

**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

SISTEMA DE POSGRADO

MAESTRÍA EN DERECHO MENCION DERECHO PROCESAL

TÍTULO:

**LÍMITES A LA INICIATIVA PROBATORIA DEL JUEZ PARA ORDENAR
PRUEBA DE OFICIO FRENTE AL PRINCIPIO DE LA CARGA DE LA PRUEBA**

AUTOR:

JUAN FRANCISCO FLORES BARRAGÁN

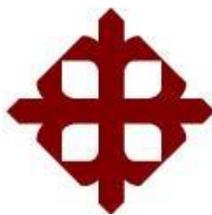
**PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL GRADO ACADÉMICO DE:
MAGÍSTER EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**

TUTOR:

DRA. PÉREZ PUIG-MIR, NURIA PHD

Guayaquil, Ecuador

12 de noviembre de 2021



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo fue realizado en su totalidad por el **Abogado Juan Francisco Flores Barragán**, como requerimiento parcial para la obtención del Grado Académico de **Magister en Derecho Mención Derecho Procesal**.

DIRECTOR DEL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

Dra. Nuria Pérez Puig-Mir Phd.

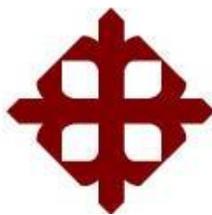
REVISOR

Dra. Johnny De La Pared Darquea

DIRECTOR DEL PROGRAMA

Dr. Miguel Hernández Terán

Guayaquil, 12 de noviembre de 2021



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

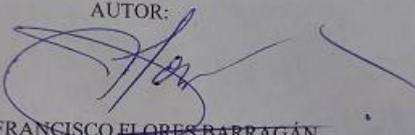
Yo, Juan Francisco Flores Barragán

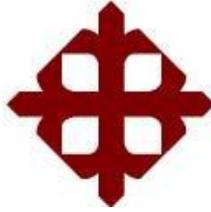
Declaro que:

El Proyecto de Investigación **“Límites a la iniciativa probatoria del juez para ordenar prueba de oficio frente al principio de la carga de la prueba”** previo a la obtención del **Grado Académico de Magister en Derecho Mención Derecho Procesal**, ha sido desarrollado con base en una investigación exhaustiva, respetando derechos intelectuales de terceros, conforme las citas que constan al pie de las páginas correspondientes, cuyas fuentes se incorporan en la bibliografía. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance científico del proyecto de investigación del Grado Académico en mención.

Guayaquil, 12 de noviembre de 2021

AUTOR:

JUAN FRANCISCO FLORES BARRAGÁN
C.C. 0927171926



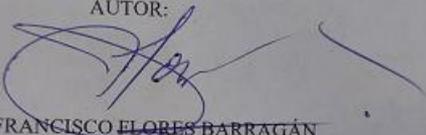
**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**

AUTORIZACIÓN

Yo, Ab. **Juan Francisco Flores Barragán**

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, **la publicación** en la biblioteca de la institución **Proyecto de Investigación** previo a la obtención del Grado Académico de Magister en Derecho Mención Derecho Procesal titulada: **“Límites a la iniciativa probatoria del juez para ordenar prueba de oficio frente al principio de la carga de la prueba”**, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, 12 de noviembre de 2021

AUTOR:

JUAN FRANCISCO FLORES BARRAGÁN
C.C. 0927171926



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**

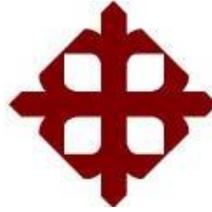
INFORME DE URKUND

30/10/21 0:28 D116567702 - indice 24oct2021 TRABAJO DE INVESTIGACIÓN 100% JUAN FLORES BARRAGAN urkund.docx - Urkund

Abrir sesión

Documento	Lista de fuentes	Bloques	Categoría	Enlace/nombre de archivo
Documento indice 24oct2021 TRABAJO DE INVESTIGACIÓN 100% JUAN FLORES BARRAGAN urkund.docx (D116567702) Presentado 2021-10-27 10:27 (-05:00) Presentado por Andrés Isaac Obando Ochoa (ing.obandoo@hotmail.com) Recibido miguel.hernandez.ucsg@analysis.orkund.com Mensaje RV: REVISIÓN DE CONTENIDO Y METODOLOGÍA Mostrar el mensaje completo 4% de estas 100 páginas, se componen de texto presente en 6 fuentes.				
				TESIS PRIMERAS DE OFICIO Xavier Roda
				Tesis.doc
				PatricioGiler MONOGRAFÍA - PRESENTA
				https://dspace.uniandes.edu.ec/bitstre
				Mercedes - Tesis de Maestría - La prueba

0 Advertencias. Reiniciar Compartir



AGRADECIMIENTO:

A Dios, por darme la vida y la determinación para afrontar los desafíos.

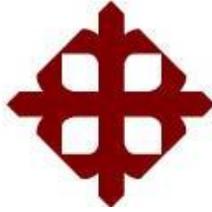
A mi tutora, Dra. Nuria Pérez por su dedicación y guía en la dirección de este trabajo.

A los docentes que compartieron sus conocimientos en los diferentes módulos que tuvo este programa, así como a los maestros que colaboraron para la realización de esta investigación, a través de las entrevistas y validación del proyecto.

A mis compañeros, con quienes compartimos la ilusión de alcanzar este logro.

A mis padres y hermanos, por su amor y dedicación, por sus valiosos consejos y por su apoyo incondicional, con una frase atribuida a Frank Sinatra; les digo:

¡Gracias por enseñarme a vivir!



DEDICATORIA:

La consecución de este grado académico representa para mí, el esfuerzo, el empeño y la entrega empleados en este logro; dedicado:

A Dios, por guiar mi camino y estar conmigo.

A mis padres, que con sus valores, enseñanzas y sacrificios han formado mi carácter y han contribuido a lograr las metas alcanzadas.

A mis hermanos, por su apoyo, por estar siempre cuando los necesito.

INDICE GENERAL

RESUMEN.....	XII
INTRODUCCIÓN	1
Formulación del problema	8
Premisa	8
OBJETIVOS.....	9
Objetivo General	9
Objetivos Específicos	9
Métodos teóricos	10
Novedad científica.....	11
CAPÍTULO I.....	12
MARCO TEÓRICO	12
Paradigmas	12
1.1.1 El Proceso.....	13
1.1.2 El Proceso Civil.....	17
1.2 La Prueba.....	19
1.2.1 Objeto de la prueba	22
1.2.2 Finalidad de la prueba	26
1.2.3 Principios de la prueba	28
Principio de libertad probatoria.....	29
Principio de comunidad de la prueba	29
Principio de unidad de la prueba	30
Principio de contradicción de la prueba	30
Principio de igualdad de oportunidades para la prueba.....	31
Principio de preclusión de la prueba	31
Principio de intermediación y dirección de la prueba	31
Principio de la publicidad de la prueba	32
Principio de concentración de la prueba	32
Principio del interés público de la función de la prueba	33
Principio de lealtad y veracidad de la prueba.....	33
1.2.4 Las Fuentes de prueba y los medios de prueba	34
1.2.5 La carga de la prueba, la carga dinámica de la prueba y la prueba de oficio.....	36
La carga de la prueba	36
La carga dinámica de la prueba.....	41
Algunos criterios a favor y en contra de la carga dinámica de la prueba.....	44

La prueba de oficio.....	45
La prueba de oficio en Ecuador.....	47
La prueba de oficio en el Código Orgánico General de Procesos.....	49
1.3 La verdad en el proceso.....	51
1.3.1 Verdad y certeza.....	57
1.4 Dos corrientes procesales: Garantismo procesal y Activismo judicial.	57
1.4.1 Antecedentes históricos.....	58
1.4.2 Garantismo Procesal.....	61
1.4.3 Activismo judicial	64
1.5 Sistemas procesales: Dispositivo e Inquisitivo	67
1.5.1 Sistema dispositivo.....	68
1.5.2 Sistema inquisitivo	71
1.6 Derecho Comparado: Análisis comparativo de la prueba de oficio en legislaciones procesales de otros países.....	73
1.6.1 La Prueba de Oficio en Colombia	73
1.6.2 La Prueba de Oficio en Perú	76
1.6.3 La prueba de oficio en Argentina	79
1.6.4 Prueba de Oficio en España	82
1.7 La prueba de oficio: ¿Deber legal o facultad discrecional del juez?.....	84
1.8 Las garantías constitucionales del proceso.....	91
1.8.1 El principio de igualdad procesal	92
1.8.2 El principio de imparcialidad judicial	96
1.8.3 El Derecho al Debido Proceso	102
1.8.4 El Derecho a la Tutela Judicial Efectiva	106
1.9 Referentes Empíricos	112
CAPÍTULO II	118
MARCO METODOLÓGICO	118
2.1. Metodología:	118
2.1.1 Enfoque:	119
2.1.2 Alcance:.....	120
2.2 Métodos utilizados	121
2.2.1 Métodos Teóricos	122
2.2.2 Métodos empíricos:	123
2.3 Premisa	124
2.5 Gestión de datos	125
2.6 Criterios éticos de la investigación.....	125
CAPÍTULO III	127

RESULTADOS	127
3.1 Presentación de resultados	127
3.1.1 Entrevistas	127
Entrevista No. 1	128
Entrevista No.2.....	132
Entrevista No. 3.....	136
Entrevista No. 4.....	139
Entrevista No. 5.....	142
3.1.2 Conclusión de las entrevistas realizadas	144
CAPÍTULO IV	147
DISCUSIÓN.....	147
4.1 Argumentación jurídica de los resultados	147
4.1.1 La Prueba.....	147
4.1.2 La carga de la prueba	149
4.1.3 La Prueba de Oficio.....	152
4.1.4 Las garantías constitucionales del proceso y el principio dispositivo.....	154
4.1.5 Límites a la iniciativa probatoria del juez frente al principio de la carga de la prueba	157
CAPÍTULO V	159
PROPUESTA	159
CAPÍTULO VI.....	162
CONCLUSIONES	162
CAPÍTULO VII.....	168
RECOMENDACIONES	168
BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.....	169

INDICE DE TABLAS

Tabla 1.- Evolución histórica de la prueba de oficio en Ecuador	48
Tabla 2.- Métodos teóricos.....	122
Tabla 3.- Categorías, dimensiones, instrumentos y unidades de análisis.....	124

RESUMEN

La prueba de oficio constituye en la actualidad uno de los temas que más debate ha generado entre los procesalistas del foro. Así, un sector ha planteado la necesidad de dotar al juez de poderes probatorios para la búsqueda de la verdad de los hechos controvertidos, en tanto, otro sector ha expuesto de manera vehemente sus críticas y rechazo a dichos poderes por considerarlos autoritarios. El presente trabajo de investigación, tiene como objetivo general definir cuáles deben ser los límites a la iniciativa probatoria del juez, al decretar de oficio la práctica de pruebas frente a la carga de la prueba, a fin de asegurar en el proceso, la plena vigencia de los derechos y garantías fundamentales de las partes. La metodología empleada fue el teórico jurídico, con un enfoque histórico, comparado y documental, para analizar la doctrina y los antecedentes históricos del proceso, la prueba, su objeto, su finalidad, sus principios, la prueba de oficio, su comparación con legislaciones de otros Estados y examinar las corrientes procesales a favor y en contra de la prueba de oficio. Los resultados muestran que la prueba de oficio es la herramienta que el juez tiene para aproximarse a la verdad de los hechos controvertidos en el proceso, a fin de alcanzar a través de una decisión fundada en hechos verdaderos, el ideal superior de justicia y paz social. En conclusión, se determinó la necesidad de definir los límites que deben contrarrestar un ejercicio arbitrario y abusivo de la iniciativa probatoria del juez.

Palabras claves: Prueba de oficio, carga de la prueba, activismo judicial, garantismo procesal, imparcialidad judicial, igualdad procesal, debido proceso, tutela judicial efectiva.

ABSTRACT

The ex officio evidence is currently one of the topics that has generated the most debate among the forum's proceduralists. Thus, one sector has raised the need to provide the judge with evidentiary powers to search for the truth of the disputed facts and another sector has vehemently exposed its criticisms and rejection of said powers for considering them authoritarian. The general objective of this research work is to define what should be the limits to the evidence initiative of the judge, when decreeing ex officio the taking of evidence against the burden of proof, in order to ensure in the process, the full validity of the fundamental rights and guarantees of the procedural parties. The methodology used was the legal theorist, with a historical, comparative and documentary approach, to analyze the doctrine and the historical antecedents of the process, the evidence, its object, its purpose, its principles, the ex officio evidence, its comparison with legislation of other States and examine the procedural currents for and against the ex officio test. The results show that the ex officio evidence is the tool that the judge has to approach the truth of the controversial facts in the process, in order to reach, through a decision based on true facts, the superior ideal of justice and social peace . In conclusion, the need to define the limits that must counteract an arbitrary and abusive exercise of the judge's evidentiary initiative was determined.

Keywords: Ex officio evidence, burden of proof, judicial activism, procedural guarantees, judicial impartiality, procedural equality, due process, effective judicial protection.

INTRODUCCIÓN

Desde sus orígenes, el hombre ha sentido la necesidad natural de relacionarse con sus semejantes, para vivir en comunidad de manera ordenada y armoniosa, estableciéndose así una organización social, que ha evolucionado desde las formas más primitivas hasta las más modernas sociedades, imponiéndosele a sus integrantes la obligación de cumplir con ciertas reglas de conducta que limiten su modo de obrar y su libertad, con la finalidad de mantener el orden y la paz. Como lo expresó Aristóteles la ciudad es una de las cosas más naturales, y que el hombre, por su naturaleza, es animal político o civil, y que el que no vive en la ciudad, esto es, errante y sin ley, o es mal hombre o es más que hombre.

Para facilitar una convivencia armoniosa es indispensable fijar determinados parámetros que regulen la conducta humana, establecer límites a las libertades individuales en beneficio de la colectividad, señalando así los comportamientos que pueden ser aceptados o repudiados, otorgando atribuciones o imponiendo sanciones. Estas reglas mínimas de conducta han estado históricamente presentes en las sociedades humanas en cualquier lugar donde se hayan establecido.

En el acontecer de las relaciones entre los miembros de una sociedad surgen también, de manera natural, controversias o disputas que resultan de intereses particulares opuestos, lo cual genera una situación de discordia que fractura la armonía de la sociedad. Para mantener o restablecer la vigencia del orden y la paz social, valores sin los cuales la convivencia no sería posible, surgió el Derecho como un sistema de normas que regula la conducta humana y que tiene por finalidad la resolución de las controversias, a fin de evitar la violencia y la venganza privada como castigo; facultándose al perjudicado u ofendido el derecho recurrir a los órganos jurisdiccionales a fin de reclamar justicia.

Por lo anterior, se pone de manifiesto la relevancia del Derecho como el instrumento más idóneo para regular las relaciones sociales y jurídicas de los individuos y de los Estados. Sin embargo, para lograr la paz y el orden social o para restablecerlo, no es suficiente que en la ley se contemple la sola declaración de derechos y obligaciones para las personas, o que se señalen las conductas permitidas o prohibidas, y establecer las consecuencias jurídicas de las mismas, así como asignarle a cada individuo la facultad de reclamar la satisfacción de un derecho; lo que se conoce como el derecho sustancial o material, que comprende tanto el derecho objetivo y subjetivo. Para darle vigor al derecho material o sustantivo, es necesario establecer normas que señalen la manera o la forma en que deben resolverse los conflictos y hacerse efectivos los derechos y el medio para realizarlo; estas normas constituyen el derecho adjetivo o procesal, y el medio es el proceso.

Por lo tanto, la finalidad del derecho procesal es la aplicación del derecho sustantivo, con lo que se garantiza a los ciudadanos la tutela de sus derechos, la vigencia del orden público y en consecuencia la paz social. Tales fines se alcanzan mediante el proceso, que se constituye como el medio por el cual el órgano jurisdiccional, a través del funcionario competente investido de la potestad estatal ejecuta los actos pertinentes para la administración de justicia, cuya función es exclusiva del Estado.

En consecuencia, el proceso implica una relación jurídica entre los individuos –las partes- que teniendo interés en el conflicto acuden al órgano jurisdiccional y un tercero imparcial -el juez- quien en representación del Estado en su función de administrar justicia, se le encarga la tarea de dirimir la controversia puesta a su consideración, mediante la aplicación de la ley a los hechos alegados por las partes, de cuya existencia y veracidad tendrá certeza en la medida que le sean probados, y que le servirán de fundamento para la expedición de la sentencia.

Del proceso como medio para la solución de los conflictos y la realización de la justicia, destacamos una doble función pública y privada. La función pública, tiene relación con el alcance que tiene el proceso en la sociedad en la composición de los conflictos, mediante la aplicación de las leyes que aseguren la vigencia del derecho, brindando seguridad y el orden social; y la función privada, tiene relación con la decisión judicial del caso concreto que alcanza únicamente a los intereses privados de las partes en el conflicto, es decir, el interés privado del litigio; distinguiéndose así la diferencia entre proceso y litigio. Por lo expuesto, considerando la importancia del proceso es necesario que el Estado tutele esta institución jurídica propia del derecho procesal, mediante normas y principios de jerarquía constitucional y de derechos humanos que garanticen la eficacia en la tutela de los derechos de las partes que intervienen en el proceso.

Por lo tanto, nuestro ordenamiento jurídico en armonía con la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos, consagra una serie de derechos fundamentales y garantías que les permiten a los ciudadanos exigir la protección del Estado y la garantía de un proceso justo cuando se reclame por la vulneración de sus derechos. Entre estos derechos fundamentales se encuentran el derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho al debido proceso que contiene otras garantías, como el derecho a la defensa, el derecho a la prueba, el derecho al juez independiente e imparcial y la motivación de las resoluciones judiciales. Estos derechos y garantías aseguran a las partes litigantes el respeto de sus derechos fundamentales y la vigencia del orden público.

El derecho a la tutela judicial efectiva, es un derecho de protección dirigido a los jueces y tribunales para garantizar el cumplimiento de los derechos. Puede definirse como el acceso al órgano jurisdiccional para lograr una sentencia justa y congruente que pueda ser ejecutada mediando un proceso debido donde se observen las garantías mínimas de las partes

litigantes. En este sentido, destacamos que, el proceso, la prueba y la sentencia que, son entre otros, instituciones propias del Derecho Procesal, se encuentran tuteladas por principios constitucionales para lograr la máxima eficacia y resguardo de los derechos fundamentales.

En este aspecto, autores como Montero, Alvarado, Benabentos, Cipriani, Monteleone han señalado que, otorgarle poderes materiales al juez podría ser perjudicial para los derechos de los litigantes; considerando los principios que rigen el proceso. Por una parte, la carga probatoria y aportación de parte, que consiste en la obligación asignada a las partes para ofrecer la prueba de los hechos alegados, y por otra, del principio dispositivo, que consiste en la necesidad de iniciativa de las partes para el inicio y desarrollo de las etapas del proceso.

Objeto de estudio

En el presente trabajo de investigación, abordaremos las normas procesales del Código Orgánico General de Procesos (COGEP) que le otorgan al juez la facultad para ordenar, de oficio, practicar la prueba que juzgue apropiada para esclarecer los hechos controvertidos, así como las normas que asignan la carga probatoria a las partes según afirmen o nieguen un hecho. Así mismo, examinaremos los derechos fundamentales de las partes, consagrados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

En consecuencia, con una mirada constitucional del proceso, considerando su interés público y reconociendo el legítimo interés particular de los litigantes, consideramos que otorgarle poderes materiales al Juez, para ordenar prueba de oficio aporta ventajas para el proceso en su función como instrumento para alcanzar la justicia, sin que esta iniciativa signifique sacrificar su debida imparcialidad, ni vulnerar los derechos de las partes litigantes; y sin que se pueda considerar el activismo del juez como una manifestación de autoritarismo. Así, estimamos relevante en el presente trabajo de investigación, definir las reglas que limiten el ejercicio de la facultad probatoria del juez, a fin de tutelar los derechos de las partes.

Campo de estudio

Esta investigación corresponde a las ciencias sociales, particularmente al derecho. Se ciñe al campo del derecho procesal civil y también del derecho constitucional. En el marco del derecho procesal civil, de manera general en el estudio del proceso civil, de la prueba, su finalidad, principios, objeto. Específicamente en la prueba de oficio y en los poderes materiales del juez en el proceso, así como al estudio del principio de la carga de la prueba y de las cargas dinámicas. En el entorno del derecho constitucional en el análisis de los derechos fundamentales como la tutela judicial efectiva, derecho a la prueba, derecho a un juez imparcial, derecho a la igualdad procesal, y derecho al debido proceso, todos relacionados con las garantías judiciales consagradas en la Convención Americana de Derechos Humanos.

La delimitación del problema

La Constitución Política de 1998 en su disposición transitoria vigésima séptima ordenó la implementación de la oralidad en el trámite de los procesos, de manera progresiva se ha venido implementando tal mandato hasta la actualidad. Con la expedición de nuevas leyes; en primer lugar, el Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ) en el año 2009 y el Código Orgánico General de Procesos (COGEP) en el año 2015, se ha logrado plenamente la implementación de la oralidad en la sustanciación de los procesos, estableciéndose nuevas disposiciones respecto de la prueba, su anuncio, presentación, oportunidad y práctica en la audiencia oral de juicio. Sin embargo, es importante destacar que, previo a la expedición de estos códigos, en el año 2008 el Ecuador en un proceso democrático aprobó mediante referéndum una nueva constitución redactada en Montecristi; adoptándose un nuevo modelo de Estado.

Con la vigencia de la actual Constitución, se instauró el Estado constitucional de derechos y justicia, estableciéndose así la supremacía de la Constitución y de los instrumentos

de derechos humanos sobre cualquier otra norma del ordenamiento jurídico, teniendo los jueces el deber de aplicar directamente la norma constitucional aunque las partes no la invoquen. No obstante, este nuevo paradigma jurídico exigió del órgano legislativo la tarea de dictar leyes en armonía con la nueva Constitución. En este sentido, nuestro proceso civil se rige por un nuevo código adjetivo, el COGEP, que concretó la tan ansiada oralidad procesal o el juicio por audiencias como otros autores han considerado más conveniente llamarlo.

Con la expedición del COGEP se derogó el anterior Código de Procedimiento Civil (CPC) que regulaba el enjuiciamiento en materia civil y que se constituyó como ley supletoria para procesos en diversas materias. Esta nueva ley procesal se erigió como una propuesta moderna, que se convertiría en la solución a los problemas de un sistema de justicia lento y obsoleto que no se compadecía de la realidad nacional. Es así, que este código, innovador sin duda, nos trae también un nuevo modelo de proceso y en consecuencia un nuevo modelo de juez; dejándose atrás el caduco sistema escrito y al juez pasivo, sujeto a las apetencias de las partes procesales, que algunos autores han denominado juez “inerte” dando paso a un nuevo sistema procesal donde predomina la oralidad y a un juez activo, con facultades para dirigir el proceso y con iniciativa probatoria para alcanzar la verdad.

No obstante que, desde hace un lustro tenemos un nuevo régimen procesal; debemos tener presente que la prueba oficiosa no es una invención de este código, puesto que, la facultad del juez de decretar prueba de oficio ya lo establecía el anterior CPC. Actualmente, el artículo 168 del COGEP establece el decreto oficioso de prueba como una facultad excepcional del juzgador, para ordenar la práctica de la prueba que considere necesaria para esclarecer los hechos litigiosos, debiendo motivar su decisión, pudiendo suspender la audiencia por el término previsto en el referido artículo.

La prueba de oficio consiste en la facultad que la ley le otorga al juez para ordenar la prueba que considere necesaria para el esclarecimiento de la verdad. Esta función que se le atribuye a la prueba de oficio, de esclarecer la verdad, ha sido objeto de un amplio y encolerizado debate, en relación a los poderes materiales del juez; su iniciativa probatoria, poder de dirección del proceso, buena fe procesal, al modelo del proceso civil moderno, incluso a la forma de organización política de los Estados y su incidencia en la ley procesal civil. Por lo que, en la actualidad, prestigiosos procesalistas como Parra, Ferrer, Nieva, Picó I Junoy, han tomado partido por defender las ventajas que la prueba de oficio le puede aportar al proceso en su función de la búsqueda de la verdad y realización de la justicia. Mientras Montero, Cipriani, Alvarado, Benabentos, prestigiosos también, han expresado enfurecidas críticas a lo que han considerado como una inaceptable injerencia del Estado en los intereses particulares de los litigantes, señalando como abusos de un modelo fascista o autoritario, de derecha o izquierda.

Así, en el foro del derecho procesal iberoamericano destacan insignes maestros que abogan por defender una determinada tesis con respecto a la prueba de oficio y sus repercusiones en el proceso civil. En España, en cuanto a la producción jurídica científica contraria a la prueba de oficio y a los poderes materiales del juez, a favor del proceso liberal y del garantismo procesal, destaca la figura del profesor Montero (2012) quien afirmó:

Cuando se sostiene que en el proceso civil lo importante no es que los particulares resuelvan un conflicto, esto es, que defiendan lo que creen que es su derecho subjetivo, sino que lo verdaderamente importante es que el derecho objetivo creado por el Estado sea respetado para lograr así “la paz con justicia”, cuando se cree que la iniciación de un proceso por un particular es sólo la oportunidad que el Estado tiene de reafirmar la eficacia de su derecho objetivo, cuando se sostienen estas cosas, se está ante una de las consecuencias más obvias de lo que es puro totalitarismo, aunque se quiera revestir de seda. (p. 31)

En la corriente opuesta, que comprende el fenómeno procesal que propugna el activismo judicial y la participación activa del juez en el proceso con iniciativa probatoria y poderes materiales, que permita una mejor forma de hacer justicia, a través de la búsqueda de la verdad en el proceso. En Colombia, destaca la figura del profesor Parra (2004) quien sostuvo:

Somos claros en tomar partido por la ideología que las sustenta, es decir, aquella según la cual en el proceso se debe averiguar la verdad y sobre ella dictar la sentencia para que esta sea justa, pues, como es evidente, solo tal ideología legitima la existencia de un juez interventor en el proceso, un juez con iniciativa y poderes para averiguar la verdad mediante el decreto oficioso de pruebas. (p. 12)

El presente trabajo de investigación se orienta a examinar la iniciativa probatoria del juez en el proceso civil frente al principio de la carga de la prueba. Centraremos nuestro estudio más que analizar si resulta conveniente o legítimo otorgarle poderes materiales al Juez, en la relevancia que tiene establecer cuáles deberían ser los límites del Juez en el ejercicio de estos poderes, para evitar la vulneración de derechos fundamentales, como el derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho a la defensa, el derecho a la igualdad procesal, y por supuesto el derecho a un juez imparcial.

Formulación del problema

¿Cuáles son los límites que debe considerar el juez en el ejercicio de su iniciativa probatoria en aras de tutelar los derechos de las partes procesales y evitar incurrir en vulneración de derechos fundamentales?

Premisa

El presente trabajo pretende, sobre la base de la fundamentación teórica doctrinal y normativa de los poderes materiales del Juez en el proceso civil ecuatoriano y del análisis de

los beneficios que pudiere resultar la actividad del juez para lograr una motivación justa de su decisión, definir cuáles son los límites a la iniciativa probatoria del juez para ordenar prueba de oficio frente al principio de la carga de la prueba; a fin de determinar expresamente cuáles deben ser las reglas de actuación del juez en el ejercicio de dichas facultades, a efectos de impedir la vulneración de los principios que rigen al proceso civil y de los derechos y garantías procesales de las partes litigantes. Para lo cual, fundamentaremos los presupuestos doctrinarios de la prueba, principios, finalidad y objeto. Así también examinaremos los antecedentes de la prueba de oficio en el derecho procesal ecuatoriano. Realizaremos la comparación de la prueba de oficio con legislaciones de otros Estados y estudiaremos la relación entre la iniciativa probatoria del juez y los principios de: Igualdad procesal, la imparcialidad del juez, el derecho al debido proceso y a la tutela judicial efectiva.

OBJETIVOS

Objetivo General

Definir los límites de la iniciativa probatoria del juez para ordenar prueba de oficio frente al principio de la carga de la prueba.

Objetivos Específicos

- 1.- Determinar los presupuestos doctrinarios y jurisprudenciales de la prueba, sus principios, finalidad y objeto.
- 2.- Examinar los antecedentes de la prueba de oficio o prueba para mejor resolver en el derecho procesal ecuatoriano.

3.- Comparar la prueba para mejor resolver o prueba de oficio de nuestro COGEP con legislaciones de otros Estados.

4.- Relacionar la iniciativa probatoria del juez con el principio de igualdad de las partes, la imparcialidad del juez y el derecho al debido proceso y a la tutela judicial efectiva.

5.- Definir los límites a la iniciativa probatoria del juez para ordenar prueba de oficio o prueba para mejor resolver frente al principio de la carga de la prueba.

Métodos teóricos

Para el desarrollo de la presente investigación se utilizarán los métodos teóricos: Histórico-jurídico y jurídico-comparado. Para lo cual, se desarrollará un estudio investigativo documental, doctrinario y teórico para entender la concepción jurídica de la prueba, su importancia, finalidad, objeto y principios. Así también para comprender la significación y alcance de la regla de la carga de la prueba, de la carga dinámica de la prueba y la prueba de oficio, para dejar sentada su definición conceptual y diferenciar los aspectos que los definen. Se abordará también el estudio de los modelos o sistemas jurídicos en que se desarrolla la práctica de la prueba, el inquisitivo y el dispositivo. Se tratará también la comparación de la prueba de oficio recogida en nuestra legislación procesal con la legislación de otros Estados. Para concluir con el estudio de los derechos constitucionales de las partes a fin de señalar los límites que se deben observar en el ejercicio de la facultad oficiosa del juez.

Métodos empíricos

En esta investigación haremos uso del método empírico a través de la entrevista a abogados en libre ejercicio, profesores de derecho procesal y jueces de lo civil con vasta experiencia en el campo objeto de la presente investigación. Lo que se desarrollará mediante un cuestionario de preguntas abiertas que nos indicará su grado de conocimiento de este

problema jurídico, a través de la recolección de esa información que nos orientará en esta investigación.

Novedad científica

A través del estudio de la doctrina jurídica y del análisis del derecho comparado, proponemos definir cuáles deben ser los límites a la iniciativa probatoria del Juez para ordenar prueba de oficio frente al principio de la carga de la prueba. Como la solución al problema de la prueba de oficio en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, a fin de evitar que se vulneren los derechos de las partes procesales en el ejercicio del poder probatorio del juez. Puesto que, un poder ejercido sin reglas claras y expresas, podría derivar en arbitrariedades y contravenir el derecho a la igualdad de las partes, derecho a un juez imparcial, derecho al debido proceso y a la tutela judicial efectiva.

CAPÍTULO I

MARCO TEÓRICO

En este capítulo desarrollaremos los conceptos teóricos relacionados con el objeto de la investigación. Nos centraremos en el estudio teórico, doctrinario y sustantivo de: El proceso. La prueba; concepto, finalidad, clases y objeto. Principios que rigen la actividad probatoria. La carga de la prueba. Carga dinámica de la prueba. La prueba de oficio. Verdad y proceso. Sistemas procesales, inquisitivo y dispositivo. Examinaremos la relación del ejercicio de la prueba de oficio con los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva, al debido proceso, a la defensa, a un juez imparcial.

Paradigmas

El Ecuador en el año 2008 experimentó un cambio en las bases de su estructura política y jurídica. En la ciudad de Montecristi, una asamblea constituyente de plenos poderes redactó una nueva Constitución, la misma que fue aprobada por el pueblo ecuatoriano –el soberano- en un ejercicio de democracia directa, mediante un referéndum. Con la entrada en vigencia de la nueva Constitución se adoptó un nuevo modelo de Estado, instituyéndose el Estado constitucional de derechos y justicia. Lo que supone un nuevo paradigma jurídico, superando el anterior modelo del positivismo jurídico por el neoconstitucionalismo, que prioriza la vigencia, el respeto irrestricto y la protección de los derechos fundamentales, impregnando a todo el ordenamiento jurídico del contenido de las normas constitucionales, disponiendo su inmediata aplicación por parte de los jueces, aun cuando no hubiere desarrollo legislativo; esto en contraposición con el modelo positivista donde prevalecía la ley y el juez debía aplicarla sin importar su contenido.

En este contexto, se dieron también cambios en el ordenamiento jurídico e institucional, pues fue necesario dictar nuevos textos legales, a fin de desarrollar los mandatos

constitucionales y concretar la protección de los derechos fundamentales, por una parte; y por otra parte, establecer la creación de los nuevos órganos del poder público, sus objetivos, funcionamiento y autoridades. Con respecto a este último, destacamos el giro hacia la actual Corte Constitucional, siendo su tarea, como manifestó Pazmiño (2007) “(...) cumplir dos objetivos fundamentales: salvaguardar y defender el principio de supremacía constitucional y proteger los derechos, garantías y libertades públicas.” (p. 9)

1.1.1 El Proceso

El conocimiento histórico de la génesis y evolución de las instituciones jurídicas es importante como punto de partida para conocer a fondo el objeto de estudio, las razones que expliquen su aparición, los motivos que impulsaron su desarrollo y la finalidad que justifique su importancia. Como sabemos, el Derecho surgió históricamente como la respuesta a la necesidad de establecer el orden y la justicia en la sociedad. Es por ello, que desde la antigüedad, en las más primitivas e incipientes organizaciones sociales encontramos la presencia de ideas de sentido moral y creencias divinas, así como normas sociales, religiosas y jurídicas, que determinaban el modo de obrar de las personas y las normas que deben regir en la interrelación con sus semejantes.

Como antecedente histórico de nuestro régimen jurídico, encontramos el derecho romano, creadores del derecho en la antigüedad. Existen historiadores y romanistas que se han dado la tarea de exponer la evolución del derecho romano con profundidad y rigor histórico y científico, como Bonfante, Gibbon, Hugo, por nombrar algunos. Sin embargo, nuestra intención es realizar una síntesis que nos señale su evolución. Para Zorraquín (1996) el derecho romano comprendió en un primer momento histórico, el derecho primitivo, que estuvo constituido por costumbres que tenían un origen sagrado y leyes de importancia secundaria que fueron consideradas como fuentes del derecho; todo lo cual formó el derecho

aplicable para los ciudadanos romanos, el *jus civile*. La expansión de Roma, originó el establecimiento de relaciones con los pueblos conquistados, naciendo así el *jus gentium*, derecho aplicable para los extranjeros, o para las relaciones civiles y comerciales entre ciudadanos y extranjeros, cuya finalidad fue solucionar los conflictos. Posteriormente, cuando el Emperador Caracalla concedió la ciudadanía a todos los habitantes del imperio, surge el derecho civil, impregnado del derecho de gentes, como el sistema que rige para todos los miembros del conglomerado. (p. 36-38)

Por lo que, desde su creación, el derecho fue concebido como el instrumento que oriente tanto los actos propios como los actos con otras personas en sus relaciones sociales, civiles y comerciales, a fin de lograr el imperio del orden y la justicia en una determinada sociedad. Así, se distingue el derecho objetivo, como un conjunto de normas que regulan la vida humana, consagrando deberes, derechos y obligaciones; y el derecho subjetivo, como las normas que facultan el ejercicio de los derechos que cada sujeto goza o posee individualmente.

El maestro Carnelutti, (s/a) respecto del derecho, lo definió así:

(...) Llamamos derecho (objetivo; ordenamiento jurídico) al conjunto de los mandatos jurídicos (preceptos sancionados) que se constituyen para garantizar, dentro de un grupo social (Estado), la paz amenazada por los conflictos de intereses entre sus miembros. El derecho se constituye mediante la formulación de los preceptos y la imposición de las sanciones. Se observa mediante una conducta de los interesados conforme a los preceptos; se actúa mediante una fuerza que somete a las sanciones a los interesados rebeldes a su observancia. (p. 21)

No obstante, la existencia de las normas que establecen derechos y facultades a cada persona con la finalidad de mantener el orden y la justicia en una organización social, si no se

respetar el imperio del derecho, si no se cumplen las obligaciones contraídas, si se quebrantan las normas jurídicas y se incurren en comportamientos jurídicamente reprochables, se rompe la armonía, la paz social y el orden jurídico. Para remediar estos males sociales, el derecho ha diseñado al proceso como el instrumento para su reivindicación a fin de lograr la justicia y el orden social. Por lo que, es necesario empezar despejando esta interrogante: ¿Qué es el proceso?

Azula (2016) expresó que: “(...) El vocablo proceso tiene un origen en el latín *processus o procedere* que etimológicamente significa “marchar”, “avanzar”, “desarrollar”, “llevar a cabo”. En su acepción corriente puede concebirse como la serie o conjunto de actos orientados a lograr un fin determinado” (p. 66) El autor nos da una noción de proceso, que dentro y fuera del ámbito jurídico se puede asumir como la realización de actos o hechos para lograr un fin; avanzando o desarrollándose hacia adelante, es decir, un camino a seguir, de manera progresiva hacia un fin determinado.

Couture (1958) define al proceso como “Una secuencia o serie de actos que se desenvuelven progresivamente, con el objeto de resolver, mediante un juicio de la autoridad, el conflicto sometido a su decisión.” (pp. 121, 122) De esta definición, se desprende la naturaleza del proceso como una serie de actos desarrollados progresivamente para alcanzar un fin. Ese fin del proceso, es sin duda, resolver el conflicto que las partes someten al juicio de la autoridad.

Sin embargo, por considerarlo más completo y descriptivo, compartimos la definición de proceso judicial de Vergara (1984) quien sostuvo:

(...) Nosotros entendemos por proceso judicial: al mecanismo establecido por la ley, que regula la actuación de un órgano jurisdiccional imparcial y de las partes intervinientes que generalmente lo activan, con la finalidad de restablecer la paz entre los miembros de la

sociedad y consagrar la justicia en sus relaciones, por medio de una expresión de voluntad soberana del estado, que trata de resolver una situación presuntiva, real o concreta, que afecta al derecho subjetivo de las partes o sea la acción, de conformidad a las declaraciones prescritas en sus normas vigentes, determinando el derecho y posteriormente ejecutando sus decisiones o resoluciones, que repercuten en todo el cuerpo social. (p. 16)

Esta definición expone al proceso como el mecanismo o el medio para resolver las situaciones de conflicto entre los miembros de la sociedad, a fin de restablecer la paz y alcanzar la justicia. Mediante la decisión imparcial del órgano jurisdiccional, que resuelve la controversia y ejecuta su resolución, en representación del Estado. Nos señala también un aspecto importante del proceso, el deber de ser el marco regulatorio de las actuaciones del juez y de las partes procesales; a fin de evitar excesos o arbitrariedades en sus actos.

Gozaini (2005) respecto del proceso, expresó: (...) Llevada la idea al sistema judicial, el proceso es, en sí mismo, un método de debate que se desarrolla en etapas determinadas (...) Por eso se llama proceso judicial a un sistema compuesto por una serie de actos derivados de la parte y del órgano judicial, coordinado entre sí y realizado en forma sucesiva, que tienen como fin fundamental lograr la justa composición del conflicto. El proceso supone una actividad generadora de actos jurídicamente reglados, encaminados todos a obtener una determinada resolución jurisdiccional. (p. 95)

De esta definición que circunscribe el proceso al ámbito judicial, señalándose el carácter antagónico entre las partes procesales, que trasladan su conflicto al órgano jurisdiccional, sometiéndose a la autoridad del juez, quien debe resolver la controversia puesta a su consideración. De lo cual se destaca el carácter privado del proceso, en cuanto a la pretensión de las partes, es decir, al objeto discutido en el proceso. En cuanto al proceso como el instrumento o medio que el Estado necesita para resolver los conflictos, mediante el

ejercicio de la jurisdicción; siendo una obligación del juez decidir el pleito, es la razón que justifica ubicar al derecho procesal en el campo del derecho público. Puesto que, las normas procesales dictadas para llevar a efecto la aplicación del ordenamiento jurídico, son de interés público, que interesan y afectan a la colectividad.

1.1.2 El Proceso Civil

Como hemos manifestado en líneas anteriores, el proceso tiene como finalidad la resolución de las controversias surgidas entre los integrantes de una determinada sociedad. Los actos de las personas pueden generar consecuencias jurídicas en todas las disciplinas o campos que el derecho puede abarcar. Por tal razón, el proceso puede clasificarse, entre otros aspectos, según la rama del derecho que le corresponda. Así, el proceso laboral, se encargará de la tarea de dilucidar las controversias surgidas en las relaciones obrero-patronales, sean estas individuales o colectivas. El proceso tributario resolverá las reclamaciones del contribuyente en sus relaciones con la administración tributaria. El proceso penal, es el cauce adecuado para que el Estado, ejerciendo su poder punitivo, sancione las conductas dolosas o culposas que hayan afectado los bienes jurídicamente protegidos. El proceso civil trata los conflictos de derechos privados derivados de las relaciones civiles, patrimoniales y de obligaciones contractuales. De esta clasificación, por la naturaleza del derecho que se pretende proteger o reivindicar, se distinguen las características de cada uno. Al respecto del proceso civil, Escobar (1998) señala las siguientes:

(...) a) administra justicia un juez permanente que representa al Estado; b) rige la oralidad o el sistema mixto; c) es de interés público, lo mismo que su finalidad (la recta administración de justicia); d) en virtud del principio dispositivo, se inicia con la demanda del interesado y no de oficio, pero se autoriza en algunos países al Ministerio Público a iniciar el proceso en cuestiones de interés general (Italia) y en otros en cuestiones hasta de

interés privado, incluyendo la vía ejecutiva; e) el juez tiene que ser congruente en su sentencia con lo alegado por las partes en la demanda y excepciones, prohibiéndosele resolver sobre puntos allí no planteados, pero existe una tendencia, ya acogida en Colombia, de otorgarle al juez la facultad de aceptar las excepciones de fondo que estén probadas, aunque no hayan sido invocadas; f) las partes pueden disponer del proceso por desistimiento, transacción, arbitramento y caducidad; g) la tarea de proponer y llevar pruebas al proceso está a cargo de las partes, pero se le permite al juez de oficio decretarlas y llevarlas al proceso; h) es público y existe igualdad de las partes; i) Se acoge al sistema de la sana crítica para apreciar las pruebas; j) se reconoce el impulso oficial. (p. 17)

De lo anterior, se evidencian las características del proceso, su función pública y privada; algunos de los principios procesales y principios del procedimiento. En primer lugar, la presencia del juez como decisor del conflicto es su principal característica, pues lo diferencia del arbitraje, por ser el juez un funcionario público representante de la función jurisdiccional del Estado. Su función pública, en relación a su finalidad, que consiste en la administración de justicia, a través de la aplicación de las leyes que conforman el ordenamiento jurídico. Su función privada, en cuanto al interés privado de las partes en el conflicto; pudiendo apartarse de su prosecución de acuerdo a las formas anormales de terminación, expresamente establecidas. El principio procesal de igualdad de las partes o igualdad de armas, que es también una garantía constitucional para las partes gocen de los mismos derechos y oportunidades. El principio procesal de la carga de la prueba asignada a las partes. El principio procesal dispositivo que consiste en la necesidad de la iniciativa de parte para el inicio y desarrollo del proceso; así como la oralidad que puede ser considerado tanto un principio procesal como un principio del procedimiento, por lo que, Gozaini (2005) respecto de distinguir su diferencia, señaló:

(...) Los principios del proceso son constantes e inflexibles, de manera que diseñan una regla o estándar para el litigio judicial; en cambio los principios del procedimiento arman su fisonomía en base a otros fundamentos, los que se adaptan al tipo de conflicto que se debe tramitar. Los principios del proceso, de alguna manera, constituyen el esquema de política procesal dispuesto; mientras que las formas del proceso son diseños de ese modelo previsto para el debate. (p. 117)

Para concluir con el examen de las características del proceso que señaló Escobar, destacamos la obligación del juez, para dictar una sentencia congruente; pudiendo decretar de oficio la práctica de prueba para esclarecer la verdad. Lo cual, responde a una evolución del rol del juez en el proceso civil moderno, que se dió a partir de la Ordenanza Klein y de la expedición de los códigos procesales de acuerdo con las constituciones pos guerra; que tiene relación con el derecho fundamental al debido proceso, consagrado también como derecho humano en la Convención Americana.

1.2 La Prueba

La prueba, es una palabra, un vocablo, cuya noción no solamente tiene relación con todos los ámbitos o disciplinas del derecho, sino que trasciende el campo del derecho en general, porque se encuentra de manifiesto prácticamente en cualquier actividad cotidiana. Al respecto, Devis (1981) expresó: “(...) La noción de prueba está presente, en todas las manifestaciones de la vida humana. De ahí que exista una noción ordinaria o vulgar de la prueba, al lado de una noción técnica, y que ésta varíe según la clase de actividad o de ciencia a que se aplique...” (p. 10)

La noción técnica de la prueba, se halla también presente en diversas disciplinas científicas del conocimiento humano, por lo que, Dellepiane (1961) expresó: El historiador, el sociólogo, el lingüista, el cronista, el periodista, el geólogo, el arqueólogo, el paleontólogo,

el antropólogo, el zoólogo, el botánico, el químico, el físico, el militar, el estadista, el político, el ingeniero, el arquitecto, el biólogo, el sicólogo o psiquiatra, el médico, el fisiólogo, el agricultor o ganadero, el investigador en cualquier campo y hasta el artista, imprescindiblemente deben probar los hechos, los resultados, los efectos y las causas de éstos, reconstruyendo los pasados, analizando los presentes, deduciendo los futuros. (p. 22)

Por lo cual, la palabra prueba, en su acepción más común, significa probar, de demostrar la realidad de una afirmación o de los hechos acontecidos. En este sentido, Cabanellas (2005) define a la prueba como “la demostración de la verdad de una afirmación, de la existencia de una cosa o de la realidad de un hecho. / Persuasión o convencimiento que se origina en otro, y especialmente en el juez o en quien haya de resolver sobre lo dudoso o discutido.

De lo anterior, se evidencia que, la prueba aplicada al ámbito judicial, más específicamente al proceso, consiste en la comprobación de la verdad de los hechos afirmados por las partes, para llevar al convencimiento del juez, quien debe resolver la controversia motivando su fallo según la certeza que le aporte la prueba practicada. De tal manera, que la prueba también es el medio de que las partes se sirven para comprobar la verdad de sus afirmaciones. En este sentido, Carnelutti (1982) expresó: “(...) prueba se usa como comprobación, de la verdad de una proposición; sólo se habla de prueba a propósito de alguna cosa que ha sido afirmada y cuya exactitud se trata de comprobar...” (p. 38) “(...) prueba no designa tan solo la comprobación, sino asimismo el procedimiento o la actividad usada para la comprobación...” (p. 40)

Así es que, ante la necesidad de los individuos de acudir al órgano jurisdiccional, dotado de la potestad estatal de administrar justicia, para precautelar la tutela de sus derechos o la satisfacción de sus reclamos; dentro del proceso judicial, la prueba tiene una función

trascendental, que se refleja en la motivación de la decisión del juez. Ramírez (2017) respecto de la importancia de la prueba, expresó:

“Sin la prueba la o el juzgador no puede pronunciarse sobre los asuntos sustanciales de la controversia, no puede administrar justicia; y por tanto, no se puede efectivizar derechos. Y si la justicia es fuente generadora de paz social, orden, bienestar, seguridad jurídica, podemos comprender mejor la trascendencia de la prueba en los procesos judiciales” (p. 19)

Por lo consiguiente, para entender la importancia de la prueba dentro del proceso judicial, es necesario recordar la función del proceso, que se concreta en la aplicación de la ley, mediante una serie de actos concatenados que se desarrollan de manera progresiva hasta llegar a la sentencia, que constituye la decisión del órgano jurisdiccional que administra justicia. La justicia entendida como esa virtud universal que logra establecer el orden y la armonía en la sociedad. En este sentido, la prueba juega un rol tan importante que, al momento de decidir el pleito, el juez fallará a favor de la parte que haya logrado comprobar la verdad de sus afirmaciones, mediante los medios legalmente establecidos.

Por esta razón, distinguimos la prueba en tres aspectos diferentes por su rol dentro del proceso. Devis, citado por Estigarribia y Midón (2014) definió estos aspectos, así:

“(…) 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” (concepto de prueba como actividad).

“Prueba judicial es todo motivo o razón aportado al proceso por los medios y procedimientos aceptados en la ley, para llevarle al juez el convencimiento o la certeza de los hechos” (concepto de prueba como medio).

Y “prueba es el conjunto de razones o motivos que producen el convencimiento o la certeza del juez respecto de los hechos sobre los cuales debe proferir su decisión, obtenidos por los medios, procedimientos y sistemas de valoración que la ley autoriza” (concepto de prueba como resultado). (p. 290, 291)

De esta forma, Devis aportó tres deficiones según diferentes aspectos de la prueba dentro del proceso judicial, como actividad, como medio y como resultado. Sin duda, la prueba entraña una actividad, porque para llegar a la comprobación de una afirmación o de un hecho, debe realizarse una labor para lograrlo. Esa demostración deberá constar en un medio que haga posible su aportación al proceso, todo lo cual, tendrá como resultado el valor que el juez le otorgue en su apreciación. Nosostros nos acogemos la definición de prueba como la comprobación de las afirmaciones realizadas por las partes dentro del proceso, a través de los medios previstos en la ley, que tendrán validez conforme sean obtenidos y actuados observando las reglas establecidas en la Constitución y la ley, y cuya finalidad consiste en convencer al juez de la verdad de los hechos alegados por las partes.

1.2.1 Objeto de la prueba

Propuesta la definición de la prueba, y su función en el proceso, corresponde ahora formular las siguientes preguntas: ¿Cuál es el objeto de la prueba? ¿Qué se debe probar? Estas interrogantes no proponen un única respuesta; porque aún cuando podamos creer que se trata de cuestiones similares o semejantes, estaríamos incurriendo en un yerro. Por objeto de la prueba, cuestión que planteamos en nuestra primera pregunta; se debe entender de manera general y amplia cualquier hecho que pueda ser probado en un proceso judicial o en cualquier disciplina científica; puesto que, los hechos o acontecimientos ocurren en el mundo objetivo, sea en la vida cotidiana o en el campo de alguna disciplina científica o de las ciencias jurídicas. La segunda cuestión, se refiere a la necesidad de probar o al *thema probandum*, que

consiste en la necesidad de ofrecer, en cada caso concreto, la prueba de los hechos o afirmaciones efectuados por las partes procesales.

En relación al objeto de la prueba, Parra (2007) expresó: “(...) Son objeto de la prueba judicial las realidades susceptibles de ser probadas, sin relación con ningún proceso en particular; se trata de una noción objetiva y abstracta...” (p. 129) El autor nos ofrece un concepto tan sencillo como esclarecedor para afirmar las diferencias entre el objeto de la prueba y la necesidad de la prueba. Así ratificamos que el objeto de la prueba, se refiere a cualquier hecho cuya existencia pueda probarse, sin que esta actividad probatoria tenga relación con las ciencias jurídicas ni con un proceso en particular; extendiendo su alcance de manera general y amplia al campo de cualquier otra actividad científica e intelectual, como ocurre con la noción de la prueba. (Devis, 1981, p. 142)

En cuanto al *thema probandum*, es decir, a qué se debe probar, Ramírez (2017) manifestó: “(...) con la expresión necesidad de la prueba nos referimos a lo que debe probarse en el caso concreto...se concreta a la afirmación positiva o negativa de los hechos que deben investigarse y probarse en el proceso determinado, por ser materia de la controversia o de la cuestión planteada, a fin de que la o el juzgador pueda pronunciarse sobre los méritos de la controversia...” (p. 47, 51)

En consecuencia, el autor describe la necesidad de la prueba, como los hechos que deben ser probados en cada caso concreto, conforme estos hayan sido afirmados por las partes procesales. Es decir, que el tema de la prueba o necesidad de la prueba consiste en probar los hechos sobre los cuales se haya trabado la litis, que fijen la disputa o el debate jurídico, por ende, en tales hechos se centrará la actividad probatoria.

De tal manera que, la diferencia entre el objeto de la prueba y la necesidad de la prueba, radica en que el primero abarca un campo más extenso, y el segundo, se centra en la

necesidad de probar los hechos que interesan en el caso concreto para lograr la resolución de la controversia. Es decir, que objeto de la prueba son todos los hechos alegados por las partes, mientras que la necesidad de la prueba o el *thema probandum* supone una depuración de todos los hechos y concentra la actividad probatoria en los hechos más predominantes, en los hechos controvertidos.

Para ilustrar con un ejemplo el objeto de prueba y el *thema probandum*, recurrimos al maestro Carnelutti (1982) con un caso concreto, expuesto en el siguiente texto:

(...) Si pido al juez que condene a Ticio a la restitución de la suma mutuada, y Ticio a su vez pide al juez que rechace mi demanda por no haberse celebrado contrato alguno de mutuo entre nosotros, tan sólo existe afirmación (de la existencia) del contrato por parte mía; si, por el contrario, Ticio pide al juez que rechace la demanda mía por haber restituido ya la suma mutuada, entonces existe afirmación bilateral de la conclusión del contrato de mutuo y de la entrega de la suma al mutuuario, puesto que también Ticio pone estos hechos como premisas de su petición. La afirmación de un hecho ya afirmado por la contraparte se llama admisión. (Ob. Cit. p. 8)

Este ejemplo gráfico establece claramente la diferencia entre los hechos que pueden ser objeto de la prueba y los hechos que necesitan ser probados. De tal forma que, si demando la restitución de la suma contenida en el contrato de mutuo, debo ofrecer prueba de que dicho contrato existe. Pero, si el demandado alega que sí restituyó la suma exigida; debe demostrar que pagó la deuda. En cuyo caso, el hecho controvertido ya no es la existencia del contrato de mutuo, por cuanto este hecho ha sido admitido por el demandado, quien niega estar adeudándole al actor. En consecuencia, la controversia versará sobre el pago de la deuda; por lo que, realizando una depuración de los hechos

presentados en el caso, es necesario que la actividad probatoria se oriente a demostrar el hecho controvertido. Por ello, Bentham (1825) expresó:

(...) Cuando un particular recurre a un juez, es para pedirle una decisión, que no puede ser relativa sino a un punto de hecho o a un punto de derecho. En el punto de hecho, se trata de saber si el juez estima que el hecho que se somete a su juicio es verdadero o no, y en este caso la decisión no puede estribar sobre otra base que las pruebas. (p. 3) Y en el caso concreto, la decisión del juez será fundamentada en la prueba que haya sido aportado para lograr la comprobación de la afirmación realizada por las partes, sobre los hechos materia del litigio.

El artículo 162 del COGEP (2015) expresa "...Deben probarse todos los hechos alegados por las partes, salvo los que no lo requieran..." (p. 44) Esta norma procesal, recoge el principio general que los hechos alegados son objeto de prueba, a la vez que incorpora la excepción de los hechos que no requieren ser probados. El artículo 163 ibidem (2015), expresa: "(...) No requieren ser probados: 1. Los hechos afirmados por una de las partes y admitidos por la parte contraria en la contestación de la demanda o de la reconvención o los que se determinen en la audiencia preliminar o en la segunda fase de la audiencia única. 2. Los hechos imposibles. 3. Los hechos notorios o públicamente evidentes. 4. Los hechos que la ley presume de derecho." (p. 44) En este sentido, los hechos señalados quedan expresamente excluidos de la actividad probatoria, esto se comprende desde la perspectiva del principio de economía procesal, pues resulta inútil y desgastante para las partes o el juez ofrecer prueba de los hechos antes descritos.

Aunque conviene manifestar que, respecto de los hechos que la ley presume de derecho, podríamos considerar la excepción de ofrecer prueba del derecho. El Código Civil establece la ficción legal que la ley se entiende conocida por todos; pero refiriéndonos al

derecho extranjero, este sí debe ser probado en caso de constituirse como objeto de la controversia en el caso concreto.

1.2.2 Finalidad de la prueba

Por regla general, la finalidad de la prueba es llevar al convencimiento del juez de la verdad de los hechos afirmados por las partes en el proceso, a fin de que la decisión de la causa se encuentre suficientemente motivada sobre la base de la prueba de la verdad de los hechos. De Pina y Castillo (2007) expresaron “(...) El fin de la prueba es el de formar la convicción del juez respecto a la existencia y circunstancia del hecho que constituye su objeto...” (p. 269)

Durante mucho tiempo se estableció diferencias entre el proceso civil y el proceso penal respecto de la finalidad de la prueba. De tal forma se dijo que el fin de la prueba en el proceso civil es establecer la verdad procesal o formal y que el fin de la prueba en el proceso penal es buscar la verdad material o real. Respecto de esta diferencia, el maestro Parra (2007) expresó: “(...) Ningún ordenamiento jurídico sensato, y más precisamente, ninguna jurisdicción lo sería cuando le prometiera a los asociados un proceso donde a pesar de todas las dificultades y desgastes que implica, solo buscaría una verdad formal y en el otro sí, la verdad real...” (Ob. cit. p. 159)

Indudablemente los litigios que recaen en el sistema de administración de justicia, en cualquier rama del derecho, nacen de las discrepancias surgidas entre las partes sobre el acontecimiento de hechos que pueden o no producir efectos jurídicos. En consecuencia, la tarea del órgano jurisdiccional es dirimir esas controversias, a través de la búsqueda de la verdad de los hechos. Debemos tener en cuenta que, a partir de la entrada en vigencia de la actual Constitución nos adherimos al sistema del neo constitucionalismo, por lo que nuestro ordenamiento jurídico se rige por este nuevo paradigma, siendo ahora un Estado

constitucional de derechos y justicia. En consecuencia, como se determina en nuestra legislación, el proceso se comprende como el medio idóneo para la realización de la justicia, de tal manera que, es necesario que el proceso se encamine a la búsqueda de la verdad, así la decisión del juez será considerada justa en tanto se fundamente en la verdad de los hechos en disputa, sea cual fuere la materia que se litiga.

La finalidad de la prueba en el proceso civil como búsqueda de la verdad es un problema jurídico, cuyo estudio ha sido abordado desde la perspectiva de su relación directa con la finalidad del proceso mismo. Al respecto, el maestro Taruffo (2018), sostuvo que: “(...) de la función del proceso y de la naturaleza de la prueba,... de tales concepciones se desprenden distintas teorías del proceso, de la decisión judicial, de la verdad y de la prueba...” (p. 13) Al estudio del tema de verdad y proceso nos aproximaremos más adelante en el desarrollo de esta investigación.

Finalmente, Figueira (2017) consideró además: “(...) que la prueba tiene un fin que va más allá de convencer al Juez, podemos señalar que una finalidad paralela de la prueba es ejercer efectivamente el derecho a la defensa...” (pp. 30, 31) Esta finalidad paralela que menciona el autor, podría considerarse como resultado de la constitucionalización del proceso y su relación directa con el ejercicio de los derechos fundamentales de las partes, en el derecho fundamental a la prueba, relacionado al derecho al debido proceso y al derecho a la defensa, que deben ser garantizados por el Estado. Más aún en un Estado que adoptó el sistema del neoconstitucionalismo, que como expresó el maestro Carbonell, (2008) “(...) Vale la pena recordar que para el neoconstitucionalismo el Estado en su conjunto tiene una función instrumental, pues debe estar al servicio de la satisfacción de los derechos fundamentales...” (p. 9) cuya significación comprende la observancia y respeto irrestricto de los derechos

fundamentales, constituyéndose como garantía de los ciudadanos y límite de las actuaciones del poder público.

1.2.3 Principios de la prueba

La prueba, debido a su trascendental importancia en el proceso judicial, es talves el tema de mayor interés en el derecho procesal. Al respecto Bentham (1825) expresó: “(...) el arte de enjuiciar no es en substancia sino el arte de producir las pruebas...” (Ob. Cit. p. 4) En este sentido, la prueba judicial, toma esta denominación por hallarse regulada por principios que rigen todos los aspectos relacionados con la actividad probatoria; su producción, anuncio, práctica y valoración. Aunque por su naturaleza el proceso civil y el proceso penal mantienen marcadas diferencias en algunos aspectos procesales, comparten los principios generales de la prueba. Así, Devis (1981) con base en veintisiete principios, concluyó que “(...) que sí existe una teoría general de la prueba, aplicable a los procesos civil, penal, laboral, contencioso-administrativo, fiscal, etc., no obstante las importantes diferencias de sus procedimientos...” (Ob. cit. p. 141)

El autor expone algunos principios como: gratuidad, contradicción, interés público de la función de la prueba, publicidad y preclusión. Consideramos que, estos principios de la prueba están también relacionados con los principios rectores del proceso, lo cual se justifica dada la circunstancia que la actividad probatoria constituye una fase del proceso. Sin embargo, Devis también señala otros principios de la prueba, que más bien tienen relación o deberían denominarse como reglas del procedimiento. Tal es el caso, de las reglas de la oralidad o escritura, de las reglas del sistema inquisitivo o dispositivo. Para ratificar este criterio, recurrimos a Giacometto (2003), quien definió a las reglas como: “(...) normas de comportamiento de los sujetos procesales y de desarrollo de las actuaciones procesales cuya aplicación depende de su utilidad (...) en el caso concreto, lo que hace posible que en unos

casos se apliquen unas y en otras hipótesis otras...” (p. 46) Sin embargo, debemos mencionar que los principios son tan importantes, algunos incluso gozan de jerarquía o rango constitucional, de tal forma que, su inobservancia puede resultar en la declaratoria de nulidad del medio de prueba por haberse obtenido con violación de la ley o de la Constitución.

En el desarrollo de este tema, trataremos algunos de los principios más importantes de la prueba que tienen aplicación práctica en nuestro modelo de proceso civil. No obstante, el principio de la carga de la prueba será abordado por separado, a efectos de concretar el estudio de la carga asignada a las partes respecto de la responsabilidad de probar los hechos frente a los poderes oficiosos del juez.

Principio de libertad probatoria

Este principio se constituye como fundamental en la actividad probatoria y consiste precisamente en la libertad que gozan las partes para procurar la prueba de los hechos por cualquier medio que consideren necesario para su demostración, excluyéndose desde luego, los medios de prueba que hayan sido obtenidos con violación de la ley o de la Constitución o en detrimento del derecho al debido proceso, como lo prescribe el artículo 159 del COGEP. No obstante, este principio no es absoluto y encuentra su límite en las reglas de pertinencia, utilidad y necesidad de la prueba. Así, recordaremos los hechos que no necesitan ser probados, por ser inoficioso e inútil probar hechos notorios, por mencionar un caso.

Principio de comunidad de la prueba

Este principio, también llamado por Devis como de la adquisición de la prueba, consiste en que la prueba no pertenece exclusivamente a la parte que lo aportó, le pertenece al proceso. De esta forma se genera la comunidad de prueba, es decir, que las pruebas aportadas al proceso son comunes a las partes. En consecuencia, si una parte aportó una prueba, una vez

practicada, esta también puede ser utilizada por la contraparte si considera que le beneficia; y de ser así, la parte que la aportó no podrá desistir o renunciar del medio de prueba aportado; pues dicho medio se entiende que ha sido adquirido por el proceso. Podríamos considerar que, si la prueba ha sido anunciada por una parte, y esta desiste de continuar con su práctica, esta podría ser solicitada por la contraparte, incluso podría servirle al juez para decretar de oficio su práctica; teniendo en cuenta que la finalidad de la prueba es establecer la verdad de los hechos controvertidos.

Principio de unidad de la prueba

Los medios de prueba son de diversas clases, así tenemos los medios de prueba testimoniales, documentales y periciales, y es bastante recurrente que en un proceso judicial tengamos la confluencia de algunos medios de prueba de la misma clase. El principio de la unidad de la prueba consiste en que todos los medios de prueba que compone el acervo forma una unidad probatoria. Este principio que además tiene relación con el principio de comunidad de la prueba, impone al juez el deber de valorar la prueba en su conjunto, cotejándolas entre si para determinar la veracidad de los hechos.

Principio de contradicción de la prueba

La contradicción es un principio básico y fundamental de la actividad probatoria, por lo tanto, es aplicable a todos los procesos cualquiera fuera su naturaleza, en sede judicial o administrativa. Se halla estrechamente relacionado con el derecho constitucional a la defensa, a tal punto que, se considera como un requisito sustancial en el debate probatorio, cuya ausencia le despoja de validez al medio de prueba. Este principio consiste en conocer oportunamente las pruebas de que disponen las partes para probar los hechos afirmados; lo que se concreta en los actos de proposición, debiendo anunciar y acompañar las pruebas en la

demanda y en la contestación a la demanda, a fin de ejercer el derecho de contradicción, así como en la audiencia de juicio donde podrá refutarse y contradecir pruebas y testimonios.

Principio de igualdad de oportunidades para la prueba

Este principio consiste en que las partes gozan de igualdad de oportunidades para conocer los hechos, producir y contradecir las pruebas. Este principio de igualdad es también un principio rector del proceso y se desprende de un principio general, de rango constitucional que se basa en el principio que todos los ciudadanos somos iguales ante la ley, sin distinción alguna ni privilegios o prerrogativas de ninguna índole. Recalamos que este principio de igualdad se refiere a las oportunidades para conocer y practicar pruebas, pues es innegable que, materialmente la condición de actor y demandado no son iguales, en parte debido a la asignación de las cargas procesales.

Principio de preclusión de la prueba

El principio de preclusión es uno de los principios rectores del proceso, que tiene su fundamento en el transcurrir del tiempo. Como sabemos el paso del tiempo produce efectos jurídicos en el derecho sustancial y también en el derecho procesal. Así es que, el proceso que se define como una serie de actos concatenados y sucesivos, donde uno es resultado del anterior, para avanzar hacia adelante a la consecución de un fin. En consecuencia, para evitar el absurdo de retroceder en el proceso se establece el principio de preclusión, que consiste en la pérdida de la oportunidad de ejercer, en este caso, el anuncio o la práctica de pruebas, por la parte que no ejecutó oportunamente su derecho.

Principio de inmediación y dirección de la prueba

El principio de inmediación es un principio rector del proceso, por el cual, se orienta a que el juez se encuentre en contacto con las partes procesales y demás sujetos que interviene

en el proceso. En este sentido, constituyendo la actividad probatoria una fase del proceso, y en efecto, siendo la fase más neurálgica e importante del mismo, es imprescindible que el anuncio, práctica y valoración de la prueba sea realizada personalmente ante el juez, para que conserven su validez y eficacia. En nuestro sistema procesal, que la actividad probatoria se realiza en la audiencia de juicio, permite ejercer de mejor manera el principio de inmediación del juez con las pruebas, así también simultáneamente permite la aplicación y observancia de otros principios relacionados como la oportunidad, contradicción e igualdad.

El actual modelo de juez civil que contempla el COGEP proscribió al juez pasivo e inerte, otorgándosele las facultades de dirección del proceso y de práctica de la prueba, para dirigir el debate y apreciar de mejor manera la producción de los medios de prueba directamente a través de sus sentidos, en el caso de los testimonios pudiendo percibir las declaraciones de testigos, peritos, etc.

Principio de la publicidad de la prueba

El principio de publicidad es también un principio del proceso en general, por el cual, se entiende que las actuaciones procesales son públicas y pueden ser conocidas por la colectividad; en contraposición con el proceso penal donde existe en contra de terceros, el principio de reserva de las investigaciones. Este principio de publicidad se relaciona con el principio de contradicción, y significa que el material probatorio debe ser conocido por las partes procesales con la debida anticipación para que se pueda contradecir en el momento oportuno.

Principio de concentración de la prueba

El principio de concentración es un principio orientador del proceso, que consiste en realizar las actuaciones procesales con celeridad prescindiendo de diligencias innecesarias.

Aplicado a la prueba, este principio significa que la prueba debe ser practicada en una sola diligencia y en una sola instancia. Este principio se efectúa de mejor forma en el sistema oral, de esta manera los incidentes e impugnaciones interpuestas por las partes se resuelve y se conceden directa e inmediatamente por el juez, evitándose así los traslados propios del sistema escrito que demandaban más tiempo, menos celeridad y menos concentración.

Principio del interés público de la función de la prueba

Este principio del interés público se identifica como característica del proceso y a la vez como uno de sus fines, la realización de la justicia. En este sentido, la prueba, cuya función es formar la convicción del juez respecto de la verdad de los hechos, sirve de base para la motivación de la sentencia. Por lo tanto, la función de la prueba adquiere un carácter de interés público, porque además de que su ejercicio es una facultad de las partes, la prueba es también una fase del proceso. En consecuencia, el proceso y todas sus fases o actos que lo conforman son de interés público.

Principio de lealtad y veracidad de la prueba

Este principio tiene relación con la conducta de las partes y de sus abogados en el curso del proceso y sobre todo en la producción de la prueba. El proceso generalmente plantea un litigio entre las partes procesales, que se enfrentan jurídicamente mediante la enunciación de sus respectivas hipótesis respecto de la interpretación de los hechos acontecidos. Sin embargo, en el debate jurídico y probatorio, las partes deben observar como una regla el principio de la buena fe y lealtad procesal. Por lo que, la producción de la prueba deberá realizarse con veracidad, quedando proscrito e incluso con la amenaza de sanción en el ámbito disciplinario y penal, la prueba deformada y las artimañas para inducir a engaño al juez. De lo anterior, se evidencia la relación del principio de lealtad y veracidad tanto en el proceso en general como en la actividad probatoria en particular.

La existencia de este principio ha sido acusado por los procesalistas señalados como revisionistas: Monteleone, Montero y Cipriani, entre otros, quienes han manifestado que mantener este principio es clara muestra de una ideología autoritaria. En oposición a esta acusación, manifestó Picó I Junoy que este principio se halla presente en los códigos procesales más avanzados, incluyendo a Alemania. Por lo que, este principio conserva su validez democrática, más aún considerando que el referido principio se encuentra ausente en el código procesal cubano, cuyo sistema ha sido rotulado como comunista o dictatorial. (Alvarado, 2012)

1.2.4 Las Fuentes de prueba y los medios de prueba

A efectos de plantear cuáles deberían ser los límites a la iniciativa probatoria del juez, sin duda, es necesario, referirnos a la fuente de prueba, que en definitiva, constituye uno de sus límites. En este tema, nos centraremos en definir en qué consiste la fuente de prueba y esclarecer su concepto. Refiriéndose a este asunto, que Alvarado (2009) lo denominó como fuente de la confirmación, sostuvo: (...) no son muchos los autores que se refieren a este tema y, cuando lo hacen, parecería que alguien confunde el origen (persona, cosa o lugar) donde puede ocurrir el interesado para procurarse el conocimiento de un determinado hecho, con el mismo hecho que se procura confirmar. Basta con efectuar una simple lectura de alguna obra que trate el tema para advertir sin más la veracidad de este aserto. (Ob. Cit. p. 30) El autor plantea, lo que a su criterio considera un problema recurrente en la doctrina, la confusión entre la fuente de prueba y el medio de prueba.

En tal sentido, y para los fines de esta investigación, vamos a establecer la diferencia entre la fuente de prueba y el medio de prueba. Al respecto, Estigarribia expresó: “(...) Fuente de prueba es el hecho del cual se sirve el juez para deducir la verdad sobre la controversia del proceso; medio de prueba, en cambio, es la actividad mediante la cual la fuente de prueba se

incorpora al proceso...” (Ob. Cit. p. 8) Las definiciones citadas, esclarecen su debida significación y diferencias. Así es que, ambos, la fuente de prueba y el medio de prueba son los elementos que sirven dentro del proceso para generar el convencimiento del juez sobre las afirmaciones expuestas por las partes.

Por tal motivo, Zavala (2016) planteó las interrogantes ¿Dónde se encuentran los hechos que sustentan la pretensión y la defensa en un proceso? La respuesta a esta interrogante, es precisamente la fuente de prueba. Como consecuencia, expresó que “(...) Las fuentes de la prueba, es el lugar de donde emanan los elementos que corroboran la realidad de los hechos afirmados por las partes en un proceso... Se trata del conocimiento de los hechos que el juez debe conocer siempre guiado por el concepto de verdad de las afirmaciones fácticas que corresponde al criterio de la realidad...” (Ob. Cit. p. 145)

Cuando nos referimos a la fuente de prueba, debemos tener claro que se trata de cualquier hecho, objeto o persona que existiendo en el mundo real es capaz de servir como prueba de los hechos afirmados. La fuente de prueba existe con anterioridad al proceso e incluso se puede mantener independientemente de él. Por lo tanto, decimos que fuente de prueba es la persona que fue testigo de un hecho determinado, el documento que justifica la existencia de una obligación o los bienes cuyo dominio se litiga.

En cambio, cuando tratamos acerca del medio de prueba, nos referimos a la forma en que se incorpora al proceso la fuente de prueba. Por ello, el medio de prueba tiene lugar siempre y únicamente dentro del proceso, es en sí mismo una actividad procesal que contiene a la fuente de prueba. Así, siguiendo los ejemplos anteriores, decimos que: si la fuente de prueba es la persona que fue testigo de un hecho determinado, el testimonio que se aporte dentro del proceso, será el medio de prueba. El documento que justifica la existencia de la obligación es la fuente de prueba, y su incorporación con observancia de las formalidades

para su otorgamiento o existencia será el medio de prueba. Los bienes cuyo dominio se litiga es la fuente de prueba, la inspección judicial o el informe pericial, será el medio de prueba. En conclusión, los hechos ocurridos en el mundo siempre presentarán estas dos vistas o dimensiones, como fuente de prueba y como medio de prueba, la primera está siempre presente fuera del proceso y el segundo se producirá siempre dentro del proceso.

1.2.5 La carga de la prueba, la carga dinámica de la prueba y la prueba de oficio.

Al inicio del estudio de la prueba nos planteamos algunas interrogantes, las mismas que han sido despejadas, tan así que, abordamos la prueba, su definición, su función, su objeto, su finalidad y tratamos también los principios que rigen la práctica probatoria. En este estado, corresponde ahora formularnos otra cuestión, que podríamos considerarla como el tema central de esta investigación. ¿A quién le corresponde probar los hechos? ¿Sobre quién recae la carga de la prueba? ¿Quién se afecta sino se prueban los hechos? Para contestar estas preguntas, acometeremos en el estudio de la carga de la prueba, y lo relacionaremos con la carga dinámica de la prueba, para luego entrar al estudio de la prueba de oficio como ejercicio del poder probatorio del juez, a fin de delimitar la significación y el alcance de estos temas y evitar confusiones conceptuales al respecto.

La carga de la prueba

La carga de la prueba o su expresión latina *onus probandi*, señala por regla general, que le corresponde al actor la carga de probar los hechos que ha afirmado en su demanda. Adviértase que, procurando ser precisos en enunciar las categorías jurídicas procesales, nos referimos a la carga de probar y no a la obligación o deber de probar; pues carga, obligación y deber no son equiparables ni semántica ni procesalmente. Así tenemos que, el proceso genera derechos, obligaciones, cargas, deberes, etc. Refiriéndonos a la carga de la prueba, esta se entiende propiamente como una facultad o responsabilidad que tienen las partes de ejercer

determinados actos sin que se comprometa nada más que su propio interés en el proceso. De tal forma que, como manifestó Azula (2016) citando a Goldschmidt la carga “(...) es un imperativo en interés propio, no existiendo frente a ella un derecho del adversario o el Estado...” (p. 74) por ende, las cargas procesales incumben solamente a las partes litigantes.

En consecuencia, el actor no puede ser obligado a actuar pruebas y no recibirá sanción por ello. Pero, sí recibirá una sentencia contraria a sus pretensiones, por no haber probado los hechos que afirmó en su demanda. Por su parte, el demandado no puede ser exigido a ofrecer prueba cuando haya negado los hechos que se han propuesto en su contra; incluso si es más desidioso, y no contesta la demanda, no debe anunciar prueba, pues su silencio se considera como una negativa pura y simple. Esto ocurre por cuanto el demandado no ha aportado nuevos hechos en su contestación, por tal razón, no tiene nada que probar. Por el contrario si el demandado en su contestación realiza alguna afirmación, en ese caso, opera el aforismo *affirmanti incumbit probatio*, el cual determina que quien afirma un hecho debe probarlo.

Como hemos dicho anteriormente, la carga de la prueba es un imperativo de obrar en interés propio en la producción de la prueba. Es decir, que la parte que desee lograr una sentencia favorable a sus intereses, deberá orientar su actividad probatoria a comprobar la veracidad de sus afirmaciones. En este sentido, consideramos que el problema jurídico de la carga de la prueba sobreviene cuando el juez, sujeto de la relación jurídica procesal, destinatario de la actividad probatoria y que tiene la obligación de decidir el pleito, no se ha formado la convicción de los hechos controvertidos, por la falta de prueba o insuficiencia de ella. Ante esta situación, la carga de la prueba le señala al juez una regla de juicio, debiendo realizar una valoración del material probatorio aportado al proceso y fallar en contra de la parte que tenía la responsabilidad de probar los hechos alegados.

Para afirmar la concepción de la carga de la prueba como una regla de juicio para el juez, citamos al maestro Taruffo (2008) quien sostuvo que, (...) La función del principio de la carga de la prueba es permitir al tribunal resolver el caso cuando los hechos principales no han sido probados...es también un recurso para resolver la incertidumbre acerca de la prueba de los hechos principales: ante la incertidumbre se tratan los hechos como si se hubiera probado su inexistencia. (p. 146) “(...) en un sentido estricto la carga de la prueba es el criterio que determina la decisión final cuando no se ha probado un hecho principal...” (p. 149) Por lo que, se evidencia que la carga de la prueba es una regla para los sujetos de la relación jurídica procesal. Así, se erige como una regla de juicio para el juez, señalándole la forma que debe decidir el pleito cuando no tiene convicción, cómo debe proceder ante la duda o ante la incertidumbre que le ha generado la insuficiencia probatoria. Y en relación a las partes procesales, se constituye en una regla por la que se le asigna a cada uno la responsabilidad de probar los hechos alegados para alcanzar una sentencia que le convenga a sus intereses.

Por el contrario, si el juez tuviere la certeza de cómo ocurrieron los hechos con base en las pruebas que se hubieren actuado, al realizar la valoración del caudal probatorio, cotejará los medios de prueba aportados, sin detenerse a examinar quien aportó la prueba necesaria. Esto acontece como resultado de los principios de adquisición y de comunidad de la prueba, por los cuales, los medios de prueba una vez que son aportados al proceso, le pertenecen a este y afectan o benefician a cualquiera de las partes procesales sin perjuicio de quien la hubiere anunciado o practicado.

La carga de la prueba es un tema que podría considerarse una figura probatoria clásica, puesto que, la concepción lógica que la parte que afirme determinados hechos debe probarlos, es de tan antigua data como los antecedentes históricos del proceso mismo, como ocurría en el

derecho romano antiguo con las *legis actiones*. Salvo que, en aquellos tiempos, si el juez dudaba o no tenía convicción de los hechos, podía abstenerse de sentenciar. Algo que es impensable en nuestros días, puesto que, aún en caso de hallarse el juez frente a una situación donde no hubiere prueba o esta fuere insuficiente, incluso si no hubiere ley, el juez tiene la obligación de emitir su fallo.

No obstante de su antecedente tan antiguo, se ha establecido que la carga de la prueba concretó su aparición científica a inicios del siglo XIX, en su condición subjetiva de definir quién debía probar o practicar la prueba. A este sistema de la carga de la prueba, se le vinculó con la prueba tasada o prueba legal como su sistema de valoración. (Nieva Fenoll, 2018, p. 8, 9) Así fue que, se establecía los hechos que debían ser probados y quiénes tenían la responsabilidad de acreditar la veracidad de los mismos. Y la controversia era decidida valiéndose de los distintos medios probatorios, pero basando su contundencia en el conteo o tasación de la cantidad de medios aportados, a fin de determinar a qué estándar probatorio, sea prueba plena o prueba semiplena, habían arribado las partes.

Pero, así como existe la condición subjetiva de la carga de la prueba, existe también una condición objetiva. Dijimos en líneas anteriores, que la condición subjetiva de la carga de la prueba se refiere a quién debe probar, es decir, en función de la parte procesal que debe practicar los medios probatorios para darle la certeza al juez sobre la veracidad de los hechos que ha planteado en su demanda o de la existencia de hechos extintivos, impeditivos, etc. que alegó como defensa en su contestación. En este sentido, la carga objetiva de la prueba, ya no mira a cual parte es la que ha probado una u otra hipótesis planteada, sino que se relaciona principalmente con la finalidad de alcanzar en el proceso, la verdad de los hechos acontecidos. Esta diferencia entre la carga de la prueba subjetiva y objetiva también se

distingue desde el campo de la valoración de la prueba. En el primer caso opera el sistema de la prueba legal o prueba tasada y el segundo caso se aplica el sistema de libre valoración.

En conclusión, la carga de la prueba es una regla, señalada por la dinámica procesal, tanto para el juez, como para las partes. Para las partes, esa regla consistirá en asumir, en beneficio propio, la carga de ofrecer la prueba de los hechos. Para el juez, es una regla de juicio que le señala la decisión que debe tomar cuando tenga duda de cómo ocurrieron los hechos, debiendo decidirse por fallar en contra de la parte que tenía la carga de probar, como resultado del incumplimiento del imperativo del propio interés. El maestro Zavala (2016) ha representado esta regla de la carga de la prueba, en dos sentidos, uno formal y otro material. En el sentido formal, manifiesta que la carga de la prueba indica quién debe producir la prueba, y en el sentido material, indica que representa una regla que le indica al juez cómo debe proceder cuando los hechos no hayan sido probados. (p. 140)

En los actuales momentos, que el derecho en general ha avanzado en todas las materias, el derecho procesal y más específicamente, el derecho probatorio es también una disciplina objeto de estudio, actualización y evolución constante. Parte de esa evolución ha tenido lugar debido a las nuevas tendencias constitucionales y de los derechos fundamentales y de su incidencia directa en los sistemas jurídicos, debido a la adopción de nuevos modelos de Estado. En este sentido, actualmente nuestro ordenamiento jurídico al igual que de otros Estados, que consagran la tutela judicial efectiva como un derecho de protección; consideran al proceso judicial como el medio para la realización de la justicia, debiendo además garantizarse el ejercicio del derecho fundamental a la prueba. Por lo cual, el sistema de administración de justicia, se aproximará más a la finalidad de hacer justicia en la medida que el juez procure llegar a determinar la verdad de los hechos, cumpliéndose tanto con la función pública y con la función privada del proceso. Para lo cual, las teorías modernas del derecho

probatorio, han determinado la conveniencia de superar o aceptar como superado el principio clásico de la carga de la prueba, expuesto en líneas anteriores y proclamar las ventajas de nuevas reglas probatorias como son la carga dinámica y la prueba de oficio.

La carga dinámica de la prueba

Hemos señalado en los párrafos precedentes, lo que se define como el principio de la carga de la prueba estática, para expresar la carga de la prueba tanto una regla de juicio para el juez, así como una regla que se impone a las partes procesales, para que cada cual asuma la responsabilidad de probar los hechos alegados. Así el actor tendrá que probar los hechos afirmados en su demanda como fundamento de su pretensión y el demandado tendrá que probar los hechos impeditivos, modificatorios o extintivos, cuando los haya expuesto en su contestación.

Pero, ¿En qué consiste la carga dinámica de la prueba? Si en principio cada parte tiene la responsabilidad de probar los hechos en su beneficio propio, ocurre en algunas ocasiones que asumir esa carga estática de probar se vuelve una tarea complicada. Lo que podría incluso impedir el ejercicio del derecho a la prueba, en detrimento de los derechos fundamentales de la parte que se halla en desigualdad material al no poder practicar su prueba. Todo lo cual, resultaría en perjuicio de los fines del proceso, al hallarse imposibilitado el juez de motivar su decisión en los hechos y en las pruebas.

Al respecto, Estigarribia (2014) expresó: (...) con el triunfo de la visión publicista o solidarista del Derecho Procesal, en cuya virtud el proceso supera el mero interés de las partes, acentuando la necesidad de contar con la efectiva cooperación de los litigantes y, por consiguiente, reclamando un rol más activo del demandado, ya no basta que las reglas del *onus probandi* permitan solucionar la litis, porque necesitamos, también, que habiliten una solución justa, o al menos lo menos injusta posible... (p. 318,319)

Por ello, cuando nos referimos a la carga dinámica de la prueba, evidentemente nos estamos refiriendo a aquella regla que faculta al juez a modificar, desplazar o invertir la forma común o estática de la carga de la prueba, para desplazar o distribuir esa responsabilidad de probar que tiene la parte que alega un determinado hecho, cuando no tiene posibilidad de producir la prueba de tal hecho. De forma que, se asigne esa carga en la parte que, como expresó el profesor Morán (2016) “(...) está en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para producir o aportar la prueba...” (p. 137) podemos agregar también la mejor condición económica para dinamizar o flexibilizar la carga de la prueba.

Este requisito que señala la doctrina para desplazar o dinamizar la carga de la prueba, a efectos de exigirle a la parte que se encuentre en mejores condiciones para probar o que se halle más cerca de la fuente de prueba, desahogue su práctica, responde a criterios de solidaridad y de lealtad procesal entre las partes y la colaboración con el juez, para lograr de mejor manera las condiciones que permitan establecer la veracidad de los hechos, que constituye la finalidad de la prueba.

Por ello, Castañeda sostuvo que: “(...) El derecho a la prueba, obliga a la solidaridad en la obtención de la verdad, en la producción de la prueba; quien oculta u obstaculiza la prueba, atenta contra la veracidad del proceso y contra el bien común...” (2017) Nuestra ley procesal eleva a la categoría de deber de actuar de las partes y sus defensores con respeto, ética, buena fe y lealtad procesal. Por ello, su incumplimiento se amenaza con sanción en casos como el de la prueba deformada, es decir, que no se admite la prueba dirigida a ocultar la verdad o a inducir a engaño al juzgador.

Esta regla especial de dinamizar, desplazar o invertir la carga estática de la prueba, se encuentra recogida en nuestra ley procesal, en el artículo 169, que establece el deber del juez para ordenar 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.

La regla de la carga dinámica de la prueba, inversión o desplazamiento, se aplica a los asuntos de familia y materia ambiental. En el primer caso, cuando se trate de pensiones alimenticias, el demandado tiene la carga de probar sus ingresos a fin de realizarse el cálculo correspondiente; y en el segundo caso, cuando se trate de daños ambientales, la carga de probar la inexistencia del daño recae sobre el demandado. Además podría ser aplicada en casos como la simulación de actos jurídicos, delitos contra el honor a través de medios de comunicación, o inclusive casos de relación obrero-patronal. Todos los casos señalados ponen al actor en condiciones de dificultad de conseguir el medio probatorio; lograr su obtención es viable mediante el ejercicio de los poderes probatorios del juez o de la aplicación de la regla dinámica de la prueba, para asignarle esta carga a la parte que le quede más fácil hacerlo.

En definitiva, como lo mencionó el maestro Parra, con el apareamiento de las nuevas Constituciones, encontró sustento la carga dinámica de la prueba, basándose en criterios de solidaridad, de lealtad, y sobre todo del derecho a la prueba. Lo que se contrapone a la tradicional carga estática de la prueba, que es resultado del más puro liberalismo individualista y egoísta. (2017)

En tal sentido, en nuestra Constitución se consagra el derecho a la tutela judicial efectiva, constituyéndose este como un derecho de contenido múltiple, pues reúne y garantiza a la vez el derecho a la jurisdicción, al debido proceso, a la defensa y a la prueba. Derechos que se relacionan entre sí, el ejercicio de uno supone el medio para alcanzar otro. Así es que, el derecho a la prueba, que se concreta a través de la actividad probatoria por medio de la presentación y contradicción de las pruebas, se ejerce el derecho a la defensa, cuyo ejercicio

garantiza el derecho al debido proceso, todo lo cual configura el derecho a la tutela judicial efectiva, que ha sido definido por la Corte Constitucional, así:

(...) la tutela judicial efectiva constituye un derecho mediante el cual se garantiza a toda persona el acceso oportuno y efectivo a los órganos jurisdiccionales para reclamar sus derechos y obtener de ellos, a través de los debidos cauces procesales y con unas garantías mínimas, una decisión fundada en derecho sobre las pretensiones propuestas, respetando las condiciones y principios procesales según cada caso (...) (2010)

Algunos criterios a favor y en contra de la carga dinámica de la prueba

Para concluir el estudio de las cargas dinámicas de la prueba, expondremos algunos criterios proclamados a favor y en contra de esta regla de carácter excepcional. En la doctrina, autores como Morán, Parra y Estigarribia, han manifestado que la facultad del juez para desplazar o invertir la carga de la prueba se fundamenta en criterios de solidaridad y lealtad en el ejercicio del derecho a la prueba. Tal es así, que el último de los citados, (2014) lo denomina carga dinámica de la prueba o “principio de solidaridad o de efectiva colaboración de las partes con el órgano jurisdiccional con el acopio de material de convicción” (p. 320) Lo anterior se comprende desde la perspectiva de la tendencia publicista y constitucionalista del proceso civil, que ha incorporado esta regla excepcional a fin de aproximarse a la verdad de los hechos, mediante el acceso a la prueba.

El maestro Parra (2007), expresó incluso que la carga dinámica de la prueba, es una forma de vencer la inequidad o desigualdad material en que se encuentran la parte, que habiendo alegado un hecho, la práctica de la prueba se le vuelve una difícil tarea al grado de considerarlo como una proeza, porque “(...) "Tratar como 'iguales' a sujetos que económica y socialmente están en desventaja, no es otra cosa que una ulterior forma de desigualdad y de injusticia" (p. 243, 247) Con lo cual, se justifica la flexibilización de la carga de la prueba, en

la parte que esté en mejores condiciones de producirla, la aporte. En este sentido, hallamos justificada esta carga dinámica de conformidad con los fines del proceso y de la prueba, y los principios que los regulan.

Por otra parte, esta distribución o flexibilización de la carga de la prueba, cuya aplicación se efectúa para evitar la desigualdad material al momento de practicar la prueba, visto objetivamente, podría representar un riesgo para el debido proceso. Puesto que, en cierta medida podríamos concluir que, el actor recurre ante la administración de justicia con una pretensión expuesta en su demanda, cuyos hechos no podrá probar porque le resulta difícil, ante lo cual, el juez le distribuirá esa carga al demandado. Esto fija una presunción a favor del actor, debiendo entonces el demandado practicar la prueba en contrario que desvirtúe dicha presunción.

Al respecto, Taruffo (2008) expresó (...) las presunciones legales se utilizan con el objetivo de facilitar la victoria de una de las partes relevándola de las cargas probatorias y trasladando la carga a la otra parte, como suele suceder en los procesos por daños, en los de negligencia profesional, de contaminación industrial y de venta de productos inseguros o peligrosos... (Ob. cit. p. 152)

En el caso de los procesos que por su dificultad probatoria amerita la distribución de la carga de la prueba y a fin de evitar pretensiones fundadas únicamente en alegaciones sin prueba; creemos conveniente precisar que el actor sí debe ofrecer prueba de algún hecho. Así es que, en caso de negligencia o mala práctica profesional, el actor deberá cuando menos probar haber recibido la atención o el servicio; en el caso de accidentes laborales, deberá probar la relación laboral. Hecho lo cual, se podrá desplazar de manera parcial y no totalmente la carga de la prueba.

La prueba de oficio

Hemos tratado de manera general el proceso civil y las teorías de los fines del proceso. también examinamos la prueba, su concepto, sus principios, cuál es su finalidad, cuál es su objeto o qué es lo que se debe probar. Hemos clarificado la regla de la carga estática de la prueba, como lo expresó Couture como imposición y como sanción, y de la dinamización o flexibilización de la carga de la prueba, como respuesta a la premisa de quién debe probar los hechos.

Sobre la base de los fundamentos teóricos expuestos, abordaremos el estudio de la prueba de oficio, su definición, su justificación en el proceso civil, el contexto de los sistemas jurídicos de su aplicación y los fenómenos procesales que se destacan a favor y en contra de otorgarle al juez iniciativa probatoria. También examinaremos los derechos fundamentales de las partes procesales y las garantías judiciales que orientan la actividad probatoria, que en relación con la prueba de oficio deben observarse, en mérito del riesgo que representa el ejercicio de un poder sin los límites respectivos o por el contrario, que el juez evite ejercer su poder probatorio por el temor de ser considerado parcializado con alguno de los litigantes, en cuyo caso también se estaría vulnerando los derechos de las partes, sobre todo, a recibir una sentencia basada en la verdad, que se alcanzará con la colaboración de todos los sujetos del proceso, inclusive del juez.

La prueba de oficio al igual que la carga dinámica de la prueba (ambos institutos procesales del activismo judicial), es un problema jurídico actual debido a las modernas tendencias del derecho probatorio, cuya evolución ha determinado el apareamiento de nuevas reglas para la práctica de la prueba que tiene como finalidad la búsqueda de la verdad de los hechos controvertidos o de aproximarse lo más posible a ella, aunque Estigarribia haya expresado al respecto, que cuando se afirma que la finalidad de la prueba es la verdad, se manifiestan dificultades para lograr tal objetivo. (Estigarribia, 2014, p. 293)

La prueba de oficio en Ecuador

Nuestro sistema procesal, históricamente a través de las codificaciones del código de procedimiento civil, ha recogido disposiciones legales que contemplan la actuación del juez para decretar de oficio los medios de prueba que estimen necesarias para esclarecer los hechos materia del litigio. Por ello, examinaremos la evolución de la facultad probatoria otorgada al juzgador en el ordenamiento procesal, desde el código de enjuiciamiento civil de 1907 hasta el actual código orgánico general de procesos promulgado en el 2015.

El siglo XX marcó un hecho destacado para el derecho procesal, esto es, determinó el surgimiento de un fenómeno procesal que se denominó socialización o publicización del proceso. Este fenómeno procesal derivó en un nuevo modelo de proceso civil, el publicista o solidarista, que consiste en otorgarle al juez mayores funciones de dirección del proceso y dotarle de iniciativa para incorporar prueba no solicitada por las partes.

Este nuevo modelo de proceso resultó en un cambio en la dinámica procesal, así pasamos del juez pasivo de la concepción privatista del proceso como negocio privado de las partes al juez activo con poderes de dirección rasgo propio del modelo publicista que erige el interés público por sobre los intereses particulares, con la finalidad de realizar la justicia a través del proceso.

De las concepciones publicista y privatista del proceso, así como las corrientes procesales del garantismo procesal y del activismo judicial, trataremos más adelante. Sin embargo, este breve antecedente nos servirá para señalar que la prueba de oficio la encontramos presente en la legislación procesal ecuatoriana desde el año 1907 hasta el actual COGEP. Esta facultad del juez para decretar prueba de oficio ha recibido críticas en cuanto señalan que la actuación activa del juez vulnera su debida imparcialidad y el principio

dispositivo del proceso, que fija en las partes procesales el protagonismo del proceso para la aportación de los hechos y de las pruebas.

Tabla 1.- Evolución histórica de la prueba de oficio en Ecuador

Código Procesal	Año	Disposición legal
Código de enjuiciamiento civil	1907	“(...) Art. 143.- 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...” (1907)
Código de Procedimiento Civil	1953	(...) Art. 120.- Los jueces pueden ordenar de oficio las pruebas que juzguen necesarias para el esclarecimiento de la verdad, cualquier estado de la causa, antes de la sentencia. Exceptúase la prueba de testigos, que no puede ordenarse de oficio; pero sí podrá el juez repreguntar o pedir explicaciones a los testigos que ya hubiesen declarado legalmente. Esta facultad se ejercerá en todas las instancias antes de sentencia o auto definitivo, sea cual fuere la naturaleza de la causa. (1953)
Código de Procedimiento Civil	1987	(...) Art. 122.- 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. (1987)
Código de Procedimiento Civil	2005	(...) Art. 118.- Los jueces pueden ordenar de oficio las pruebas que juzguen necesarias para el esclarecimiento de la verdad, en cualquier estado de la causa, antes de la sentencia. 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. (2005)

Elaborado por Juan Francisco Flores Barragán

Del gráfico que consta arriba, se pone de relieve que la ley a través del tiempo, ha mantenido inmutable la frase “los jueces pueden ordenar” hecho que representa una facultad otorgada al juez a su libre arbitrio que puede ejercer o no si estima conveniente, antes que un deber o mandato legal cuyo cumplimiento es exigido por la ley. Debemos señalar, que en conjunto con la prueba de oficio los códigos procesales detallados en la tabla No. 1 contienen normas expresas que señalan la obligación del juez de practicar las pruebas solicitadas con notificación a la parte contraria, lo cual garantiza el derecho a la contradicción, que mantiene en vigencia el derecho al debido proceso.

En este sentido, y entendiéndose como una medida para asegurar el derecho al debido proceso, para así evitar la actuación de pruebas de oficio con vulneración del principio dispositivo, es importante señalar que, se estableció al juez la prohibición de decretar de oficio prueba testimonial, sin embargo posteriormente se le reconoció al juez facultad para repreguntar o pedir explicaciones a los testigos que hayan rendido su testimonio por solicitud de las partes procesales.

La prueba de oficio en el Código Orgánico General de Procesos

La ley adjetiva que rige para nuestro proceso civil, el COGEP, cuyas normas entraron en vigor de manera progresiva, hasta hallarse completamente vigentes al primer año de su publicación en el Registro Oficial, representó un cambio estructural en el proceso civil y por lo tanto en la administración de justicia. La mayor ventaja que aportó el COGEP para el desenvolvimiento de las causas, es indudablemente la agilidad, la celeridad procesal, basado fundamentalmente en la oralidad y en los procedimientos señalados para la sustanciación. Esto, a diferencia de nuestro anterior sistema escrito, que permitía dilatar las causas con incidentes que no se resolvían oportunamente, considerando además que contenía aproximadamente 80 procedimientos para la tramitación de las causas.

Para comprender el nuevo paradigma que representa el COGEP, en armonía con los mandatos constitucionales, es necesario señalar que el cambio del modelo escrito al modelo de la oralidad o juicio por audiencias, puesto que, se mantiene la escritura para los actos de proposición y para las sentencias; está acompañado de otras herramientas que, en conjunto permiten lograr la tan ansiada celeridad procesal y resolución de las causas en plazos más cortos.

El COGEP (2015), en su artículo 3, consagra la facultad del juez de dirección del proceso, así expresa: “(...) La o el juzgador, conforme con la ley, ejercerá la dirección del proceso, controlará las actividades de las partes procesales y evitará dilaciones innecesarias. En función de este principio, la o el juzgador podrá interrumpir a las partes para solicitar aclaraciones, encauzar el debate y realizar las demás acciones correctivas...” (p. 3)

Al respecto, consideramos que la principal herramienta, es haberle otorgado al juez la dirección del proceso. Esta facultad es determinante para evitar la dilación de las causas, que a la vez denota una característica del juez en el nuevo modelo de proceso. Es decir que, pasamos del juez pasivo, cuya inactividad no advertía la actuación de las partes que muchas veces incidentaban el proceso, generando su retardo; al actual modelo de juez activo, que, sin vulnerar las garantías procesales, debe controlar las actuaciones de las partes para dirigir un proceso que cumpla con los fines de un Estado de derechos y justicia.

Respecto de la prueba de oficio, el artículo 168 del COGEP (2015) lo designa como prueba para mejor resolver, dispone: (...) 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. (p. 45)

La citada norma, señala tres condiciones que deben cumplirse para que el juez decrete de oficio prueba para mejor resolver, esto es: 1) Debe ser de manera excepcional; 2) Debe dejar constancia de las razones que tiene para ordenar prueba de oficio; 3) La prueba que ordene practicar debe juzgar necesaria para el esclarecimiento de los hechos. En esta última condición aparece la frase “que juzgue necesaria” esto ha llegado a ser considerado como un prejujuicio que puede afectar la debida imparcialidad del juez, lo cual no compartimos, puesto que, consideramos que la forma más factible para que el juez ordene prueba de oficio, se concreta cuando del anuncio de pruebas, se puede advertir la insuficiencia probatoria y por lo tanto se desprenda la necesidad de ordenar un medio de prueba que no ha sido pedido por las partes procesales.

De los presupuestos que señala la norma, no obstante que le otorgue al juez esta facultad con carácter excepcional, que el decreto de prueba de oficio deba ser motivado como en general tienen que ser motivados todos los actos del poder público, bajo riesgo de nulidad en caso de ausencia de motivación, y que además la prueba deba ser necesaria para esclarecer los hechos, creemos necesario, primero determinar si la prueba de oficio es una facultad discrecional o si es un deber legal del juez; y por consiguiente, establecer los parámetros o reglas que deben limitar el ejercicio de los poderes probatorios del juez al decretar prueba de oficio en procura de esclarecer la verdad de los hechos como finalidad de la prueba. Todo lo cual, podría generar preocupación por el texto del artículo 168 que, a pesar de señalar los presupuestos indicados, no determina objetiva o expresamente cuáles deben ser los límites para ejercer el poder probatorio y las razones que le motiven a decretar prueba de oficio.

1.3 La verdad en el proceso

Tradicionalmente se ha sostenido, que debido a su naturaleza, a los intereses que se litigan y por los bienes jurídicamente protegidos, el proceso penal tiene como finalidad la

búsqueda de la verdad material o real y que en el proceso civil solo es posible alcanzar una verdad procesal o formal. De tal forma que, se ha dicho que en el proceso civil la verdad es inaccesible y no debería considerarse como finalidad del proceso. Consideramos que mantener una distinción entre verdad formal o procesal y verdad material o real es erróneo. Esta distinción entre dos formas de verdad, transmite la creencia de que la verdadera realidad se encuentra fuera del proceso y debe mantenerse ajena a este; y que la verdad formal, es decir, la que se alcanza en el proceso se establece por la decisión del juez según las pruebas, sin importar que esa verdad sea distinta a la realidad o en definitiva una ficción planteada por las partes procesales. Así es que, admitir esta concepción representaría aceptar que en el proceso civil no importa alcanzar la verdad, y que esta no será determinada en relación con la realidad objetiva de los hechos sino que se establecerá a partir de la narración que hagan las partes, en sus actos de proposición, aunque en estos, artificiosamente, por negligencia, por conveniencia o por deslealtad; oculten, deformen, alteren o desfiguren la verdad.

Giacometto sostuvo que la verdad es una sola y se la reconoce cuando se comprueba la total ausencia de contradicción. Señaló además su importancia para llegar a la equidad como finalidad de la justicia, siendo una función del juez llegar a la verdad a través de las pruebas. (Giacometto, 2003, p. 30) Es por ello, que todo proceso judicial, cualquiera sea la materia, representa para las partes y para el juez, la resolución de un conflicto basado en hechos ocurridos en el pasado. Las pruebas son el medio que disponen las partes para lograr una fiel reconstrucción de tales hechos y llevar al convencimiento del juez sobre la verdad de las afirmaciones relativa a la forma en que sucedieron los hechos. De tal manera que, cada parte alegará su propia versión de los hechos o en otras palabras, su propia verdad, a efectos de procurar su conveniencia en el resultado del litigio. En este sentido, se hace necesario para lograr la finalidad del proceso, esto es, la realización de la justicia, que la actividad probatoria se oriente a cumplir la aspiración de alcanzar la verdad o aproximarse a ella lo más posible.

Al respecto, Taruffo (2018) manifestó que “(...) el proceso no se ocupa de textos, no es una competición literaria... el proceso se ocupa de la realidad. El derecho que se aplica en el proceso se aplica a la realidad del mundo, no a discursos no a novelas...” Entonces, cuando decimos que en el proceso, las partes, a través de sus abogados, narran su propia versión de los hechos, mostrándolos de forma que le puedan ser convenientes para sus intereses; podemos colegir que, la verdad no se encuentra en la enunciación de los hechos expuestos por las partes. Pero esto no es nada revelador, es simplemente lógico. Por ello, partiendo de la premisa que las partes presentan los hechos y aportan las pruebas, en la medida que le puedan ser favorables para sus intereses, el tema de interés radica en desentrañar la verdad detrás de las narraciones de las partes y cómo lograr ese objetivo, y si es legítimo o no buscar la verdad en el proceso civil y si es necesario que el juez participe de oficio con iniciativa en la producción de pruebas.

En relación a los hechos, su narración y la importancia que tiene la actuación de las partes y el juez, para alcanzar la verdad dentro del proceso, Sosa (2014) expresó: (...) Si concediéramos hipotéticamente que la verdad se compone de los hechos a, b, c y d, bastaría que las partes (que son las que inician la causa y aportan los hechos) no alegaran —por inadvertencia, por conveniencia o por lo que fuera—, verbigracia, el hecho d, para que ya la verdad no fuera posible. Si las partes son las dueñas de la aportación de los hechos y los ocultaran, retacearan o tergiversaran, etcétera, ¿Cómo podría encontrarse la verdad?” “Y si las partes fueran exclusivas responsables de la prueba y no ofrecieran los medios pertinentes, o no fueran diligentes en su producción (y el juez no ejerciese oficiosamente sus poderes instructorios) ¿Cómo podría alcanzarse la verdad? (Sosa, citado por Estigarribia, 2014 p. 293)

En consecuencia, podemos advertir que en el proceso, la búsqueda de la verdad requiere de la actuación conjunta de las partes y del juez, comprometidos con el objetivo de alcanzar la justicia, mediante la expedición de una sentencia que se fundamente en la verdad. Considerando que el proceso representa más que la sola función de poner fin a un conflicto privado entre las partes, sino que representa administrar justicia, fundamentando la resolución judicial en la verdad de los hechos para que pueda ser considerada justa. Esta actuación comprende desde la exposición de los hechos en los actos de proposición, posteriormente la fase de la actividad probatoria, en el anuncio y práctica, que se aporte los medios que logren comprobar la veracidad de los hechos afirmados, hasta llegar a la expedición de la sentencia, pronunciamiento que podrá ser considerado justo, solo si este se dicta atendiendo los medios de prueba. Por ello, se justifica la necesidad o importancia que tiene la iniciativa probatoria del juez, a través de la prueba de oficio, para alcanzar ese ideal de verdad en el proceso. Pero, ¿Qué verdad puede hallarse en un proceso donde las partes antagónicas alegan, como verdaderos, hechos que se cotejan contradictorios entre sí?

Para profundizar aún más la problemática de esta cuestión, de la verdad en el proceso, debemos tener en cuenta que, ni siquiera los abogados de las partes, que son quienes exponen los hechos, no conocen en realidad cómo estos ocurrieron, mucho menos el juez. Agrava esta problemática, las corrientes de pensamiento que se muestran contrarias a la búsqueda de la verdad en el proceso, por considerarlo como un negocio privado de las partes, y condenan los esfuerzos que se concreten en normas jurídicas para alcanzar tal objetivo.

El maestro Parra, utilizando el método de Taruffo que consiste en estudiar la concepción que niega la verdad del proceso desde: la imposibilidad teórica, imposibilidad ideológica, imposibilidad práctica y de la irrelevancia de la verdad en el proceso civil. (Taruffo M. , 2002, p. 27) sostuvo que sí es posible averiguar la verdad, desde estos tres

puntos de vista: 1) La posibilidad teórica.- Es posible la búsqueda de la verdad en el proceso, para lo cual citó a Tarksi, quien expresó: “(...) La verdad de una oración consiste en su acuerdo (o correspondencia) con la realidad...” a lo que se denominó teoría de la correspondencia; 2) Necesidad ideológica.- Expresó que cuando se trata de administración de justicia, inmediatamente se piensa en la verdad. Sin adherir ideología alguna, se tendrá la sensación de justicia, en la medida que la decisión del órgano jurisdiccional se fundamente en la verdad, por lo tanto, por sentido común, no se podrá defender la decisión que no se base en la verdad; 3) Posibilidad práctica.- Con la posibilidad teórica y la necesidad ideológica, se concreta la posibilidad práctica de la búsqueda de la verdad, pero no de una verdad absoluta, sino de una verdad relativa, no cuantitativamente, sino cualitativamente dentro del contexto de referencia de los hechos. (Parra, 2004, pp. 5-8)

En relación a la interrogante planteada en líneas anteriores, respecto de qué verdad puede hallarse en el proceso, sostuvo Parra (2004) que la verdad absoluta no existe sino solo en la imaginación, así expresó “(...) si no se puede conseguir la verdad en general, tampoco en el proceso.” (Ob. Cit. p. 2) Por su parte, Taruffo, sostuvo que en el contexto del proceso es apropiado hablar de una verdad relativa y objetiva. Relativa en el sentido de su conocimiento y objetivo porque se funda en razones objetivas que se desprenden de las pruebas y no de subjetividades del juez. (Taruffo M. , 2010, p. 102) Giacometto manifestó que la sentencia siempre debe fundamentarse en la verdad, que generalmente será la verdad procesal y tratar que esta coincida con la real. (Giacometto, 2003, pp. 31-32)

De los criterios citados, destacamos que, la verdad sí puede hallarse a través del proceso, incluso las actuaciones de las partes y del juez deben orientarse a la búsqueda de la verdad. Por ello, nos adherimos a la tesis que replantea la concepción de la verdad procesal, manifestando que esta será la que más se corresponda con la realidad, fundamentándose en las

pruebas, lo que se puede lograr con el ejercicio de la iniciativa probatoria del juez. De tal manera, que así se destierra esa errónea distinción entre la verdad real y la verdad procesal, que supone, que ésta última viene determinada en la sentencia judicial y no necesariamente o no precisamente en hechos reales, porque a esta corriente procesal que deplora la iniciativa probatoria del juez, manifiesta que el proceso es un negocio privado de las partes. Por lo tanto, más que la búsqueda de la verdad le interesa que se resuelva el conflicto de cualquier forma, aún cuando la sentencia no sea justa, le bastará que sea firme, aunque en ella se fijen hechos distintos a los ocurridos o que estos resulten ficticios.

Ferrer (2005), crítico de esta distinción entre la verdad material y la verdad procesal, manifestó que esta distinción no sólo que es errónea, sino que es además inútil y perjudicial. Por ello, expresó que puede (...) darse el caso de que un enunciado fáctico resulte jurídicamente probado y, en cambio, sea falso. También, por supuesto, que un enunciado fáctico verdadero no resulte probado. Todo ello depende de los elementos de juicio aportados al proceso... Así, esta idea de la verdad procesal fue elaborada por la doctrina alemana del siglo XIX para justificar jurídicamente la equivocación del juez, cuando los hechos que ha declarado probados en el proceso no coincidían con la realidad de los hechos acontecidos. (p. 72-73)

En este sentido, el autor citado, manifestó que el juez puede equivocarse en su decisión del caso. Lo cual, podría ocurrir, y para reparar ese yerro el derecho establece los medios de impugnación. Sin embargo, cuando de esa decisión equivocada no se puede recurrir, es decir, que no puede repararse el error, es cuando se habla de la verdad procesal. Así, es que por medio de la noción de la verdad procesal se encontró la justificación para sostener jurídicamente, como legítima, una decisión que declare como verdaderos hechos

falsos, o hechos distintos a los ocurridos en el mundo exterior, es decir, justificar una decisión injusta por contener hechos que no coinciden con la realidad.

1.3.1 Verdad y certeza

Es necesario, referimos brevemente a otra distinción errónea en el proceso, en cuanto se refiere a los hechos, esto es, verdad y certeza. Hemos expuesto en líneas anteriores, la definición de Taruffo sobre la noción de verdad en el proceso, que sostuvo que la verdad es relativa al conocimiento de los hechos y objetiva en cuanto a que se desprende de las pruebas y que coincide con la noción expuesta por Ferrer, sobre la verdad como correspondencia. La certeza, por el contrario, no es objetiva, sino que es un estado subjetivo, que tiene relación con un elevado grado de convencimiento del sujeto, es decir, del juez. (Taruffo M. , 2010, pág. 102) Giacometto (2003) en relación a la certeza, expresó que “(...) Este estado subjetivo en el que se cree tener la verdad es el fundamento actual de las sentencias judiciales...” (Ob. Cit. p. 34) Taruffo (2010), por su parte, expresó que “(...) si el juez se apoyara únicamente en su convencimiento interior, terminaría por formular una decisión completamente arbitraria...” (Ob. Cit. p. 105)

Por lo anterior, en la línea de pensamiento de los autores citados, podemos inferir, entonces que, la verdad se corresponde con la realidad, mientras que la certeza se corresponde con el convencimiento. En este sentido, para lograr la finalidad del proceso, esto es, alcanzar el ideal de justicia, y no solamente la de resolver un conflicto a cualquier costo y sin importar la calidad del resultado; la decisión judicial, en un estado constitucional, de acuerdo a las teorías modernas del derecho, se constituye la búsqueda de la verdad en la finalidad de la prueba, para alcanzar la paz como fin último del derecho, por medio de la justicia.

1.4 Dos corrientes procesales: Garantismo procesal y Activismo judicial.

Respecto de la iniciativa probatoria del juez, en la doctrina procesal, encontramos dos corrientes o fenómenos, que se manifiestan, a favor y en contra de dotar al juez de poder probatorio. Estas corrientes están identificadas como: 1) Garantismo procesal, que rechaza cualquier intervención del juez en el proceso, por concebirlo como un asunto privado de las partes que acuden al órgano jurisdiccional para componer un litigio; y, 2) Activismo judicial, que no solo que se muestra a favor, sino que reclama de parte del juez, como un deber, el ejercicio de la dirección del proceso y la proposición de prueba para esclarecer la verdad, a fin de que la decisión no solo que ponga fin al pleito sino que sea lo más justa posible.

Estos dos fenómenos, el garantismo procesal y el activismo judicial, se muestran antagónicos e irreconciliables. Pero sin duda, en relación a los presupuestos anotados, el debate trasciende el campo de las ciencias jurídicas y muchas veces se expone la ventaja o perjuicio de uno u otro fenómeno desde la óptica de la ideología. Al respecto, los autores Estigarribia y Benabentos han ubicado al garantismo procesal como la tesis minoritaria y al activismo judicial como la tesis mayoritaria.

1.4.1 Antecedentes históricos

Recordemos que durante mucho tiempo imperó en el proceso civil la tradicional o clásica regla de la carga de la prueba como autoresponsabilidad de las partes para probar los hechos litigiosos. Autores como Nieva Fenoll (2018), sobre la carga de la prueba, han manifestado sus críticas, expresando que: “(...) es solamente una pieza de museo que todavía se utiliza muchísimo en los procesos, priorizándola incluso a una valoración racional de la prueba, casi como si los juristas prefirieran el uso de un astrolabio al de un GPS para orientarse.” (p. 2) De tal forma que, surgen nuevas reglas para determinar la veracidad de los hechos del proceso, a saber, la carga dinámica de la prueba y la prueba de oficio.

Como suele suceder en todos los ámbitos, los procesos de cambio frecuentemente vienen acompañados de voces que los elogian o critican. En el derecho ocurre la misma situación, siendo una disciplina de las ciencias sociales, no está alejada de los cambios que ha experimentado la sociedad en sus distintas épocas. Así es que el derecho responde a la necesidad de reglar los comportamientos y conductas humanas, para establecer sanciones o prevenir hechos reprochables. Históricamente han acontecido hechos cuyas consecuencias han suscitado la necesidad de ser regulados, entre otros, por sus efectos nocivos en la historia de la humanidad. Como ocurrió, por ejemplo con las barbaries cometidas durante la segunda guerra mundial. En este sentido, citamos la primera alocución del Fiscal Jackson en la película Los Juicios de Nüremberg, quien expresó: “(...) El mal que esperamos condenar y castigar ha sido tan calculado, tan maligno y tan devastador que la humanidad no puede tolerar que sea ignorado porque no podría sobrevivir si se repitiera...” (Simoneau, 2000)

Tras la finalización de dicha conflagración, se constituyó la Organización de las Naciones Unidas, que con la finalidad de establecer desde el reconocimiento y el respeto de los derechos humanos, de su dignidad e igualdad, proclamó la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948 en la ciudad de París. Esta declaración internacional de derechos se justifica desde la visión de los esfuerzos desplegados por las naciones para evitar el acontecimiento de otras atrocidades.

No es intención del presente trabajo de investigación documentar conflictos bélicos ocurridos históricamente. Sin embargo, es un hecho innegable que, a raíz de la terminación de la segunda guerra mundial y de la proclamación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los Estados en su afán de brindar la protección de los derechos humanos incluyeron en sus Constituciones los derechos contemplados en la referida Declaración, lo que se conoció como constituciones pos guerra. En consecuencia, posteriormente tales derechos se

trasladaron al proceso, dando así lugar al fenómeno procesal que se denominó constitucionalización del proceso o identificado también como garantismo procesal, por proclamar la vigencia de las garantías constitucionales en el proceso.

Sin embargo, previo al surgimiento del garantismo procesal, resultante de las constituciones pos guerra; ya existió una corriente procesal, la misma que tuvo su aparición a partir del Reglamento Klein de 1895, elaborado por el Ministro de Guardasellos del Imperio Austro-Húngaro, Franz Klein. En este Reglamento, Klein concibió al proceso como un mal social donde las disputas entre los particulares, significaban para ellos y para el Estado la pérdida de tiempo y dinero en la contienda de derechos o bienes, que en lugar de ser productivos estancaban la economía. Es por ello que, diseñó un proceso que debía desarrollarse con agilidad, sin dispendio de recursos y sin ritualismos excesivos, porque el Estado necesitaba solucionar de forma pacífica y rápida esas alteraciones del orden social. Para lograrlo, posicionaba la figura de un juez activo en la causa, que conduzca el proceso con los amplios poderes que le fueron otorgados. Este fenómeno procesal se conoció como la socialización o publización del proceso; pues se fundamentaba en el reconocimiento de la importancia que tenía la función pública del proceso tanto o más que los intereses particulares de las partes en conflicto.

Establecido así los antecedentes históricos de estos dos fenómenos procesales, el garantismo y el publicismo alrededor del proceso civil; estas dos vertientes procesales han polarizado el debate jurídico y han sido situados como antagónicas, siendo incluso ligadas a posturas de orden filosófico, político e ideológico. Así en torno a la prueba de oficio, existen pronunciamientos a favor y en contra, desde la vertiente del activismo judicial y desde del garantismo procesal, respectivamente. El primero relacionado con una concepción liberal del proceso y el segundo con una idea de totalitarismo.

1.4.2 Garantismo Procesal

El garantismo procesal es una corriente doctrinaria –contraria al solidarismo procesal– que se fundamenta en el respeto irrestricto de las garantías consagradas en la Constitución y la armonización de esas normas garantistas con el ordenamiento jurídico. Así, el profesor Alvarado, uno de los principales, sino el principal exponente e impulsor de esta corriente, sostuvo que: “(...) no buscan un juez comprometido con persona o cosa distinta de la Constitución, sino a un juez que se empeñe en respetar a todo trance las garantías constitucionales...” (2009, pág. 85) Así es que, esta corriente procesal viene determinada por el predominio de las garantías constitucionales aplicadas al proceso, entre ellas, la imparcialidad judicial y la igualdad procesal. El garantismo sostiene que la principal garantía procesal es la imparcialidad judicial, es decir, que el juez se mantenga neutro en el proceso, así se asegura la vigencia del derecho a la igualdad de las partes procesales.

El maestro Alvarado (2009), señala tres características que debe poseer el juez para mantener su neutralidad: imparcialidad, imparcialidad e independencia. (Ob. Cit. p. 86) Es decir, que el juez no debe tomar posición por ninguna de las partes, no debe tener interés alguno en el litigio y no debe tener ninguna subordinación con las partes, de esta forma se resguarda su debida imparcialidad. Sostuvo que el juez, adicionalmente para permanecer neutral debe estar despojado de cualquier tipo de prejuicio e ideología, de cualquier opinión ajena a su conciencia, de cualquier influencia de amistad o compromiso, de cualquier acto que pueda resultar en dádivas o sobornos, abstenerse de participar en la investigación de los hechos y de fallar según su conocimiento privado (Alvarado, 2009, p. 86). En todo lo anterior coincidimos con el autor, las señaladas son las características o virtudes que debe poseer un juez, que representando al órgano jurisdiccional dotado de la potestad pública debe decidir en juicio la suerte de otro individuo, debiendo despojarse de intereses y prejuicios. Sin embargo,

consideramos que otorgarle al juez poderes instructorios con la finalidad de esclarecer la verdad de los hechos, para decidir con justicia el conflicto, no compromete su debida imparcialidad. Por ello, nos planteamos formular los límites al ejercicio de los poderes del juez, que aseguren el equilibrio entre las garantías del proceso y su eficiencia.

Gozaini (2002) refiriéndose al juez, expresó que este debe garantizar la bilateralidad y la contradicción entre las partes. En cuanto su imparcialidad, manifestó que: “(...) Al ser el litigio “cosa de partes” solamente éstos aportan los hechos y afirman las realidades...” (p. 7) Así es que, la principal garantía procesal de esta corriente, es la imparcialidad del juez; y para su correcta vigencia, se ha sostenido que el inicio y desarrollo del proceso debe darse por la actividad exclusiva de las partes. Por ello, se manifestó que el conflicto entre las partes es anterior al proceso, es decir, que para remediar esta situación de controversia, previamente existente, se acude por iniciativa de parte ante el juzgador, quien para cumplir su papel de tercero imparcial que debe resolver el conflicto, tiene que permanecer siempre neutral, mantenerse ajeno a éste y a las partes.

Por su parte, Benabentos (2001) discípulo del maestro Alvarado, expresó: (...) el garantismo procesal es una tesis que se opone a amplias corrientes del pensamiento doctrinario que pugnan por un proceso civil de corte autoritario, fuertemente publicista, en el que se entiende que el juez tiene el deber o la misión casi “mística” de esclarecer en los litigios la “verdad jurídicamente objetiva” (p. 6) De esta forma, el autor sitúa al garantismo procesal como opuesto a la corriente publicista del proceso, que tiene como finalidad la búsqueda de la verdad con un juez con poderes e iniciativa. Por ello, formular críticas en duros términos de inquisidor al juez que participa en la búsqueda de la verdad.

En consecuencia, los autores garantistas se centran en desarrollar sus criterios desde la preocupación que les genera, para la vigencia de las garantías procesales de los individuos, la

denominada tendencia mayoritaria que se inclina por instaurar en los códigos procesales el otorgamiento al juez de mayores facultades de instrucción y dirección del proceso. De tal forma, sostienen que, estas facultades convierten al juez en poderoso y autoritario. Es por ello, que esta corriente se identifica con el sistema dispositivo, entendido como el modelo jurídico en que tiene cabida el modelo de juez pasivo, que para no romper la garantía de imparcialidad judicial e igualdad es simplemente un espectador, asumiendo el protagonismo las partes procesales, necesarios para iniciar el proceso, para aportar los hechos y las pruebas para la confirmación de los hechos afirmados.

Alvarado (2012) refiriéndose a la búsqueda de la verdad en el modelo garantista, expresó: “(...)...entender que todo lo atinente al valor justicia es de carácter relativo y que la búsqueda de la verdad –que tanto preocupa hoy a nuestros jueces- no es problema primordial del Derecho...” (Ob. cit. p. 235) El autor señala que un juez con amplios poderes que busque la verdad en el proceso, es una manifestación del sistema inquisitorio, en que se llegó incluso a la tortura para que el encausado confiese la verdad.

Por esta razón, el garantismo procesal que se corresponde con el modelo de ideología liberal, aboga por un juez espectador, que se mantenga distanciado del conflicto privado para ubicarse alejado e imparcial. En esta corriente, solamente las partes deben producir la prueba, el juez no puede intervenir con iniciativa probatoria, menos desplegar una actividad investigadora o inquisitoria.

El debate que se traba entre el garantismo y el activismo, que se centra en el rol del juez en el estado de derecho, trasciende el campo de las ciencias jurídicas para instalarse en un crudo enfrentamiento abordado desde la óptica de la ideología y de la política. Así, los garantistas como Alvarado, que se manifiestan a favor de un sistema procesal garantista-liberal que excluya toda facultad del juez, por considerar que influye en la decisión de la

causa, vulnerado los derechos subjetivos de las partes, refiriéndose a la publicación del proceso, manifestó que poner al Estado por encima de los particulares, debería ser llamado nazificación del proceso y no publicación. (Alvarado, 2020)

1.4.3 Activismo judicial

Peyrano, adherente a la tendencia mayoritaria, expresó que el término activismo judicial posiblemente fue usado por primera vez por la Suprema Corte de Justicia de los EE.UU. que se autoproclamó activista por el año 1992. (Peyrano, 2009, pág. 6) Pero, esta corriente procesal no es reciente, pues con el nombre de activismo judicial se identifica actualmente al fenómeno procesal de la socialización o publicación del proceso o como Benabentos (2001) denominó “(...) modelo autoritario-inquisitivo-publicista-decisionista...” (Ob. cit. p. 7) denostando el sistema jurídico de publicación o solidarismo procesal.

Este fenómeno procesal, se asienta sobre la figura de un juez activo en el proceso, dotado de poderes procesales y materiales, que le permitan de mejor manera dirigir el proceso, evitar incidentes y retardos innecesarios por la conducta expresa de las partes, participar en el decreto de pruebas, para llegar así a establecer la verdad de los hechos, para cumplir con su misión de administrar justicia, a través de una decisión que solamente fundamentándose en la verdad puede considerarse justa.

Actualmente, debido a las tendencias modernas del derecho y las corrientes del neoconstitucionalismo, que resultan en la adopción de nuevos modelos de estado concebidos a partir de ellas, como es el estado constitucional, vivimos una época de constitucionalización del ordenamiento jurídico –lo que defiende el garantismo procesal- que Jalkh (2008) sostuvo “(...) para el neoconstitucionalismo el Estado en su conjunto tiene una función instrumental, pues debe estar al servicio de la satisfacción de los derechos fundamentales...” (Ob. cit. p. 9)

Denificación que guarda concordancia con el texto de la disposición constitucional que consagra como el más alto deber del Estado, respetar y hacer respetar los derechos en ella garantizados.

Esos derechos aplicados al ámbito procesal, son las garantías procesales que representan el resguardo jurídico de las partes para el correcto desenvolvimiento del proceso entendido como medio para alcanzar la justicia y el imperio de la paz social y no como el simple instrumento que le sirva a los particulares para resolver disputas. En este sentido, la corriente del activismo judicial, no se aparta de las garantías procesales ni las desconoce, por el contrario las estima tan importantes, que reclama la figura de un juez activo que lleve a concretarlas, muchas veces como justificación ante la morosidad del órgano legislativo.

Es por ello que, Peyrano (2009) sostuvo que el ideario activista, se encuentra muy lejos de adscribir al dogma de Montesquieu de que el juez es la boca inanimada de la ley, prefiriendo la noción de Couture (...) el juez no puede ser la boca que pronuncia las palabras de la ley, porque la ley no tiene la posibilidad material de pronunciar todas las palabras del derecho; la ley procede sobre la base de ciertas simplificaciones esquemáticas y la vida presenta diariamente problemas que no han podido entrar en la imaginación del legislador. (Ob. cit. p. 8)

Gozaini (2002) para ilustrar el fenómeno de la publización del proceso, manifestó que el proceso judicial puede interpretarse de dos formas, como actividad política del estado y como garantía constitucional. La primera tiene relación con el poder del Estado para resolver los conflictos; y la segunda, guarda relación con el sistema de justicia como salvaguarda de los derechos cuando son afectados. En referencia, a esta reserva, manifestó que puede consagrar el derecho a la defensa de las partes y dejar en ellos el ejercicio de ese derecho y en poder del Estado, ofrecer el medio para dirimir el conflicto en igualdad de condiciones y ante

un tercero imparcial o exigir del Estado jueces activos para tener una justicia útil y efectiva.

(Ob. Cit. p. 8)

En consecuencia, no obstante que el activismo judicial proclama una tesis cuya finalidad es mantener la vigencia de las garantías procesales, tiene también como finalidad alcanzar la máxima eficacia a través del otorgamiento de poderes procesales y materiales al juez, cuyo ejercicio contribuya al alcance de la justicia, encontrando el fundamentado de su decisión en la verdad de los hechos, que resulten de la búsqueda en que participe activamente con las partes. Por ello, concordamos con el criterio de Picó I Junoy (2012) quien expresó: (...) la eficacia del proceso sin garantismo es inadmisibles desde un punto de vista constitucional, y el garantismo sin eficacia tampoco es aceptable si lo que se pretende es lograr la tutela judicial más justa posible, y no puede olvidarse que la “Justicia” también es un valor supremo en la mayoría de los textos constitucionales, ya venga proclamada expresamente o bien lo sea de forma implícita. (pp. 14-15)

Benabentos sostuvo que la corriente de la publicación del proceso confunde entre las facultades procesales de dirección y las facultades materiales. Así expresó que el garantismo no se opone a los poderes del juez en la dirección del proceso, como son el control de la conducta de las partes, las facultades disciplinarias; sino que se oponen a los poderes materiales que pueden influir en la decisión, como son investigar los hechos, ordenar pruebas o invertir la carga de la prueba. (Benabentos, citado por Gozaini, 2002, p. 8) En relación a la prueba de oficio y la carga dinámica de la prueba, expusimos anteriormente, que es justamente el derecho constitucional a la prueba lo que justifica su necesidad.

Goldschmidt (1936) expresó que “(...) Es injusta una sentencia, cuando lo que en ella se reconoce como derecho no lo es en realidad...” Por ello, consideramos que para alcanzar ese ideal de justicia, como sostiene la doctrina, no solamente es necesaria la observancia de

las garantías procesales, -que reconocemos importantes e imprescindibles- sino también, y sobre todo, arribar a una decisión justa del conflicto, lo cual será posible siempre que se determine la verdad de los hechos acontecidos. En consecuencia, creemos que alcanzar esa verdad, se podrá lograr con el ejercicio de las facultades del juez. Puesto que, pudiere presentarse el caso, que las partes en su afán de obtener un resultado favorable oculten o falseen los hechos.

Por los motivos expuestos, creemos que no sería posible excluir los fundamentos de las tesis del garantismo y del activismo, sino que siendo compatibles ambas, pueden ser conciliadas, aun cuando los exponentes más críticos de estas corrientes procesales, lo juzguen antagónicas e irreconciliables.

Así, desde el activismo judicial se plantea dejar atrás al juez inerte o espectador, para erigir la figura de un juez director, que no se asimila al denostado juez dictador combatido por el garantismo procesal; puesto que, como hemos sostenido en relación al tema de investigación de este trabajo, la prueba de oficio, esta facultad representa un poder para el juez, que como todo poder debe ser limitado. Por ello, plantharemos los límites dentro de los cuales debe ser ejercido el poder probatorio del juez, para que se garanticen plenamente los derechos de las partes; entre estos, la tutela judicial efectiva, que se compone de algunos otros derechos y garantías, como la imparcialidad judicial y la igualdad procesal.

1.5 Sistemas procesales: Dispositivo e Inquisitivo

Hemos revisado las definiciones, características y críticas vertidas sobre los fenómenos procesales que actualmente concentran el debate jurídico alrededor del garantismo procesal y del activismo judicial. En esta breve revisión ha quedado determinado que cada corriente posee rasgos propios, que doctrinariamente han sido considerados antagónicos. De

tal forma, que cada corriente se identifica objetivamente con un sistema de enjuiciamiento que se adecúa a sus propias particularidades.

Históricamente se ha admitido la existencia de dos sistemas de enjuiciamiento en materia procesal en general, más específicamente, en materia de enjuiciamiento civil, se reconoce el sistema dispositivo y el sistema inquisitivo. Al primero, le corresponde su relación con la corriente garantista o privatista; y al segundo, con el fenómeno publicista o solidarista. Aunque es más apropiado referirse al sistema dispositivo en materia civil y al sistema inquisitivo en materia penal. No obstante, cada sistema se caracteriza por la función que se le asigna al proceso, por la función que desempeña el juez, por los principios y reglas que lo caracterizan y diferencian uno del otro, debemos reconocer además que esa función viene determinada por un componente político, concebido de acuerdo a un sistema político determinado.

1.5.1 Sistema dispositivo

El sistema dispositivo ha sido denominado también privatista o liberal, por el predominio de la función privada del proceso, que lo considera como un asunto privado de las partes por discutirse en él derechos privados. Este sistema tiene su antecedente histórico en la Revolución Francesa, que impregnó de su espíritu liberal no solo al nuevo sistema político, sino también a la economía y al derecho. Por ello, Azula (2016) expresó que “(...) el *laissez faire, laissez passer*, encontró un campo propicio en el proceso común, que... su contenido, esencialmente privatístico, permitía a las partes trazar la materia u objeto de la controversia y disponer de esta...el juez solo se limitaba a fallar...” (Ob. cit. p. 124)

De lo anterior, se distinguen los rasgos más sobresalientes de este sistema: la noción privada del litigio, el predominio de la voluntad de las partes para iniciar el proceso y disponer de él y la actuación distante y pasiva del juez. En este sentido, respecto del

sistema dispositivo, Alvarado (2010) expresó que: (...) es un método bilateral en el cual dos sujetos naturalmente desiguales discuten pacíficamente en situación de igualdad jurídica asegurada por un tercero que actúa al efecto en carácter de autoridad, dirigiendo y regulando el debate para, llegado el caso, sentenciar la pretensión discutida. (pp. 45-46)

Doctrinariamente se ha sostenido que en el sistema dispositivo se reconoce a las partes procesales el dominio absoluto del proceso. Así es que, las partes son dueños del impulso procesal, lo que les permite iniciar el proceso y finalizarlo cuando así lo decidan, fijar los términos del litigio según los hechos que afirmen o nieguen, aportar los medios de prueba para confirmar sus afirmaciones. De esta forma, en la concepción privatista, el proceso es un instrumento para las partes y estas lo inician y disponen según convengan a sus intereses.

El artículo 19 del COFJ (2009) expresa: (...) Todo proceso judicial se promueve por iniciativa de parte legitimada. Las juezas y jueces resolverán de conformidad con lo fijado por las partes como objeto del proceso y en mérito de las pruebas pedidas, ordenadas y actuadas de conformidad con la ley.

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

Los procesos se sustanciarán con la intervención directa de las juezas y jueces que conozcan de la causa. Se propenderá a reunir la actividad procesal en la menor cantidad posible de actos, para lograr la concentración que contribuya a la celeridad del proceso... (pp. 8, 9)

Principios del sistema dispositivo: Del texto legal transcrito, se desprenden algunos de los principios propios del sistema dispositivo, entre ellos:

La iniciativa de parte.- Todo proceso inicia por demanda de parte. Este principio se desprende del aforismo *nemo iudex sine actore*. Por lo cual, el titular del derecho afectado o cuyo reconocimiento se pretende, acude al órgano jurisdiccional con su acción para reclamar la composición del litigio o la satisfacción de un derecho privado. Por ello, el sistema de justicia no se pondrá en movimiento sino existe esa demanda de parte, siendo imposible que el juez inicie el proceso, por tratarse de derechos privados cuya disposición le incumbe a sus titulares.

Limitación del *thema decidendum*.- La pretensión del actor y la defensa del demandado, constantes en los actos de proposición, demanda y contestación, son los que fijan el *thema decidendum*. Es decir, que la decisión del órgano jurisdiccional tendrá que ser congruente con los hechos litigiosos, no podrá pronunciarse sobre cuestiones extrañas a estos, ni aportar otros, sino atenerse estrictamente al objeto de la controversia.

Las partes pueden disponer de sus derechos.- En tratándose de sus derechos privados, las partes pueden transigir libremente, incluso del proceso, considerado como cosa de partes, pueden concluirlo anticipadamente, por cualquier forma de terminación.

Alvarado (2010) expuso las características del sistema dispositivo, desde la perspectiva de la actuación del juez en el proceso. Así expresó que el proceso se inicia por actuación de parte, nunca por el juez; el impulso procesal le corresponde a las partes, nunca al juez. Como tercero en el conflicto, debe mantenerse imparcial, imparcial e independiente. No debe preocuparle ni interesarle la búsqueda de la verdad. (Ob. cit. pp. 48-50) En este sistema no tiene cabida un juez con poderes instructorios, pues, es propio

del sistema dispositivo, el juez que mantiene una actitud pasiva, esperando el momento en que las partes soliciten de él la sentencia judicial, solo ahí dejará su inercia.

1.5.2 Sistema inquisitivo

La corriente procesal del activismo judicial, duramente criticada por los garantistas, ha sido enrolada al sistema inquisitivo de enjuiciamiento, por el contenido de su tesis que le otorga amplios poderes al juez, por considerar el interés público del proceso por encima de los intereses privados de las partes. Hemos abordado anteriormente la determinación histórica del apareamiento del fenómeno de la publización del proceso, establecido a fines del siglo XIX, a partir de la Ordenanza Klein. En este modelo de proceso diseñado por el austriaco, se mantuvo la necesidad de parte para iniciar el proceso, no lo iniciaba de oficio el juez. Pero, se estableció una separación entre el asunto privado de las partes, sobre el cual seguían tenían teniendo libre disposición, y sobre la función pública del proceso, se le concedió al juez poderes de dirección y de decretar prueba para esclarecer la verdad.

El sistema inquisitivo no surge con el fenómeno de la publización del proceso. Su significado, históricamente está relacionado con la inquisición, que fue el sistema de enjuiciamiento criminal implantado por la Iglesia Católica, por el cual se castigaban las herejías cometidas en contra de los dogmas de la Iglesia y de instituciones como el matrimonio. Célebres han sido los juicios en los que condenaron a la hoguera por herejía, incluso a científicos que se atrevieron a contradecir, desde la ciencia, dogmas de fe. Algunos científicos censurados y condenados fueron, entre otros, Galileo Galilei y Giordano Bruno.

Pero, en sus inicios la inquisición no fue como la que conocemos. Sobre la forma de enjuiciamiento en los tribunales eclesiásticos, Sánchez (2005) sostuvo que: (...) Hasta los años de la aparición de la Inquisición el procedimiento criminal común en los tribunales eclesiásticos era el acusatorio romano donde el juez no actuaba por su propia iniciativa, sino

que debía ser movido por un acusador responsable,... En este sistema el asunto criminal se debatía entre dos particulares como un asunto civil. El acusador jugaba el papel del demandante, era el que buscaba y obtenía las pruebas destinadas a convencer al juez y lograr la condena... (p. 19)

En principio, se le encargó a los obispos que acudan a los lugares donde se daban casos de herejía para que sean investigados y juzgados. Esta es la conocida inquisición episcopal, en este estadio a la Iglesia más que condenar a los herejes le importaba que sean convertidos; puesto que, en sus inicios entre los representantes de la Iglesia no había acuerdo en la forma de castigar a los herejes. Así es que, por una parte no se admitía la posibilidad de castigar la herejía como un crimen, otros se mostraban de acuerdo en sancionarlo con penas espirituales.

El Concilio IV de Letrán, en el año 1215, se reconoce históricamente, como el hecho del surgimiento de la Inquisición, que le fue asignada a las órdenes mendicantes de los Dominicos y de los Franciscanos. Se continuó con la labor de investigación de oficio de la herejía y otros delitos. Para lograr la confesión se instauró la tortura y otros tormentos, pues se continuó considerando la reconciliación del hereje a través del arrepentimiento. La condena por delitos eclesiales contemplaba la muerte en la hoguera, la confiscación de los bienes del hereje y la persecución de la pena hasta los parientes. Sánchez (2005) manifestó que "(...) La Inquisición llegó a plantear y abrir procesos post mortem. En tal caso, si el difunto sospechoso resultaba hereje, se exhumaban sus huesos y eran quemados..." (p. 10)

Así, como características propias de este sistema inquisitivo, se desprenden: 1) El proceso se inicia de oficio por el mismo juez que debe resolver; 2) El juez a la vez es quien tiene que investigar los hechos para encontrar las pruebas de la acusación, a fin de no ser sancionado por una denuncia falsa; 3) Se llegó a establecer métodos de tortura para que el

acusado confiese la verdad; 4) El proceso se desarrolla por escrito y en secreto, el acusado no conoce a quien lo denunció ni tiene contacto con los testigos.

En relación a las características antes descritas, podemos manifestar que, no existe ningún sistema procesal que pueda ser considerado puramente inquisitivo. Dado que en la actualidad la mayoría de los sistemas procesales consagran los derechos fundamentales que se constituyen como garantía de las partes procesales. Es por ello que, sostener la afirmación que otorgarle poderes probatorios al juez en la búsqueda de la verdad sea síntoma de un modelo inquisitivo, consideramos que constituye un yerro.

1.6 Derecho Comparado: Análisis comparativo de la prueba de oficio en legislaciones procesales de otros países.

En este apartado, realizaremos un estudio comparativo de la prueba de oficio en legislaciones procesales de otros estados. A efectos, de determinar por medio de los preceptos legales y de criterios de procesalistas, si la prueba de oficio es considerada como un deber legal o una facultad discrecional del juez y si el ejercicio de dichos poderes podrían representar un riesgo o vulnerar las garantías procesales de las partes.

1.6.1 La Prueba de Oficio en Colombia

En Colombia, el Código General del Proceso (2012) en su artículo 170, dispone (...) Decreto y práctica de prueba de oficio.- El juez deberá decretar pruebas de oficio, en las oportunidades probatorias del proceso y de los incidentes y antes de fallar, cuando sean necesarias para esclarecer los hechos objeto de la controversia. Las pruebas decretadas de oficio estarán sujetas a la contradicción de las partes. (p. 81)

De la disposición citada, se observa que en Colombia, respecto del decreto oficioso de pruebas, el legislador no consideró otorgarle una facultad al juez, sino que lo elevó a la

categoría de deber legal, a efectos de la búsqueda de la verdad de los hechos litigiosos. Esta disposición, además expresamente consagra la garantía del derecho de contradicción para las partes sobre la prueba decretada de oficio. Esto, determina que la prueba aportada o incorporada al proceso por decreto del juez, tiene el mismo trámite que cualquier otra prueba aportada al proceso. Es decir, que por ser un medio de prueba decretado de oficio, no adquiere carácter privilegiado, sino que ingresa al acervo probatorio, siguiendo las mismas reglas para su validez y valoración.

El artículo 169 del referido código, establece lo siguiente: (...) Las pruebas pueden ser decretadas a petición de parte o de oficio cuando sean útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes. Sin embargo, para decretar de oficio la declaración de testigos será necesario que estos aparezcan mencionados en otras pruebas o en cualquier acto procesal de las partes... (2012, p. 81)

Así las cosas, en estas normas se advierte una discordancia entre sí, pues por una parte se afirma que la prueba de oficio es una facultad del juez y por otra que se trata de un deber que deba cumplir en la dirección del debate probatorio para esclarecer los hechos. Sin embargo, para dilucidar este problema nos remitimos al artículo 42 ibidem, que establece como un deber legal del juez emplear los poderes que se le concede en materia de pruebas de oficio para verificar los hechos alegados por las partes. Lo cual, reafirma la categoría de deber que se le ha impuesto al juez para la práctica de pruebas de oficio. Además que, en los artículos 43 y 44 se encuentran expresamente señalados los poderes de instrucción y corrección del juez.

La Corte Suprema de Justicia de Colombia, en Sala de Casación Civil, sobre la prueba de oficio se pronunció manifestando que esta no puede ser ejercida como un mecanismo para suplir la negligencia de las partes, esto representaría un límite para que el juez deba observar

en su ejercicio, pues como hemos manifestado, todo poder debe ser limitado. Y la Corte Constitucional por su parte, en diversas sentencias (T-264 de 2009, T-764 de 2011, C-086 de 2016) ha reafirmado el deber legal del juez de decretar las pruebas de oficio, sosteniendo que no existe afectación del debido proceso y no atenta contra su debida imparcialidad. Por lo tanto, el decreto oficioso de pruebas es la concreción del derecho fundamental a la prueba, en procura de alcanzar la verdad. (Quintero, 2018, pp. 24-25)

Para comprender la razón de ser de la prueba de oficio, como deber legal del juez, debemos tener presente que la legislación colombiana, considera al proceso con fines de interés público. De tal forma, que así se desprende la relación que existe entre la prueba de oficio y la búsqueda de la verdad. En este sentido ha fallado la Corte Suprema de Justicia, en el Proceso No. SC-9493-2014 al grado de mencionar que para evitar una decisión contraria a la realidad, el juez debe incorporar de oficio la prueba que haya sido aportada de manera extemporánea.

No obstante, es necesario precisar, que anteriormente a la vigencia del Código General del Proceso, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, ya había establecido que la aportación de pruebas no era iniciativa exclusiva de las partes, así falló en las sentencias de fecha 12 de febrero de 1977 y 22 de julio de 1985, que expresó: “(...) Hoy el juez tiene la misma iniciativa y más amplia, pues las limitaciones que la ley impone a las partes en este punto no lo cobijan a él, puesto que su actividad no está guiada por un interés privado como el de los contendientes, sino uno público, de abolengo superior, cual es la realización de la justicia, uno de los fines esenciales del Estado moderno.”

En este sentido, de los precedentes jurisprudenciales de la referida Corte, observamos que con anterioridad, ya se pronunció a favor del ejercicio de los poderes probatorios del juez, conforme se desprende de la providencia del 22 de enero de 1974, que dijo: “(...) la Corte se

ve obligada a reclamar expresamente de los jueces y magistrados el cumplimiento de los deberes que les imponen las leyes de procedimiento, relativamente a la debida y eficaz producción de las pruebas, en especial de la testimonial, ya exhortar con vehemencia para que ejerzan, con segura autoridad, la importante facultad de decretar, siempre que eso sea menester, pruebas de oficio para que se alcance la realización del derecho material debatido...” (Parra, 2004, p. 95)

1.6.2 La Prueba de Oficio en Perú

El código procesal civil de Perú, desde su publicación en el año 1993, acogió los rasgos propios del fenómeno de la publización del proceso. Así, se colige que en el título preliminar del referido código se ciñe a los fines públicos del proceso y no se limita a la resolución de los conflictos de los particulares. En los artículos II y VI, se establecen los principios de dirección e impulso del proceso y de socialización del proceso, respectivamente; así:

(...) Artículo II.- Principios de Dirección e Impulso del proceso.- La dirección del proceso está a cargo del Juez, quien la ejerce de acuerdo a lo dispuesto en este Código.

El Juez debe impulsar el proceso por sí mismo, siendo responsable de cualquier demora ocasionada por su negligencia. Están exceptuados del impulso de oficio los casos expresamente señalados en este Código.

“(...) Artículo VI.- Principio de Socialización del proceso.- El Juez debe evitar que la desigualdad entre las personas por razones de sexo, raza, religión, idioma o condición social, política o económica, afecte el desarrollo o resultado del proceso.”

En los artículos 50 y 51 encontramos descritos cuáles son los deberes, facultades y responsabilidades de los jueces en el proceso. Como es obvio, el código procesal peruano

orientado a los fines publicísticos del proceso, otorga al juez poderes de dirección, al referirse a su deber de dirigir el proceso, velar por su rápida solución y hacer efectiva la igualdad de las partes. En relación a los poderes probatorios, consta la facultad de ordenar los actos procesales necesarios para el esclarecimiento de los hechos controvertidos, aquí tiene cabida la prueba de oficio. Sin embargo, ya se delinea una limitación, cuando se dispone, que debe respetarse el derecho de defensa de las partes.

Las disposiciones anteriormente citadas, mantienen su contenido, no obstante de la reforma del año 2014. En relación a la prueba de oficio, en cambio, sí se registra una modificación de la disposición legal. Para los efectos del presente trabajo de investigación, realizaremos la comparación, considerando referirnos puntualmente al contenido actual del artículo 194, que es del siguiente tenor:

(...) Artículo 194.- Pruebas de oficio.- Excepcionalmente, cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción el Juez de Primera o de Segunda Instancia, ordenará la actuación de los medios probatorios adicionales y pertinentes que considere necesarios para formar convicción y resolver la controversia, siempre que la fuente de prueba haya sido citada por las partes en el proceso. Con esta actuación probatoria el Juez cuidará de no reemplazar a las partes en su carga probatoria, y deberá asegurarles el derecho de contradicción de la prueba.

La resolución que ordena las pruebas de oficio debe estar debidamente motivada, bajo sanción de nulidad, siendo esta resolución inimpugnable, siempre que se ajuste a los límites establecidos en este artículo.

En ninguna instancia o grado se declarará la nulidad de la sentencia por no haberse ordenado la actuación de las pruebas de oficio.

El Juez puede ordenar de manera excepcional la comparecencia de un menor de edad con discernimiento a la audiencia de pruebas o a una especial.” (Código Procesal Civil, 2014)

Hemos dicho que, en observancia de los principios constantes en el título preliminar, este código adhiere a la corriente publicista o solidarista del proceso. Sin embargo, respecto de la prueba de oficio –artículo 194- podríamos considerar que, con la evidente finalidad de limitar la facultad que el legislador le ha otorgado al juez para dirigir el proceso y para ordenar los actos procesales necesarios para el esclarecimiento de los hechos, claramente se ha introducido restricciones y limitaciones al poder del juez.

En tal sentido, limitar la iniciativa probatoria del juez, sea que esta se considere como un deber legal o como una potestad discrecional, no planteamos ninguna discrepancia al respecto. Tanto más que, en esta investigación, precisamente, proponemos señalar cuáles deben ser los límites que cualquier juez deba observar en el ejercicio de los poderes que ostente. No obstante, que como hemos señalado, adherimos a la corriente que se muestra favorable al otorgamiento de poderes al juez, sin embargo, hemos manifestado también que, estos deben ser ejercidos dentro de un marco de acción que respete irrestrictamente las garantías constitucionales de las partes procesales.

Continuando con el análisis del artículo 194, se observa un primer límite para el decreto de pruebas de oficio, al señalarse su carácter excepcional. Sin embargo, esta restricción se centra en señalar que, cuando para el juez exista insuficiencia probatoria que no le permita formar convicción de los hechos; en esos casos, ordenará –deber o mandato- la prueba de oficio. Un segundo aspecto que podríamos considerarlo como límite, es que esa prueba que considere necesaria debe dirigirlo a la fuente de prueba, es decir, que el juez debe atenerse estrictamente a los hechos alegados por las partes, a los hechos litigiosos, como es lógico, en su función de juzgador, no puede referirse a hechos no alegados. Un tercer límite,

es el cuidado que debe tener el juez para evitar reemplazar a las partes en la carga probatoria, y asegurarles el derecho de contradicción, este último aspecto de la contradicción, consideramos que no podría constituir un límite, sino más bien, es un presupuesto que determina la validez del medio probatorio actuado.

La prueba de oficio en la legislación procesal peruana se encuentra amparada bajo lo que se ha designado como un sistema mixto, pues se advierte la presencia de los sistemas dispositivo e inquisitivo, así: (...) en un primer momento se presencia el sistema inquisitivo porque la conducción del proceso está a cargo del juez...en otro momento notamos que el sistema dispositivo está presente porque los hechos le corresponde a las partes, pero no significa que el juez no pueda ejercer su poder discrecional de iniciativa probatoria, nuevamente aparece el sistema inquisitivo... (Priori & Alfaro, 2018, p. 157) Y es que actualmente, desde la doctrina se ha concordado que no existen sistemas procesales dispositivos o inquisitivo que se mantengan químicamente puros.

1.6.3 La prueba de oficio en Argentina

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina (2002), entre los deberes y facultades del juez, establece en el artículo 36 deberes y facultades ordenatorias e instructoras del proceso, así:

(...) Art. 36. - Aún sin requerimiento de parte, los jueces y tribunales deberán:

4) Ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes. A ese efecto, podrán:

a) Disponer, en cualquier momento, la comparecencia personal de las partes para requerir las explicaciones que estimen necesarias al objeto del pleito;

b) Decidir en cualquier estado de la causa la comparecencia de testigos con arreglo a lo que dispone el artículo 452, peritos y consultores técnicos, para interrogarlos acerca de lo que creyeren necesario;

c) Mandar, con las formalidades prescriptas en este Código, que se agreguen documentos existentes en poder de las partes o de terceros, en los términos de los artículos 387 a 389... (pp. 14, 15)

El código procesal argentino establece cuáles son las facultades y deberes del juez, y en ese sentido, ha quedado clara la intención del legislador de dotar al juez de poderes instructorios. Así, el tenor literal de la citada norma, dispone que los jueces, aún sin requerimiento de las partes deberán -este término entraña la determinación de un deber del juez, es decir, un mandato de actuación y no una facultad que podría ser ejercida o no- ordenar las actuaciones que corresponda para el esclarecimiento de la verdad. Así, este código impone al juez el deber de actuar las diligencias que estime necesarias para llegar a la verdad, lo que en definitiva, será logrado a través del decreto de prueba de oficio.

En consecuencia, hallándose establecido el deber del juez para decretar prueba de oficio, el código procesal argentino, prevé también los medios de prueba que puede actuarse por orden del juez. Así, se establece que, el juez puede actuar de oficio, una amplia variedad de medios de prueba; a saber: testimoniales, documentales y periciales, como reconstrucción de los hechos, reconocimiento judicial, exámenes científicos. El artículo 378, señala que los medios de prueba no deben afectar la moral, la libertad personal de los litigantes o de terceros, o no estén expresamente prohibidos para el caso. Lo anterior, se entiende no como un límite de la prueba, sino como un requisito de validez en la producción de la prueba, es decir, de afectarse los valores indicados, resultaría prueba ilícita.

No obstante, en este código procesal, aunque no se hallan establecidos expresamente, se evidencia que sí se existen límites al poder probatorio del juez. Así el artículo 484, dispone que con el llamamiento de autos quedará cerrada toda discusión y no podrán presentarse más escritos ni producirse más prueba, salvo las que el juez dispusiese en los términos del artículo 36, inciso 4). Estas deberán ser ordenadas en un solo acto.

Esta norma se comprende como un límite para el juzgador, puesto que, puede ordenar prueba de oficio en cualquier momento del trámite del proceso, es este momento procesal que habiéndose actuado todas las pruebas solicitadas por las partes, el juez puede encontrarse en una situación de necesidad de esclarecer los hechos. En estricta lógica, esclarecer los hechos controvertidos no exige del juez la tarea de averiguar los hechos, sino de aclararlos, de clarificarlos.

De tal manera, que actuar prueba para esclarecer los hechos ya supone un límite en la actuación probatoria del juez, puesto que, no se trata de ordenar pruebas cuando las partes no han solicitado ninguna, en cuyo caso, se mantiene la regla de juicio de carga de la prueba en contra de la parte que no ha comprobado sus afirmaciones. Por lo que, no se afecta la imparcialidad del juez, pues no está reemplazando la actividad probatoria de las partes.

Otro límite a la prueba de oficio, lo encontramos en el artículo 452, en cuanto establece que el juez podrá disponer de oficio la declaración en el carácter de testigos, de personas mencionadas por las partes en los escritos de constitución del proceso o cuando, según resultare de otras pruebas producidas, tuvieren conocimiento de hechos que puedan gravitar en la decisión de la causa. De esta norma, se desprende que el juez no puede incorporar prueba de oficio, sino tiene relación con los hechos alegados por las partes en los actos de proposición o de las pruebas aportadas por las partes, es decir, que únicamente podrá remitirse a la fuente de prueba.

Carrillo, (2009) expresó que: (...) Es obvio que el juez al ordenar la medida puede beneficiar a una parte y perjudicar a otra, que habría salido beneficiada con la ausencia de su producción. Pues bien, es obvio también que el magistrado cuando la ordena desconoce su resultado, que sin duda ha de beneficiar al interés superior de la justicia por encima de la afectación de algún interés privado. Desconfiando y destruyendo las pruebas preparadas de mala fe no compromete su imparcialidad; en cambio, compromete la majestad de su función cuando renuncia a la investigación de la verdad objetiva y se convierte por inacción en cómplice de una mala causa... (Ob. Cit. pp. 43-44) El autor, sostuvo que, indudablemente la práctica de la prueba de oficio beneficiará a una de las partes litigantes en perjuicio de su contraparte, sin embargo, destacó que quien resultará beneficiado es el proceso, que por la búsqueda de la verdad, logrará la realización de la justicia, fin supremo que debe perseguir el juez.

1.6.4 Prueba de Oficio en España

La ley de enjuiciamiento civil española del año 2000, en su artículo 429, número 1, segundo inciso, respecto de la prueba de oficio, dispone que:

(...) Artículo 429. Proposición y admisión de la prueba. Señalamiento del juicio.

1. Si no hubiese acuerdo de las partes para finalizar el litigio ni existiera conformidad sobre los hechos, la audiencia proseguirá para la proposición y admisión de la prueba.

La prueba se propondrá de forma verbal, sin perjuicio de la obligación de las partes de aportar en el acto escrito detallado de la misma, pudiendo completarlo durante la audiencia. La omisión de la presentación de dicho escrito no dará lugar a la inadmisión de

la prueba, quedando condicionada ésta a que se presente en el plazo de los dos días siguientes.

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.

En el caso a que se refiere el párrafo anterior, las partes podrán completar o modificar sus proposiciones de prueba a la vista de lo manifestado por el tribunal. (pp. 166, 167)

De la norma citada, destacamos en primer lugar la presencia del carácter dispositivo del proceso civil español marcado por la prevalencia de la voluntad de las partes, en cuanto hace referencia al acuerdo entre ellas para terminar el litigio o a falta de este se continúa con la proposición de prueba. De igual manera, sucede con el acervo probatorio, si el juez advierte que las pruebas aportadas por las partes son insuficientes para formarse una convicción sobre los hechos controvertidos, debe poner a consideración de las partes, a fin de que estas propongan la o las pruebas necesarias –rasgo del sistema dispositivo-

No obstante, la ley de enjuiciamiento civil, prevé que en ejercicio de sus poderes probatorios, el juez también puede decretar prueba de oficio para el esclarecimiento de los hechos controvertidos. Esta iniciativa probatoria que la ley le asigna al juez, también es objeto de controversia entre los tratadistas españoles, como Montero, quien considera que tal poder para conseguir la verdad material es síntoma de un sistema autoritario.

Sin embargo, es necesario resaltar que, respecto de la prueba que el juez o tribunal creyere conveniente decretar de oficio, la ley procesal dispone, que esta debe ceñirse a los elementos de prueba que existen en los autos. Lo cual, puede considerarse un límite al ejercicio del poder probatorio del juez, que no puede aportar hechos sino remitirse estrictamente a los alegados y de las pruebas aportadas por las partes. Es decir, el límite será remitirse a la fuente de prueba, para evitar que el juez incorpore hechos nuevos o que salga en búsqueda de hechos que no forman parte del objeto del proceso.

La ley de enjuiciamiento civil en su artículo 289 establece la forma de practicarse las pruebas, y señala que estas se practicarán contradictoriamente en vista o con publicidad, ante la presencia inexcusable del funcionario judicial en la prueba testimonial, reconocimientos de lugar, y en la práctica de dictámenes periciales. Por lo que, se señala expresamente que la práctica de pruebas debe cumplirse en la forma prevista, lo que asegura la vigencia de los principios que rigen la prueba y su práctica.

Así, Díez-Picazo (2012) expresó (...) La Ley de Enjuiciamiento Civil, parte, sin embargo, de una concepción liberal y garantista del proceso; éste sigue siendo -cosa de partes- y el juez un tercero imparcial que ve aumentados sus poderes no en detrimento de los poderes de las partes, sino en beneficio mismo del proceso y de su regularidad formal... (Montero citado por Díez-Picazo, 2012, p. 41) Finalmente, como conclusión, expresamos que en las normas referentes a los poderes probatorios del juez no se señaló si este corresponde a una facultad que puede ser ejercida o no a criterio del juez o si se trata de un deber legal; sin embargo, si creemos que dicho poder de decretar prueba de oficio se encuentra debidamente limitado para evitar una actuación inquisidora.

1.7 La prueba de oficio: ¿Deber legal o facultad discrecional del juez?

En todo proceso judicial, lo más importante son los hechos y las pruebas. Respecto de los hechos, le corresponde únicamente a las partes procesales establecer cuáles son los hechos sobre los que se va a litigar. Es decir, que las partes deben presentar al juez los hechos que constituirán el objeto del proceso. En este sentido, los hechos serán expuestos en los actos de proposición, esto es, en la demanda y en la contestación a la demanda, en la reconvención y en su contestación.

Por lo que, no tenemos ninguna discrepancia respecto de la aportación de los hechos, estos deberán ser incorporados al proceso, únicamente por las partes litigantes. La controversia, se basa precisamente en los hechos, que acontecidos en el mundo real, han producido efectos jurídicos, y los cuales únicamente pueden ser propuestos por las partes procesales. En relación a las pruebas, como hemos marcado en esta investigación, nos adherimos a la corriente procesalista que sostiene la necesidad de otorgarle al juez poderes probatorios para la averiguación de la verdad, lo que servirá para fundamentar la decisión del caso concreto, y lograr la justicia como uno de los fines del derecho.

Como se ha podido determinar, del estudio de los antecedentes históricos del sistema procesal civil ecuatoriano, respecto de la prueba de oficio, desde el Código de Enjuiciamiento Civil de 1907 hasta el Código de Procedimiento Civil de 2005, el decreto oficioso de pruebas ha sido establecido como una facultad discrecional del juez, a quien se le ha impuesto como única prohibición, ordenar la prueba de testigos. Es importante señalar, que el tenor literal de estas normas legales, faculta al juez a decretar, de oficio –las pruebas- que considere apropiadas para esclarecer la verdad. Es decir, el juez puede considerar si ordena una, dos o más pruebas de oficio, a fin de esclarecer la verdad de los hechos.

Por su parte, el Código Orgánico General de Procesos, nuestra ley procesal vigente, en su artículo 168, si bien se mantiene la esencia de la prueba de oficio como una facultad del

juzgador, adicionó al texto de la disposición legal, que su práctica tiene que ser decretada de manera excepcional, así como el deber de expresar las razones de su decisión. Esta norma expresa que se podrá ordenar la práctica de -la prueba- que se juzgue necesaria; debemos señalar en este sentido, que el CPC se refería a la práctica de -las pruebas-

Notamos así, una diferencia entre las disposiciones legales del CPC y del COGEP, en relación al número de pruebas, que si bien el COGEP no señala un límite respecto al número de pruebas que se deban practicar; el uso del singular se refiere a una sola cosa o persona, en este caso a una sola prueba; en oposición del CPC que del uso del plural se refiere a dos o más cosas o personas, en este caso, a dos o más pruebas.

Sin embargo de lo anterior, a la luz del paradigma neo constitucional, que el derecho a la prueba se encuentra consagrado como un derecho fundamental, y de la función del Estado como instrumento para la satisfacción de los derechos fundamentales; así como del nuevo modelo de proceso civil establecido en el COGEP; cuyos pilares fundamentales se asientan sobre la regla de la oralidad y del poder de dirección del proceso en la persona del juez; consideramos que, hasta cierto grado el texto del artículo 168, podría suponer otorgarle al juzgador una facultad cuyo ejercicio se puede interpretar como restrictivo para el decreto de prueba de oficio.

El presente trabajo de investigación se centra en formular cuáles deben ser los límites a la iniciativa probatoria del juzgador para ordenar prueba de oficio frente al principio de la carga de la prueba. Sin embargo, como hemos señalado en la justificación del problema, consideramos que el artículo 168 del COGEP debería señalar expresamente cuáles son los límites que deben moderar el ejercicio del poder probatorio del juez; puesto que, el decreto oficioso de prueba constituye un poder público otorgado al juez, y este poder, como cualquier

otro, debe tener límites que hagan posible su ejercicio sin vulnerar derechos de las partes litigantes.

Es por ello, que consideramos necesario, que con este trabajo de investigación, podamos aportar con una propuesta de reforma del artículo 168 del COGEP, que permita al juzgador, desde el reconocimiento de la importancia que representa la prueba de oficio para la búsqueda de la verdad, ejercer su poder probatorio, dentro de los límites que logren alcanzar un equilibrio entre la búsqueda de la verdad y la vigencia de las garantías constitucionales del proceso. Así, en el decreto de la prueba de oficio se plantea por una parte, el riesgo de quebrantar la debida imparcialidad del juez, por otra parte, abstenerse de ejercer este poder probatorio debido a su carácter excepcional, conllevaría a sacrificar la búsqueda de la verdad como medio para alcanzar la justicia.

Para lograr este pretendido equilibrio, debemos dejar asentados expresamente los límites que deben templar el ejercicio del poder probatorio del juez. En este sentido, consideramos que la redacción de la norma legal sobre la prueba de oficio, figura un problema, desde dos aspectos: Uno de ellos, precisamente es la ausencia de los debidos límites, y otro, que se haya legislado restringiendo su práctica estimándole el carácter de facultad que debe ejercer de manera excepcional.

Podría acusarse de contradictorio que; por una parte, sostenemos que la ley deba señalar expresamente los límites a la prueba de oficio; y que por otra parte, manifestemos que no estamos de acuerdo que la ley fije el carácter excepcional para decretar la práctica de prueba de oficio. Pero, no es así, no existe ninguna contradicción en estas consideraciones, puesto que, restringir la práctica de la prueba de oficio estipulando su carácter de excepcionalidad, es decir, decretar de manera –extraordinaria- su práctica, así como señalar el requisito de expresar las razones de su decisión, desde ningún punto de vista puede

considerarse que estos dos factores: excepcionalidad y motivación, constituyan los límites razonables y epistemológicos al ejercicio del poder probatorio del juez.

En relación a la obligación de expresar las razones de su decisión, para decretar prueba de oficio; esta es una condición correlativa al deber constitucional de la motivación de los actos del poder público. En consecuencia, todas las decisiones de las autoridades públicas deben contener el requisito de motivación, a fin de evitar la arbitrariedad de su decisión, por lo tanto, la falta de motivación, acarrea la nulidad del acto o resolución.

Respecto del carácter de facultad –excepcional- ha sido incorporado en el COGEP, no ha estado presente en las normas procesales que históricamente han establecido la prueba de oficio. No encontramos justificación para mantener este elemento de excepcionalidad, puesto que, si la ley prescribe que el juzgador “podrá” ordenar que se practique la prueba que estime pertinente para conseguir esclarecer la verdad de los hechos, indudablemente estamos frente a la determinación de una facultad discrecional del juzgador.

En consecuencia, le corresponde exclusivamente al juzgador, por su íntima convicción, ordenar de oficio la o las pruebas que considere necesario para el esclarecimiento de los hechos. Así, constituyendo una facultad discrecional del juez, el ejercicio de este poder probatorio no puede ser exigido a obrar, ni por las partes procesales ni por los tribunales superiores. Así ha quedado establecido en diversos pronunciamientos contenidos en múltiples sentencias, entre las que se exponen a continuación:

(...) SÉPTIMO: Pretende la recurrente que se case la sentencia, porque no se ha aplicado el Art. 277 del Código Tributario, que faculta a la Sala ordenar de oficio las pruebas que estime convenientes para el esclarecimiento de los hechos. Se deja sentado que esta facultad oficiosa es exclusiva de la Sala Juzgadora y por tanto, el no haberla ejercido no puede

ni debe ser motivo de un recurso de casación... (Gaceta Judicial Año CVIII Serie XVIII No. 3 Página 1205, 2007)

Sala Laboral (2011) (...) 4.2) Sostiene además que la Sala que dictó la sentencia atacada no aplicó el artículo 118 del Código de Procedimiento Civil que dispone que los jueces "podrán ordenar de oficio las pruebas que juzguen necesarias para el esclarecimiento de la verdad"; 4.3) La Sala considera que si bien la disposición contenida en la norma legal citada es de aplicación opcional para los jueces y en vista de haberse agregado al proceso la copia del décimo quinto contrato colectivo celebrado entre el H. Consejo Provincial de Loja y el Comité Central Único de Obreros del H. Consejo, en la sentencia se debió haber considerado este contrato a fin de mandar a pagar las indemnizaciones que le han sido negadas, esto por el carácter tuitivo de nuestra legislación laboral y por así disponerlo el artículo 5 del Código del Trabajo... (Gaceta Judicial Año CXI Serie XVIII No. 10 Página 3804, 2011)

De lo anterior, se colige que, la norma procesal sobre la prueba de oficio en el COGEP, antes que contener los límites que deberían existir entre el poder probatorio del juez y las garantías del proceso, a fin de averiguar la verdad de los hechos que conlleve a un decisión justa del litigio; podría considerarse que restringe su ejercicio, al designarle la calidad de facultad que puede ejercer de manera excepcional.

Es incontrovertible que todo proceso, sea judicial, administrativo, militar, se debe garantizar tanto la vigencia y respeto de las garantías fundamentales del proceso, así como propender a la búsqueda de la verdad, llegar a reconstruir de forma verdadera los hechos acontecidos en el mundo real, con la objetividad e imparcialidad del juez. Es decir, que debe buscarse el equilibrio que permita la subsistencia de ambos; sin priorizar la verdad sobre las garantías procesales, ni preferir éste último por sobre la verdad.

El Dr. Rodas (2013) recomendó lo siguiente: (...) 1. Es necesario acortar la brecha entre la dimensión teórica y la dimensión aplicativa respecto de la pertinencia de las pruebas de oficio, a cuyo efecto, la Escuela de la Función Judicial tiene un importante desafío: capacitar a juezas y jueces para la oportuna instrumentación de mecanismos que hagan posible, a través del impulso oficioso en materia probatoria, la actuación de los órganos jurisdiccionales cada vez más activa y propositiva, en procura del mejoramiento cualitativo de la administración de justicia. Esto debe ser política de justicia, concebida y ejecutada por el Consejo de la Judicatura... 2. Siendo necesario establecer límites a la facultad judicial en materia de pruebas, a fin de evitar conculcación al derecho y a las garantías del debido proceso, es conveniente, en el marco de la Constitución y la ley, que se establezca a nivel del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, sin perjuicio de la doctrina jurisprudencial de la Corte Constitucional, pautas que permitan a juezas y jueces viabilizar el poder-deber de ordenar pruebas de oficio... (pág. 143)

El referido autor, en su tesis de maestría, en el año 2013 del estudio de la prueba de oficio, ya mencionó un poder-deber del juez para ordenar pruebas de oficio, en el modelo del sistema procesal escrito del CPC. En tal virtud, en el actual contexto del modelo procesal de oralidad o de juicio por audiencias, es aún más necesaria la activa participación del juez tanto en el ejercicio de su función como director del proceso cuanto como en su facultad de decretar prueba de oficio. Esto con el propósito de averiguar la verdad, y así cumplir con la función de la prueba -llevar al juzgador al convencimiento de los hechos controvertidos- para ello debe ser protagonista en la actividad probatoria. En los tiempos actuales ya está proscrito el juez espectador o juez inerte, por ello debe valorar la prueba aportada por las partes y si no tiene la convicción de la verdad, para su esclarecimiento debe ordenar la práctica de pruebas; priorizando también la vigencia de las garantías constitucionales del proceso.

1.8 Las garantías constitucionales del proceso

En este apartado, trataremos sobre las garantías constitucionales que afectan al proceso, o expresado de mejor manera, que amparan a las partes dentro del proceso judicial. El debate planteado doctrinariamente, entre garantistas y activistas, respecto de la incidencia negativa de la prueba de oficio y la vulneración de las garantías constitucionales, por una parte, y de la eficiencia que se debe alcanzar en beneficio de las partes para proteger adecuadamente sus derechos, por otra parte.

Con respecto a la iniciativa probatoria del juez en relación al decreto oficioso de pruebas, la corriente garantista, ha señalado que esta iniciativa compromete los derechos que tienen las partes procesales a la imparcialidad judicial y a la igualdad procesal, afectándose así al debido proceso; mientras que, los activistas han manifestado que sus postulados respetan estas garantías, que su finalidad es brindarle a las partes involucradas en un conflicto, una eficiente tutela judicial de sus derechos.

Palacio (2003) sostuvo que los principios procesales son directivas generales que inspiran cada ordenamiento jurídico procesal. Señaló que los principios cumplen las siguientes funciones: (...) 1°) Sirven de bases previas al legislador para estructurar las instituciones del proceso en uno u otro sentido; 2°) Facilitan el estudio comparativo de los diversos ordenamientos procesales actualmente vigentes, así como el de los que rigieron en otras épocas; 3°) Constituyen instrumentos interpretativos de inestimable valor. (pp. 62-63)

Por ello, abordaremos el estudio de los principios de igualdad procesal y de la imparcialidad judicial, así como las garantías del debido proceso y de la tutela judicial efectiva, exponiendo su significación, alcance e importancia. Esto, debido a que dentro del proceso judicial, existen reglas básicas con rango constitucional que deben ser garantizadas

por los operadores de justicia, para que el proceso sea válido, cuya inexistencia legislativa o vulneración por parte del juez, viola el debido proceso.

1.8.1 El principio de igualdad procesal

La igualdad, expresó Carbonell (2003) es un concepto que concierne igualmente a diversas disciplinas de las ciencias sociales, como la economía, la política, el derecho, entre otros. (2003, p. 9) En relación al derecho, la noción de igualdad toma gran importancia, sobre todo en el campo de los derechos humanos, puesto que, el principio de ser tratados como iguales ante la ley, es un derecho que se encuentra garantizado en casi todas las constituciones actuales.

Como antecedente histórico, podemos recordar los postulados proclamados durante la Revolución Francesa bajo el lema de libertad, igualdad y fraternidad. Que, posteriormente se concretó en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que en su artículo 1 expresó: “(...) Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común...” Pero, debemos señalar otro evento histórico cronológicamente anterior a la Revolución Francesa y que fuere el impulso de ella, esto es, la Independencia de las Trece Colonias en Norteamérica de 1776 y en consecuencia, la Constitución de los Estados Unidos de 1787, que fueron inspirados por el pensamiento de los filósofos franceses del siglo XVIII, llamado también el siglo de las luces.

En virtud de los acontecimientos históricos narrados en el párrafo precedente, se generó el movimiento emancipador de las colonias españolas en el continente americano, imbuidas de las ideas de la ilustración. Como consecuencias de la Revolución Francesa, se ha señalado que esta marcó el inicio de la Edad Contemporánea, así como el punto de partida para la adopción en el mundo occidental de un nuevo modelo de estado, republicano y democrático, que se asienta sobre la base de la teoría de la división de poderes.

Nuestra Constitución en su artículo 11 consagra el derecho a la igualdad ante la ley, bajo el precepto que todas las personas son iguales y gozan de los mismos derechos, deberes y oportunidades. En el ámbito del proceso judicial, el artículo 76 *ibidem*, establece el derecho de las personas a la defensa, que incluye la garantía de ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones. Este derecho se encuentra también consagrado en la Convención Americana de Derechos Humanos.

Pero, ¿En qué consiste la igualdad en el proceso? En el derecho procesal, el principio de la igualdad ante la ley, se denomina también como principio de igualdad de armas, es una garantía para las partes procesales, que consiste en darles un trato de iguales. Es decir, que las partes en conflicto, materialmente desiguales, puedan enfrentarse en el proceso en igualdad de condiciones y con las mismas oportunidades y derechos, sin que se establezcan excepciones ni privilegios para una u otra parte. Así, actor y demandado tendrán las mismas oportunidades y derechos para ejercer su acción y su defensa; para anunciar, practicar y contradecir pruebas; para presentar impugnaciones y recurrir los fallos judiciales.

Es algo común y hasta natural que entre los ciudadanos, por factores económicos, sociales, políticos, culturales, entre otros, exista desigualdad. En este sentido, la igualdad procesal, es uno de los principios rectores del proceso, recalcamos este carácter de principio que lo distingue de las reglas. Así, las reglas admiten siempre dos opciones y los principios no. La oralidad y la escritura son reglas porque admiten dos formas de los actos procesales. La igualdad es un principio porque no se admite otra opción en el proceso, se excluye la desigualdad, porque esta derrumbaría los fundamentos jurídicos y democráticos de un estado de derecho.

Por ello, la igualdad procesal, representa para los ciudadanos, -partes procesales en el proceso- una garantía para ejercer sus derechos en igualdad de condiciones, con las mismas

oportunidades, sin diferencias ni distinciones. Así, las partes procesales que naturalmente son desiguales, en el proceso serán tratadas en un plano de iguales, de paridad absoluta, sus derechos serán respetados por igual, sin observar ninguna condición ni privilegio, evitándose así que una parte quede en inferioridad jurídica respecto de la otra.

El maestro Alvarado (2009) expresó: (...) igualdad significa paridad de oportunidades y de audiencia; de tal modo, las normas que regulan la actividad de una de las partes antagónicas no pueden constituir, respecto de la otra, una situación de ventaja o de privilegio, ni el juez puede dejar de dar un tratamiento absolutamente similar a ambos contendientes... (p. 188)

Por ende, la igualdad es un principio rector del proceso, es una característica esencial del mismo, que tiene como consecuencia directa al principio de contradicción o bilateralidad. En este sentido, la igualdad procesal se asienta sobre dos bases primordiales; en primer lugar, por ser un derecho fundamental, en la ley suprema, por cuanto se encuentra garantizada en la mayoría de las constituciones modernas; y en segundo lugar, en la persona del juez, a quien se la ha impuesto el deber de velar por mantener la igualdad entre el actor y el demandado.

No obstante, que el derecho de igualdad ante la ley se halle consagrado en la Constitución, y que se encuentre garantizado en un proceso diseñado para que el juez asuma el deber de preservar la paridad de oportunidades entre las partes, la desigualdad material entre los litigantes es una realidad innegable. Por tal motivo, Calamandrei (1960) manifestó que: (...) en el proceso puede existir entre las partes una igualdad teórica a la que no corresponde una paridad de hecho; las dos son “personas” en el mismo sentido, pero los medios de que disponen para hacer valer esta igualdad son desiguales. Y esta desigualdad de medios puede significar, dentro del proceso, una desigualdad de personalidades... (p. 181)

En este sentido, se planteó la problemática que representa creer que una igualdad meramente jurídica pudiere vencer la desigualdad material, muchas veces acentuada sobre la marcada diferencia de recursos económicos que puede existir entre actor y demandado. De tal manera que, se advirtió que la igualdad en el proceso no se alcanza con la posibilidad de otorgarle a las partes las armas que les permitan enfrentarse en absoluta igualdad de condiciones y paridad; sino que, se ha debido crear nuevos órganos estatales que desempeñen una labor de asistencia a la parte que menos recursos económicos posee, como ocurre con los abogados de la Defensoría Pública, en cuyo caso, el Estado brinda gratuitamente la defensa técnica, como un medio para garantizar la igualdad, que como expresó Calamandrei (1960) “(...) para asegurar prácticamente en el proceso la libertad y la igualdad de las partes es necesario situar un abogado al lado de cada una de ellas,... para que con su inteligencia y conocimiento técnico..., restablezca el equilibrio en el contradictorio...” (Ob. cit. p. 182)

Por ello, notándose que la igualdad jurídica no se concreta en la realidad objetiva, se han establecido compensaciones a efecto de corregir las desigualdades naturales. Al respecto, en el caso *Hilarie, Constantine y Benjamín y otros*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Citado por Estigarribia y Midón (2014) manifestó que: (...) para que exista debido proceso legal es necesario y preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables (por lo que) la presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación. (p. 48)

Visto los antecedentes expuestos, nos corresponde ahora analizar si el decreto oficioso de pruebas tiene incidencia negativa en el principio de igualdad ante la ley. En primer lugar, señalamos que no se alcanza la igualdad en el proceso mediante la sola disposición normativa que garantice esa igualdad, sino que, como expresó Couture, la desigualdad se cura con otra

desigualdad. En segundo lugar, bastante dificultad presenta desde la visión de la defensa de las garantías procesales, como la igualdad y la imparcialidad judicial, el riesgo que representa que la autoridad designada por la ley, para decidir un conflicto jurídico, que debe mantener y velar por la vigencia de los derechos y garantías –el juez- pueda poner en riesgo o vulnerar los derechos de las partes procesales, en el caso de ejercer su iniciativa probatoria a través del decreto de pruebas de oficio.

Así, sostenemos que, en tanto se garantice a las partes el derecho a la contradicción en todas las etapas del proceso y más en la etapa de prueba, no se vulnera la garantía de igualdad procesal por el hecho de que el juez ejerza su iniciativa probatoria con la finalidad de establecer la verdad de los hechos. De tal forma que, aunque parezca un aspecto obvio e incuestionable, debemos señalar que uno de los límites del juez en el decreto oficioso de pruebas, es precisamente, garantizar a las partes procesales el derecho a la contradicción de la prueba que oficiosamente incorpore el juez al acervo probatorio. Puesto que, la prueba de oficio no goza de ningún privilegio respecto de las pruebas aportadas por las partes, no accede al proceso sin pasar los filtros constitucionales, sino que obviamente está condicionada a la vigencia de tales derechos.

1.8.2 El principio de imparcialidad judicial

El proceso concebido como una relación jurídica, supone el enfrentamiento de dos antagónicos –actor y demandado- que encontrándose en un conflicto respecto de un determinado hecho, concurren ante la administración de justicia, para que un tercero imparcial hetero-componga la controversia. Así, se evidencia la importancia fundamental que tiene en el proceso, la actuación del tercero –juez- que, para decidir con justicia el pleito deberá ser imparcial y mantener su imparcialidad durante todo el desarrollo del proceso.

El artículo 9 del COFJ (2009) consagra entre los principios rectores y disposiciones fundamentales, el principio de imparcialidad del juzgador, así, establece 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. 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... (p. 5)

Es por ello que, la imparcialidad del juez es un derecho fundamental que se constituye también en la esencia misma del proceso, pues a nadie se le ocurriría acudir ante la autoridad judicial para que resuelva un conflicto, si el juez que deberá dictar el fallo se encuentra parcializado con la contraparte, tampoco tendría confianza en el órgano jurisdiccional, si es que el sistema de justicia no garantiza que el principio de imparcialidad se mantenga firme e inquebrantable. En este sentido, consideramos un acierto que se haya incorporado al texto de la ley, el no permitir audiencias o reuniones privadas entre el juez y las partes, salvo que se haya notificado a la contraparte. Un hecho bastante común, antes de esta disposición, era que el juez atiende en su despacho a las partes o a sus abogados para escuchar sus alegatos sobre el caso que debía emitir su pronunciamiento.

En México, esta forma de reunión del juez con las partes, es conocida como el “alegato de orejas” o “alegato de oídas” esta práctica fue prohibida en Argentina en el año

2004. “(...) La principal razón es que atenta contra la equidad en el proceso y la imparcialidad del juez...” “(...) Las partes deben estar convencidas de que el juez cumple al menos con dos características: honestidad e imparcialidad...” (Elizondo, Carlos; Magaloni, Ana, 2015) La reunión privada de las partes con el juez, pone en riesgo su imparcialidad, pues es una situación que podría facilitar la posibilidad de corrupción judicial.

Calamandrei (1960) señaló que “(...) históricamente la cualidad preponderante que aparece inseparable de la idea misma del juez, desde su primera aparición en los albores de la civilización, es la imparcialidad...” (Ob. Cit. p. 60) De tal manera, que el juez que decide el conflicto a favor de una de las partes, como garantía de justicia para restablecer la paz social, debe ser ajeno a la controversia, no debe tener ningún interés personal en el litigio, ni tener vínculo con alguna de las partes, para que la decisión sea justa sin beneficiar a nadie.

El derecho a ser juzgado por un juez o tribunal independiente e imparcial es un derecho fundamental garantizado en nuestra Constitución en el artículo 76 numeral 7 letra k, en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Así es que, constituyéndose como garantías del proceso, la independencia e imparcialidad del juez o tribunal son los atributos de mayor transcendencia del juez, y se convierten en presupuestos de validez del proceso.

Siendo la independencia y la imparcialidad atributos del juez, estos no son equivalentes ni iguales, son distintas cualidades, pero ambas deben estar presentes en el juzgador. Así es que, podría presentarse la ocasión que un juez independiente no sea imparcial y que un juez sin independencia pueda decidir con imparcialidad. Así, la independencia tiene relación con factores externos al proceso, es decir, con posibles presiones de otros órganos o funciones del Estado o del mismo conglomerado social que puedan influir o condicionar la

decisión del caso, mientras que la imparcialidad tendrá relación directa del juez con el proceso, con el objeto del litigio y con las partes.

Sin embargo, Garberí citado por Rodas (2013) sostuvo que la imparcialidad (...) es una vertiente de la independencia judicial que asegura la ausencia de todo interés del juez en relación con las partes litigantes, y con el conflicto que enfrenta a las mismas. Equivale a una posición de neutralidad y de ausencia de prejuicios del órgano judicial frente a las partes entre sí contrapuestas y con intereses distintos, y frente al objeto procesal” (pág. 50) No profundizaremos en el principio de independencia, sino que nos centraremos en el estudio de la imparcialidad del juez respecto de las partes procesales.

Aunque sobre la imparcialidad tratamos en el apartado correspondiente al modelo de juez que se plantea en el debate entre el activismo judicial y el garantismo procesal. No obstante, hemos de recordar que, el maestro Alvarado (2009) señaló que la imparcialidad del juez se presenta o se configura en tres dimensiones: la imparcialidad, la imparcialidad y la independencia. Así, expresó: (...) no ha de estar colocado en la posición de parte (imparcialidad) ya que nadie puede ser actor o acusador y juez al mismo tiempo; debe carecer de todo interés subjetivo en la solución del litigio (imparcialidad) y debe poder actuar sin subordinación jerárquica respecto de las dos partes (independencia). (Ob. Cit. p. 86) Sin embargo, la imparcialidad del juez, también comprende un aspecto subjetivo, de su fuero interno, como supone desprenderse de sus propios prejuicios, opiniones personales, ideologías políticas, creencias religiosas, sentimientos de compasión, amistad u odio. Lo cual, puede resultar muchas veces bastante difícil para cualquier ser humano sin excluirse al juez, quien también es un ser humano.

Illescas (2016) manifestó que el principio de imparcialidad tiene varios limitantes a la actividad judicial como que “(...) ninguna persona puede ser juez de su propia causa, no

puede ser juez y perito al mismo tiempo, no puede juzgar sobre aquello en lo que tenga interés, no puede juzgar a quien... tiene por su enemigo...” (p. 77) Por ello, la doctrina sostiene que debemos procurar tener un juez imparcial tanto como sea posible, considerando que es muy difícil por todos los factores internos y externos que rodean la actividad jurisdiccional. Sin embargo, para preservar la independencia e imparcialidad del juez, la ley procesal ha previsto los mecanismos adecuados; la excusa como el acto voluntario del juez; y la recusación como derecho de parte para alejar al juez del conocimiento de la causa en que su imparcialidad e independencia se encuentre en riesgo.

Para que la decisión del litigio se dicte con justicia, el juez, por una parte, debe cuidar preservar intactos sus atributos de imparcialidad, independencia e independencia respecto de la causa que conoce. Por otra parte, debemos recordar que, esa decisión será justa, también en la medida que se motive en la verdad de los hechos, que sin duda se manifestará con la actuación activa del juez en su búsqueda.

Calvinho (2010) expresó que (...) imparcialidad en sentido amplio requiere que la autoridad carezca de prejuicios e interés en el proceso, que no se someta a ningún otro poder institucional o no institucional, que se abstenga de efectuar o suplantar la actividad procesal propia de las partes y que obedezca al derecho... (p. 67) Del criterio del autor, tomaremos como referencia por ser el tema de esta investigación, la última parte de la cita realizada, en cuanto, alude que el juez debe abstenerse de efectuar o suplantar la actividad procesal propia de las partes.

Por ello, la cita anterior, sintetiza uno de los argumentos que con mayor frecuencia se esgrime en contra de la iniciativa probatoria del juez. Así, el eventual riesgo que representa para la imparcialidad judicial, que el juzgador sustituya o reemplace a las partes procesales en sus actividades o en las cargas probatorias mediante el decreto oficioso de pruebas. Que se

quebrante el derecho de las partes a un juez imparcial es el principal perjuicio que como consecuencia de la prueba de oficio, sostienen los doctrinarios que se manifiestan en contra de otorgarle poderes probatorios al juez y a favor de un juez pasivo que no se involucre en el proceso y se mantenga indiferente y alejado del mismo.

Ferrer (2017) plantea el mapa de los poderes probatorios en el proceso, desde la perspectiva de “(...) qué reparto de poderes entre las partes y el juez es más adecuado para el objetivo de la averiguación de la verdad...” (pp. 149-150) así, sostuvo que, los extremos, en un proceso que las facultades probatorias sean exclusivas del juez o exclusivas de las partes, no son adecuados para averiguar la verdad. De tal forma que, coincidimos con el criterio del autor, quien se inclinó por buscar un equilibrio en el reparto de los poderes probatorios, puesto que, no obstante que las partes conocen los hechos, esto no es garantía de que sus narraciones concuerden con la verdad de los hechos.

Del equilibrio al que se refiere el autor, respecto de los poderes probatorios asignados a las partes y al juez, es precisamente lo que se aspira lograr en esta investigación, que el decreto oficioso de prueba puede subsistir sin que su ejercicio vulnere ningún derecho o garantía de las partes. En este sentido, uno de los límites de la prueba de oficio, consiste en señalar la prohibición al juez, de que en ejercicio de su facultad probatoria, no pueda introducir al debate nuevos hechos que no hayan sido alegados por las partes.

Consideramos que no se vulnera la garantía de imparcialidad cuando el juez decreta prueba de oficio o también llamado incorporación de pruebas no solicitadas. El juez comprometido con la búsqueda de la verdad, debe preservar su imparcialidad respecto de las partes, pero de ningún modo podrá permanecer pasivo o indiferente ante un hecho que no haya determinado si es verdadero o si es falso. De tal forma, que la prueba incorporada al proceso por medio del oficio del juez, no vulnera la imparcialidad judicial, en tanto se limite a

la fuente de prueba. Así, no se beneficia a una u otra parte, sino que beneficia al proceso judicial que busca establecer la verdad de los hechos.

1.8.3 El Derecho al Debido Proceso

El debido proceso históricamente tiene su origen en la Carta Magna de Inglaterra de 1215 de Juan sin Tierra, que prohibió disponer de la libertad y de los bienes de un hombre libre sin el juicio de sus pares. Este término –juicio de sus pares- es el antecedente del principio del juez natural, independiente e imparcial. En el derecho anglosajón, en la Constitución de los Estados Unidos se estableció las garantías para el enjuiciamiento en materia criminal conservando la misma fórmula del juicio de sus iguales. Posteriormente, en la quinta enmienda apareció el término “*due process of law*” como una garantía de los ciudadanos en procesos donde se juzgue su vida, su libertad o sus bienes.

El maestro Alvarado (2010) sostuvo que (...) Si se intenta definir técnicamente la idea de debido proceso resulta más fácil sostener que es aquel que se adecúa plenamente a la idea lógica de proceso: dos sujetos que actúan como antagonistas en pie de perfecta igualdad en el instar ante una autoridad que es un tercero en la relación litigiosa (y, como tal, imparcial, imparcial e independiente)... En otras palabras: el debido proceso no es ni más ni menos que el proceso que respeta sus propios principios,... y mediante el cual opera y puede operar el sistema acusatorio... (Ob. Cit. pp. 69-70) El autor, principal exponente del garantismo procesal, manifestó que el debido proceso solo puede tener vigencia en el sistema acusatorio -que es el modelo de proceso del garantismo- porque solo en ese sistema puede hallarse la imparcial del juzgador, que no se hallará en el sistema inquisitorio.

El debido proceso es un derecho fundamental consagrado en el artículo 76 de la Constitución, que contiene un conjunto de garantías básicas o mínimas que deben respetarse

en todo proceso cualquiera sea su naturaleza, sea en sede judicial, administrativa, arbitral o militar, para asegurar a los ciudadanos la vigencia de sus derechos. El debido proceso podría considerarse como un derecho continente porque se encuentra conformado por otros derechos fundamentales, consagrados también en instrumentos internacionales de derechos humanos en el artículo 8 de la Convención Americana bajo el término de garantías judiciales.

El artículo 169 de la Constitución (2008) establece 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...” (p. 95)

El artículo 18 del COFJ (2009), expresa: (...) El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, oralidad, dispositivo, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades... (p. 8)

Al respecto, la Corte Constitucional sostuvo que “(...) el debido proceso se constituye en el “axioma madre”, el generador del cual se desprenden todos y cada uno de los principios y garantías que el Estado ecuatoriano se encuentre obligado a tutelar” (2013) El debido proceso es un derecho de protección, es decir, que se lo valora como un derecho para los ciudadanos dentro de un proceso judicial o administrativo, a la vez de representar un deber que se ha impuesto a los juzgados y tribunales para que en el desarrollo del proceso, tutelen los derechos fundamentales de las partes, respetando garantías básicas.

Calvinho (2010) expresó “(...) El debido proceso es el proceso respetuoso de los derechos y las garantías de la persona humana que deben ser reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y por las constituciones que lo reciben...” (Ob. Cit.

p. 68) En consecuencia, el derecho al debido proceso, dentro del estado constitucional, representa la determinación de un conjunto de otros derechos, como el derecho a la defensa, el derecho a la prueba, la igualdad procesal, la imparcialidad judicial, el derecho de contradicción, la presunción de inocencia, entre otros, como la garantía que gozan los ciudadanos para el respeto de sus derechos humanos dentro de un proceso judicial, que establece el deber de las autoridades públicas para que velen por el desarrollo de un proceso justo, sin arbitrariedades, que se convierta efectivamente en el medio para realización de la justicia.

Zavala (2011) sostuvo “(...) El debido proceso, en definitiva, se sintetiza en la aplicación razonable, proporcionada y justa de las normas jurídicas procesales y materiales y que, como es obvio, una sentencia injusta agravia tanto como un proceso formalmente irregular...” (p. 276) La definición de este autor, nos clarifica la visión del debido proceso no únicamente como la aplicación de las normas legales, sino que además esa aplicación tiene que ser proporcionada y justa, es decir, que las normas deben ser aplicadas desde la óptica constitucional y no únicamente legal. Así, se podrá garantizar que en el desarrollo de un proceso, el administrador de justicia o la autoridad administrativa, cumpla su más alto deber, de respetar y hacer respetar los derechos constitucionales.

En este sentido, la Corte Constitucional, sostuvo que “(...) El debido proceso es un derecho que se debe cumplir para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial...” (2009) Por ello, se evidencia que las garantías del debido proceso no dependen de la observancia de las partes, sino que le corresponde a los jueces y tribunales velar por su estricto cumplimiento, bajo la amenaza de ocasionar la nulidad del trámite por violación de derechos constitucionales.

El maestro Parra (2007) manifestó que (...) El debido proceso está ligado con la búsqueda del orden justo y por ende... adquiere un carácter diverso al de tipificar conductas, establecer competencias, reglas de sustanciación y formalismos... corresponde al administrador de justicia ajustar sus actuaciones al debido proceso, bajo el entendido de que el mismo se encuentra atado a la obtención de un orden justo en el cual se respeten los derechos fundamentales de las personas... (Ob. Cit. p. 25)

De tal manera, podemos determinar que, el Estado en su finalidad de brindar a las partes en conflicto, el medio para la composición de la controversia, desde la visión del interés público de alcanzar la justicia y la paz social, no se limita simplemente a brindar al proceso como medio para la satisfacción de intereses particulares, sino que ese medio –el proceso- tiene que ser la garantía idónea para alcanzar la justicia. Para lo cual, se prevén los derechos fundamentales que integran el derecho al debido proceso. De tal forma, que para que sea justo y “debido” se excluyan los abusos de las autoridades o la aplicación de normas legales sin la debida proporcionalidad, que contravengan principios constitucionales.

Estigarribia (2014) expresó que: (...) la garantía del debido proceso asegura a ambas partes, entre otras cosas, un proceso idóneo para el ejercicio de sus derechos y facultades, lo suficientemente ágil para no agotar por desaliento al actor y lo suficientemente seguro como para no angustiar por restricciones irrazonables al demandado. Los de contradicción y de economía son entonces, principios procesales, en tanto constituyen medios para la concreción de aquella garantía del debido proceso... (Ob. Cit. p. 126)

Así las cosas, nos corresponde manifestar que, el decreto oficioso de pruebas, no vulnera el derecho al debido proceso, en tanto la iniciativa probatoria del juez sea ejercida con

observancia de los derechos y garantías constitucionales que, precisamente integran el derecho al debido proceso. Siendo los derechos constitucionales interdependientes y de igual jerarquía, le corresponde al juzgador velar por la efectiva vigencia y cumplimiento de cada una de las garantías constitucionales del proceso.

En consecuencia, conforme analizamos los principios de igualdad procesal e imparcialidad judicial, y su relación con la prueba de oficio, recordamos el criterio del maestro Parra que manifestó que tratar como iguales a sujetos que económica y socialmente están en desventaja constituye una forma de desigualdad e injusticia (2007, pág. 236). Así también, determinamos que, la prueba de oficio, es un recurso del juez comprometido con la búsqueda de la verdad, objetivo con el cual no puede mostrarse indiferente ni imparcial. Para asegurar la imparcialidad judicial y la igualdad procesal, establecimos los límites al ejercicio del poder probatorio del juez. En consecuencia, afirmamos que sí es posible mantener un proceso respetuoso de las garantías básicas del debido proceso, en perfecta armonía con la prueba de oficio, ejercida dentro de los límites que garanticen la vigencia de los derechos constitucionales de las partes procesales.

1.8.4 El Derecho a la Tutela Judicial Efectiva

El derecho a la tutela judicial efectiva, no tiene un antecedente histórico muy antiguo como lo tiene el derecho al debido proceso o como lo tienen otras instituciones del derecho procesal o constitucional. Así, Brunetti (2014) manifestó que a “(...) partir de 1994... Argentina, como muchos países de América Latina, incorporó un número de tratados internacionales de derechos humanos, lo que se dio en llamar en doctrina como el “bloque de constitucionalidad federal” o según... Hart “regla de reconocimiento constitucional” (p. 38) Este derecho tiene su origen histórico en la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica de 1969.

De tal manera, se evidencia que en algunos países de América Latina, no existía ninguna norma constitucional que reconociera expresamente este derecho. Así, en el siglo XXI Colombia no contempla el término tutela judicial efectiva en su Constitución, por lo que este derecho ha tenido que ser desarrollado a través de la jurisprudencia. Así Rúa y Lopera (2002) manifestaron que (...) al no haber norma expresa sobre la TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, en la Constitución Política de Colombia, así como en la Legislación Ordinaria, obliga que dicho concepto debe extraerse de la Jurisprudencia, la Doctrina, y algunos principios ubicados en nuestra Constitución, tales como, el debido proceso, la primacía del derecho sustancial, el acceso a la justicia y el derecho de la acción de tutela, entre otros... (p. 13)

En nuestro país, en la Constitución Política de 1998 se consideró el derecho a la tutela judicial efectiva como parte del derecho al debido proceso. Lo cual, evidentemente es un error, puesto que, no se puede confundir el debido proceso y sus garantías con el derecho a la tutela judicial efectiva, ni considerarlo como componente o parte del debido proceso, puesto que, la tutela judicial efectiva es un derecho mucho más amplio, que se despliega desde el derecho a la jurisdicción y abarca todas las etapas del proceso hasta su ejecución. De tal forma que, podemos afirmar que dentro de un proceso que cumpla con las garantías del debido proceso se concreta el derecho a la tutela judicial efectiva.

En nuestra Constitución (2008), la tutela judicial efectiva se encuentra consagrado en el artículo 75, y ha sido establecido como un derecho de protección, expresado así: (...) Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley... (p. 53)

Del texto de la norma constitucional, destacamos su carácter de ser un derecho de protección, es decir, que se le reconoce a toda persona el derecho de acceder a los órganos jurisdiccionales, y que éstos protejan sus derechos e intereses, a fin de que sean tutelados por las autoridades judiciales, quienes son los encargados de velar por su cumplimiento y evitar o reparar cuando se produzca la vulneración de derechos fundamentales.

Castilla (2012) define a la tutela judicial efectiva así: (...) en una primera aproximación... puede definirse como el derecho fundamental que toda persona tiene a la prestación jurisdiccional, es decir, a obtener una resolución fundada jurídicamente, normalmente sobre el fondo de la cuestión que, en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, haya planteado ante los órganos judiciales... (Chamorro, Francisco citado por Castilla, p. 11)

Sin embargo, decimos que el derecho a la tutela judicial efectiva, es un derecho mucho más amplio que el debido proceso, puesto que, comprende desde el momento anterior al inicio del proceso, desde el acceso gratuito a la justicia, que supone de parte del Estado la creación de los órganos jurisdiccionales para que presten a los ciudadanos el servicio de justicia cuando sea requerido. Una vez instaurado el proceso, este debe estar sujeto a la resolución de un juez imparcial, que le garantice el derecho a la defensa y que una vez dictada la resolución, esta sea justa y motivada.

Castilla (2012) expresó, que uno de los más seguidos en cuanto al desarrollo jurisprudencial del derecho a la tutela judicial efectiva, ha sido el Tribunal Constitucional Español que en Sentencia (1987) lo definió, así: (...) consiste en el derecho de acceder al proceso judicial de que conozcan los Jueces y Tribunales ordinarios, alegar los hechos y las argumentaciones jurídicas pertinentes y obtener una resolución fundada en Derecho, que puede ser favorable o adversa a las pretensiones ejercidas. (Ob. Cit. p. 12) De esta definición dictada

por el citado Tribunal, se evidenció que el derecho a la tutela judicial efectiva tiene relación con el acceso a la jurisdicción y con la sentencia motivada.

Sin embargo, en la actualidad, con el nuevo paradigma del neoconstitucionalismo y la adopción de un modelo de Estado como la garantía de satisfacción de derechos fundamentales de los ciudadanos, este derecho a la tutela judicial efectiva es de una significación más profunda, que tiene relación con el ejercicio de otros derechos y garantías. Por ello, acogemos la definición que dio la Corte Constitucional en las sentencias que citamos a continuación:

(...) la tutela judicial efectiva constituye un derecho mediante el cual se garantiza a toda persona el acceso oportuno y efectivo a los órganos jurisdiccionales para reclamar sus derechos y obtener de ellos, a través de los debidos cauces procesales y con unas garantías mínimas, una decisión fundada en derecho sobre las pretensiones propuestas, respetando las condiciones y principios procesales según cada caso... (2010)

(...) primero a través del derecho de acción, que implica el acceso a los órganos jurisdiccionales, en armonía con el principio dispuesto en el artículo 168 de la Constitución; en segundo lugar, mediante el sometimiento de la actividad jurisdiccional a las disposiciones constitucionales y legales vigentes que permitan contar con resoluciones fundadas en derecho; y, finalmente, a través del rol de la jueza o juez, una vez dictada la resolución, tanto en la ejecución como en la plena efectividad de los pronunciamientos. (2011)

La Corte Constitucional ha sido fuente de jurisprudencia para desarrollar el contenido de los derechos constitucionales, así en las sentencias citadas, definiendo el derecho a la tutela judicial efectiva, ha determinado los tres momentos que comprende el alcance de este derecho. En un primer momento, comprende el derecho a la jurisdicción o acceso a la justicia, que consagra el derecho de requerir del Estado el servicio de administración de justicia para componer las eventuales controversias. En segundo momento, en el proceso ya iniciado, puesto

que la tutela judicial efectiva no se agota en el acceso al órgano jurisdiccional. De tal forma que, en el proceso, se respeten las garantías básicas para dictarse una sentencia motivada y congruente, y que ese proceso se desarrolle con celeridad, en un tiempo razonable, evitando dilaciones innecesarias. Finalmente, el tercer momento, se refiere a la ejecución del fallo, puesto que, el Estado debe garantizar que la sentencia dictada se ejecute, para lo cual esta debe ser congruente motivada en los hechos alegados y en la ley. De tal manera, que la resolución que pone fin al proceso sea eficaz, concretando la realización de los derechos y no se convierta en una proclama irrealizable.

El Código Orgánico de la Función Judicial (2009) en el artículo 23 expresa:

(...) La Función Judicial, por intermedio de las juezas y jueces, tiene el deber fundamental de garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos declarados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos o establecidos en las leyes, cuando sean reclamados por sus titulares o quienes invoquen esa calidad, cualquiera sea la materia, el derecho o la garantía exigido. 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 méritos del proceso.

La desestimación por vicios de forma únicamente podrá producirse cuando los mismos hayan ocasionado nulidad insanable o provocando indefensión en el proceso.

Para garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos, y evitar que las reclamaciones queden sin decisión sobre lo principal, por el reiterado pronunciamiento de la falta de competencia de las juezas y jueces que previnieron en el conocimiento en la situación permitida por la ley, las juezas y jueces están obligados a dictar fallo sin que les sea permitido excusar se o inhibirse por no corresponderles... (p. 10)

Así las cosas, nos corresponde examinar la relación entre la prueba de oficio y la tutela judicial efectiva. En el aspecto de su vigencia y cumplimiento, es decir, de qué manera puede vulnerarse el derecho a la tutela judicial efectiva con el decreto de prueba de oficio, o por el contrario, si esta facultad del juzgador es necesaria para mantener la vigencia de este derecho.

Para realizar este análisis, debemos establecer que, conforme se ha tratado en el estudio de los principios o garantías constitucionales del proceso, estos son, la igualdad procesal, la imparcialidad judicial y el debido proceso. Se ha determinado que, la iniciativa probatoria del juez, no vulnera ninguno de estos derechos constitucionales, así citamos autores como Parra, quien incluso sostuvo que para cumplir con estos derechos, el juez tiene el deber legal de actuar prueba de oficio para llegar a la verdad de los hechos.

Afirmamos también que, para desterrar del proceso cualquier riesgo de vulneración de derechos, la prueba de oficio –poder probatorio del juez- debe tener límites como ocurre con cualquier otro poder en un estado democrático. Definir cuáles deber ser esos límites, constituye el núcleo de este trabajo de investigación, que aspira a alcanzar el equilibrio entre las dos corrientes, el garantismo procesal y el activismo judicial, que se presentan como contrarios y partidarios de la prueba de oficio, respectivamente. Para sintetizar lo anterior, citamos a Picó (2012) quien respecto de esta relación antagónica entre los fenómenos del procesalismo, expresó: (...) la eficacia del proceso sin garantismo es inadmisibles desde un punto de vista constitucional, y el garantismo sin eficacia tampoco es aceptable si lo que se pretende es lograr la tutela judicial más justa posible... no debe buscarse el garantismo sin tener en cuenta la función que cumple el proceso, ni tampoco la eficacia olvidándose las garantías constitucionales del proceso... debe buscarse la máxima eficacia del proceso respetando las garantías procesales del juez y de las partes... (Ob. Cit. p. 122, 137)

1.9 Referentes Empíricos

El presente trabajo de investigación se realizó a partir de la observación empírica de un problema jurídico de vigente actualidad, como es la prueba de oficio, tema que ha originado un profundo y extendido debate entre los procesalistas tanto a nivel latinoamericano como europeo. Alrededor del análisis de la prueba de oficio, que constituye una facultad del juez para alcanzar la verdad de los hechos materia del litigio, se ha desarrollado abundante doctrina que estudia este problema jurídico desde un enfoque histórico, epistemológico e incluso político e ideológico.

Es que, la prueba de oficio y los poderes del juez se han dividido en dos fenómenos procesales, que se manifiestan a favor y en contra de distribuir las funciones del proceso entre las partes y el juez. Por un lado, encontramos a los garantistas, quienes han exaltado la importancia de las garantías constitucionales del proceso por sobre cualquier poder del juez, reafirmando el carácter privado del objeto del litigio. Por otro lado, en el flanco contrario hallamos a los publicistas, que proclaman las ventajas del proceso orientado a la búsqueda de la verdad material, en aras de lograr el ideal de justicia, que manifiestan se podrá alcanzar en la medida que un juez comprometido con la verdad ejercite sus poderes probatorios.

Así, en esta investigación, recurrimos a los tratadistas identificados con cada una de las corrientes procesales, a fin de estudiar sus criterios alrededor del tema de investigación. Se han identificado con la corriente garantista, los tratadistas Alvarado y Benabentos en Argentina, Aguila y Cavani en Perú, Montero en España y Cipriani y Verde en Italia, entre otros. En la orilla del publicismo o activismo judicial, entre otros, hallamos a los maestros Parra en Colombia, Taruffo en Italia, Ferrer y Picó I Junoy en España, Estigarribia y Peyrano en Argentina y Morán, Ramírez y Rodas en Ecuador. Así como autores clásicos Carnelutti, Couture, Devis y Calamandrei para el estudio de las teorías del proceso y de la prueba.

Por ello, realizamos el estudio de obras, tesis de grado de maestría, artículos publicados en revistas jurídicas, jurisprudencia y conferencias dictadas por los autores citados, así como el estudio comparado de las legislaciones de los Estados de Colombia, Perú, Argentina, España y por supuesto analizamos la legislación procesal de la prueba de oficio en Ecuador, con un enfoque histórico a través de sus codificaciones, para examinar los presupuestos en que se fundamenta el ejercicio del poder probatorio del juez.

En el trabajo de maestría de Rodas, titulado “Las pruebas de oficio y su incidencia en la fundamentación de las sentencias y en la calidad de la justicia en los juzgados y tribunales de la ciudad de Guayaquil” (2013) el autor realizó una investigación acerca del poder-deber del juez para decretar pruebas de oficio. En el sentido propuesto, explicó la diferencia entre el juez que ejerce su poder-deber de decretar pruebas de oficio con el juez que asume el rol de espectador respecto de las pruebas solicitadas por los litigantes y la incidencia que tienen estos dos tipos de prácticas en la calidad de las sentencias. Para ello, obtuvo evidencias empíricas mediante la aplicación de encuestas y de la auto evaluación a jueces de la ciudad de Guayaquil de diferentes materias, excluyendo la materia penal, en el periodo comprendido de 2010 a 2012. Concluye manifestando que en nuestro medio la práctica judicial refleja una tendencia conservadora frente a la facultad de producir pruebas de oficio, es decir, que los jueces se limitan a actuar las pruebas pedidas por las partes y se abstiene de ejercer su facultad probatoria. Lo cual, afecta la calidad de las sentencias y por ende la calidad del sistema judicial. Recomendó establecer límites a la facultad judicial en materia de pruebas, para evitar la conculcación del derecho al debido proceso. (Rodas, 2013)

En el trabajo de maestría de Quintero, titulada “La prueba de oficio: una aproximación crítica a partir de la práctica jurídica en los juzgados civiles de Medellín 2015-2017” (2018) la autora realizó su investigación con el propósito de estudiar la aplicación de la prueba de

oficio por los jueces civiles en Medellín entre 2015 y 2017. Para el efecto, realizó un trabajo de campo que consistió examinar expedientes y entrevistar a jueces en materia civil. Así también realizó un estudio documental para alcanzar la claridad conceptual de los modelos procesales. Concluyó manifestando que los métodos empleados le llevaron a comprender la institución procesal de la prueba de oficio como una manifestación de los dos fenómenos procesales tanto del inquisitorio como del garantismo, en el modelo procesal mixto de Colombia. (Quintero, 2018)

El profesor Montero (2012) en su obra titulada “Proceso civil e ideología” reúne un conjunto de textos y ponencias sobre temas procesales expuestos por diferentes tratadistas de Europa y América. El autor manifestó que la concepción liberal y garantista del proceso civil propia del siglo XIX se basaba, primero, en la naturaleza privada de los intereses en juego y después, en la garantía de un juez tercero e imparcial, todo lo cual debía llevar a que las partes fueran las dueñas del proceso, que frente a la idea de que las partes son dueñas del proceso, a lo largo del siglo XX se ha ido desarrollando como idea opuesta, la que suele conocerse como publicación del proceso civil. Aunque esa publicación se ha articulado con matices diferentes, como es natural que fuera, todos ellos tiene una misma raíz que atiende al aumento de los poderes del Estado dentro de la sociedad, por lo que se trata siempre de una cierta base autoritaria. Sostuvo que el origen de las concepciones del proceso civil han sido concepciones políticas. Comunistas y fascistas estaban hablando de su idea de política de lo que debería ser el proceso; la verdad objetiva, con los medios propuestos para conseguirla. Finalmente, concluyó expresando que ya es hora de dejar atrás esa etapa y de abrir nuevos caminos. Si el pasado es la publicación del proceso y el autoritarismo, en el futuro está la concepción del proceso, también el civil, como garantía.

El maestro Taruffo, en diversas de sus obras se ha manifestado a favor de la búsqueda de la verdad en el proceso como fundamento de una decisión justa. En su ponencia titulada “Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa” presentada en el XXV Congreso Nacional de la Asociación Italiana de Investigadores sobre Proceso Civil, llevado a cabo en Cagliari el 7 y 8 de octubre de 2005 sobre el tema -Le prove nel processo civile- manifestó que el modelo de proceso que dota al juez de poderes ha sido denominado de forma negativa con el término inquisitorio. Señaló que en la actualidad no existe en ningún ordenamiento un proceso civil que pueda considerarse inquisitorio, en que las partes no tengan derechos o garantías y que el proceso sea llevado de oficio por el juez. Por lo que conviene hablar de modelos mixtos. En relación a la carga autoritaria que se le ha señalado al modelo publicista como manifestación de una ideología política antiliberal y totalitaria, expresó que esta hipótesis es poco creíble pues no distingue los diversos tipos de regímenes políticos, califican como autoritarios, sistemas diferentes como el fascismo, el comunismo, el socialismo, el Estado social, entre otros. Concluyó que atribuirle al juez un papel activo en la adquisición de pruebas no pone en peligro los valores fundamentales del proceso civil.

El maestro Parra en su obra titulada “Racionalidad e ideología en las pruebas de oficio” (2004) se refiere a la afirmación de la existencia de dos modelos de juez, el garantista liberal y el autoritario. El autor tomó partido por la tesis que se inclina a favor del juez con facultades probatorios, y desestimó que esa facultad sea un aporte ideológico del fascismo. Así también calificó la prueba de oficio como un poder-deber del juez para averiguar la verdad de los hechos controvertidos como una necesidad de justicia a través de la verdad, por que difícilmente se puede concebir el proceso como justo, cuando la sentencia no se construye sobre la verdad. Concluye manifestando que el juez puede investigar la verdad, teniendo como referencia los hechos narrados por las partes.

El profesor Morán en su obra “Derecho Procesal Civil Práctico y el Código Orgánico General de Procesos” (2016) refiriéndose a las pruebas de oficio, manifestó que la posición liberal del juez, meramente espectador, ha sufrido un cambio sustancial, su calidad de director del proceso demanda hoy iniciativa y diligencia para la recaudación probatoria, manteniendo el principio de imparcialidad y la iniciativa principal de las partes en la actividad probatoria. En este sentido, señaló que el decreto de prueba de oficio se justifica por el cambio del sistema escrito al sistema oral. Por lo que, el juez deberá tener iniciativa probatoria, ordenar, seleccionar, descartar pruebas, debe ser un vigilante interesado en el resultado, que no importa solo a las partes sino a toda la sociedad, por lo que está obligado a buscar la verdad procesal real y no solo la verdad formal. Sin embargo señaló que el juez todavía es renuente a la prueba de oficio por el temor a ser denunciados, incumpliendo el deber que les impone la constitución, la ley y los convenios internacionales.

El tratadista Picó en su artículo titulado “El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: Un debate mal planteado” (2012) señaló que el debate entre las dos corrientes procesales antagónicas, el garantismo y publicismo, está adquiriendo una excesiva crudeza debido a su politización. Señaló que el movimiento “revisionista” crítico de las aportaciones del publicismo, considera que la prueba de oficio y la buena fe procesal suponen la manifestación de una ideología fascista o autoritaria. El autor desestima dicha consideración, expresando que en los códigos procesales civiles modernos y de estados democráticos se recoge el principio de la buena fe procesal, lo que por el contrario, en los códigos de regímenes dictatoriales, no sucede. En relación al poder probatorio del juez, expresó que esto no lo convierte en autoritario o fascista, no obstante que señaló que esa iniciativa probatoria del juez debe estar bien delimitada. Expresó que el debate en torno a los poderes probatorios del juez desde el enfoque ideológico está mal planteado pues debe ser analizado con una visión técnica y no política. Concluyó diciendo que el juez que vela por el respeto a la buena

fe procesal o actúa su iniciativa probatoria no es un juez fascista o autoritario, sino que es un juez comprometido en la obtención de la solución más justa posible de los conflictos, por ello debe buscarse una postura intermedia, equilibrada.

CAPÍTULO II

MARCO METODOLÓGICO

2.1. Metodología:

(...) Por metodología no entiendo exclusivamente las diversas estrategias de recolección de la información en un estudio, inclusive su tratamiento analítico, sino todo un proceso de articulación y ajuste permanente de tres ámbitos: a) Una dimensión teórica que involucra la búsqueda de consistencia entre al menos tres ámbitos: el de los principios ontológicos y epistemológicos, el concerniente al armado de un cuerpo conceptual de apoyo y el que alude a una apoyatura en lógicas de intelección; b) El referente empírico documentado que puede estar compuesto de diversos soportes materiales (impresos, pictóricos, videgrabaciones, etcétera) y en códigos variados (lingüísticos, icónicos, etcétera) y que involucra tanto el proceso que se analizará como las condiciones en que se produjo; c) Las preguntas del investigador que involucran además el interés por reiterar preguntas propias del conocimiento que se ocupa del sentido de un proceso, esfuerzo sincero y riguroso que despliega el investigador para producir conocimiento y por ello presuponen un conocimiento relativo del campo problemático y lo que se ha investigado al respecto... (Buenfil, 2019)

En este capítulo se expone el diseño metodológico de la presente investigación jurídica, la misma que contiene la metodología aplicada. El enfoque de esta investigación es cualitativa, con un alcance descriptivo, exploratorio y explicativo. Se emplearon los métodos teórico y empírico. En el método teórico se utilizó el histórico- jurídico y jurídico-comparado. En el método empírico se utilizó la entrevista a jueces, profesores y abogados en libre ejercicio. Así mismo se exponen las dimensiones, instrumentos y unidades de análisis con las que se trabajó el tema de la presente investigación.

2.1.1 Enfoque:

Esta investigación tiene una modalidad o enfoque cualitativo, no experimental, interactiva en relación con el cuestionario tipo entrevistas realizadas; y no interactiva en cuanto al análisis de teorías y conceptos jurídicos e históricos.

Aravena (2006) expresó que: (...) como enfoque de investigación el método cualitativo, el punto de partida es el reconocimiento del carácter reflexivo de la investigación social. En esta perspectiva, el investigador es parte del mundo social que estudia. Este supuesto significa asumir el carácter reflexivo del hecho social e implica considerar al investigador como principal instrumento de investigación. El método cualitativo no se acerca al fenómeno con una teoría estructurada. Por el contrario, parte desde un acontecimiento real acerca del cual pretende construir un concepto... La principal característica de la investigación cualitativa es la visión de los eventos, acciones, valores, normas, etc. desde la particular visión de las personas que están siendo estudiadas... (p. 39-40)

En el presente trabajo, se desarrolló una investigación desde un enfoque cualitativo, que abarca desde la noción más general de la prueba, su concepto, finalidad, objeto y principios, aplicados al proceso civil, hasta llegar al tema particular de la prueba de oficio y la carga de la prueba; y de los fenómenos procesales que se debaten alrededor de su vigencia en el ámbito procesal, se examinó los orígenes y antecedentes históricos de la prueba de oficio, carga de la prueba y de los sistemas procesales para comprender la génesis y evolución de estas instituciones del derecho probatorio; y un estudio de derecho comparado de la prueba de oficio en otros Estados como Perú, Colombia, Argentina y España; así como el examen de sentencias de cortes nacionales y de otros Estados. Todo lo cual, nos permite determinar cuáles son los límites que deben orientar la iniciativa probatoria del juez para decretar de

oficio prueba para mejor resolver sin que se afecten las garantías constitucionales de las partes procesales.

2.1.2 Alcance:

Esta investigación tiene un alcance exploratorio, descriptivo y explicativo sobre el objeto de estudio.

Exploratorio: (Hernández, Fernández, & Baptista, 1997) (...) Los estudios exploratorios se efectúan, normalmente, cuando el objetivo es examinar un tema o problema de investigación poco estudiado o que no ha sido abordado antes. Es decir, cuando la revisión de la literatura reveló que Únicamente hay guías no investigadas e ideas vagamente relacionadas con el problema de estudio... Los estudios exploratorios nos sirven para aumentar el grado de familiaridad con fenómenos relativamente desconocidos, obtener información sobre la posibilidad de llevar a cabo una investigación más completa sobre un contexto particular de la vida real... (p. 60)

Respecto de los límites a la iniciativa probatoria del juez para ordenar de oficio prueba para mejor resolver dentro del actual sistema procesal del Código Orgánico General de Procesos, no existe investigaciones ni recientes ni abundantes. Por lo que, consideramos necesario, estudiar este problema jurídico desde el novedoso sistema procesal que nos trae el COGEP, tal es así, que no existe tampoco gran cantidad de precedentes jurisprudenciales respecto de la aplicación del artículo 168 ibídem, no obstante de que en legislaciones de otros Estados se ha desarrollado más sobre este particular desde el ámbito académico y judicial.

Descriptivo: (Briones, 2002) (...) En la investigación social, el análisis descriptivo cumple la función principal de caracterizar a un colectivo con una o más de esas expresiones de la variable analizada. Por ejemplo, el promedio de edad de un grupo es una

característica, que puede tener significación por sí sola o permitir ser comparada con los promedios de otros grupos... (p. 71)

El presente trabajo de investigación, es descriptivo, puesto que, se ha realizado un estudio de los antecedentes históricos y la evolución de la prueba de oficio en el proceso civil ecuatoriano, y se ha caracterizado los fenómenos o corrientes procesales sobre la prueba de oficio en la doctrina procesal, con la finalidad de establecer las teorías jurídicas a favor y en contra de la práctica de la prueba de oficio.

Explicativo: (Hernández, et al., 1997) (...) Los estudios explicativos van más allá de la descripción de conceptos o fenómenos o del establecimiento de relaciones entre conceptos; están dirigidos a responder a las causas de los eventos físicos o sociales. Como su nombre lo indica, su interés se centra en explicar por qué ocurre un fenómeno y en qué condiciones se da éste, o por qué dos o más variables están relacionadas... (Ob. Cit. p. 65)

Esta investigación, es explicativa, por cuanto, no se agota en la exposición de los conceptos y teorías del problema jurídico, sino que se pretende explicar la relación existente entre la iniciativa probatoria del juez y las garantías constitucionales de las partes procesales. Con la finalidad, de establecer en el texto legal, los debidos límites al ejercicio del poder probatorio del juez, para que no sea ejercido de manera abusiva.

2.2 Métodos utilizados

(Monje, Carlos, 2011) (...) Como parte del diseño metodológico es necesario determinar el método de recolección de datos y tipo de instrumento que se utilizará, para lo cual deberán tomarse en cuenta todas las fases anteriores, especialmente los objetos y las variables del estudio. El método representa el medio o camino a través del cual se establece

la relación entre el investigador y el consultado para la recolección de datos y el logro de los objetivos... (p. 25)

Los métodos empleados en esta investigación han sido determinados de conformidad al objeto de estudio y al problema jurídico. A través de los métodos, teórico: histórico-jurídico y jurídico-comparado y del método empírico: entrevistas a abogados en libre ejercicio, profesores de derecho procesal y jueces de lo civil, se ha realizado la recolección de datos a través de un estudio investigativo documental doctrinario y teórico; para alcanzar los objetivos generales y específicos propuestos en el trabajo de investigación.

2.2.1 Métodos Teóricos

Para el desarrollo de la presente investigación se empleó el método teórico: Histórico-jurídico y jurídico-comparado. Para lo cual, se desarrolló un estudio investigativo documental doctrinario y teórico para entender la concepción jurídica de la prueba, su importancia, finalidad, objeto y principios. Así también para comprender la significación y alcance de la regla de la carga de la prueba, de la carga dinámica de la prueba y la prueba de oficio, para dejar sentada su definición conceptual y diferenciar los aspectos que los definen. Se abordará también el estudio de los modelos o sistemas jurídicos que desarrollan la práctica de la prueba, inquisitivo y dispositivo. Se tratará también la comparación de la prueba de oficio recogida en nuestra legislación procesal con la legislación de otros Estados. Para concluir con el estudio de los derechos constitucionales de las partes a fin de señalar los límites que se debe observar en el ejercicio de la facultad oficiosa del juez.

Tabla 2.- Métodos teóricos

Métodos	Dimensiones	Sistema Conceptual	Trayectoria y Modelos
----------------	--------------------	---------------------------	------------------------------

Histórico - Jurídico	Antecedentes históricos y evolución	<ul style="list-style-type: none"> • Derecho • Proceso • Proceso Civil • Prueba • Prueba de Oficio • Carga de la Prueba • Sistemas Procesales (Inquisitivo - Dispositivo) • Garantismo Procesal • Activismo Judicial 	Europa América Latina Ecuador
Sistematización Jurídico Doctrinal	Prueba de Oficio Garantías Procesales	<ul style="list-style-type: none"> • Prueba para Mejor Resolver • Imparcialidad Judicial • Igualdad Procesal • Debido Proceso • Tutela Judicial Efectiva 	
Jurídico – Comparado	Prueba de Oficio		Perú. Colombia, Argentina, España

Elaborado por Juan Francisco Flores Barragán

2.2.2 Métodos empíricos:

(Monje, Carlos, 2011) “(...) La recolección de datos se efectúa mediante la aplicación de los instrumentos diseñados en la metodología, utilizando diferentes métodos como la observación, la entrevista, la encuesta, los cuestionarios, los test, la recopilación documental y otros...” (Ob. Cit. p. 28)

En esta investigación haremos uso del método empírico a través de la entrevista a abogados en libre ejercicio, profesores de derecho procesal y jueces de lo civil con vasta experiencia en el campo objeto de la presente investigación. Lo que se desarrollará mediante un cuestionario de preguntas abiertas que nos indicará su grado de conocimiento de este problema jurídico, a través de la recolección de esa información que nos orientará en esta investigación.

2.3 Premisa

El presente trabajo pretende, sobre la base de la fundamentación teórica doctrinal y normativa de los poderes materiales del Juez en el proceso civil ecuatoriano, y del análisis de los beneficios que pudiere resultar la actividad del juez para lograr una motivación justa de su decisión, definir cuáles son los límites a la iniciativa probatoria del juez para ordenar prueba de oficio frente al principio de la carga de la prueba; a fin de determinar expresamente cuáles deben ser las reglas de actuación del juez en el ejercicio de dichas facultades, a efectos de impedir la vulneración de los principios que rigen al proceso civil y de los derechos y garantías procesales de las partes litigantes. Para lo cual, fundamentaremos los presupuestos doctrinarios de la prueba, principios, finalidad y objeto. Así también examinaremos los antecedentes de la prueba de oficio en el derecho procesal ecuatoriano. Realizaremos la comparación de la prueba de oficio con legislaciones de otros Estados y estudiaremos la relación entre la iniciativa probatoria del juez y los principios: Igualdad de las partes, la imparcialidad del juez, el derecho al debido proceso y a la tutela judicial efectiva.

2.4 Cuadro de categorías, dimensiones, instrumentos y unidades de análisis.

Tabla 3.- Categorías, dimensiones, instrumentos y unidades de análisis.

Categoría	Dimensiones	Instrumentos	Unidades de Análisis
La Prueba	La Prueba de Oficio o Prueba para Mejor Resolver	Análisis documental	Convención Americana de Derechos Humanos Art. 8; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Art. 14; Constitución de la República Arts. 11, 75, 76, 169; Código Orgánico General de Procesos Arts. 168, 169, 3, 162, 163 y 159; Código Orgánico de la Función Judicial Arts. 9, 18, 19, 23.

		Derecho comparado	Estudio comparado del Código Procesal Civil de Perú, del Código General del Proceso de Colombia, de la Ley de Enjuiciamiento Civil de España, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina.
		Entrevistas	Jueces de Unidad Judicial Civil, Profesores de Derecho Procesal, Abogados en libre ejercicio

Elaborado por Juan Francisco Flores Barragán

2.5 Gestión de datos

Mediante el uso de la entrevista cualitativa que es “(...) una herramienta particularmente útil para los científicos sociales, pues permite acceder al conocimiento de la vida social a través de los relatos verbales. En otras palabras, la entrevista es una técnica especialmente aplicable en aquellas situaciones donde existen relaciones sociales...”

(Aravena, 2006, pág. 63) se obtuvo los criterios jurídicos de profesionales expertos, por sus conocimientos y experiencia en el área del derecho procesal, de abogados en libre ejercicio de la profesión, profesores de derecho procesal civil en pregrado y posgrado y de jueces de lo civil en el cantón Guayaquil, que han sido analizados en profundidad, para apreciar las opiniones jurídicas que contribuirán a formular la novedad científica para solucionar el problema jurídico planteado en esta investigación.

2.6 Criterios éticos de la investigación

Las entrevistas cualitativas realizadas en este trabajo de investigación han sido desarrolladas con profesionales de amplia experiencia y vastos conocimientos académicos en el área del derecho procesal civil, vigentes en el ejercicio del derecho, que en sus cargos de

jueces, profesores y libre ejercicio profesional, intervienen tanto en el quehacer jurídico en los procesos judiciales como en la enseñanza del derecho como catedráticos.

CAPÍTULO III

RESULTADOS

3.1 Presentación de resultados

3.1.1 Entrevistas

Se realizó entrevista a 5 expertos, con experiencia en el área del derecho procesal civil, siendo: Dos catedráticos (Rubén Morán Sarmiento y Gonzalo X. Rodas Garcés), dos jueces de Unidad Judicial Civil de Guayaquil (José Sotomayor Terán y Víctor Hugo Medina Zamora) y una abogada litigante (Nadia Coronel López)

La entrevista está compuesta de cinco preguntas que tienen relación con los objetivos de esta investigación, y que se presentan a continuación:

1.- ¿Considera usted que el decreto oficioso de prueba para mejor resolver debería ser una facultad discrecional o un deber legal del juez?

2.- En atención al artículo 168 del Código Orgánico General de Procesos, según su criterio ¿Cuáles son las razones que el juez debe expresar para decretar de oficio prueba para mejor resolver?

3.- ¿Considera usted que el decreto oficioso de prueba para mejor resolver debería tener límites expresamente establecidos en la ley? Si su respuesta es afirmativa, indique ¿Cuáles deberían ser esos límites?

4.- ¿Considera usted que el decreto oficioso de prueba para mejor resolver vulnera las garantías constitucionales como el derecho a la igualdad procesal, a la imparcialidad del juzgador, al debido proceso o a la tutela judicial efectiva de las partes procesales?

5.- ¿Considera usted que el decreto oficioso de prueba para mejor resolver ejercido con los debidos límites beneficia al proceso judicial en su finalidad de búsqueda de la verdad y de expedir sentencias justas?

Entrevista No. 1

Dr. Rubén Morán Sarmiento

Área de competencia: Derecho Procesal Civil. Se ha desempeñado por más de 50 años como catedrático en materias de Derecho Civil y Derecho Procesal Civil en la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas en la Universidad de Guayaquil y en programas de Maestría de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Es Abogado por la Universidad de Guayaquil desde el año 1968, y Magister en Derecho Civil y Procesal Civil por la Universidad Regional Autónoma de los Andes.

Fecha de entrevista: 26 de noviembre de 2020

1.- ¿Considera usted que el decreto oficioso de prueba para mejor resolver debería ser una facultad discrecional o un deber legal del juez?

En el proceso se discuten dos elementos vitales que son los hechos y las pruebas, los hechos tienen que probarse, pero los hechos son parte de un universo que comprometen a las partes y al juzgador, no solamente a las partes. Desde ese punto de vista, este proceso que es una investigación que se abre para establecer la verdad o no de hechos que promueven este proceso obliga a todas las partes involucradas allí, los sujetos procesales y el propio juzgador. Para mí, la carga de la prueba ya es un sofisma aquello de que solo el que alega los hechos tiene que probar, y los que no alegan nada o los que hacen silencio quedan exonerados de la carga de la prueba. La carga de la prueba es de la parte actora, de la parte pasiva y del propio juzgador, todos son protagonistas de esta investigación y todos deben aportar prueba, ya sea

los interesados para justificar los hechos que han alegado y el juzgador para justamente consolidar aquello que se llama investigación. ¿Qué persigue el juzgador? El juzgador persigue extraer lo que llaman verdad procesal y ¿Cómo la va a extraer? La va a extraer con una prueba diminuta, limitada que ofrezcan las partes, él tiene la diligencia. El activismo judicial ¿A qué lo obliga? A que él se enfrente a lo que está vacío allí, él tiene que resolver, él tiene que dictar un fallo, ¿Cómo lo va a dictar? Con la prueba que él la va a consolidar, ¿De qué manera? Haciendo ejercicio justamente de la prueba de oficio, haciendo ejercicio de la prueba para mejor resolver, haciendo ejercicio de esos principios innovadores como la solidaridad de la prueba, como la prueba dinámica, como la comunidad de la prueba. Todos estos elementos nuevos, innovadores, le abren espacio para el juzgador con iniciativa aplique estos mecanismos y llene los vacíos que el proceso le demuestra. Ahí viene la iniciativa, de manera que yo no creo que el juzgador tenga necesidad de someterse a aquel principio que es un sofisma, como yo lo sostengo, ya es mentira, que hay carga de la prueba solo de las partes. Es decir, tienes una serie de elementos que hoy le permiten que el juzgador obre también con un protagonismo proactivo para hacer prueba igual que las partes.

2.- En atención al artículo 168 del Código Orgánico General de Procesos, según su criterio ¿Cuáles son las razones que el juez debe expresar para decretar de oficio prueba para mejor resolver?

Frente a eso, yo diría que la otra posición que permite al juzgador utilizar esa prueba para mejor resolver; en el ámbito de la prueba también tienes las pruebas pre procesales, la prueba pre juicio, pre - antes del juicio, que puedes hacerla con un perito por ejemplo, que solo sea registrado en la Corte, simplemente la una parte lo presenta, lo tramita, lo practica, y más aún se violenta la contradicción, porque no hay contradictor en esa especie de pruebas que la ley permite. Si esa posición extrema permite la ley, como el juzgador no puede permitirse de

iniciativa propia ordenar una prueba para mejor resolver, de una pericia por ejemplo, si la ley hasta le permite a él aperturar prueba nueva respecto de un peritaje que no fue nunca anunciado. El perito ya presentó su informe, ¿Qué hace la parte que se siente afectada con ese peritaje? Presenta prueba para destruir ese informe, es una prueba nueva que no está prevista en el proceso, porque no fue anunciada por la parte, si la parte tiene esa facultad de incorporar hasta prueba nueva para una pericia por ejemplo en caso concreto, Cómo no puede el juzgador viendo el proceso, viendo los acontecimientos, viendo los efectos de una prueba practicada de esa manera, prejuicio, sin la contradicción, que él podría ordenar sin que se lo pida la parte como para mejor resolver, una prueba que tienda a desvirtuar o aclarar ese informe pericial, sino me satisface a mí lo que pueda decir la parte a quien va dirigida ese peritaje, yo con mejor juicio porque tengo el proceso en la mano, porque ya he hecho una valoración, puedo ordenar la práctica de prueba para mejor resolver, mejor resolver ¿Qué cosa? La aprobación o no de ese informe pericial. De manera que la prueba para mejor resolver siempre estará en la mano del juzgador, en el ejercicio de ese activismo judicial, de esa garantía de la tutela judicial, si la tutela está en riesgo, no puedo darle la sentencia que busca la parte accionante en este proceso, mi obligación es llenar esa expectativa utilizando todas las herramientas, y entre esas, la prueba para mejor resolver.

3.- ¿Considera usted que el decreto oficioso de prueba para mejor resolver debería tener límites expresamente establecidos en la ley? Si su respuesta es afirmativa, indique ¿Cuáles deberían ser esos límites?

Sólo en el entorno total del proceso, porque efectivamente puede correr riesgo la libre discrecionalidad del juzgador también si es que él se excede de los límites de la congruencia, la congruencia es el orden lógico que exista en todo el ámbito del proceso. Si yo veo que es incongruente ordenar una prueba que rompa la armonía de lo que hay allí, si yo busco una

verdad procesal que ya está prácticamente está a la vista, que sin ser juez ya se la observa, no puedo ir más allá, estaría yo excediéndome en mis facultades discrecionales porque la sana crítica tiene como soporte la discrecionalidad del juzgador, pero es una discrecionalidad fundada, fundamentada, técnicamente sostenida. De manera que la prueba para mejor resolver, el único límite para mí, es que no se rompa la armonía y la congruencia del proceso y de que el juzgador no se exceda en su discrecionalidad y violente la sana crítica para ello.

4.- ¿Considera usted que el decreto oficioso de prueba para mejor resolver vulnera las garantías constitucionales como el derecho a la igualdad procesal, a la imparcialidad del juzgador, al debido proceso o a la tutela judicial efectiva de las partes procesales?

De ninguna manera, por lo que yo he dicho no creo que se violente, más bien, tengo que pesar que importa más, que el juzgador deje de dictar la sentencia, que el juzgador se enfrente a una sentencia con pruebas diminutas, confusas e incompletas, que el juzgador no cumpla con conceder la tutela judicial que requieren los accionantes o los sujetos procesales, es decir, ¿Qué importa más? Importa que eso se quede en el camino o importa que el juzgador asuma la responsabilidad de entregarnos una sentencia, pero una sentencia que esté sostenida en medios probatorios, una sentencia que cumpla con la tutela judicial, una sentencia que responda al activismo judicial que él debe cumplir. Es decir, si todo eso es prioritario, está por encima de aquello de que puede significarle limitación al ejercicio de la facultad de dictar pruebas de oficio, repito, más bien, yo creo que frente a esta apertura del procesalismo oral de darle más espacio a la práctica de la prueba y la demostración de los hechos. Eso también es parte de la demanda de hoy, un juez que corra con esos elementos de un proceso, que esté a la par, que esté atento. Eso necesita un juez diligente, necesita un juez sabio, necesita un juez preparado, entonces si tienes un juez de esa categoría, por supuesto la seguridad de que va a

dictar de oficio las pruebas que se necesiten y que se requieran, si es un juez que no está a esa altura, corremos el riesgo de que la discrecionalidad del él pueda ser mal usada.

5.- ¿Considera usted que el decreto oficioso de prueba para mejor resolver ejercido con los debidos límites beneficia al proceso judicial en su finalidad de búsqueda de la verdad y de expedir sentencias justas?

Creo que todo lo que he comentado está justamente ya señalado, aquello de la carga de la prueba con esta realidad que hemos comentado hoy cada día va perdiendo espacio, porque lo más urgente y lo más importante es que el juez responda a lo que significa manejar y decidir un proceso, un proceso, repito, si está con todas las seguridades de procedimiento, de debido proceso que hemos comentado, por supuesto la facultad de él para hacer prueba, para ser otro protagonista en el ejercicio de la prueba, está evidente, está allí y está garantizada en la ley, no hacerlo, eso es erróneo, y eso desgraciadamente es una cuestión inveterada de nuestra justicia, ¿Por qué? Porque los jueces tienen el temor de que puedan ser acusados de prevaricadores, de excederse en sus facultades porque ordenan una prueba de oficio. Este juez de hoy día debe ser realmente el protagonista del proceso también, más aún, hoy día el COGEP dice que es el director del proceso, pero entonces que haga ejercicio de esa dirección. El director no solo que está esperando que venga lo que le presenten, el director es también actor, un actor más. Desde ese punto de vista, los límites solo están en su sana crítica y en la consideración y congruencia de todo lo que hay en el proceso.

Entrevista No.2

Dr. Gonzalo X. Rodas Garcés

Área de competencia: Derecho Procesal. Es Abogado por la Universidad de Guayaquil, Magister en Derecho Procesal por la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Magister en Derecho Civil y Procesal Civil por la Universidad Técnica Particular

de Loja, PhD en Ciencias Jurídicas por la Universidad de La Habana y PhD en Derecho Administrativo Iberoamericano por la Universidad de La Coruña. Se desempeña como catedrático de Práctica Constitucional en la Universidad de Guayaquil y dicta la cátedra de Derecho Procesal Tributario en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, donde también ha sido profesor en los sistemas de posgrado en Derecho. Actualmente ejerce el cargo de Notario Décimo Primero del cantón Guayaquil.

Fecha de entrevista: 07 de diciembre de 2020

1.- ¿Considera usted que el decreto oficioso de prueba para mejor resolver debería ser una facultad discrecional o un deber legal del juez?

Considero que debe ser un deber legal del juez, pero al mismo tiempo es una facultad, ¿Cómo entenderlo? Entenderlo bajo el concepto de poder-deber de decretar pruebas de oficio, atento al objetivo central de todo proceso que es la búsqueda para cuya base el juez pueda resolver. No puede resolver sobre una no verdad, para alcanzar la verdad hay que utilizar todos los dispositivos que franquea el ordenamiento jurídico, precisamente para encontrar esa verdad, y si es insuficiente a criterio del juez, el juez tiene toda la potestad y la obligación a la vez, puesto que es un valor esencial de nuestro ordenamiento jurídico constitucional la búsqueda de la verdad para sobre esa verdad alcanzar la justicia.

2.- En atención al artículo 168 del Código Orgánico General de Procesos, según su criterio ¿Cuáles son las razones que el juez debe expresar para decretar de oficio prueba para mejor resolver?

Las razones son precisamente la íntima convicción que tenga el juez respecto de la necesidad de contar con elementos suficientes para poder dirimir la controversia inter partes. Como juez, como tercero imparcial, supra partes que debe resolver un conflicto inter partes,

debe contar con todos los elementos de convicción que deben constar en el proceso, y si considera que hay insuficiencia para el esclarecimiento de esa verdad, tiene todo el derecho, la potestad, pero al mismo tiempo la obligación de decretar pruebas de oficio, eso es inmanente al ejercicio de su función jurisdiccional, buscar la verdad.

3.- ¿Considera usted que el decreto oficioso de prueba para mejor resolver debería tener límites expresamente establecidos en la ley? Si su respuesta es afirmativa, indique ¿Cuáles deberían ser esos límites?

Los límites exclusivamente están relacionados con la transparencia y la igualdad de armas y la lealtad procesal, y la principal lealtad procesal de todos los sujetos procesales, no solamente del juez, sino de las partes litigantes, es precisamente encontrar la verdad, y en consecuencia, no puede haber ninguna otra limitación que no sea el pleno conocimiento de las partes, para que asuma su respectiva posición en torno al decreto de prueba oficiosa que pueda impartir el juez. Entonces, el conocimiento oportuno para proveer de los mecanismos necesarios, las partes respectivas estén asegurados que lo que ha señalado con oportunidad el juez respecto del decreto de pruebas de oficio pueda ser conocido y cuestionado por parte de los litigantes en la perspectiva de que haya la mayor transparencia e igualdad de oportunidades de todos los sujetos procesales.

4.- ¿Considera usted que el decreto oficioso de prueba para mejor resolver vulnera las garantías constitucionales como el derecho a la igualdad procesal, a la imparcialidad del juzgador, al debido proceso o a la tutela judicial efectiva de las partes procesales?

En absoluto, considero que en ejercicio de ese poder-deber de parte del juez de decretar pruebas oficiosas de ninguna manera contraviene ni vulnera derecho constitucional alguno, más bien está orientado a hacer prevalecer un valor esencial que establece nuestro ordenamiento jurídico superior, el ordenamiento constitucional de búsqueda de la verdad, la

verdad como un derecho, y en consecuencia, todo el accionar del juez y de las partes deben estar orientadas precisamente a la búsqueda de esa verdad, y consecuentemente, en un ambiente de absoluta transparencia de igualdad de oportunidades, y en cumplimiento de los principios y de las garantías inherentes al debido proceso, y de la tutela judicial efectiva, del acceso a la justicia, y todos los demás elementos que componen un adecuado ejercicio de la jurisdicción y de los derechos concomitantes que le corresponden a los justiciables, es posible que esa búsqueda de la verdad a través del decreto de pruebas de oficio por parte del juez se dé sin ningún tipo de perturbación de los derechos de ninguna de las partes, más bien es un elemento de garantía y de esclarecimiento del sistema procesal, que de acuerdo con la Constitución debe estar orientado a la justicia, un medio para llegar a la justicia es el sistema procesal, y el sistema procesal debe basarse entre otros principios y valores fundamentales en la búsqueda de la verdad.

5.- ¿Considera usted que el decreto oficioso de prueba para mejor resolver ejercido con los debidos límites beneficia al proceso judicial en su finalidad de búsqueda de la verdad y de expedir sentencias justas?

Totalmente de acuerdo, ese ejercicio del poder-deber de decretar pruebas de oficio no es absoluto, debe estar condicionado efectivamente por unos parámetros, y ¿Cuáles son esos parámetros? Los que correspondan al derecho de las partes, a la igualdad de oportunidades y a la transparencia del proceso, de tal manera que nadie sea sorprendido de manera intempestiva por una prueba de oficio que no haya sido debidamente consensuada, debidamente socializada en el proceso, y entonces el pleno ejercicio de ese poder-deber contribuirá más bien a la necesidad de obtener sentencias justas, y ¿Qué es una sentencia justa? Una sentencia apegada a la verdad, y ¿Cómo se puede llegar a la verdad? Precisamente a través de todas las aportaciones probatorias de las partes, pero también de la iniciativa del juez, tanto así que

nuestro ordenamiento jurídico desde el ámbito constitucional y los distintos órdenes procesales a través de sus correspondientes códigos adjetivos establecen esta facultad, este poder-deber de los jueces, exceptuando en materia penal, expresamente está proscrito en materia penal, pero en todos los demás órdenes: El orden procesal constitucional, en el orden procesal no penal regulado por el Código Orgánico General de Procesos en los siete ámbitos: Procesal civil, procesal laboral, procesal de familia, procesal de inquilinato, procesal mercantil, procesal contencioso administrativo y procesal contencioso tributario, establecen efectivamente esa potestad. Lo propio en material de métodos alternativos de solución de conflictos, particularmente en el sistema arbitral, que también regula el ejercicio del poder-deber de decretar pruebas de oficio por parte del juzgador, en este caso del árbitro. De tal manera que está legitimado por nuestro ordenamiento, yo creo que eso hace eco de la razón o de la racionalidad propia del sistema procesal de ser un vehículo para llegar a la justicia a través del descubrimiento de la verdad.

Entrevista No. 3

Dr. José Sotomayor Terán

Área de competencia: Derecho Procesal Civil. Actualmente ejerce el cargo de Juez de la Unidad Judicial Civil de Guayaquil, y se ha desempeñado como catedrático de la Universidad Metropolitana, Universidad de Guayaquil y actualmente en la Universidad Ecotec en la materia de Procedimiento Civil. Es Abogado por la Universidad Laica Vicente Rocafuerte y Magister en Derecho Procesal por la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

Fecha de entrevista: 04 de diciembre de 2020

1.- ¿Considera usted que el decreto oficioso de prueba para mejor resolver debería ser una facultad discrecional o un deber legal del juez?

La prueba de oficio es una facultad implícita del juez, es una prueba sumamente importante, porque llega un momento en que el juez se ve en la necesidad, cuando las pruebas que han suministrado las partes no llenan su sana crítica para resolver el objeto de la litis, tiene esa facultad que le da actualmente el Código Orgánico General de Proceso y que le daba anteriormente también el Código de Procedimiento Civil. La facultad de la prueba de oficio, yo pienso que es un tema discrecional, no puede dejarse tan abierto porque son temas excepcionales cuando el juez se encuentra en la extrema necesidad de pedir este tipo de pruebas cuando las pruebas presentadas no llegan a formar el criterio del juzgador.

2.- En atención al artículo 168 del Código Orgánico General de Procesos, según su criterio ¿Cuáles son las razones que el juez debe expresar para decretar de oficio prueba para mejor resolver?

Primero: tiene que haber evaluado en conjunto todas las pruebas, haber hecho un análisis pormenorizado de todas las pruebas. Segundo: Tiene que considerar si es que específicamente pidiendo la prueba que quiere solicitar de oficio le va servir para resolver el objeto de la Litis. Es decir, tiene que ser necesario lo que va pedir el juez y si en verdad esa prueba va a ser importante para su decisión.

3.- ¿Considera usted que el decreto oficioso de prueba para mejor resolver debería tener límites expresamente establecidos en la ley? Si su respuesta es afirmativa, indique ¿Cuáles deberían ser esos límites?

Yo pienso que al juez no le pueden poner límites, porque si bien es cierto el límite que encuadra a todo ser humano en no ir más allá de lo que una disposición legal o una norma le permiten. El límite al que yo me refiero, no para que el juez vaya más allá de la ley o más allá de las disposiciones legales, no debe tener límite en el tema de las pruebas que puede pedir el juez, porque no solamente no puede ser solo una prueba de oficio, pueden ser una, dos o tres

que él considere necesario. Al inicio de la entrevista, yo dije que debe ser extremadamente necesario la prueba que va a pedir el juez, no por el hecho de que tenga la facultad de prueba de oficio, puede pedir cualquier prueba, debe ser una prueba que en verdad sea coherente, que sea precisa, que sea conducente a resolver el objeto de la Litis. Pero, tampoco puede ponerse a un juez límites en su resolución o límites en su actuación, porque lo estaríamos poniendo en un cuadrado, prácticamente estaríamos amarrando su criterio, su razonamiento para resolver.

4.- ¿Considera usted que el decreto oficioso de prueba para mejor resolver vulnera las garantías constitucionales como el derecho a la igualdad procesal, a la imparcialidad del juzgador, al debido proceso o a la tutela judicial efectiva de las partes procesales?

La prueba de oficio no vulnera ninguna garantía. Las garantías del debido proceso están contenidas en el art. 76 de la Constitución, que tiene coherencia con el art. 169 que de los principios: celeridad, economía procesal, especificidad y también con el artículo 82 de la seguridad jurídica. Inclusive en las garantías del debido proceso nos habla de la defensa, nos habla de proporcionar pruebas, contradecir las pruebas de la otra parte. La prueba de oficio bajo ningún concepto vulnera las garantías del debido proceso, simplemente es una facultad discrecional que tiene el juzgador para pedir una prueba si él lo cree pertinente, no vulnera ningún derecho, más bien, lo que trata de hacer el juzgador es de no vulnerar ningún derecho de las partes, porque quiere resolver en legal y debida forma el objeto de litis que está frente a él, no hacerlo más bien sí vulneraría una garantía, porque si él no tiene ninguna prueba o las pruebas no son suficientes para resolver, mal podría tomar una decisión con duda, mal podría tomar una decisión con incertidumbre, mal podría tomar una decisión sin saber a qué parte darle la razón.

5.- ¿Considera usted que el decreto oficioso de prueba para mejor resolver ejercido con los debidos límites beneficia al proceso judicial en su finalidad de búsqueda de la verdad y de expedir sentencias justas?

Si, la prueba de oficio si beneficia al procedimiento y especialmente al momento de la decisión de la sentencia que tiene que dictar el juez. Tenemos que diferenciar dos aspectos bien claros, no es lo mismo un procedimiento penal a un procedimiento civil o laboral. El juez en el procedimiento civil, que es la rama en que yo me desarrollo como juez civil, no es un investigador, no es un policía, no es un detective. El juez resuelve con lo que está en el proceso, esa es la realidad del juez civil, obviamente la prueba de oficio le da la posibilidad que si lo que está en el proceso no le ayuda a resolver o no le ayuda a decidir, pues él tiene la posibilidad de pedir una prueba de oficio, porque es totalmente distinto al resto de procedimientos.

Entrevista No. 4

Dr. Víctor Hugo Medina Zamora

Área de competencia: Derecho Procesal Civil. Actualmente ejerce el cargo de Juez de la Unidad Judicial Civil de Guayaquil, y se ha desempeñado como catedrático de Derecho Procesal en la Universidad de Guayaquil. Es Abogado y Magister en Derecho Procesal por la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil

Fecha de entrevista: 04 de diciembre de 2020

1.- ¿Considera usted que el decreto oficioso de prueba para mejor resolver debería ser una facultad discrecional o un deber legal del juez?

Considero que debe ser una facultad discrecional, por cuanto corresponde al actor probar los hechos que alega en su demanda y anunciar las pruebas correspondientes conforme

al COGEP. Si por alguna circunstancia al actor o al demandado cuando contesta la demanda y enuncia sus pruebas, se le pudiere haberse omitido o haberse olvidado anunciar una prueba correspondiente, debería quedar en la facultad del juez suplir esa omisión. Precisamente como lo dice la norma, para mejor resolver, para que él llegue a la convicción, mas no suplir obligatoriamente el deber que le corresponde a las partes procesales. El juez no está para eso, está para ayudar, coadyuvar y sentenciar, coadyuvar me refiero al hecho de suplir esa omisión cuando él considere que le falta un elemento para formar su convicción y poder resolver en audiencia la sentencia.

2.- En atención al artículo 168 del Código Orgánico General de Procesos, según su criterio ¿Cuáles son las razones que el juez debe expresar para decretar de oficio prueba para mejor resolver?

Que el juez tenga que expresar las razones quiere decir que debe motivar, debe explicar por qué dispone una prueba para mejor resolver. Esas razones tienen que ser que las pruebas presentadas por las partes han sido insuficientes para formar su convicción, no debe quedar ninguna duda de que la razón tiene que ser la motivación. Si expone una fundamentación vaga, corta o imprecisa, puede quedar a la subjetividad de cada parte el hecho de que el juez está parcializado con algunas de ellas. Entonces el juez tiene que ser muy cuidadoso, fundamentar, motivar, es decir, explicar las razones de por qué está tomando esa decisión, de por qué ha ordenado una prueba para mejor resolver y principalmente hacerle ver a las partes que es para esa finalidad, porque las pruebas presentadas son insuficientes para llegar a su convicción. Recordemos que la prueba tiene por finalidad convencer al juez, y si el juez ordena una prueba para mejor resolver que ninguna de las dos partes ha anunciado, quiere decir que su convicción todavía no está al ciento por ciento.

3.- ¿Considera usted que el decreto oficioso de prueba para mejor resolver debería tener límites expresamente establecidos en la ley? Si su respuesta es afirmativa, indique ¿Cuáles deberían ser esos límites?

Considero que los límites precisamente están en el artículo 168, debe dejar expresa constancia de las razones, de la motivación de su decisión, y que debe ser excepcional. El artículo 168 empieza diciendo que el juzgador podrá excepcionalmente, porque si lo hacemos de manera generalizada se rompe el espíritu del artículo. El fondo del artículo es que sea excepcional, no es que lo va hacer siempre, no puede estar supliendo cada vez y cuando las omisiones de las partes, son las partes las que anuncian las pruebas y como lo dice la norma del COGEP estas pruebas tiene que llegar a convencer al juez. Usted va con un hecho, usted cree que tiene un derecho, su acción la plasma en una demanda, tiene que convencer al juez con las pruebas que ha anunciado. Esa motivación del juez para anunciar una prueba para mejor resolver, tiene que ser excepcional. Pienso que los dos requisitos suficientes están en el artículo 168 del COGEP.

4.- ¿Considera usted que el decreto oficioso de prueba para mejor resolver vulnera las garantías constitucionales como el derecho a la igualdad procesal, a la imparcialidad del juzgador, al debido proceso o a la tutela judicial efectiva de las partes procesales?

Bajo ninguna circunstancia, precisamente se pone de manifiesto el principio de seguridad jurídica contenido en el Art. 82 de la Constitución, que dice que hay un ordenamiento jurídico pre establecido. Ese ordenamiento jurídico está consagrado en el COGEP que establece la prueba para mejor resolver. Entonces, si consideraría que está vulnerado algún derecho, estaría en contra de la Constitución, que establece este régimen previo que el juzgador tiene aplicar. Bajo ningún concepto considero que se está atentando ningún derecho constitucional, ni mucho menos la imparcialidad. Como lo dije anteriormente,

el juez tiene que explicar razonadamente y motivadamente el hecho de por qué está disponiendo una prueba para mejor resolver, y precisamente evitar que alguna de las partes piense que hay parcialidad para con la otra.

5.- ¿Considera usted que el decreto oficioso de prueba para mejor resolver ejercido con los debidos límites beneficia al proceso judicial en su finalidad de búsqueda de la verdad y de expedir sentencias justas?

Totalmente de acuerdo, por lo que manifesté, ninguna de las partes ha convencido al juzgador con las pruebas que ha anunciado, entonces él tiene que estar convencido previo a resolver, nótese que el mismo texto del artículo lo dice “para mejor resolver” para que el juez tenga una convicción total de lo que va a sentenciar en audiencia.

Entrevista No. 5

Abg. Nadia Coronel López

Área de competencia: Derecho Procesal Civil. Es Abogada y Magister en Derecho Procesal por la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Se desempeña como abogada en libre ejercicio, con práctica en litigios principalmente en materia civil y mercantil.

Fecha de entrevista: 08 de diciembre de 2020

1.- ¿Considera usted que el decreto oficioso de prueba para mejor resolver debería ser una facultad discrecional o un deber legal del juez?

Considero que debe ser una facultad del juez que se ejerza en beneficio del proceso, a fin de dirimir la controversia en base a elementos probatorios que sean aportados por las partes y por el juez.

2.- En atención al artículo 168 del Código Orgánico General de Procesos, según su criterio ¿Cuáles son las razones que el juez debe expresar para decretar de oficio prueba para mejor resolver?

La razón principal que debe expresar el juzgador es el esclarecimiento de los hechos controvertidos como lo dicta el referido artículo. En este sentido, considero que el juez debe expresar de manera motivada por qué considera necesario ordenar una prueba de oficio, que esa prueba es necesaria para llegar a la verdad.

3.- ¿Considera usted que el decreto oficioso de prueba para mejor resolver debería tener límites expresamente establecidos en la ley? Si su respuesta es afirmativa, indique ¿Cuáles deberían ser esos límites?

Sí, considero que el juez debe tener límites para ordenar prueba de oficio. Que esa facultad sea excepcional no es suficiente para evitar poner en riesgo su debida imparcialidad, pienso que la aportación de los hechos y de las pruebas es deber de las partes, y así la fijación del objeto del proceso, puede ser un límite para el juez.

4.- ¿Considera usted que el decreto oficioso de prueba para mejor resolver vulnera las garantías constitucionales como el derecho a la igualdad procesal, a la imparcialidad del juzgador, al debido proceso o a la tutela judicial efectiva de las partes procesales?

No considero que la prueba de oficio vulnere derechos de las partes, siempre y cuando, esta facultad sea ejercida por el juez atendiendo a los hechos del proceso, al objeto de la litis. El juez no puede incorporar hechos al proceso o decretar pruebas cuando una parte no anunció pruebas.

5.- ¿Considera usted que el decreto oficioso de prueba para mejor resolver ejercido con los debidos límites beneficia al proceso judicial en su finalidad de búsqueda de la verdad y de expedir sentencias justas?

Si, a través del proceso se accede al órgano jurisdiccional a demandar justicia, y para ello es necesario que la sentencia que se dicte se fundamente en la verdad, y para ello es necesaria la colaboración tanto de las partes como del juzgador.

3.1.2 Conclusión de las entrevistas realizadas

El Dr. Rubén Morán, a la primera pregunta, contestó que, el juez debe decretar prueba de oficio para establecer la verdad de los hechos; manifestó que la carga de la prueba para el que alega un hecho, es un sofisma, que la carga de la prueba le corresponde por igual a las partes y al juez, quien tiene herramientas innovadoras para aportar pruebas. En relación a la segunda pregunta, el entrevistado señaló lo que considera una vulneración al derecho de contradicción en la pruebas pre procesales, que se practican sin la concurrencia de la contraparte y los efectos que esta puede causar en el proceso, en ese sentido manifestó que la prueba para mejor resolver, es la herramienta del juez, por medio del activismo judicial, para garantizar la tutela judicial. En la tercera pregunta, contestó que en su criterio, la sana crítica es el único límite para que el juzgador ordene prueba de oficio. Refiriéndose a la cuarta pregunta, el entrevistado manifestó que la prueba de oficio no violenta ninguna garantía constitucional de las partes, que debe pesar más que el juzgador entregue una sentencia fundada en medios probatorios, así se cumple la tutela judicial. En la última pregunta, recalcó que el juez debe ser protagonista del proceso, y señaló como un error que el juez no ordene prueba de oficio ante el temor a ser señalado como prevaricador.

El Dr. Rodas, a la primera pregunta, contestó que es un poder-deber que tiene el juez en la búsqueda de la verdad para alcanzar la justicia. En relación a la segunda pregunta,

contestó que la íntima convicción del juez es la razón para ordenar prueba de oficio. En la tercera pregunta, el entrevistado contestó que los límites están relacionados con la transparencia, la igualdad de armas y la lealtad procesal, que precisamente la lealtad se manifiesta en el compromiso de las partes y del juez en encontrar la verdad. A la cuarta pregunta, manifestó que ese poder-deber de decretar prueba de oficio no vulnera ningún derecho constitucional, por el contrario siendo su finalidad encontrar la verdad, se cumple con la tutela judicial efectiva y todos los derechos de las partes. En la última pregunta, manifestó estar de acuerdo que el ejercicio del poder-deber de decretar pruebas de oficio contribuirá a tener sentencias justas, apegadas a la verdad.

El Dr. Sotomayor, a la primera pregunta, contestó que es una facultad discrecional, que debe ser ejercida en extrema necesidad para formar la convicción del juez. A la segunda pregunta, contestó que la prueba de oficio debe ser ordenada una vez que se haya evaluado en conjunto todas las pruebas, solo así se podrá considerar si esa prueba servirá para resolver el conflicto. En relación a la tercera pregunta, manifestó que al juez no debe limitárselo ni en su actuación ni en su resolución, y que bien podría dictar una o más pruebas de oficio, siempre que esta o estas sean necesarias para resolver el caso. A la cuarta pregunta, contestó que la prueba de oficio no vulnera ninguna garantía, por el contrario, decretar prueba de oficio tiene como finalidad resolver el objeto de la Litis. En la última pregunta, respondió que la prueba de oficio sí beneficia al procedimiento para dictar la sentencia.

El Dr. Medina, a la primera pregunta, contestó que debe ser una facultad discrecional, porque le corresponde a las partes probar los hechos que alegan. En la segunda pregunta, manifestó que se trata de la motivación, que el juez debe explicar por qué ordenó prueba para mejor resolver, si lo motiva adecuadamente, no deja dudas sobre su imparcialidad. En la tercera pregunta, contestó que los límites están establecidos en el artículo 168 al expresarse la

excepcionalidad y motivación que debe darse para decretar prueba de oficio. En relación a la cuarta pregunta, manifestó que no se vulnera ningún derecho constitucional. A la última pregunta, manifestó encontrarse de acuerdo en el beneficio de la prueba de oficio para resolver con la convicción necesaria.

La Abg. Nadia Coronel, a la primera pregunta contestó que la prueba de oficio debe ser una facultad del juez. A la segunda pregunta, mencionó que la razón principal es el esclarecimiento de la verdad y que en ese sentido debe motivar su decisión. A la tercera pregunta, contestó que la prueba de oficio sí debe tener límites, expresó que uno de ellos puede ser el objeto del proceso, que ese debe ser el límite del juez en cuanto la prueba de los hechos que pueda ordenar. En relación a la cuarta pregunta, manifestó que siempre y cuando la prueba de oficio se contraiga a los hechos del proceso, no se vulnera ningún derecho. En la última pregunta, respondió que sí, que a través del proceso se busca la verdad para alcanzar la justicia, que establecer la verdad conlleva la colaboración de las partes y del juez.

CAPÍTULO IV

DISCUSIÓN

4.1 Argumentación jurídica de los resultados

En este capítulo exponemos la discusión de los resultados obtenidos que se relacionan con el marco teórico, a fin de fundamentar la propuesta científica. Se plantea la discusión sobre la base de los objetivos planteados en la investigación, para contestar la pregunta contenida en la formulación del problema, a fin de argumentar jurídicamente una propuesta adecuada.

Se realizará el análisis, organizando los temas de la siguiente manera: 1) La prueba; 2) La carga de la prueba; 3) La prueba de oficio; 4) Las garantías constitucionales del proceso; y, 5) Los límites a la iniciativa probatoria del juez para ordenar prueba de oficio frente al principio de la carga de la prueba. En relación con estos cinco aspectos tratados en la investigación, se elaboró el marco teórico y las preguntas planteadas en las entrevistas a los expertos. Luego de la discusión, se fundamentará la propuesta científica de esta investigación.

4.1.1 La Prueba

Hace casi dos siglos Bentham manifestó que “(...) el arte del proceso no es esencialmente otra cosa que el arte de administrar las pruebas...” (Devis, 1981, pág. 13) Por ello, es una afirmación indiscutible que la etapa o la fase neurálgica de un proceso judicial, es precisamente, la práctica de la prueba. Jurídicamente, en todo proceso, judicial o administrativo, la comprobación de los hechos o la búsqueda de la verdad -según esté dada la naturaleza y los fines del proceso- es la actividad de más trascendental importancia, porque sin la fiel reconstrucción de los hechos en litigio no será posible obtener del juzgador un

pronunciamiento del caso concreto, por cuanto, por mandato legal se espera del juzgador la decisión del litigio. En los actuales tiempos resulta imposible que un juzgador decida no sentenciar el pleito por no existir ley o por no tener claro los hechos, como ocurría en la antigüedad con las sentencias *non liquet*.

De lo anterior, podemos manifestar que, por definición, probar representa la actividad de llevar al convencimiento del juez la existencia de los hechos litigiosos, a través de los medios de prueba. La importancia de esta actividad –probatoria- viene dada en función de la finalidad de la prueba y de los fines del proceso. Es decir, la búsqueda de la verdad para lograr el fin último del derecho, esto es, alcanzar el ideal de justicia.

En este aspecto, consideramos preponderante la teoría que establece la relación de la finalidad de la prueba con los fines del proceso, y en este sentido, se determina que debe buscarse la verdad de los hechos litigiosos, para que pueda dictarse la sentencia justa, que deba fundamentarse en los medios probatorios. Así, es necesario citar “(...) un viejo adagio: “Tanto vale no tener un derecho, cuanto no poder probarlo” (Devis citado por Ramírez, 2017, págs. 19, 20)

Nuestro ordenamiento jurídico, respecto del proceso y la prueba, comprende, entre otros, las siguientes disposiciones: La Constitución, en su artículo 169 define al proceso como el medio alcanzar la justicia, consagrando las garantías del debido proceso; y, en su artículo 76, número 7, letra h, consagra el derecho a la prueba como un derecho fundamental. En relación al Código Orgánico General de Procesos, en su artículo 158 establece como finalidad de la prueba convencer al juzgador sobre la veracidad de los hechos controvertidos.

De tal forma que, la prueba constituye el espíritu, el alma del proceso, dada su importancia para fundamentar en los hechos, la decisión del litigio. En este sentido, la prueba adquiere el carácter de derecho fundamental, y para tutelar este derecho consagrado en los

instrumentos internacionales de Derechos Humanos y en la Constitución, el derecho probatorio ha desarrollado una teoría general de la prueba. Así es que la actividad probatoria, se encuentra regulada por una serie de principios, que siendo comunes a todos los procesos y materias, deben ser cumplidos, puesto que su inobservancia acarrea la nulidad de los medios probatorios por violación de la Constitución y de la ley.

Respecto de los principios de la prueba, se distinguen aquellos principios esenciales que forman la estructura de la actividad probatoria frente a otras consideradas reglas que dictan la forma en que deben de actuarse. Así, de la esencia de la prueba se destacan los principios de contradicción e inmediación. El primero permite hacer ejercicio del derecho a la defensa, a través de la oportunidad de conocer las pruebas de la contraparte, para ejercer su derecho a la defensa y contradecir dichas pruebas; y el segundo, dicta la obligación de que las pruebas sean actuadas en presencia del juez, ante quien se debe practicar las pruebas, para que el juzgador pueda apreciar con sus sentidos los medios de prueba aportados al proceso. En relación a las reglas, se puede señalar la forma en que se actúan las pruebas, actualmente en el modelo procesal del COGEP el anuncio, admisión, práctica y valoración de las pruebas se realiza en audiencia oral, lo que no ocurría en el anterior modelo de proceso escrito.

4.1.2 La carga de la prueba

Como hemos manifestado, en el proceso, la actividad probatoria es la más importante, porque en esta fase, los hechos puestos a conocimiento del juzgador deben ser comprobados para formar su convicción. En el proceso siempre se discutirá sobre estos dos elementos sustanciales, los hechos y las pruebas. Nuestro código procesal, el COGEP, establece como obligación del demandante probar los hechos que afirma en su demanda y que niega el demandado en su contestación.

Esta “obligación” de probar es lo que se conoce como el *onus probandi* o carga de la prueba, que se define como un imperativo del propio interés, así es que, el actor que propone su demanda debe probar los hechos alegados a fin de obtener para su propio beneficio una sentencia favorable a sus intereses. Pero, esta carga de probar también alcanza al demandado, cuando éste ha introducido hechos afirmativos en su contestación, en cuyo caso opera el aforismo *affirmanti incumbit probatio* que indica que quien afirma un hecho debe probarlo. Es decir que, si el actor afirma la existencia de un derecho debe ofrecer prueba de ello, y si el demandado afirma que ese derecho ha sido extinguido, le corresponde probarlo.

Es por ello, que la carga de la prueba, ha sido definida también como una regla de juicio para el juez y para las partes procesales. En cuanto al juzgador, la carga de la prueba le señala cómo debe decidir cuando las partes no han probado los hechos o cuando las pruebas aportadas no han sido suficientes para formarse su convicción, en cuyo caso, deberá tener por no probados o inexistentes los hechos. En relación a las partes procesales, la carga de la prueba es una regla que señala a quién le corresponde la responsabilidad de probar los hechos alegados, a fin de obtener una sentencia favorable a sus pretensiones.

La carga de la prueba es una figura probatoria clásica, que apareció científicamente a inicios del siglo XIX, que señala –subjetivamente- a quién le corresponde ofrecer una determinada prueba. Sin embargo, paralelamente al desarrollo social, económico y tecnológico de las sociedades, el derecho ha ido también evolucionando en todos los ámbitos y materias, a fin de lograr un orden jurídico que regule de manera eficaz las relaciones que se desarrollan alrededor de estas circunstancias de progreso científico y tecnológico. De tal forma que, en la actualidad, la figura de la carga de la prueba como regla de juicio, que distribuye únicamente entre las partes procesales la obligación de ofrecer la prueba de los hechos, y en consecuencia, su función de regla que debe seguir el juez cuando las partes no

han logrado formarle su convicción, ha sufrido una crisis, tornando este principio en una figura obsoleta, casi impracticable a la luz de los ordenamientos jurídicos permeados por los principios que rigen al modelo actual del neo constitucionalismo.

En este sentido, es pertinente citar lo manifestado por el maestro Nieva, quien refiriéndose a la carga de la prueba, expresó que: “(...) la carga de la prueba es solamente una pieza de museo que todavía se utiliza muchísimo en los procesos...” y para proscribir esta regla, sostuvo que: (...) tal y como se emplea hoy en día, no despeja las incógnitas sobre los hechos, sino que simplemente las arrincona para alcanzar un juicio que puede alejar muchísimo al juez de la realidad, lo que es contrario a la justicia que debe intentar hacer la jurisdicción. Se trata, simplemente, de un modo de finalizar el proceso, en su origen prematuramente, y actualmente al final del mismo una vez fracasada la valoración de la prueba... Lo cierto es que el proceso termina con una sentencia ficticia, casi con una expresión de fe, lo que no es aceptable por la ciencia... (Ob, cit. Nieva Fenoll, 2018, págs. 2, 3)

En consecuencia, la literatura jurídica, en los últimos años, ha relegado la regla de la carga de la prueba hasta considerarla una reliquia que sobrevive pese a sus antecedentes que datan del derecho romano. Así, la carga de la prueba, dicta que cada parte debe probar los hechos que afirma y que el juez debe considerar como inexistentes los hechos si las pruebas aportadas por las partes son insuficientes para formar su convicción. Lo que no se compadece con la realidad actual de los Estados Constitucionalistas, que erige a la prueba como un derecho fundamental.

En este sentido, desde una mirada constitucional del proceso, de qué manera podemos considerar que se concretan los derechos fundamentales, si el juzgador no intenta ejercer sus poderes probatorios, si se conforma solamente con las pruebas que le aporten las partes, sin

estimar el grado de justicia que se debe alcanzarse a través de la búsqueda de la verdad, mediante la necesaria iniciativa probatoria cuando el juzgador no se ha formado la convicción de los hechos.

4.1.3 La Prueba de Oficio

En este trabajo de investigación, nos acercamos al objeto de estudio - la prueba de oficio- desde los aspectos más generales de la prueba, su noción, concepto jurídico, finalidad, objeto y principios. Con lo cual, establecimos cuáles son las reglas que deben orientar la actividad probatoria para que esta goce de validez y eficacia probatoria. Posteriormente, tratamos las figuras probatorias de la carga de la prueba, la carga dinámica y la prueba de oficio, desde la perspectiva de quién o a qué parte se le debe exigir la carga o la responsabilidad de aportar la prueba de los hechos alegados en el proceso. En este sentido, analizamos brevemente las teorías del proceso, considerando también el nuevo paradigma jurídico que nos rige desde la aprobación de la Constitución de Montecristi.

De tal manera que, a partir de la vigencia de la actual Constitución, que adhiere a la corriente del neoconstitucionalismo, que propugna la vigencia, el respeto y la satisfacción de los derechos fundamentales; no podemos continuar mirando al proceso desde la óptica de la concepción privatista, que lo considera como un negocio privado de las partes procesales, del que se sirven para resolver sus disputas particulares; por el contrario, debemos considerarlo desde la visión publicista, que concibe la importancia del proceso, en relación a sus fines, como la herramienta que el Estado otorga a la sociedad para la aplicación de la ley y el imperio del derecho y la justicia.

El nuevo paradigma que rige nuestro ordenamiento jurídico, exige de los actores del proceso - las partes procesales y el juez- una actuación diferente en el desenvolvimiento del proceso y por supuesto en el desarrollo de la actividad probatoria. En este nuevo modelo de

Estado constitucional de derechos y justicia, solo podría considerarse justa una decisión adoptada con base en las pruebas y en los hechos. Lo que se conseguirá con el compromiso y la actuación conjunta de las partes procesales y del juez, en la búsqueda de la verdad como el ideal de justicia.

La prueba de oficio, en nuestra legislación procesal, se encuentra prevista en el artículo 168 del COGEP, que lo define como una facultad excepcional del juez que le sirve para esclarecer los hechos controvertidos. Esta disposición que concibe a la prueba de oficio como una facultad del juez, quien “puede” ordenar la práctica de la prueba que considere necesaria para el esclarecimiento de la verdad, se ha mantenido inmutable a través de la historia, en los distintos códigos de procedimiento, desde la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1907, pasando por el Código de Procedimiento Civil de 2005, hasta el actual COGEP, incluyendo la prohibición respecto de ordenar pruebas testimoniales.

En este sentido, creemos que, la prueba de oficio, en nuestro sistema procesal no ha sido utilizada en su real dimensión e importancia, para que le sirva al juzgador como una herramienta para alcanzar el principal propósito del proceso, esto es, llegar a la verdad de los hechos, lo que constituya la motivación de una sentencia justa, fundamentada en medios probatorios y de esta manera se aplique la vigencia del derecho.

Así, podemos observar que, no obstante el COFJ, en su artículo 130 dispone como facultad primordial de los jueces ejercer las atribuciones jurisdiccionales, por lo tanto, en el numeral 10, dispone que –deben- ordenar, de oficio, la práctica de pruebas. Es decir, que en el COFJ encontramos un mandato de actuación, al establecerse “el deber de” ordenar prueba de oficio en ejercicio de las facultades esenciales del juez. Sin embargo, en la ley procesal – COGEP- se mantiene la disposición legal que expresa que el juez “podrá” ordenar de oficio la prueba que juzgue necesaria, lo que representa el ejercicio de una facultad discrecional, que el

juez puede o no utilizar según considere necesario, facultad restringida aún más con el carácter de su excepcionalidad.

Por lo anterior, consideramos que en el actual modelo constitucional, el régimen procesal de la oralidad o juicio por audiencias, que por una parte, le otorga al juez la calidad de director del proceso, con poderes de dirección y control de las actividades de las partes procesales y de la fijación del objeto de la litis; y que, por otra parte, respecto de la prueba de oficio, mantiene el carácter de facultad ejercida de manera excepcional no concuerda con los fines del proceso, esto es, buscar y alcanzar la verdad real de los hechos.

El Dr. Rodas, en su tesis titulada “Las pruebas de oficio y su incidencia en la fundamentación de las sentencias y en la calidad de la justicia en los juzgados y tribunales de la ciudad de Guayaquil” (2013) nos habla de un poder-deber (...) de decretar pruebas de oficio, para averiguar la verdad de los hechos, surge de la necesidad de poder demostrar a la sociedad algún criterio atendible sobre el cual se pueda afirmar que la decisión judicial es justa, y uno de esos ingredientes es que se construya sobre la verdad... (pág. 21)

Así es que, la prueba de oficio se convierte en la principal herramienta de un juez activo, interventor, protagonista, comprometido con las partes y con la sociedad para entregarles una sentencia que concrete el ideal de justicia, lo que se alcanzará con la búsqueda de la verdad. Lo contrario, un juez pasivo, que se abstiene de ordenar prueba de oficio, limitándose a resolver el conflicto conforme a las pruebas incorporadas por las partes, aunque estas no sean suficientes para esclarecer los hechos, no atiende la importancia que tiene el proceso y el deber del Estado a través del órgano jurisdiccional de satisfacer los derechos fundamentales e impartir justicia.

4.1.4 Las garantías constitucionales del proceso y el principio dispositivo

A efectos de abordar estos temas, creemos necesario; en primer lugar, establecer la naturaleza e importancia del proceso. Así, tenemos que, desde los remotos orígenes de las sociedades, se han suscitado entre sus integrantes, controversias de diferente índole surgidos por diversos factores económicos, sociales, culturales, etc. Estos conflictos sociales que alcanzan también la afectación de bienes personales y patrimoniales, deben ser solucionados para mantener la paz del conglomerado social.

De tal manera, que la resolución de los conflictos sociales es una necesidad imperiosa para las sociedades; que han experimentado desde las formas más primitivas como la venganza privada, hasta el empleo de métodos más civilizados como la auto composición y la hetero composición, que constituyen los fundamentos del actual sistema de resolución de conflictos.

En consecuencia, así el proceso se constituye como el medio idóneo para resolver estos conflictos sociales, privilegiando el debate jurídico, evitando así la violencia y la justicia por cuenta propia. De tal forma que, los sujetos involucrados en un conflicto o en la disputa de sus derechos, tengan como garantía de justicia, el trámite de un proceso justo, debido y eficiente que remedie las relaciones jurídicas afectadas.

Por lo anterior, se desprende la importancia del proceso, en mayor dimensión en un estado constitucional de derechos y justicia, donde la satisfacción de los derechos fundamentales se erige como el deber más importante del Estado. En este sentido, dentro del proceso se conjugan múltiples derechos humanos, con características de inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.

Atribuyéndole tal importancia al proceso, se puede justificar la controversia que se ha suscitado entre dos corrientes procesales contrapuestas desde la visión de la concepción del proceso, su naturaleza y fines. Estas corrientes procesales se constituyen en el activismo

judicial y el garantismo procesal; cuyos exponentes han llegado a sostener como antagónicas, incompatibles e irreconciliables.

El proceso, cualquiera que sea su naturaleza, judicial o administrativo, representa el medio más idóneo para la realización de la justicia, y en este sentido, considerando su significación en un estado constitucional de derechos y justicia, el proceso está protegido por normas de rango constitucional y principios previstos en instrumentos internacionales de derechos humanos, que aseguran la vigencia y el respeto irrestricto de los derechos de las partes procesales.

Consideramos que, precisamente en esta relación entre las garantías constitucionales del proceso y el principio dispositivo, reside buena parte de la controversia entre las corrientes procesales del activismo judicial y el garantismo procesal. Esto debido a que, es en la figura del Juez y su participación activa o pasiva en el proceso en general y en la actividad probatoria en particular, se sustenta el debate entre estas dos corrientes del procesalismo. Así, el autor Alvarado, sostuvo que “(...) el garantismo postula y pretende la irrestricta y plena vigencia del sistema acusatorio o dispositivo de enjuiciamiento, tanto penal como civil, mientras que el activismo acepta y mantiene el sistema inquisitorio o inquisitivo para todo tipo de juzgamiento...” (Ob. Cit. p. 18) Por otra parte, el maestro Parra (2004), manifestó “(...) existen dos modelos de juez: uno garantista liberal (léase espectador en materia probatoria) y otro autoritario (léase en materia probatoria el que decreta pruebas de oficio) (p. IX)

De lo anterior, se reafirma que, los exponentes de las corrientes procesales consideran que el eje central de la discusión descansa sobre la figura del juez y su actuación en el proceso, y en la actividad probatoria. Es decir, que la participación del juez, marca el modelo de proceso: dispositivo o inquisitorio. En consecuencia, restringen la discusión al modelo de

juez, inerte o activo; por cuanto el principio dispositivo se mantiene inalterable, en cuanto el proceso se inicie por iniciativa de parte y concluya de forma extraordinaria, por disposición de las partes sobre el objeto del litigio.

4.1.5 Límites a la iniciativa probatoria del juez frente al principio de la carga de la prueba

Como se manifestó en el acápite anterior, entre las garantías constitucionales que rigen al proceso y el poder probatorio del juez, -para los garantistas, entendido como una violación al principio dispositivo- se ha posicionado un intenso debate entre las corrientes doctrinarias del procesalismo. Así, se han identificado con la corriente del garantismo procesal, los autores que priorizan la vigencia de los derechos constitucionales de las partes procesales, denostando la actividad del juez, como inquisidora; y por la corriente del activismo judicial, quienes se manifiestan a favor de otorgarle al juez un rol protagonista, más activo, tanto en la dirección del proceso como en la aportación y práctica de la prueba.

Desde hace algunos años, acerca de este debate, se ha escrito múltiples y extensas obras, destacándose autores que han negado los puntos en los que pueden confluir ambas corrientes. Autores como Alvarado Velloso, incluso sostuvo que, la esencia del proceso, es la presencia de un juez imparcial, llegando a señalar el perjuicio que se puede ocasionar a una parte procesal “por una intromisión judicial disfrazada bajo el título de prueba de oficio o medida para mejor resolver, que termina por inclinar la balanza de la justicia a favor de una de las partes del proceso...” (2010, pág. 3)

La presente investigación se ha desarrollado sobre el estudio de los fundamentos jurídicos e históricos de los sistemas de enjuiciamiento, de la prueba, así como de los principios procesales esencia de un proceso debido y justo. Por lo que, hemos llegado a sostener que es necesario que el juez ejercite verdaderamente sus poderes probatorios, no para

inclinarse el resultado del proceso, la sentencia, en favor de una de las partes, sino con la finalidad de realizar el anhelo de justicia, sobre la base de los hechos y las pruebas.

Taruffo, citado por Rodas (2013), señaló que (...) La determinación de la verdad de los hechos es necesaria, aunque no suficiente por sí sola para alcanzar la justicia de la decisión: esa determinación no es suficiente, porque aunque la decisión se fundara en una reconstrucción verdadera de los hechos, podría haber sido vulneradas las garantías del proceso... Pero la verdad de los hechos sí es necesaria, tanto en sí misma, porque una decisión adoptada sobre la base de una versión falsa de los hechos no puede considerarse justa, como porque la determinación verdadera de los hechos constituye a su vez una premisa necesaria para la aplicación correcta de la ley que regula el caso... (pág. 47)

CAPÍTULO V

PROPUESTA

El derecho a probar en juicio y a contradecir las pruebas presentadas por la contraparte, es un derecho fundamental, consagrado en la Constitución de la República; derivado del derecho a la defensa y al debido proceso; vinculándose además de manera directa con el ejercicio de otros derechos fundamentales. En el contexto del estado constitucional de derechos y justicia que rige nuestro ordenamiento jurídico a partir de la promulgación de la Constitución de Montecristi, y a la luz de las nuevas tendencias en materia probatoria; consideramos que el principio de la carga de la prueba, en la actualidad es anticuado, en relación con los fines del proceso; esto es, la realización de la justicia.

Así es que, dentro del nuevo paradigma jurídico que nos ampara, consideramos caduco mantener la creencia que regla de la carga de la prueba es el imperativo categórico llamado a resolver la controversia surgida entre las partes procesales; tanto, desde la concepción subjetiva, que cada parte debe aportar las pruebas en favor de su propio interés, sin atender los criterios o principios de solidaridad entre las partes procesales normalmente desiguales, cuanto desde la concepción objetiva, que le señala al juez, la forma en que debe dictar sentencia cuando las pruebas aportadas por las partes no han formado su convicción, respecto de los hechos propuestos en el caso.

En el presente trabajo de investigación hemos reivindicado la concepción publicista del proceso, antagónica a la concepción privatista, que considera al proceso de manera egoísta como el medio para resolver el conflicto entre las partes procesales sin atender a la verdad de los hechos. Por el contrario, la visión publicista, sostiene como finalidad del proceso, resolver el conflicto a través de la búsqueda de la verdad real de los hechos del caso.

En este sentido, sostenemos que, el Juez debe convertirse en un participante activo del proceso, ejerciendo sus poderes probatorios y de dirección del proceso, en aras de alcanzar el máximo ideal de justicia, reiteramos, la consecución de una sentencia justa y motivada en los hechos y las pruebas. No obstante, tenemos preclaro que el objeto del litigio es de libre disposición de las partes procesales, no así el proceso, que se encuentra protegido por normas y principios que garantizan la vigencia de los derechos fundamentales de las partes.

Nuestro Código Orgánico General de Procesos (2015) en su artículo 169, inciso primero, señala que: “(...) Carga de la prueba. Es obligación de la parte actora probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en la demanda y que ha negado la parte demandada en su contestación...” (p. 45) y en su artículo 168, establece que: “(...) Prueba para mejor resolver, La o el juzgador podrá, excepcionalmente, ordenar de oficio y dejando expresa constancia de las razones de su decisión, la práctica de la prueba que juzgue necesaria para el esclarecimiento de los hechos controvertidos...” (p. 45)

Al respecto, no obstante, hemos manifestado nuestro reparo sobre la regla de la carga de la prueba, en cuanto se utilice como rueda de auxilio del juez que no ejerza sus poderes probatorios; coincidimos en el deber que tienen las partes procesales de anunciar y presentar las pruebas que crean necesarias para comprobar la veracidad de sus alegaciones, como el imperativo del propio interés.

Nuestra propuesta consiste en reformar el artículo 168 del COGEP, con la finalidad que el juzgador ejerza realmente su poder deber de decretar pruebas de oficio, como una medida de acción, necesaria para alcanzar la verdad de los hechos controvertidos; puesto que, advertir si una u otra parte no han propuesto pruebas, o si los medios de prueba aportados no han sido suficientes para formar el criterio del juez, resulta anticuado mantener vigente una

institución obsoleta como la carga de la prueba en perjuicio del proceso que busque la verdad de los hechos.

Considerando todo lo expuesto en relación al objeto de estudio, pretendemos formular una propuesta de reforma al artículo 168 del COGEP para excluir el carácter de excepcionalidad en el decreto oficioso de pruebas e incluir los presupuestos –límites- que aseguren la vigencia de los derechos y garantías de las partes procesales, como ocurre en otras legislaciones de España y Latinoamérica. En consecuencia, proponemos reformar el contenido del artículo 168 por el siguiente texto:

Art. 168.- Prueba de Oficio. Cuando la o el juzgador considere que los medios de prueba aportados por las partes resulten insuficientes para formar su convicción, podrá ordenar de oficio, la práctica de la prueba que estime conveniente para el esclarecimiento de los hechos controvertidos, siempre que la fuente de prueba haya sido citada por las partes en el proceso. Las pruebas decretadas de oficio, estarán sujetas a la contradicción de las partes, por este motivo, la audiencia se podrá suspender hasta por el término de quince días.

CAPÍTULO VI

CONCLUSIONES

Habiendo finalizado este trabajo de investigación, cuyo objetivo general consiste en definir los límites de la iniciativa probatoria del juez para ordenar prueba de oficio frente al principio de la carga de la prueba, atentos a lo manifestado por los jueces, abogados y maestros que fueron entrevistados, considerando su experiencia y trayectoria en el campo del derecho procesal, con relación a un problema jurídico de actualidad, como constituye la participación del juez en la actividad probatoria, así como del estudio de la doctrina jurídica y de la comparación con legislaciones de otros estados, podemos concluir lo siguiente:

1. La entrada en vigor de nuestra Constitución representa un nuevo paradigma jurídico, que significó mudar del modelo del positivismo jurídico para adoptar el modelo del neo constitucionalismo, lo que constituyó un cambio sustancial en las estructuras jurídicas y políticas del Estado, consagrando en el texto constitucional un amplio catálogo de derechos, ubicándonos a la vanguardia en la región y posiblemente en el mundo.

2.- El estado constitucional de derechos y justicia, producto del modelo neo constitucional, debe entenderse desde los fines del Estado: Satisfacer y proteger los derechos fundamentales. Por ello, se establecieron tanto derechos fundamentales como garantías que logren el cumplimiento de tales derechos. En tal razón, el conjunto de instituciones que conforman el Estado, tienen como más alto deber, respetar y hacer respetar los derechos consagrados en la Constitución.

3.- En virtud de la nueva Constitución y del nuevo modelo de Estado, se produjo una re organización del Estado; siendo necesario desarrollar nuevas instituciones y órganos del poder público, que se encarguen de implementar las políticas necesarias para la promoción, el

goce y la satisfacción de los derechos fundamentales; así también, fue imperioso la tarea del órgano legislativo en la creación de nuevas leyes que guarden la debida armonía con la Constitución.

4. En este marco de transformación jurídica, se dictaron nuevas leyes, primero el COFJ, y posteriormente, un nuevo código en materia procesal, el COGEP, que concretó un viejo anhelo, la tan ansiada oralidad procesal. Este código estableció un nuevo modelo de proceso, los juicios por audiencias, y un nuevo modelo de juez, director del proceso; con ello, se dejó atrás el caduco sistema escrito y el modelo del juez pasivo, llamado por la doctrina como “juez inerte”.

5.- En este modelo del procesalismo oral, el juez se convierte en un actor importante del proceso, su actuación ya no se limita en ser simplemente un espectador del proceso encausado por la iniciativa de las partes; sino que, con la concurrencia de las partes, debe dirigir el proceso, determinar el objeto del litigio, admitir o rechazar los medios de prueba, decretar pruebas de oficio, teniendo las garantías procesales como el límite de su actuación.

6.- El proceso es el mecanismo idóneo para restablecer la paz social y alcanzar la justicia entre los miembros del conglomerado, a través de la decisión imparcial dictada por el órgano jurisdiccional, que representando al Estado decide el conflicto y ejecuta su resolución. De tal importancia es la mecánica procesal que concreta tanto los fines del Derecho, alcanzar la paz social y la justicia, como los fines del Estado constitucional, satisfacer los derechos fundamentales.

7.- Nuestra Constitución considera el sistema procesal como un medio para la realización de la justicia, estableciendo principios rectores del proceso que consagren las garantías del debido proceso.

8.- En todo proceso que se inicia por la necesidad de reclamar derechos o satisfacer obligaciones, se exige del Estado la tutela judicial efectiva, a fin de resolver los conflictos surgidos entre las partes, siempre se encontrarán presentes dos elementos importantes de la discusión jurídica: Los hechos y las pruebas. Los hechos son propuestos por las partes procesales, que de acuerdo a sus intereses exponen su propia versión y en ese sentido aportan las pruebas que conduzcan al convencimiento del Juez sobre cómo acontecieron los hechos materia del proceso.

9.- El derecho a la prueba constituye un derecho fundamental consagrado en nuestra Constitución; porque el derecho a ofrecer pruebas y rebatir las pruebas de la contraparte, conforman las garantías del debido proceso y del ejercicio del derecho a la defensa, y en consecuencia, de la tutela judicial efectiva.

10.- La prueba adquiere una trascendental importancia en el proceso, debido a su finalidad, comprobar los hechos controvertidos que sustenten la motivación de la sentencia. En tal sentido, la prueba ha sido considerada por la doctrina jurídica en tres aspectos: como medio, como actividad y como resultado. En cualquiera de estas manifestaciones, la prueba se halla circunscrita a diversos principios constitucionales y procesales que regulan su anuncio, admisión, práctica y valoración.

11.- La prueba en su finalidad tiene relación directa con el modelo de proceso; así, existen dos corrientes procesales: El modelo privatista y el modelo publicista del proceso. En el primero –de ideología liberal- el proceso tiene como finalidad resolver el conflicto entre las partes; y en el segundo –de ideología social- el proceso tiene como finalidad establecer la verdad de los hechos.

12.- En el contexto del Estado constitucional de derechos y justicia, que nuestro sistema procesal es un medio para alcanzar la justicia, la decisión del órgano jurisdiccional

tiene que ser justa; es decir, que, aplicando las garantías procesales, el proceso debe procurar como meta alcanzar la verdad de los hechos que sirvan al juzgador como fundamento de una sentencia justa.

13.- La dinámica del proceso genera derechos, deberes, cargas y obligaciones.

Goldschmidt definió las cargas procesales como un imperativo en interés propio, no existiendo frente a ella un derecho del adversario o el Estado, Azula manifestó que las cargas procesales pueden concebirse como la facultad que tienen las partes para realizar o no determinado acto procesal, pero que, si se abstienen de efectuarlo, les acarrea consecuencias jurídicas adversas.

14.- La carga de la prueba o su expresión latina *onus probandi* es una figura probatoria clásica de tan antigua data que se remonta al derecho romano antiguo con las *legis actiones*. Por regla general se señala que al actor le corresponde probar los hechos propuestos afirmativamente en su demanda, y al demandado le corresponde probar la existencia de los hechos extintivos que alegue en su contestación. No obstante, de darse el caso, que las partes no hubieren aportado las pruebas o si estas fueren insuficientes para formar el convencimiento del juzgador, éste deberá decidir el pleito en contra de la parte que tenía la responsabilidad de probar los hechos alegados.

15.- De lo anterior, se distingue la carga de la prueba en dos aspectos: Subjetivo o formal y objetivo o material; el primer aspecto atiende a qué parte debe aportar la prueba de los hechos, el segundo aspecto se refiere a la regla de juicio que le señala al juzgador cómo debe decidir el pleito cuando habiendo realizado la valoración del caudal probatorio, las pruebas practicadas no han formado su convicción.

16.- La carga de la prueba en sus aspectos subjetivo o formal y objetivo o material tuvo relación directa con el sistema de valoración de la prueba, el primero con la prueba

tasada y el segundo con el sistema de libre valoración. Con el sistema de libre valoración se mantuvo vigente en la doctrina jurídica el concepto de carga de la prueba; así, la carga de la prueba ya no aparece al principio del proceso sobre la parte procesal que debe aportar la prueba sino al final del proceso, después de haberse realizado la valoración probatoria.

17.- En el contexto del actual paradigma jurídico que rige nuestro sistema jurídico, con una mirada constitucional del proceso, atendiendo a su interés público y respetando el interés legítimo de los particulares, consideramos que mantener la figura de la carga de la prueba como la regla de juicio que aplica el juzgador cuando no tiene convicción sobre los hechos controvertidos, no es valedero al contrastar un figura que data científicamente del siglo XIX contra un modelo de proceso nuevo, moderno, de vanguardia, donde el juez tiene una herramienta útil en la prueba de oficio para buscar la verdad de los hechos que conduzcan a la realización de la justicia, sin que ello signifique transgredir los principios de imparcialidad judicial, dispositivo y las garantías del debido proceso.

18.- La prueba de oficio en nuestro sistema procesal se encuentra prevista como una facultad que el juez puede ejercer de manera excepcional, lo que ha llevado en la práctica que esta herramienta probatoria de gran utilidad no se emplee en su real dimensión, debido al infundado temor o recelo que tienen los operadores de justicia de ser señalados por quebrantar su debida imparcialidad y la igualdad procesal.

19.- Para denostar el ejercicio del poder probatorio del juez en oposición a los beneficios que puede aportar en la búsqueda de la verdad como medio para la realización de la justicia, se ha entronizado un rabioso debate jurídico alrededor de las dos corrientes del procesalismo: El activismo judicial que defiende la participación activa del juez en la actividad probatoria como medio para dictar una sentencia justa que tenga fundamentado en la verdad; y el garantismo procesal, que siendo la tesis contraria, sostiene que un juez activo

representa una intervención autoritaria del Estado en un asunto de interés particular, por lo que, reclama un proceso que tenga un juez que se empeñe en respetar las garantías constitucionales.

20.- Para que nuestro sistema procesal cumpla con su función de ser el medio para la realización de la justicia y se constituya en la garantía de otorgarle a la sociedad la tutela judicial efectiva que demande, es necesario que el juez ejerza sus poderes probatorios a través del decreto oficioso de prueba, para que se comprometa con las partes procesales en la aportación de los medios probatorios que les conduzcan a la búsqueda de la verdad, lo que tendrá como resultado la realización de la justicia, dictando una sentencia que solo podrá ser considerada justa si tiene fundamento en medios probatorios.

21.- La propuesta de reforma al artículo 168 del COGEP se orienta a excluir el carácter excepcional a la facultad de decretar prueba de oficio, incluyéndose los presupuestos que sirvan como límite al poder probatorio del juez, es decir, aspiramos lograr un equilibrio entre la participación activa del juez en la actividad probatoria y la vigencia de las garantías procesales; que la doctrina española define como la máxima eficacia del proceso.

CAPÍTULO VII

RECOMENDACIONES

En virtud de las conclusiones expuestas en esta investigación, se evidencia que la prueba de oficio en nuestro sistema procesal ha sido concebida como una facultad de carácter excepcional, lo que llevado a la práctica ha producido que el juzgador se abstenga de ejercer su poder probatorio, restándole al proceso el beneficio que puede aportarle esta herramienta en la búsqueda de la verdad, como función del proceso en el contexto del estado constitucional de derechos y justicia, esto es, la realización de la justicia, por lo cual, nos permitimos recomendar lo siguiente:

1.- Que se realice el debate de la propuesta de reforma al artículo 168 del COGEP contenida en el presente trabajo de investigación, a fin de darle a la prueba de oficio la utilidad e importancia que le reviste en el procesalismo oral en la tarea de administrar justicia.

2.- Que el Consejo de la Judicatura a través de la Escuela de la Función Judicial elaboren programas de capacitación a juezas y jueces en el ejercicio de sus poderes probatorios, a fin de concientizar a los operadores de justicia el nuevo paradigma que nos plantea un estado constitucional de derechos y justicia y del sistema de procesalismo oral, comprendiendo que un juez activo en materia probatoria no quebranta la garantía de imparcialidad, por el contrario conserva su imparcialidad porque asume su compromiso con la verdad como fundamento de una sentencia justa.

3.- Que las Facultades de Derecho y los colegios profesionales generen foros para el debate y la investigación en torno a este problema jurídico, en aras de brindar a la sociedad un mejor sistema de administración de justicia, que procure la búsqueda de la verdad.

BIBLIOGRAFÍA

- Altor, K. H. (2000). *Metodología de la Investigación*.
- Alvarado, A. (2009). *Lecciones de Derecho Procesal Civil*. Rosario : Librería Juris.
- Alvarado, A. (2009). *Sistema Procesal - Garantía de la Libertad Tomo II*. Santa Fé: Rubinzal - Culzoni Editores.
- Alvarado, A. (2010). *El garantismo procesal*. Arequipa: Adrus.
- Alvarado, A. (03 de Julio de 2020). *Conversatorio Jurídico GARANTISMO PROCESAL. Prof. Adolfo Alvarado Velloso - Prof. Vinicio Rosillo*. Obtenido de [www.youtube.com](https://www.youtube.com/watch?v=EBIH8Yjr4w4): Obtenido de: <https://www.youtube.com/watch?v=EBIH8Yjr4w4>
- Aravena, Marcela; Kimelman, Eduardo; Micheli, Beatriz; Torrealba, Rodrigo; Zúñiga, Javier. (2006). *Investigación Educativa I*. Convenio Interinstitucional AFECE/ECUADOR, UNIVERSIDAD ARCIS/CHILE.
- Ávila, R. (2008). *Neoconstitucionalismo y Sociedad*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Azula, J. (2016). *Manual de Derecho Procesal Tomo I Teoría General del Proceso*. Bogotá - Colombia: Editorial Temis S.A.
- Benabentos, O. (2001). *Teoría General Unitaria del Derecho Procesal*. Rosario : Juris.
- Bentham, J. (1825). *Tratado de las Pruebas Judiciales*. París: Bossange Freres - Obtenido de sitio web: <http://hdl.handle.net/10495/2089>. Obtenido de Universidad de Antioquia : <http://hdl.handle.net/10495/2089>
- Briones, G. (2002). *Metodología de la investigación cuantitativa en las ciencias sociales*. Bogotá: Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior ICFES.
- Buenfil, R. (2019). *Ernesto Laclau y la investigación educativa en Latinoamérica*. Buenos Aires: CLACSO Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales.
- Cabanellas De Torres, G. (2005). *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta S.R.L.
- Calamandrei, P. (1960). *Proceso y Democracia*. Buenos Aires : Ediciones Jurídicas Europa América.
- Calderón, Ana; Aguila, Guido; Calvinho, Gustavo; Marcial, Robert. (2010). *El Derecho Procesal del Siglo XXI*. Escuela de Altos Estudios Jurídicos.
- Calvinho, Gustavo; Muriel, Andrea; Luiz, Sergio; Duque, José; Palavecino, Claudio; Boss, Jovanny; Mora, Jorge; Spin, Carlos; Campaner, Jaime; Polanco, Adrián; Mamani,

- Elisban; Missiego, Joaquín; Apolín, Dante; Gutiérrez, Néstor . (2014). *Derecho procesal garantista y constitucional: Proceso, garantía y libertad*. Medellín: Corporación Universitaria Remington.
- Carbonell, M. (. (2003). *El Principio Constitucional de Igualdad. Lecturas de introducción*. Mexico: Comisión Nacional de los Derechos Humanos.
- Carnelutti, F. (1982). *La prueba civil*. Buenos Aires: Ediciones De Palma.
- Carnelutti, F. (s/a). *Instituciones del Proceso Civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Castañeda, P. (25 de Julio de 2017). *DerechoEcuador*. Obtenido de DerechoEcuador.com: Recuperado de: <https://www.derechoecuador.com/aspectos-procesales-de-la-prueba>
- Castilla, k. (2012). *Acceso efectivo a la justicica*. Mexico: Porrúa.
- Código General del Proceso*. (2012). Bogotá.
- Código Orgánico de la Función Judicial*. (2009). Quito: Registro Oficial .
- Código Orgánico General de Procesos*. (2015). Quito.
- Código Procesal Civil*. (2014). Lima.
- Código procesal civil y comercial de la nación argentina*. (2002).
- Constitución de la República del Ecuador*. (2008). Quito: Registro Oficial 449.
- Código de Enjuiciamiento Civil*. (1907). Quito : Registro Oficial.
- Código de Procedimiento Civil*. (1953). Quito : Registro Oficial.
- Código de Procedimiento Civil*. (1987). Quito: Registro Oficial .
- Código de Procedimiento Civil*. (2005). Quito: Registro Oficial Suplemento 58.
- Ley de enjuiciamiento civil española*. (2000). Boletín Oficial Español.
- Couture, E. (1958). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Roque De Palma Editor.
- De Pina, R. -C. (2007). *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Mexico: Editorial Porrúa.
- Dellepiane. (1961). *Nueva Teoría General de la Prueba*. Bogotá: Temis.
- Devis, H. (1981). *Teoría General de la Prueba Judicial*. Buenos Aires: Victor P. de Zavalía.
- Elizondo, Carlos; Magaloni, Ana. (2015). El "Alegato de oreja": Inequidad y Mediocridad. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado No. 144*, 1005 - 1034.
- Escobar, I. (1998). *Introducción al Proceso*. Managua: Editorial Hispamer.
- Estigarribia y Midón . (2014). *Manual de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: La Ley.
- Ferrer, J. (2005). *Prueba y Verdad en el Derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- Ferrer, J. (2017). Los poderes probatorios del juez y el modelo de proceso. *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*, 7(2), 137-164.

- Figueira, Á. (2017). *Manual Práctico de la Prueba según el Código Organico General de Procesos*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Gaceta Judicial Año CVIII Serie XVIII No. 3 Página 1205 (Corte Suprema de Justicia. Sala Especializada de lo Fiscal 13 de Abril de 2007).
- Gaceta Judicial Año CXI Serie XVIII No. 10 Página 3804 (Corte Nacional de Justicia. Primera Sala de lo Laboral 13 de Septiembre de 2011).
- Garberí, J. (2009). *Constitución y Derecho Procesal: los fundamentos constitucionales del derecho procesal*. Pamplona: Civitas.
- Giacometto, A. (2003). *Teoría General de la Prueba Judicial*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura.
- Goldschmidt, J. (1936). *Derecho Procesal Civil*. Barcelona: Labor S.A.
- Gozaini, O. (2002). *Problemas actuales del derecho procesal. Garantismo vs. Activismo judicial*. Obtenido de <http://gozaini.com/>: Recuperado de: <http://gozaini.com/wp-content/uploads/2015/12/Problemas-actuales-del-Derecho-Procesal.pdf>
- Gozaini, O. (2005). *Elementos de Derecho Procesal Civil*. (Ediar, Ed.) Obtenido de <http://gozaini.com/publicaciones/libros-proprios/>
- Hernández, R., Fernández, C., & Baptista, P. (1997). *Metodología de la Investigación*. McGraw-Hill.
- Illescas, I. Programa de Maestría en Derecho. Mención en Derecho Constitucional. *Elementos constitucionales relaciones con la prueba en el proceso civil*. Universidad Andina Simón Bolívar, Quito.
- Loutayf Ranea, R. y. (2011). Principio de igualdad procesal. *La Ley*.
- Mc. Millan, J., & Schumacher, S. (2005). *Investigación Educativa*. Madrid: Pearson.
- Monje, Carlos. (2011). *Metodología de la Investigación Cualitativa y Cuantitativa. Guía didáctica*. Neiva: Universidad Surcolombiana.
- Morán, R. (2016). *Derecho Procesal Civil Práctico y el Código Orgánico General de Procesos*. Ecuador: Murillo Editores.
- Nieva Fenoll, J. (2018). La carga de la prueba: una reliquia histórica que debiera ser abolida. *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, 1-17.
- Palacio, L. (2003). *Manual de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Parra, J. (2004). *Racionalidad e Ideología en las Pruebas de Oficio*. Bogotá: Editorial Temis S.A.

- Parra, J. (2007). *Manual de Derecho Probatorio*. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda.
- Parra, J. (28 de Abril de 2017). *Jairo Parra Quijano - Carga Dinámica de la Prueba*.
Obtenido de www.youtube.com: Recuperado de:
<https://www.youtube.com/watch?v=RtSo0eI76XA>
- Peyrano, Jorge; Barberio, Sergio; Meroi, Andrea; Benabentos, Omar; Carrilo, Hernán;
Vargas, Abraham; Terrasa, Eduardo; García, Tristán; Eguren, Carolina; Alvarado,
Adolfo. (2009). *Activismo y garantismo procesal*. Córdoba: Academia Nacional de
Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.
- Picó i Junoy, J. (2012). El Derecho Procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal
planteado. *Cuestiones Jurídicas. Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad
Rafael Urdaneta*, 11-31.
- Picó i Junoy, J. (2012). El Derecho Procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal
planteado. *Cuestiones jurídicas. Revista de ciencias jurídicas de la Universidad
Rafael Urdaneta Vol. VI No.1*, 11-31.
- Priori, G., & Alfaro, L. (2018). *Reforma del Proceso Civil. III Coloquio de Centros y Talleres
de investigación de Derecho Procesal*. Lima : Pontificia Universidad Católica -
Facultad de Derecho.
- Priori, Giovanni (Coordinador). (2018). *La Prueba en el Proceso - Libro de Ponencias del
VIII Seminario Internacional de Derecho Procesal: Proceso y Constitución*. Lima:
Palestra.
- Quintero, P. Prueba de oficio: una aproximación crítica a partir de la práctica jurídica en los
juzgados civiles de Medellín 2015-2017. (*Tesis de Maestría*). Universidad de
Antioquia, Medellín.
- Ramírez, C. (2017). *Apuntes sobre la prueba en el Cogep*. Quito: Gaceta y Museo de la Corte
Nacional de Justicia.
- Rivera, N. (Octubre de 2018). Sistema de Posgrado, Facultad de Jurisprudencia, Universidad
Católica de Santiago de Guayaquil. *Metodología de Investigación*. Guayaquil.
- Rodas, X. Tesis de Maestría. *Las pruebas de oficio y su incidencia en la fundamentación de
las sentencias y en la calidad de la justicia en los Juzgados y Tribunales de la Ciudad
de Guayaquil*. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Guayaquil.
- Rúa Castaño, J. R.-L. (2002). *La Tutela Judicial Efectiva*. Bogotá - Colombia: Editorial
Leyer.

- Sánchez, J. (2005). Los orígenes de la Inquisición medieval. *Clío & Crimen No. 2*, 17-52.
- Sentencia No. 001-13-SEP-CC, Caso No. 1647-11-EP (Corte Constitucional 06 de Febrero de 2013).
- Sentencia No. 008-09-SEP-CC, Caso No. 0103-09-EP (Corte Constitucional 19 de Mayo de 2009).
- Sentencia No. 068-10-SEP-CC, 0734-09-EP (Corte Constitucional del Ecuador 09 de Diciembre de 2010).
- Sentencia No. 131/1987 (Tribunal Constitucional Español 20 de Julio de 1987).
- Sentencia No. 136-14-SEP-CC, Caso No. 0148-11-EP (Corte Constituciional del Ecuador 2011).
- Simoneau, Y. (Dirección). (2000). *Los Juicios de Nuremberg* [Película]. Obtenido de www.youtube.com.
- Taruffo, M. (Junio de 2018). *Cátedra de Cultura Jurídica*. Obtenido de Michele Taruffo: Inferencias fácticas en las decisiones judiciales: Recuperado de: <https://www.youtube.com/watch?v=AMeaQyAkdcI>
- Taruffo, M. (2008). *La Prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- Taruffo, M. (2010). *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*. Madrid: Marcial Pons.
- Tribunal Constitucional del Ecuador. (2007). *Un cambio ineludible: La Corte Constitucional*. Quito: Tribunal Constitucional del Ecuador.
- Vegara, B. (1984). *La Autoridad de la Cosa Juzgada en la Legislación y Jurisprudencia Ecuatoriana*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Villabella, A. a. (2015). *Metodos de Investigación*.
- Zavala, J. (2011). *Teoría y práctica procesal constitucional*. Guayaquil: Edilex S.A.
- Zavala, J. (2016). *Código Orgánico General de Procesos-COGEP Notas de estudios 2016*. Ecuador: Murillo Editores.
- Zorraquín, R. (1996). *Historia del Derecho Argentino*. Buenos Aires: Editorial Perrot.



Presidencia
de la República
del Ecuador



Plan Nacional
de Ciencia, Tecnología,
Innovación y Saberes



SENESCYT

Secretaría Nacional de Educación Superior,
Ciencia, Tecnología e Innovación

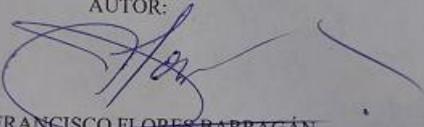
DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, **Juan Francisco Flores Barragán**, con C.C: # 0927171926 autor del trabajo de titulación: Límites a la iniciativa probatoria del juez para ordenar prueba de oficio frente al principio de la carga de la prueba, previo a la obtención del grado de **MAGÍSTER EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL** en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tienen las instituciones de educación superior, de conformidad con el Artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

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

Guayaquil, 12 de noviembre de 2021

AUTOR:

JUAN FRANCISCO FLORES BARRAGÁN
C.C. 0927171926



REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE GRADUACIÓN

TÍTULO Y SUBTÍTULO:	Límites a la iniciativa probatoria del juez para ordenar prueba de oficio frente al principio de la carga de la prueba		
AUTOR(ES) (apellidos/nombres):	Flores Barragán, Juan Francisco		
REVISOR(ES)/TUTOR(ES) (apellidos/nombres):	Pérez Puig-Mir, Nuria		
INSTITUCIÓN:	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
UNIDAD/FACULTAD:	Sistema de Posgrado		
MAESTRÍA/ESPECIALIDAD:	Maestría en Derecho mención Derecho Procesal		
GRADO OBTENIDO:	Magíster en Derecho mención Derecho Procesal		
FECHA DE PUBLICACIÓN:	12 de noviembre de 2021	No. DE PÁGINAS:	189
ÁREAS TEMÁTICAS:	Derecho Procesal		
PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:	Prueba De Oficio, Carga De La Prueba, Activismo Judicial, Garantismo Procesal, Imparcialidad Judicial, Igualdad Procesal, Debido Proceso, Tutela Judicial Efectiva. Ex Officio Evidence, Burden Of Proof, Judicial Activism, Procedural Guarantees, Judicial Impartiality, Procedural Equality, Due Process, Effective Judicial Protection.		

RESUMEN/ABSTRACT (150-250 palabras):

La prueba de oficio constituye en la actualidad uno de los temas que más debate ha generado entre los procesalistas del foro. Así, un sector ha planteado la necesidad de dotar al juez de poderes probatorios para la búsqueda de la verdad de los hechos controvertidos, en tanto, otro sector ha expuesto de manera vehemente sus críticas y rechazo a dichos poderes por considerarlos autoritarios. El presente trabajo de investigación, tiene como objetivo general definir cuáles deben ser los límites a la iniciativa probatoria del juez, al decretar de oficio la práctica de pruebas frente a la carga de la prueba, a fin de asegurar en el proceso, la plena vigencia de los derechos y garantías fundamentales de las partes. La metodología empleada fue el teórico jurídico, con un enfoque histórico, comparado y documental, para analizar la doctrina y los antecedentes históricos del proceso, la prueba, su objeto, su finalidad, sus principios, la prueba de oficio, su comparación con legislaciones de otros Estados y examinar las corrientes procesales a favor y en contra de la prueba de oficio. Los resultados muestran que la prueba de oficio es la herramienta que el juez tiene para aproximarse a la verdad de los hechos controvertidos en el proceso, a fin de alcanzar a través de una decisión fundada en hechos verdaderos, el ideal superior de justicia y paz social. En conclusión, se determinó la necesidad de definir los límites que deben contrarrestar un ejercicio arbitrario y abusivo de la iniciativa probatoria del juez.

The ex officio evidence is currently one of the topics that has generated the most debate among the forum's proceduralists. Thus, one sector has raised the need to provide the judge with evidentiary powers to search for the truth of the disputed facts and another sector has vehemently exposed its criticisms and rejection of said powers for considering them authoritarian. The general objective of this research work is to define what should be the limits to the evidence initiative of the judge, when decreeing ex officio the taking of evidence against the burden of proof, in order to ensure in the process, the full validity of the fundamental rights and guarantees of the procedural parties. The methodology used was the legal theorist,

with a historical, comparative and documentary approach, to analyze the doctrine and the historical antecedents of the process, the evidence, its object, its purpose, its principles, the ex officio evidence, its comparison with legislation of other States and examine the procedural currents for and against the ex officio test. The results show that the ex officio evidence is the tool that the judge has to approach the truth of the controversial facts in the process, in order to reach, through a decision based on true facts, the superior ideal of justice and social peace. In conclusion, the need to define the limits that must counteract an arbitrary and abusive exercise of the judge's evidentiary initiative was determined.

ADJUNTO PDF:	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO
CONTACTO CON AUTOR/ES:	Teléfono: +593-4549857/ 0994752472	E-mail: juan.fb@live.com
CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN:	Nombre: Andrés Isaac Obando Ochoa	
	Teléfono: +593-4-2206950	
	E-mail: ing.obandoo@hotmail.com	

SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA

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