1. Cuestionario de la Entrevista**

1. ¿Qué es la prueba de oficio o prueba para mejor resolver?
2. ¿Qué objeto y finalidad tiene de la prueba de oficio?
3. ¿Cómo debe valorar el juez la prueba de oficio?
4. ¿Qué rol tienen el juzgador en el Estado constitucional de derechos?
5. ¿Considera usted que la prueba de oficio vulnera el principio de imparcialidad judicial?

## 2. Formulario de la Primera Encuesta

### UNIVERSIDAD METROPOLITANA DEL ECUADOR

#### CARRERA DE DERECHO

#### ENCUESTA

**Objetivo.-** Obtener información acerca de la prueba para mejor resolver dispuesta en el COGEP. Por favor le solicitamos de la manera más cordial, responda cada una de las preguntas desarrollados sobre el tema, ya que esta información que se abordará de forma CONFIDENCIAL, servirá para la continuación de esta investigación.

¡Muchas gracias por su colaboración!

**Información:** Edad\_\_\_\_\_ Profesión\_\_\_\_\_

**1. ¿Conoce usted en qué consiste la prueba para mejor resolver?**

SI ( )

NO ( )

**2. ¿Conoce usted qué naturaleza jurídica tiene la prueba para mejor resolver?**

SI ( )

NO ( )

**3. ¿Conoce usted qué principios rigen a la prueba para mejor resolver?**

SI ( )

NO ( )

**4. ¿Con que frecuencia cree usted que solicita la o el juzgador, la realización de pruebas para mejor resolver?**

MUY FRECUENTE ( )

FRECUENTE ( )

POCO FRECUENTE ( )

**5. ¿Considera usted que la prueba para mejor resolver tiene un aporte valioso en el proceso judicial?**

SI ( )

NO ( )

**6. ¿Qué tan importante considera usted que es la prueba para mejor dentro del proceso judicial?**

MUY IMPORTANTE ( )

IMPORTANTE ( )

POCO IMPORTANTE ( )

**7. ¿Considera usted que la prueba para mejor resolver vulnera el principio de imparcialidad judicial?**

SI ( )

NO ( )

**8. ¿Considera usted que la prueba para mejor resolver esta correctamente regulada dentro de la legislación civil ecuatoriana?**

SI ( )

NO ( )

**9. ¿Estaría de acuerdo con que se reforme el COGEP en lo referente a la prueba para mejor resolver?**

SI ( )

NO ( )

**10. ¿Estaría de acuerdo con que se reglamente la prueba para mejor resolver?**

SI ( )

NO ( )

### 3. Formulario de la Segunda Encuesta Método Delphi

#### UNIVERSIDAD METROPOLITANA DEL ECUADOR

#### CARRERA DE DERECHO

Objetivo.- Obtener información acerca de la prueba para mejor resolver dispuesta en el COGEP. Por favor le solicitamos de la manera más cordial, responda cada una de las preguntas desarrollados sobre el tema, ya que esta información que se abordará de forma CONFIDENCIAL, servirá para la continuación de esta investigación.

¡Muchas gracias por su colaboración!

**Información:**                      **Edad** \_\_\_\_\_ **Profesión** \_\_\_\_\_

#### ENCUESTA MÉTODO DELPHI

#### La prueba para mejor resolver

1. ¿Considera usted que la prueba para mejor resolver tiene un aporte valioso en el proceso judicial?

SI ( )	NO ( )
¿Qué grado de importancia lo considera?	
1	2
3	4
5	5

2. ¿Considera usted que es la prueba para mejor resolver es importante al momento de resolver un proceso judicial?

SI ( )	NO( )			
¿Qué grado de importancia lo considera?				
1	2	3	4	5

**3. ¿Considera usted que la prueba para mejor resolver vulnera el principio de imparcialidad judicial?**

SI ( )	NO( )			
¿Qué grado de importancia lo considera?				
1	2	3	4	5

**4. ¿Considera usted que la prueba para mejor resolver esta correctamente regulada dentro de la legislación civil ecuatoriana?**

SI ( )	NO( )			
¿Qué grado de importancia lo considera?				
1	2	3	4	5

**5. ¿Estaría de acuerdo con que se realice una reglamentación de la prueba para mejor resolver?**

<b>SI ( )</b>		<b>NO ( )</b>		
<b>¿Qué grado de importancia lo considera?</b>				
<b>1</b>	<b>2</b>	<b>3</b>	<b>4</b>	<b>5</b>