



*Universidad Nacional de Loja*

**UNIDAD DE EDUCACIÓN A DISTANCIA**

**CARRERA DE DERECHO**

**TÍTULO:**

**“REFORMAR EL ARTÍCULO 168 DEL CÓDIGO  
ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS A FIN DE  
GARANTIZAR EL DERECHO A LAS PARTES  
PROCESALES RESPECTO DE LA PRUEBA”**

TESIS PREVIA A LA OBTENCIÓN  
DEL TÍTULO DE ABOGADO

**AUTOR**

Miguel Ángel Padilla Celi

**DIRECTOR**

Dr. Mg. Igor Eduardo Vivanco Muller

**Loja-Ecuador**

**2017**

## CERTIFICACIÓN

Dr. Igor Vivanco, Director de Tesis, y Docente de la Carrera de Derecho de la Unidad de Educación a Distancia de la Universidad Nacional de Loja:

### CERTIFICA:

Haber revisado prolijamente el trabajo de investigación intitulado **"REFORMAR EL ARTÍCULO 168 DEL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS A FIN DE GARANTIZAR EL DERECHO A LAS PARTES PROCESALES RESPECTO DE LA PRUEBA"**, realizado por el grupo integrado por Miguel Ángel Padilla Celi, y autorizo su presentación para la defensa y sustentación, por cumplir los lineamientos metodológicos y sujetarse al Reglamento para la aprobación de los módulos en la UNL.

Loja, abril de 2017



Dr. Mg. Igor Eduardo Vivanco Muller

**DIRECTOR DE TESIS**

## AUTORÍA

Yo, Miguel Ángel Padilla Celi, declaro ser autor del presente trabajo de Tesis y eximo expresamente a la Universidad Nacional de Loja y a sus representantes Jurídicos de posibles reclamos o acciones legales, por el contenido de la misma.

Adicionalmente acepto y autorizo a la Universidad Nacional de Loja, la publicación de mi tesis en el Repositorio Institucional-Biblioteca Virtual.

**Autor:** Miguel Ángel Padilla Celi

**Firma:**  .....

**Cedula:** 1101993796

**Fecha:** Loja, abril de 2017

**CARTA DE AUTORIZACIÓN DE TESIS POR PARTE DEL AUTOR PARA LA CONSULTA, REPRODUCCIÓN PARCIAL O TOTAL, Y PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA DEL TEXTO COMPLETO.**

Yo, Miguel Ángel Padilla Celi declaro ser autor de la Tesis titulada: **“REFORMAR EL ARTÍCULO 168 DEL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS A FIN DE GARANTIZAR EL DERECHO A LAS PARTES PROCESALES RESPECTO DE LA PRUEBA”**, Como requisito para optar al Grado de: **ABOGADO**: autorizo al Sistema Bibliotecario de la Universidad Nacional de Loja para que con fines académicos, muestre al mundo la producción intelectual de la Universidad, a través de la visibilidad de su contenido de la siguiente manera en el Repositorio Digital Institucional:

Los usuarios pueden consultar el contenido de este trabajo en el RDI, en las redes de información del país y del exterior, con las cuales tenga convenio la Universidad.

La Universidad Nacional de Loja, no se responsabiliza por el plagio o copia de la Tesis que realice un tercero.

Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Loja, a los 20 días del mes de abril de 2017, firma el autor.

**FIRMA:**.....

**AUTOR:** Miguel Ángel Padilla Celi

**CÉDULA:** 1101993796

**DIRECCIÓN:** Loja, Catamayo calle Sucre y 10 de Agosto

**CORREO ELECTRÓNICO:** miguelangel.2012.16@gmail.com

**TELÉFONO CÉLULAR:** 0986551667

**DATOS COMPLEMENTARIOS**

**DIRECTOR DE TESIS:** Dr. Mg. Igor Eduardo Vivanco Muller

**TRIBUNAL DE GRADO:**

Dr. Mg. Sc. Felipe Neptalí Solano Gutiérrez	<b>(Presidente)</b>
Dr. Mg. Sc. Marco Vinicio Ortega Cevallos	<b>(Vocal)</b>
Dr. Mg. Sc. Darwin Romeo Quiroz Castro	<b>(Vocal)</b>

## **AGRADECIMIENTO**

Quiero dejar constancia de mi sincera gratitud a la Universidad Nacional de Loja, en persona de sus autoridades, al Dr. Mg. Igor Vivanco Director de la presente Tesis, a la Unidad de Educación a Distancia, a la Carrera de Derecho, quienes con sus elevados conocimientos dirigieron la presente investigación.

## **DEDICATORIA**

Este trabajo de Investigación lo dedico a mi Adorada Esposa, amiga incondicional, y a mis queridos hijos, merecedores de todos mis esfuerzos.

Loja, Agosto del 2016

## TABLA DE CONTENIDOS

CARATULA

CARTIFICACIÓN

AUTORIA

CARTA DE AUTORIZACIÓN DE TESIS

AGRADECIMIENTO

DEDICATORIA

1. TITULO

2. RESUMEN

2.1. Abstract

3. INTRODUCCIÓN

4. REVISIÓN DE LITERATURA

4.1. Marco Conceptual

4.1.1. Procesos

4.1.2. Juicio

4.1.3. La prueba

4.1.4. La Prueba y su Valoración

4.1.5. Legalidad de la Prueba

4.1.6. Objeto de la Prueba

4.1.7. Finalidad de la Prueba

4.1.8. Los Indicios y las Presunciones

4.1.8.1. Los indicios

4.1.8.2. Las Presunciones

4.1.9. Lugar de los Hechos

4.1.10. Medios de la Prueba

- 4.1.10.1. La Prueba Testimonial
- 4.1.10.2. La Prueba Documental
- 4.1.10.3. La Prueba Pericial
- 4.1.10.4. La Inspección Judicial
- 4.1.10.5. objetivo de la inspección judicial
- 4.1.11. Pruebas directas, indirectas, preconstituidas, circunstanciales
  - 4.1.11.1. Pruebas directas
  - 4.1.11.2. Pruebas Indirectas
- 4.1.12.3. Prueba Preconstituida
- 4.1.12.4. Pruebas circunstanciales
- 4.1.13. El Sistema Dispositivo Constitucional
  - 4.1.12.2. Principio Dispositivo
  - 4.1.13.3. Inmediación
  - 4.1.13.4. Concentración
  - 4.1.13.5. La Contradicción
  - 4.1.13.6. La Imparcialidad
  - 4.1.13.7. El Debido Proceso
- 4.2. Marco Doctrinario
  - 4.2.1. Evolución de la Prueba Judicial en los Procesos
    - 4.2.1.1. La Fase Étnica
    - 4.2.1.2. Fase Religiosa
    - 4.2.1.3. Fase Legal
    - 4.2.1.4. Fase Sentimental
    - 4.2.1.5. Fase Científica
  - 4.2.2. Oportunidad de la Prueba
  - 4.2.3. Criterios de valoración de la Prueba



4.2.4. La Oficiosidad de la prueba, frente al Principio Dispositivo y los derechos fundamentales.

4.3. Marco Jurídico

4.3.1. Constitución de la República del Ecuador.

4.3.2. Código Orgánico General de Procesos

4.3.3. Código Orgánico de la Función Judicial

4.3.4. Código Orgánico Integral Penal.

4.3.5. Código Civil

4.4. Legislación Comparada

4.4.1. La Prueba de Oficio en la Legislación de Uruguay

4.4.2. La Prueba de Oficio en la Legislación de España

4.4.3. La Prueba de Oficio en la Legislación de Argentina

5. MATERIALES Y MÉTODOS

5.1. Materiales Utilizados

5.2. Métodos

5.3. Procedimientos

5.4. Técnicas

6. RESULTADOS

6.1. Resultados de la Aplicación De Encuestas

6.2. Resultados de la Aplicación de la Entrevista

6.3. Estudio de Casos

7. DISCUSIÓN

7.1. Verificación de Objetivos

7.2. Contrastación de Hipótesis

7.3. Fundamentación Jurídica de la Propuesta de Reforma Legal

8. CONCLUSIONES

9. RECOMENDACIONES

9.1. Propuesta de Reforma Jurídica

10. BIBLIOGRAFÍA

11. ANEXOS

ÍNDICE

## **1. TITULO**

“REFORMAR EL ARTÍCULO 168 DEL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS A FIN DE GARANTIZAR EL DERECHO A LAS PARTES PROCESALES RESPECTO DE LA PRUEBA”

## 2. RESUMEN

El presente trabajo de investigación, estructurado en base a la búsqueda de la problemática sobre “REFORMAR EL ARTICULO 168 DEL CODIGO ORGANICO GENERAL DE PROCESOS A FIN DE GARANTIZAR EL DERECHO A LAS PARTES PROCESALES RESPECTO DE LA PRUEBA”, cuenta con un objetivo general y objetivos específicos, que tiene por objetivo tratar de comprender el estudio orientado que da a conocer la indefensión a las partes por la vulneración de los principios procesales, en este caso el principio dispositivo constitucional, al no respetar las garantías y el Debido Proceso establecidos en la constitución de la Republica, y sobre manera a los sujetos procesales que han sido objeto o víctimas de la no aplicación de ese principio por parte de los operadores de la justicia por ser los representantes del Estado, que en nuestro país en algunos litigios ciertos Jueces o Tribunales no han sustanciado y resuelto los casos de manera imparcial, aplicando el principio de inmediación y dispositivo de acuerdo a lo estipulado en la Constitución.

Cabe destacar que la búsqueda de información profunda de los casos de la garantía que tienen las partes, en la presentación de las pruebas, hace referencia a la observancia de los debidos procedimientos por parte de ciertos Jueces o Tribunales; aquí se observó que el desarrollo del proceso, se ha introducido una práctica procesal artificiosa, arbitraria y forzada, cuando la o el juzgador de oficio pide cierta prueba a alguna de las partes con el pretexto de mejor resolver, ahí en ese momento la o el juez se estaba parcializando y dejando en indefensión a la otra parte.

Como podemos observar el Principio Dispositivo Constitucional, establecido en la Constitución, significa que el impulso procesal y presentación de la prueba corresponde únicamente a las partes, esto quiere decir que a través de este principio da facultad jurídica para que la partes procesales, solo ellas pidan y presenten la prueba en la contestación de la demanda; de esta se establece como norma jurídica

que el efecto principal del Sistema Dispositivo (Sistema acusatorio) es la limitación de los poderes de la o el Juez.

## **2.1. Abstract**

This research, structured based on the search for the problem on reform Article 168 GENERAL ORGANIC CODE OF PROCESS TO ENSURE THE RIGHT TO litigants regarding evidence, has a general objective and specific objectives, which aims to try to understand the oriented disclosing helplessness parties for violation of procedural principles, in this case the first device constitution, by not respecting the guarantees and due process established in the constitution of the study Republic, and on how to procedural subjects who have undergone or victims of non-application of that principle by the operators of justice to be the representatives of the State, which in our country in certain disputes certain judges or courts have not substantiated and resolved cases impartially applying the principle of immediacy and device according to the stipulations of the Constitution.

Note that the search for depth information of warranty cases with the parties in the presentation of evidence, refers to the observance of proper procedures by certain judges or courts; here it was observed that the development process has been introduced an artificial, arbitrary and forced procedural practice when or trier of job requests either party under the pretext of better some evidence to solve, there at that time or parcializando judge was defenseless and leaving the other party.

As we can observe the principle constitutional provision established in the Constitution, means that the process in motion and presentation of proof only to the parties, this means that through this principle gives legal authority to the litigants, only they ask and provide proof in response to the application; This is established as a legal rule that the main effect of Device System (accusatory system) is the limitation of the powers or the judge.

### 3. INTRODUCCIÓN

Este trabajo de investigación versa sobre la participación que tiene la o el Juez dentro de un proceso, su papel como director del mismo, en un plano de tercero imparcial frente a las partes; lo cual no quiere decir que asuma una posición pasiva de mero espectador exacerbando la valla que le impone el principio dispositivo constitucional. Nuestros ejes rectores son algunos referentes tomados de la sustanciación de fallos resueltos en materia laboral y, del derecho procesal, tales como la jurisdicción y cuáles son sus fines y funciones como garantía frente a los derechos de las partes, la condición del juez en su potestad saneadora, conjuntamente con la búsqueda de la verdad de los hechos entre acusador y demandado las partes se someten en busca de la certeza del derecho como uno de los medios que utiliza el juicio para lograr el ideal de la justicia; porque el resultado y modo de llegar a esta están insolublemente unidas partiendo de la garantía de la contradicción y del principio dispositivo.

La vigente Constitución de Montecristi, como garantista de los derechos de las personas, consigna principios constitucionales en la administración de justicia, disponiendo que: “La sustanciación de los procesos en todas las materias; instancias, etapas y diligencias se llevara a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo”. Principio último, que tiene como finalidad la iniciática procesal, su impulso y la presentación de los medios de prueba por parte de los sujetos procesales. Sin embargo frente a un Estado Constitucional de derechos que vive el Ecuador, se analizado en este trabajo la posibilidad de conciliar el principio dispositivo con la tutela judicial efectiva.

Es por esto que el objetivo del trabajo es el de buscar soluciones, el de conocer los medios alternos que podemos acudir. Quiero dejar constancia que mi propósito no es entablar una crítica a nuestro sistema en la Legislación, tildar la supuesta falta de capacidad, corrupción o errores en las sentencias, sino tratar de examinar alternativas para solucionar en la medida de las posibilidades la vulneración de este principio a que tienen el derecho las partes procesales.

Debo concluir diciendo que las reformas que se propone en el último capítulo introducen cambios en los que tiene las partes en la presentación de la prueba y procure equilibrar las ventajas que se tiene sobre esto.

Así mismo, estoy consciente que el éxito de este principio y los derechos, dependerá de la aplicabilidad que los Jueces y Tribunales, hagan de ellos, de lo contrario seguirá en su reclamado camino o la decadencia.



## 4. REVISIÓN DE LITERATURA

### 4.1. Marco Conceptual

#### 4.1.1. Procesos

Según Guillermo Cabanellas indica: ***“En general la acción de proceder. Sistema metódico de ejecución, actuación o fabricación. Modo de tramitar las actuaciones judiciales o administrativas; o asea el conjunto de actos, diligencias y resoluciones, que comprenden la iniciación, instrucción, desenvolvimiento, fallo y ejecución de un expediente o procesos”***<sup>1</sup>.

El proceso en general no es otra cosa que todas las actuaciones que se desarrollan a lo largo de la Litis desde que se traba la misma hasta su culminación, donde se incluyen cada una de las diligencias, actos, y resoluciones.

Etimológicamente proceso se deriva de procederé, que significa avanzar, encaminarse hacia determinado objetivo.

En el caso que nos asiste el proceso judicial se encamina hacia un único y común objetivo que es encontrar la verdad y hacer prevalecer los derechos de las personas.

***“Actividad que despliegan los órganos del Estado, en la creación y aplicación de normas jurídicas, sean estas generales o individuales. Conjunto de actos recíprocamente coordinados entre sí de acuerdo con reglas preestablecidas, que conducen a una norma individual destinada a regir un determinado aspecto de la conducta del sujeto o sujetos, ajenos al órgano, que***

---

<sup>1</sup> CABANELLAS DE TORRES Guillermo, DICCIONARIO JURÍDICO ELEMENTAL, Nueva edición actualizada por CABANELLAS DE LAS CUEVAS Guillermo 1998, pág. 321

***han requerido la intervención de este en un caso concreto.”<sup>2</sup>***

La presente definición que hace referencia a que son las actividades que realizan la institución estatal, como lo es la Corte Nacional de Justicia y las Cortes Provinciales de Justicia, y cada una de su Unidades Judiciales, las cuales despliegan todo su aparataje, esto es infraestructura y talento humana, con el fin de cumplir y hacer cumplir todas las disposiciones legales, sin vulnerar los derechos de las personas.

Calamandrei, puntualiza que el proceso es ***“la serie de actividades que se deben llevar a cabo con el propósito de obtener la providencia jurisdiccional”<sup>3</sup>***.

Este autor se centra ya en funcionamiento de la administración de justicia y puntualiza como objetivo fundamental de cada actividad dentro del proceso a la obtención de una providencia, ya que cada una de las actuaciones deben ser consideradas analizadas y puestas al conocimiento de cada una de las partes.

#### **4.1.2. Juicio**

En general, la institución mediante la cual se da solución jurídica a los conflictos entre partes, sometiéndolos a la decisión del juez. En este sentido la palabra juicio viene a ser el sinónimo de proceso, expresión esta que modernamente preferida dentro de la terminología procesal más depurada.

Desde otro punto de vista resulta que para resolver jurídicamente un conflicto será siempre preciso que quien lo juzgue se forme una convicción o "juicio" sobre la controversia planteada. La formación de este juicio es en realidad, el punto decisivo y culminante de todo proceso. La institución genérica del juicio o proceso, se individualiza, dentro de cada ordenamiento jurídico, en una serie de tipos o especies de procesos. Tanto desde el punto de vista científico, como

---

<sup>2</sup> 2GOLDSTEIN, Mabel, Diccionario jurídico, Consultor Magno, Panamericana formas e impresos S.A. Bogotá, Colombia, 2008. pp. 453.

<sup>3</sup> 3Calamandrei, Piero: Derecho Procesal Civil, Ediciones Jurídicas Europeas, América, Buenos Aires, 1962, p.137

desde el punto de vista de la realidad legislativa. II. Estructura lógica de un pensamiento, con pretensión de verdad. Acerca de la equiparación con la norma jurídica con un juicio lógico.

Esta definición en definitiva nos señala que el juicio por sus solemnidades e importancia se ha convertido en una institución jurídica mediante la cual valiéndonos de los diferentes referentes legales se pone a conocimiento de los jueces o juezas los conflictos existentes entre partes, para que estos luego de haber agotado las instancias correspondientes sean resueltas y el juez pueda pronunciar su decisión.

#### **4.1.3. La Prueba**

Vemos que el Sistema Procesal Acusatorio, representa de alguna forma, la nueva concepción de la administración de justicia, porque considera que las resoluciones judiciales que resuelven el caso concreto, cualquier materia jurídica, solamente pueden ser justa cuando se han hecho efectivos las garantías y principios constitucionales, en el presente caso, el principio dispositivo.

Esta concepción no es una mera elucubración doctrinaria, sino un principio constitucional contemplado en la Constitución y que incorpora los principios aplicables a todo proceso, como presupuesto fundamental para que realmente constituyan el medio de defensa de los litigantes.

La prueba es uno de los medios que autoriza y permite la ley evacuarla por cualquier procedimiento admisible en derecho, para justificar la verdad de los hechos controvertidos. La prueba es una actividad técnicamente debatida que desarrollan las partes en el procedimiento, que tiene por objeto de acuerdo con lo previsto en la ley, demostrar la situación jurídica que invoca la propia administración, un órgano del sector público competente una persona particular, en consideración a los fundamentos de hecho y de derecho expuestos en el procedimiento, y de esta manera el juzgador forme su

convicción de comunicar con antelación el lugar, la fecha y la hora para la realización de las pruebas admitidas.

Rubén Morán Sarmiento dice que:

***“La prueba constituye la fase vital de un proceso, a esta fase resultan convocados con urgencia las partes que intervienen en una contienda judicial. Al demandante para que demuestre los fundamentos de sus pretensiones, y al demandado, para que desvirtúe las pretensiones o atenúe la magnitud de la misma. El resultado del proceso, expresado en el fallo, dependerá de las pruebas esgrimidas en esa fase del juicio”***<sup>4</sup>

Esto significa que de la prueba que presenten las partes, dependerá la existencia o extinción de un derecho u obligación, o sea les corresponde a las partes demostrar las certezas de sus afirmaciones que se alega en la demanda o contestación de la misma.

El tratadista Leven Ricardo, se refiere que: ***“Se suele definir la prueba como el conjunto de actividades destinadas a obtener cercioramiento judicial acerca de los elementos indispensables para la decisión del litigio sometido a proceso”***<sup>5</sup>.

Al respecto Téllez Valdez Julio, nos dice:

***“Las pruebas son hechos, surgen de la realidad extrajudicial y el orden natural de las cosas, constituyen una creación del derecho, su existencia y valor se toman de la realidad extrajudicial como fuentes (de actuaciones judiciales, como la declaración de un testigo)”***<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> MORAN SARMIENTO, Rubén, Derecho Procesal Civil Práctico, Tomo I, Guayaquil- Ecuador. año 2003, Pág. 235

<sup>5</sup> LEVENE, Ricardo, Manuel de Derecho Procesal Penal, Tomo II, Segunda Edición, Buenos Aires. Año 1993, pág. 565

<sup>6</sup> TELLEZ VALDÉZ, Julio, Derecho Informático, cuarta Edición, México. Año 2008, pág. 286

De lo enunciado por estos autores, puedo decir que: La prueba es una diligencia sustancial de derecho público moderno y una actividad valorativa del juez, que se basa en la investigación, en la sociología, la ética y el derecho, sobre el testimonio, la inspección judicial, etc. Tendientes a demostrar la existencia de un hecho que sirva para impugnar o reforzar otra prueba cuyo propósito sea la del reunir los requisitos de validez y eficiencia, para su admisibilidad.

Walter Guerrero Vivanco dice que la prueba ***“Es la demostración de un hecho determinado”***<sup>7</sup>

Mientras que Hernando Devis Echandía sostiene en cambio que pruebas judiciales son:

***“Las razones o motivos que sirven para llevarle al juez la certeza sobre los hechos” diferenciándolas de los medios de prueba al establecer que estos últimos comprenden “Los elementos o instrumentos (testimonios, documentos, etc.), utilizados por las partes y el juez, que suministran esas razones o esos motivos”***<sup>8</sup>.

Por lo prescrito, la prueba debe guardar relación con los hechos que se investigan sometidos al debate en juicio y practicarse dentro de término de ley.

Eduardo Jauchen por su parte conceptualiza la prueba como:

***“El conjunto de razones que resultan del total de elementos introducidos al proceso y que le suministran al juez el conocimiento sobre la existencia de los hechos que conforman el objeto del juicio y sobre el cual debe decidir”***<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> GUERRERO VIVANCO, Walter, Derecho procesal Penal, Tomo III, Pudeleco editores S. A., Quito. Año 2004, pág. 13.

<sup>8</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando: Teoría General de la Prueba Judicial, tomo I, Editorial Tennis S.A., Bogotá. Año 2002, pág. 20

<sup>9</sup> JAUCHEN, Eduardo: Tratado de la prueba en materia penal, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, año 2002, pág. 19.

Lo señalado nos dice que, la prueba otorga herramientas veraces para que el administrador de justicia, pueda resolver en base de verdad.

La prueba para Galo Espinoza Merino es la:

***“Demostración de la verdad de una afirmación, de la existencia de una cosa o de la realidad de un hecho. Medio de evidencia que crea en el juez la convicción necesaria para admitir como ciertas o rechazar como falsas las proposiciones formuladas en el juicio”<sup>10</sup>***

Con la prueba se busca la exposición de la verdad, siendo un conjunto de atracciones realizadas en juicio, con el objeto de demostrar la verdad o falsedad de los asertos efectuados en el mismo.

La prueba en materia penal no es sino el conjunto de justificativos que surgen en el devenir procesal para la comprobación tanto de la existencia de la infracción como de la culpabilidad de los acusados, o para desestimar estos aspectos, en orden a lograr el convencimiento de la o el juez sobre la veracidad de los hechos que son sometidos a su juzgamiento, en tanto que los medios de prueba son los mecanismos, establecidos en la ley, a través de los cuales esos justificativos son llevados al proceso.

Podría decir de acuerdo a lo manifestado por los tratadistas enunciados, que las pruebas son un conjunto de actuaciones que dentro de un juicio, cualquiera que fuera su índole, se encaminan a demostrar la verdad o la falsedad de los hechos aducidos por cada una de las partes, en defensa de sus respectivas pretensiones litigiosas; o sea puedo decir que la prueba en su relieve jurídico es toda razón o argumento para demostrar la verdad o la falsedad en cualquier esfera o asunto. En los procedimientos, son objeto de prueba los hechos controvertidos, y solamente los hechos.

---

<sup>10</sup> ESPINOZA MERINO, Galo, la más Práctica Enciclopedia Jurídica, Volumen II, vocabulario Jurídico, Instituto de Informática Básica, Quito-Ecuador. Año 1987.pàg 594

#### 4.1.4. La Prueba y su Valoración

***“La prueba está dada por el hecho, por la circunstancia fáctica, en tanto que, el medio de prueba es la vía de la cual se vale el juez en un proceso penal para conocer la verdad de un hecho sobre el que debe dictar una resolución, es decir, es el medio como el hecho es llevado al proceso”<sup>11</sup>.***

Lo manifestado en el ámbito penal cobra mayor importancia, tomando en consideración que los hechos delictivos muchas veces son perpetrados con intención de no dejar huellas o señales aparentes por parte de quien los comete, la existencia de la infracción como la culpabilidad de los acusados, entrando en juego por ende la relevancia de la prueba y los medios probatorios, en procura de obtener aquellos elementos de cargo y de descargo que permitan sustentar una acusación o desestimar las imputaciones que se formulen.

***“Las pruebas (de probarse) son hechos presentes sobre los cuales se construye la probabilidad de la existencia o inexistencia de un hecho pasado; la certeza se resuelve, en rigor, en una máxima probabilidad. Un juicio sin pruebas no se puede pronunciar; un proceso no se puede hacer sin pruebas”<sup>12</sup>.***

Ello significa que las sentencias judiciales deben fundamentarse en las disposiciones legales y en los méritos del proceso, siendo primordial en este último aspecto la prueba aportada por las partes en orden a la justificación de sus aseveraciones.

#### 4.1.5. Legalidad de la Prueba

La prueba solo tiene valor si ha sido pedida, ordenada, practicada e incorporada al juicio conforme a las disposiciones de dicho cuerpo legal; de no

---

<sup>11</sup> ZABALA BAQUERIZO, Jorge: Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo III, Editorial Edino, Guayaquil, año 2004, pág. 13

<sup>12</sup> CARMENLUTTI, Francisco: La Prueba, Tomo I, México. Año 2010, pág. 112

ser así, se presenta en relación a este tema la consideración de la nulidad procesal y de la ineficacia probatoria, al vulnerarse garantías constitucionales, y a la cual nos referimos más adelante.

Uno de los presupuestos fundamentales respecto a la prueba es relativo a su legalidad, el cual implica que tanto la solicitud, disposición, práctica e incorporación de la prueba al proceso debe sujetarse estrictamente a las disposiciones legales vigentes, para que así la misma tenga pleno valor jurídico.

No obstante, es preciso aclarar desde ya que la ineficacia probatoria conlleva la exclusión única y exclusivamente de la actuación probatoria ilícita para no ser considerada en la resolución correspondiente, y de aquellas actuaciones que se hubieren practicado como consecuencia de dicho elemento probatorio, sin afectar la validez del proceso.

En ese sentido, los numerales de la disposición legal citada se refieren a solemnidades sustanciales que atañen a la esencia misma del proceso, los dos primeros que no pueden ser subsanados o convalidados en tanto que el tercero sí; por lo tanto, la violación de una solemnidad específicamente prevista en la ley, que se considere trascendente o sustancial y que no se pueda convalidar, constituye los presupuestos fundamentales de la declaración de la nulidad del proceso.

#### **4.1.6. Objeto de la Prueba**

***“El objeto de la prueba es todo aquello que siendo de interés para el proceso puede ser susceptible de demostración histórica (como algo que existió, existe o puede llegar a existir) y no simplemente lógica (como sería la demostración de un silogismo o de un principio filosófico) (...). Por medio de la prueba se constituye el pasado, para ver quién tiene razón en el presente, y también para***



***regular con más acierto las conductas futuras de los asociados en nuevas leyes”<sup>13</sup>.***

Es decir que la prueba debe estar relacionada con las proporciones o hechos que se buscan demostrar dentro del proceso, sea positivo e idóneo, para que demuestre la realización de un hecho y permita generar convicciones en la o el Juez.

De la misma manera Hernando Devis Echandía dice que ***“por objeto de la prueba debe entenderse lo que se puede probar en general, aquello sobre lo que puede recaer la prueba”<sup>14</sup>.*** En la misma línea del tratadista Nores expresa que ***“el objeto de la prueba es aquello susceptible de ser probado lo que debe o puede recaer la prueba”<sup>15</sup>.***

Es así que, la razón de la prueba es probar o determinar la verdad, mediante la aplicación, ya sea de técnicas, procedimientos o herramientas.

Por su parte Roxin concretando el objeto de la prueba en el ámbito penal sostiene que:

***“mientras en el proceso civil, dominado por el principio dispositivo, solo necesitan ser probados los hechos discutidos, en el proceso penal, como consecuencia de la máxima de la instrucción, rige el principio de que todos los hechos de que algún modo son importantes para la decisión judicial deben ser probados”<sup>16</sup>.***

El objeto de la prueba por ende en materia penal está dado por los hechos que revistan importancia para ser considerados por la o el Juez en la resolución que emita, en orden fundamentalmente a dos aspectos, la comprobación jurídica de la existencia del delito, así como la de la culpabilidad del encausado, o a su vez la desestimación de estos aspectos.

---

<sup>13</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando, <http://temas de derecho, wordpress.com>

<sup>14</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando. citado por Zavala Baquerizo Jorge:op.cit.,pág. 142

<sup>15</sup> NORES. Citado por Vaca Andrade, Ricardo: Manuel de Derecho Procesal Penal, Volumen II, corporación de Estudios y Publicaciones, Quito. Año 2001, pág. 99

<sup>16</sup> Citado por Zavala Baquerizo, Jorge:op.cit.,pág. 143

De lo enunciado decimos que:

***“El objeto de la prueba: son los hechos sobre lo que versa la prueba. La carga de la prueba: es la atribución impuesta por la ley para que cada una de las partes propongan y proporcionen los medios de prueba que confirmen sus propias afirmaciones o hechos. El procedimiento probatorio: es la secuencia de actos desplegados por las partes, los terceros y el juzgador para lograr el cercioramiento judicial. Los medios de prueba: son los instrumentos, objetos o cosas y las conductas humanas con las cuales se trata de lograr dicho cercioramiento. Y Los sistemas, son los establecidos en la legislación para que el juzgador aprecie o determine el valor de las pruebas practicadas”<sup>17</sup>.***

Con lo señalado reafirmo, que las pruebas tienen como punto de partida las huellas, los vestigios, los rastros, las pistas, los efectos, los hechos afirmados y reconstruidos por las partes.

#### **4.1.7. Finalidad de la Prueba**

La finalidad de la actividad probatoria se halla circunscrita, ***“en términos que abarcan todas las ramas del Derecho, a producir en el ánimo del juzgador la convicción, no lógica o matemática, sino psicológica, sobre la existencia o inexistencia, la verdad o la falsedad, de los hechos de que se trata”<sup>18</sup>.***

#### **4.1.8. Los Indicios y las Presunciones**

En la práctica procesal penal dentro de la actividad probatoria, se presenta la consideración de los indicios y presunciones, confundándose muchas veces estos términos, siendo imprescindible clarificar cada uno de ellos.

---

<sup>17</sup> <http://es.wikipedia.org/wiki/prueba/Derecho>.

<sup>18</sup> IBEDEM.

#### 4.1.8.1. Los indicios

Podemos afirmar que los indicios no son sino una serie de rastros. Huellas. Vestigios o circunstancias que probados, permite mediante una deducción lógica, establecer la existencia o inexistencia de otros, es decir que a través de la comprobación de determinadas circunstancias se pueden inferir mentalmente otras.

***“Todo hecho deja rastros, huellas o señales incompletas, que si bien orientan la investigación en cierta perspectiva, no constituyen de por sí, una vez probados, elementos suficientes para llegar a la corroboración.***

***Los indicios deben ser graves, es decir que en su conjunto representen una probabilidad alta en cuanto a la posibilidad de que un hecho o un conjunto de ellos, se manifieste en determinado sentido conforme con las reglas de la ciencia o de la experiencia.***

***También deben ser precisos, es decir exactos, ciertos y determinados en cuanto apuntan a sostener una tesis, o ser unívocos; y, finalmente deben ser concordantes, lo que significa que tienen que estar enlazados en una secuencia por la cual cada uno sea el antecedente necesario del siguiente a lo apoya la evolución de la inducción realizada, es decir que deben ser convergentes”<sup>19</sup>.***

Además los indicios deben ser varios, es decir es un número adecuado y suficiente que permite establecer la conclusión sobre su existencia. En nuestro sistema procesal varios son las normas que obligan a conservar los indicios, siendo deber de la policía judicial en coordinación con la Fiscalía la recolección y conservación de todos los elementos que puedan servir para la prueba, a través de una adecuada cadena de custodia.

---

<sup>19</sup> DEVIS ECHANDÌA, Hernando. Citado por Zabala Baquerizo, Jorge: op. cit., pág. 146.

#### **4.1.8.2. Las Presunciones**

Las presunciones, en cambio, en materia penal se deducen de los indicios, son las conclusiones a las que llega el juzgador en base a hechos previamente determinados y justificados, de allí que los indicios son los que se deben ser probados y las presunciones se derivan de ellos mismo, constituyen una operación deductiva consecuente.

En otras palabras la presunción, es la inferencia que el juzgador extrae de los hechos de autos, llegando de lo probado a afirmar la veracidad de lo probable o desconocido.

#### **4.1.9. Lugar de los Hechos**

No es más que el lugar en donde se cometió un delito. Mientras que la criminalística del estudio del lugar de los hechos:

***“Consiste en las técnicas y estudios científicos aplicados al análisis e investigación del lugar de los hechos y a otros sitios vinculados con el mismo, donde descansa la fuente primordial de la información indiciaria, mediante métodos inductivo y deductivo in situ, para consecuentemente distribuirla a las distintas secciones del laboratorio Criminalística a efectos de realizar estudios ulteriores identificados, cualitativos, cuantitativos y comparativos con la aplicación de metodología científica, que debidamente analizados e interpretados, alcanzaran la condición de evidencia Física.***

***Consecuentemente se transformarán en Medios de Prueba, que van a permitir al Juez clasificar como acontecieron los hechos y por ende conocer el grado de participación de los involucrados”<sup>20</sup>.***

---

<sup>20</sup> BUSTAMANTE, SALVADOR, Carlos: Manuel: Manejo de Lugar de Los Hechos. Criminalística. Año 2011

De ello se deduce que, con fines expositivos y prácticos a la hora de llevar a cabo una investigación en el lugar de los hechos, los indicios encontrados pueden clasificarse en los grupos, teniendo en cuenta que no son compartimientos aislados.

De acuerdo a la Guía de aplicación del Colegio Federal de México, define al lugar de los hechos como: **“el espacio material o escena del crimen, donde presuntamente se cometió el delito que se investiga y que por ello puede contar con evidencias relacionadas con la investigación”**<sup>21</sup>.

De tal manera que, de acuerdo a este Código, se establece la investigación del lugar de los hechos, para detallar e investigar todos los indicios existentes.

Para el autor Álvaro Botero, el lugar de los hechos, **“es el espacio abierto o cerrado mueble o inmueble, donde se ha cometido un presunto delito, que comprende además de sus alrededores, aquellos pasajes en los que se encuentren evidencias físicas relacionadas con estas”**<sup>22</sup>.

Así mismo este autor, menciona que el lugar de los hechos no es más que el lugar donde se presume el cometimiento de un delito en donde existen vestigios determinantes de la verdad.

Carlos A. Guzmán define a la escena del hecho como: **“el lugar real donde tuvo lugar el incidente, digamos también que es el lugar aparentemente protagónico o entorno donde sucedieron los hechos de interés criminalística”**<sup>23</sup>.

Es decir el lugar de los hechos es la principal fuente de indicios para la investigación criminal, motivo por el cual, cualquier alteración, manipulación o destrucción en el referido lugar y en consecuencia de los indicios, puede traer

---

<sup>21</sup> Citado en CRIMINALISTICA ACTUAL, LEY, CIENCIA Y ARTE EUROMÈXICO S.A Año 2012, pág. 649

<sup>22</sup> BOTERO, Álvaro: El lugar de los hechos. Año 2009

<sup>23</sup> GUZMÁN, Carlos A.: Criminalística. Año 2010

como resultado la impunidad, por inexactitud de la información recabada y en el lugar y hecho sujetos a la investigación.

Los indicios contribuyen a la reconstrucción de los hechos, conducen a la identificación del agresor y de la víctima y la vinculación de las personas relacionadas con los acontecimientos. Dicho con otras palabras los indicios conducen a los investigadores a la reconstrucción de la verdad histórica, para que ello sirva a la autoridad competente a determinar la acción legal correspondiente.

Cuando la autoridad acude al lugar de los hechos lo primero que deben hacer es delimitar el perímetro en el que advierten los mayores elementos físicos relacionados con el acontecimiento que posiblemente sea constitutivo del delito, es decir los indicios.

***“Como se puede apreciar, son grandes las responsabilidades que recaen sobre el policía en llegar al lugar de los hechos, pues a decir de Harry Soderman y John Oconell a menudo, el resultado final de la investigación depende en buena medida de las capacidades preventivas que este servidor público hubiere llevado acabo”<sup>24</sup>.***

En el reconocimiento del lugar de los hechos debemos distinguir las dos escenas:

- 1. “Escena Primaria: es el espacio físico en el que se encuentran los indicios principales, como un cadáver, manchas de fluidos biológicos o el arma de fuego.***
- 2. Escena secundaria: es el espacio físico en la periferia de la escena primaria donde los sujetos activos han dejado indicios de forma involuntaria o voluntaria, y aunque no se trate de elementos***

---

<sup>24</sup> SODERMAN, Harry y OCONELL, John, Métodos Modernos de Investigación Policiaca, Editorial Limusa, México. Año 2000, pág. 331.

***fundamentales tiene una relación estrecha con los hechos que se investiga***<sup>25</sup>.

Cabe señalar además que se distingue el perímetro interno, perímetro intermedio y perímetro externo.

El perímetro interno, es el lugar de los hechos, propiamente dicho, dentro del cual solo y únicamente tiene acceso el grupo policial. El perímetro intermedio, delimita el lugar al que pueden acceder las autoridades judiciales, policiales, medios de comunicación y personas relacionadas con el acontecimiento. El perímetro externo, es el lugar en que se ubican los curiosos. Es importante que se infiltre algún agente investigador entre el público, que deberá observar las actitudes sospechosas de la gente alrededor, escuchar sus comentarios, de tal suerte que tal información puede ser útil para el esclarecimiento de los hechos.

Como podemos apreciar, el lugar de los hechos reviste una enorme importancia como prueba en la fase investigativa que realiza la o él fiscal , es decir no es un lugar cualquiera, sino uno dentro del cual han tenido lugar los acontecimientos y circunstancias que probablemente se encuentran relacionadas con un presunto delito, por ende la información que se recopile debe recogerse con cautela para que de ella se puedan reconstruir los hechos y conocer la verdad histórica y acontecida, permitiendo posteriormente fundamentar los hechos investigados y sancionar penalmente a quien ha violado un bien jurídico protegido.

#### **4.1.10. Medios de la Prueba**

Al medio de la prueba lo podemos entender como un concepto procesal de existencia posterior a la fuente de prueba, siempre y cuando sea ofrecida la fuente de prueba en el proceso, sea aceptada y practicada como tal.

---

<sup>25</sup> VIVAS BOTERO, Álvaro. El lugar de los hechos, referencia al sistema penal acusatorio, Leyes, Colombia. Año 2006, pág. 33.

Con respecto al medio de prueba Ricardo Levene nos dice:

***“Son generalmente enumerados en forma taxativa por los códigos procesales. Con razón se afirman aunque surgen continuamente nuevas técnicas e instrumentos de prueba, como la fotografía, la dactiloscopia, el empleo de los rayos ultravioleta, la investigación de la paternidad mediante el examen de grupos sanguíneos, los análisis químicos, etc. Todos ellos pueden ser sin inconveniente dentro de los medios probatorios tradicionales, en especial la pericia”<sup>26</sup>.***

Entonces podemos decir, que los medios de prueba son un procedimiento formal para la incorporación de elementos probatorios, que está regido por ciertas garantías y que tiene su razón de ser en la necesidad de controlar los instrumentos de los que se vale el juzgador para adquirir conocimiento de los hechos.

Analicemos los medios de prueba, que generalmente se practican en un litigio en el proceso.

#### **4.1.10.1. La Prueba Testimonial**

Para Hernando Devis Echandía el testimonio.

***“En sentido estricto (...) es un medio de prueba que consiste en la declaración representativa que una persona, que no es parte en el proceso en que se aduce, hace a un juez, con fines procesales, sobre lo que sabe respecto a un hecho de cualquier naturaleza”<sup>27</sup>.***

Puedo decir que, es la declaración que rinde una persona en forma libre, consciente y directa ante el juzgador, bajo juramento y el cumplimiento de formalidades procesales, sobre hechos controvertidos acaecidos y percibidos en el pasado, a favor o en contra del actor o demandado.

---

<sup>26</sup> LEVENE, Ricardo, ob. Cit, Págs. 571 y 572

<sup>27</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando, Teoría General de la Prueba Judicial, Tomo II, Bogotá-Colombia. Año 2002, pag. 27.



***“La prueba testifical como es de conocimiento tiene excepcional importancia dentro de todo debate procesal ya que a través de ella y confiando en su idoneidad los justiciadores reconstruyen los hechos ocurridos en el pasado con el propósito de formar su convicción dentro del arduo y laudable quehacer de impartir justicia. De allí que comúnmente se diga que los testigos son los ojos y oídos a través de los cuales el Juez conoce y se percata de los hechos y conductas pasadas que le toca juzgar. En armonía con lo que acaba de expresarse, es que la ley quiere que tales atestaciones estén siempre libres de toda tacha que pueda afectarlas. Por esta razón se exige que en los testigos concurren los requisitos de capacidad, conocimiento, probidad e imparcialidad. (...)”<sup>28</sup>.***

Sin duda es en materia procesal penal donde el sistema oral ha tenido el desarrollo más avanzado de nuestra legislación. Esta materia adjetiva cambio cuando se instituyeron los Tribunales Penales y como uno de los cambios sustanciales, en la etapa del Juicio plenario se restablece la oralidad, ya que en audiencia oral se practican las pruebas y se escuchan las argumentaciones de las partes para que luego el juzgador dicte sentencia.

Todo testigo antes de comenzar su declaración relevante deberá identificarse, prestar juramento, decir la verdad sobre lo que le preguntaren, no se le podrá hacer preguntas sugestivas, capciosas, impertinentes o vagas. El testigo está obligado a dar respuestas claras y concretas. Las partes podrán dirigir preguntas para solventar o impugnar su credibilidad.

#### **4.1.10.2. La Prueba Documental**

***“El documento resulta de mucha importancia dentro del proceso penal, pues en un documento podemos encontrar representado un hecho o un pensamiento que confirme la***

---

<sup>28</sup> Gaceta judicial. Año CII. Serie XVII, (Quito, 13 de febrero de 2000), N° 5, página 1403.

***existencia de un delito o la haga vislumbrar. El concepto de documento al decir que se trata de un escrito con el avance de la tecnología ha ido perdiendo exclusividad”<sup>29</sup>.***

De ello deduzco que la prueba documental, es todo instrumento público o privado que contiene elementos significativos, relevantes y representativos que presenta las partes en el debate de la audiencia oral en un proceso judicial como resultado de una actividad humana, como medio de prueba al juzgador a tomar una decisión. La prueba documental es todo instrumento público o privado susceptible de representar una manifestación de pensamiento. La finalidad de esta prueba es la de dejar constancia sobre un acontecimiento histórico, que se investiga en el proceso.

Decía que la prueba documental, es todo documento o instrumento público o privado, entonces: el instrumento público es el autorizado por un funcionario público que hacen fe en el juicio por el hecho de haberse otorgado con las solemnidades legales; y, el documento privado, es aquel por el cual una persona particular se obliga a dar hacer o no hacer alguna cosa y que lo reconoce como suyo ante cualquier juez civil, notario público.

#### **4.1.10.3. La Prueba Pericial**

***El perito “es la persona versada en una ciencia, arte u oficio, cuyos servicios son utilizados por el Juez, para que lo ilustre en el esclarecimiento de un hecho que requiere de conocimientos especiales, científicos o técnicos”<sup>30</sup>.***

De lo señalado, debo de decir, perito es una persona capaz, imparcial y correcta, ajena a las partes, versada en conocimientos científicos técnicos, profesionales y especializaos, debidamente acreditado y autorizado por el Consejo de la Judicatura, acepta la asignación realizada, destinada a apreciar y verificar hechos y ponerlos en conocimiento del Juzgador sobre la

---

<sup>29</sup> BRAVO BARRERA, Rolando

<sup>30</sup> [http://www.conamed.gob.mx/comisiones-estatales/coesamend – mayant / publicaciones / pd /prueba.](http://www.conamed.gob.mx/comisiones-estatales/coesamend-mayant/publicaciones/prueba)

interpretación y apreciación del mismo con el objeto de formar una convicción personal, de libre apreciación para la solución de una controversia.

#### **4.1.10.4. La Inspección Judicial**

Veamos lo que conceptúa Hernando Devis Echandía:

***“Es una diligencia judicial practicada por un funcionario judicial con el objeto de obtener argumentos de prueba para la formación de su convicción, mediante el examen y la observación y sus propios sentidos, de hechos ocurridos durante la diligencia o antes pero subsisten o de rastros o huellas de hechos pasados, y en ocasiones de sus reconstrucción”<sup>31</sup>.***

La inspección judicial, es el reconocimiento que la o el Juez realizan directamente de un lugar, día y hora señalados de lugares, cosas o documentos con la intervención de peritos diferentes a la controversia, ha pedido de una de las partes del proceso, para conocer sobre la existencia que tales hechos puedan desaparecer asegurando una evidencia de esas cosas.

#### **4.1.10.5. objetivo de la inspección judicial**

El objetivo de la inspección judicial, es la apreciación directa que hace la o el juez sobre la existencia o no existencia de hechos materiales, señales, estado actual de inmuebles o muebles, documentos, archivos y procesos sujetos a requeridos de existencia, validez y eficacia probatoria. La certeza del juez existe cuando cree haber percibido en forma directa la verdad de los hechos verificados. Los testimonios e informe del perito o peritos el juez los apreciara conforme a las reglas de la sana crítica.

---

<sup>31</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando, <http://temas.de.derecho.wordpress.com>

#### **4.1.11. Pruebas directas, indirectas, preconstituidas, circunstanciales**

##### **4.1.11.1. Pruebas directas**

En lo referente a las pruebas directas, Walter Guerrero Vivanco, cita en su obra la Prueba Penal a Eugenio Florián quien señala que la prueba directa.

***“Es aquella en la cual hay inmediación entre la percepción del juez y el hecho objeto de la prueba como por ejemplo al tratarse de la inspección, en donde el juez observa con sus propios ojos las lesiones sufridas por la víctima o las huellas de las fuerzas que se ha ejercido en las seguridades del inmueble”<sup>32</sup>***

Diría que la misión de la prueba directa consiste en demostrar la verdad de los hechos, de ahí que el objeto de esta prueba es el hecho, o sea es directa cuando la prueba se la coloca a la percepción de la o el Juez (inspección, reconocimiento).

##### **4.1.11.2. Pruebas Indirectas**

Walter Guerrero Vivanco, cita en su obra LA Prueba Penal al maestro Devis Echandia quien señala su punto de vista respecto a las pruebas indirectas son:

***“Aquellas en donde no hay inmediación entre el hecho que se prueba y el hecho que se desea probar, como al tratarse el delito de homicidio, donde los testigos no han presenciado el crimen y solo conocen de otros hechos aparentemente aislados y secundarios, pero que examinados en su conjunto demuestran la autoría del supuesto infractor”<sup>33</sup>.***

Lo que me permite deducir que la prueba indirecta es la prueba indiciaria, a la cual recurrimos cuando no podemos demostrar de manera directa la existencia de la infracción y la autoría, es decir no hay inmediación entre la percepción del

---

<sup>32</sup> GUERRERO VIVANCO, Walter: La Prueba Penal, Derecho Procesal Penal III, colección Ensayista de Hoy, segunda Edición, Loja-Ecuador. Año 1989, pág. 42

<sup>33</sup> IBEDEM, PÁG. 42

Juez y el hecho objeto de la prueba, como por ejemplo, al tratarse de la prueba testimonial, en la cual la intermediación de la o el Juez se realiza con el testigo, pero no con el hecho sobre el cual rinde la declaración el testigo.

#### **4.1.12.3. Prueba Preconstituida**

En cuanto a la prueba preconstituida el Dr. Galo Espinoza Merino es la Más Enciclopedia Jurídica, señala que ***“Es la preparada de antemano, con el objeto que se sirva de elemento de verificación en el litigio que pudiera surgir”***<sup>34</sup>.

Esta prueba como señala Espinoza Merino, es la que se la desarrolla o se la ha preparado anteriormente para que en el momento oportuno sirva de elemento para comprobar el litigio que pudiera surgir.

#### **4.1.12.4. Pruebas circunstanciales**

En cuanto a las pruebas circunstanciales, ***“es la que nace en torno al medio, al delito por el accidente del tiempo, lugar o modo que está unido a la circunstancia del hecho o para la verificación del litigio y que es producto de esa circunstancia”***.<sup>35</sup>

La determinación de las circunstancias en la recolección de las pruebas, de acuerdo a este autor, es un elemento de convicción y certeza para el esclarecimiento de la verdad de los hechos, ya que contrario a la prueba preconstituida está no ha sido desarrollada de antemano si no que es producto del hecho delictivo.

#### **4.1.13. El Sistema Dispositivo Constitucional**

El Dr. Julio Cesar Trujillo hace notar:

---

<sup>34</sup> ESPINOSA MERINO, Galo: La Más Enciclopedia Jurídica, Volumen II, Vocabulario Jurídico, Editado por instituto de informática legal, Quito-Ecuador. Año 1987, Pág. 594

<sup>35</sup> IBEDEM, pág. 42

***“Que en el Estado liberal se da una creciente concentración de la riqueza en un sector de la sociedad; y de otra, el sector laboral estimulado por la revolución industrial se organiza y así se fortalece, lo cual provoca una tensión que en momentos alcanza dimensiones que .amenazaban, sustituir al Estado abstencionista por otro tipo de Estado y a la sociedad en la que la única clase que contaba era la burguesía y por esto mono clasista”<sup>36</sup>.***

El Maestro y tratadista Hugo Alsina manifiesta **“los sistemas procesales pueden ser clasificados fundamentalmente en dos: uno en el que la iniciativa del proceso está reservada a los particulares (sistema acusatorio) y otro en que ella se confiere al órgano jurisdiccional (sistema inquisitivo)”<sup>37</sup>.**

Entonces es necesario recordar, el objeto del principio dispositivo que señala la Constitución, para que la o el juez aplique en todo proceso. Tiene por objeto determinar que el demandante y el demandado se conviertan en sujetos activos y el Juez en elemento decisorio en el desarrollo del proceso. A las partes del proceso corresponde adoptar activamente la iniciativa, el impulso y la determinación de actos procesales. Las partes privativamente tiene el derecho de proponer la acción y la excepción, las preguntas y repreguntas, las aseveraciones e impugnaciones, es más solo a las partes les compete pedir y presentar las pruebas necesarias, en tanto que el Juez, convertido en su alto crucial del proceso tiene el deber de asumir la dirección del debate, hasta adoptar la decisión de la controversia judicial.

De ahí que la observación y aplicación de este principio significa:

***“Que el impulso procesal corresponde a las partes, ellas no solamente son dueñas de la acción, a la que dan vida con la presentación de la demanda, pudiendo extinguirla en***

---

<sup>36</sup> TRUJILLO, Julio Cesar, La Estructura Constitucional del Estado Ecuatoriano, centro de Estudio Jurídico, Quito-Ecuador. Año 2004.

<sup>37</sup> ALSINA, Hugo, Tratado Práctica de Derecho Procesal Civil, Segunda Edición, Argentina. Año 1963

***cualquier momento mediante el desistimiento o la transformación (laboral) sino que fijan los términos de la Litis, aportan el material de conocimiento y paralizan o activan la marcha del proceso. El principal efecto del sistema dispositivo es la limitación de los poderes del juez; el no procede de oficio; por el principio dispositivo la prueba recae íntegramente en las partes procesales, el rigor de ella se constituye en garantía de la defensa, es decir que permite que las partes puedan solicitar las pruebas que estimen conveniente y necesarias, dejando de actuar las o los jueces”<sup>38</sup>***

Con lo señalado, en la que menciono los principios rectores del procedimiento, estimo suficientes para determinar las radicales diferencias con la prueba aplicada de oficio, prescrita en la disposición del Código Orgánico General de Procesos, pues en este la intermediación solo es una fase para la norma porque en la práctica da la sensación de recoger pruebas a la distancia.

Con el nuevo sistema la eficacia de la intermediación no puede ser, soslayada por los operadores de justicia, pues no hay prueba válida sin notificación a la otra parte, para que ejerza el derecho de contradicción, no debería de existir prueba de oficio, puesto que esta actitud propia del sistema procesal inquisitivo, violenta el principio dispositivo.

Es importante y oportuno diferenciar al objetivo de la prueba, del medio de la prueba. La legislación consagra como objeto de prueba a todos los hechos y circunstancias de interés para la correcta investigación del caso, es decir el objeto de prueba es todo lo que debe probarse, mientras que el medio de prueba es el camino para describir como ese hecho se introduce en el proceso,

---

<sup>38</sup> TRUJULLO, Julio Cesar, La Estructura Constitucional del Estado Ecuatoriano, Centro de Estudio Jurídico, Quito-Ecuador. Año 2004.

CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, Primera Edición, Quito-Ecuador. Año 2010, pag. 57

ALSINA, Hugo, Tratado Práctica de Derecho Procesal Civil, Segunda Edición, Argentina. Año 1963

o sea es el acto o modo usado por las partes para proporcionar el conocimiento.

Este principio constitucional, adquiere una enorme importancia, no solo por su formulación constitucional, sino por el efecto que tiene en la Administración de Justicia. La existencia de este principio, faculta para que las partes procesales presenten la prueba en la contestación a la demanda y formulación de pruebas, estando velado la o el juez la práctica de pruebas, puesto que debe mantenerse al margen, como director y organizador del debate, reservándose su criterio jurídico hasta el momento en que la Ley le exija pronunciarse sobre las pretensiones del actor y demandado según los méritos de la prueba.

El principio dispositivo que el nuevo sistema demanda un cambio importante en las actuaciones de las partes procesales y del Juez, en lo concerniente a la presentación de la prueba y evacuación de la misma, fundamentalmente en lo que tiene que ver con la incorporación de documentos.

Siguiendo con el estudio de esta problemática, el tratadista Hugo Alsina expresa: Que el sistema dispositivo confiere a las partes el dominio del procedimiento y que sus reglas fundamentales son las siguientes:

***“El juez no puede iniciar de oficio el proceso (memo iure sime actore), no puede tener en cuenta hechos ni medios de prueba que no han sido aportados por las partes (principio de presentación: quod non est in acts non est in mundo); debe tener por cierto los hechos en que aquellas estuviesen de acuerdo (ubi partis sunt concordēs nītil ab judicēn); la sentencia debe ser conforme a lo alegado y probado (Cecundum alegata et probata); y el juez no puede condenar a mas ni a otra cosa que la pedida en la demanda (ne eat ultra petita partium)”<sup>39</sup>.***

---

<sup>39</sup> ALSINA, Hugo, Tratado Práctico de Derecho Procesal Civil, Parte General, Tomo I. Año 1963.



Solo a las partes procesales les compete presentar e iniciar un proceso, el Juez no puede de oficio iniciar el litigio, porque la o el juez deberá considerar las pruebas pedidas e incorporadas por las partes; y, el juzgador tiene que resolver o sentenciar de acuerdo a las pretensiones que han pedido esas partes.

El gran procesalista Enrrique Véscovis, quien al abordar este principio lo hace a través de los subprincipios que a su criterio lo caracteriza y concreta en los siguientes:

- El proceso debe comenzar por iniciativa de parte y por tanto el juez no puede hacerlo de oficio.
- Las pruebas que se actúan son aquellas que las soliciten y el juez o tribunal deberá fallar de conformidad con el alegado y probado por las partes; por tanto la sentencia debe fijarse dentro de los limites pretensiones deducidas por el actor y aquello que reconoce o convierte el demandado.
- Los recursos, es especial el de apelación solo pueden ser interpuestos por las partes que han sido agraviadas y el tribunal superior no tendrá más facultades de revisión que aquellas que han sido objeto del recurso.
- Las partes, pueden además disponer no solo actos procesales, sino del propio proceso, el actor desistiendo de su pretensión o pretensiones y el demandado hallándose a ella o ellas.
- Así mismo, el impulso procesal se realiza por medio de las partes y no de oficio.

De lo expuesto, a través de este trabajo investigativo, debo de decir:

Al aplicar la disposición del Código Orgánico General de Procesos que faculta al Juez o Tribunal ordenar pruebas de oficio, significaría no comprender la oralidad, el principio dispositivo, así como la inmediación del juez con el debate

y la prueba; puesto que la Constitución de la República nos ofrece normas más poderosas, como lo prescrito en esa normativa respecto a la sustanciación de los procesos, esto es para favorecer el establecimiento de un proceso oral. Si el juez o Tribunal aplica esta disposición del Código señalado, estimo que se estaría vulnerando los principios establecidos en la Constitución, como aquellas de la imparcialidad e inmediatez.

Estimo que para fundamentar el Principio Dispositivo, en el sentido que solo a las partes les faculta pedir y presentar la prueba. La Constitución de la República del Ecuador no puede ser objeto de una aplicación fraccionada, ella es una; las normas Constitucionales, a diferencia de los principios generales del derecho, se imponen al conjunto del orden jurídico.

La Constitución de la República en su Art. 82 señala: ***“El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respecto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”***<sup>40</sup>

Es un derecho y una garantía universalmente reconocido por los ciudadanos que inspira a vivir en paz, orden, tranquilidad, por la certeza, confianza y responsabilidad que se debe tener sobre la aplicación correcta y exacta de la Constitución y de la Ley, por parte de los organismos, instituciones y entidades del Estado, con respecto a los derechos humanos, al derecho de libertad en todas sus formas, al debido proceso, a la tutela judicial efectiva, a la legítima defensa, a ser juzgado una persona ante un juez y autoridad competente con observancia del trámite de cada procedimiento, y a una administración de observancia del trámite de cada procedimiento, y a una administración de justicia eficiente, eficaz, transparente y de calidad.

#### **4.1.13.2. Principio Dispositivo**

El principio dispositivo significa que el impulso procesal corresponde a las partes, ellas no solamente son dueñas de la acción, a la que dan vida con la

---

<sup>40</sup> CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Año 2010, pág. 30

presentación de la demanda, pudiendo extinguirla en cualquier momento mediante el desistimiento o la transacción, sino que fijan los términos de la Litis, aportan el material de conocimiento y paralizan o activan la marcha del proceso.

Por el principio dispositivo, la carga de la prueba recae íntegramente en los sujetos procesales, el rigor en la prueba se constituye en garantía de la defensa.

El principio dispositivo, permite que las partes puedan solicitar las pruebas que estimen convenientes, dejando de actuar los jueces.

El maestro Hugo Alsina, con respecto a este principio señala:

***“Este principio determina que el demandante y el demandado se conviertan en sujetos activos y el juez en elemento decisorio en el desarrollo del proceso, que solo a las partes procesales les corresponde adoptar activamente la iniciativa, el impulso y la terminación de actos procesales. Las partes privativamente tienen el derecho de proponer la acción y la excepción, las preguntas y repreguntas, las aceleraciones e impugnaciones, es más solo a las partes les corresponde pedir y presentar las pruebas, en tanto que el juez convertido en sujeto crucial del proceso tiene el deber de asumir la dirección en la audiencia”<sup>41</sup>.***

Al analizar el criterio de este tratadista, observamos que la existencia de este principio es que faculta para que los sujetos procesales anuncien y evacuen la prueba en la presentación y contestación a la demanda, estando al margen el juzgador la práctica de pruebas.

He venido diciendo que los principios todos ellos están estrechamente relacionados, así por ejemplo la contradicción dentro de un sistema adversarial es fortaleciendo con el principio dispositivo.

---

<sup>41</sup> ALSINA, Hugo, Tratado Práctico de Derecho Procesal Civil, Parte General, Tomo I. Año 1963.

Este principio se halla consagrado en la Constitución de la República, dice relación con la posibilidad que tienen las partes procesales para tomar la iniciativa procesal; es decir son las partes las que promueven la causa más no el juez, son éstas las que promueven la prosecución del juicio, las que proponen las diferentes temáticas a tratarse dentro del proceso penal, el juez carece de iniciativa procesal, solamente está llamado a resolver lo que las partes proponen, por ejemplo la o el juez no pueden por sí o ante sí resolver una medida cautelar, la o el juez no puede dictar prisión preventiva para privar de la libertad al procesado sino pide la parte legitimada, si el Fiscal no solicita y se debate en audiencia oral, pública y contradictoria, no es posible que el juzgador dicte la prisión preventiva.

El principio Dispositivo, adquiere una enorme importancia, no solo por su formulación constitucional, si no por el efecto de irradiación que tiene en la Administración de Justicia.

El moderno derecho procesal, pretende superar antiguas estructuras y construir las bases de su entorno sobre contenidos básicos y primordiales de la Constitución, de respeto al ser humano y la tutela de sus derechos fundamentales como son el de una justicia pronta y sin dilaciones; la implementación del sistema oral observando los principios dispositivos, de concentración e inmediación, entre muchos otros que en su mayoría están en la Constitución, pero que lamentablemente no son aplicados por determinados Juezas y Jueces.

De este análisis somero, considero que debe derogarse la normativa del Código Orgánico General de Procesos, que faculta al juzgador ordenar pruebas de oficio, lo cual contraviene al Principio Dispositivo, que está consagrado en la Constitución de la República.

#### 4.1.13.3. Inmediación

El procesalista Rafael Caldera conceptualizó que es **“el contacto directo y personal de órgano judicial con las partes y, con todo el material del proceso.....”**<sup>42</sup>.

Analizando el contenido de este principio, así como el fin que persigue, surge la estrecha relación que tiene con la concentración, ya que en ambos el carácter prevaleciente lo constituye la proximidad física entre el juzgador y las partes.

Por definición este principio implica una cercanía constitucional y material entre los sujetos procesales y aquel que tendrá a su cargo dirimir el conflicto suscitado entre aquellos. Mas no es un acto puramente protocolar o simbólico, sino con objetivos claros, precisos, tendientes a lograr la finalización del litigio, por lo menos, conseguir su acortamiento sustancial.

**“La o el juzgador celebraran las audiencias en conjunto con las partes procesales que deberán estar presentes para la evacuación de la prueba de más datos procesales que estructurarán de manera fundamental el proceso, Solo podrán delegar las diligencias que deban celebrarse en territorio distinto al de su competencia. Las audiencias que sean conducidas por la o el juzgador serán nulas”**<sup>43</sup>.

Es decir determinar que los actos procesales deben celebrarse ante juez de la causa haciendo uso de la presentación, concentración y contradicción de la prueba. Tiene por objeto que el juzgador con la prueba en práctica del sistema oral observe personalmente los mensajes sensoriales de los hechos a través de la aportación de las pruebas y una vez que se cerciore, verifique y conozca a cabalidad el asunto controvertido. La intermediación es un instrumento poderoso que busca la verdad y la justicia a través del contacto directo del juzgador con las partes; ya que se considera que cuando más lejana es la

---

<sup>42</sup> CALDERA, Rafael: Derecho Procesal, Segunda Edición, Buenos Aires. Año 1960, pág. 71

<sup>43</sup> CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL, Registro Oficial N°544, Quito. Año 2009, pág. 8.

participación del administrador de justicia en el proceso hay dudas de que la decisión judicial se ajuste a derecho.

#### **4.1.13.4. Concentración**

El Tratadista Palacio, con respecto a la concentración conceptúa.

***“rige primordialmente en los procesos dominados por el principio de oralidad, en los cuales la centralización del debate en una o pocas audiencias temporalmente próximas entre sí, y con respecto a la decisión final, se halla impuesta para conjurar el riesgo de que se desdibujen o borren con el transcurso del tiempo las impresiones directamente recogidas por el Juez”<sup>44</sup>.***

Significa que este principio, es medio de defensa encaminada dentro de la actividad procesal a la demostración de la existencia de un acto o de un hecho jurídico controvertido,

***“Los procesos se sustanciaran con la intervención directa de las juezas o 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 la celeridad del proceso”<sup>45</sup>.***

Este principio implica reunir toda la actividad procesal en la menor cantidad posible de actos. La prueba se ha venido desarrollando en forma de actos independientes, concentrados; para llegar a establecer la verdad de los hechos, la concentración de la prueba testimonial, pericial, documental entre otros, tiene que ser presentada y debatida en la etapa de la audiencia de juicio con la presencia de demandante y del demandado, de los abogados defensores, de los testigos, peritos, dirigido y percibido directamente por el juez competente, para de esta manera evitar la dispersión de los actores procesales.

---

<sup>44</sup> PALACIO, op. Cit., pág 285

<sup>45</sup> CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL, Registro Oficial N°544, Quito. Año 2009

#### 4.1.13.5. La Contradicción

El maestro Eduardo Couture, refiriéndose al principio de Contradicción, es evitar suspicacias sobre las proposiciones de las partes y afirmar que ***“debe suponerse lógicamente que nadie habrá de tener más interés que el adversario en oponerse y contradecir las proposiciones inexactas de su contraparte; y, por consiguiente, cabe admitir que las proposiciones no contradichas deben suponerse exactas”***<sup>46</sup>.

Quiere decir, garantizar que las partes puedan ejercer la oposición, refutación u objeción de los actos procesales. La contradicción tiene por objeto lograr el esclarecer la verdad de los hechos controvertidos preguntando y repreguntando a los testigos, impugnando pruebas parcializadas, objetando la validez de instrumentos públicos o privados y evitando suspicacias mediante la observación de los preceptos legales para la valoración de las pruebas; a través de la concentración la o el juez observa, analiza y resuelve las cosas como son.

Según principio para que la información sea mínimamente confiable se debe primeramente anunciar la prueba en la demanda y contestación a la misma y luego practicarse en la audiencia de juicio.

El principio de contradicción, comprende la necesidad de los cargos consistan en la relación clara, precisa y circunstanciada de una demanda, que esa relación sea efectivamente conocida por el demandado de manera oportuna (citación), y que el demandado sea oído y pueda contradecir la prueba presentada en su contra.

Son los aspectos que integran la contradicción: 1) El derecho que tiene la parte de oponerse a la realización de un determinado acto; y, 2) La posibilidad que tiene la parte de controlar la regulación y cumplimiento de los preceptos jurídicos o legales.

---

<sup>46</sup> COUTURE, Eduardo

Considero que tanto el actor como el demandado tienen que centrar todo su esfuerzo probatorio en la audiencia definitiva y estar listos para presentar sus testigos y para repreguntar a los testigos de la otra parte. Se trata de un verdadero combate probatorio que libran actor y demandado ante los ojos y los oídos del juzgador.

#### **4.1.13.6. La Imparcialidad**

La imparcialidad es elemento esencial y primordial en una contienda judicial, y Luis Alberto Huerta Guerrero dice que:

***“Permite contar con órganos jurisdiccionales que aseguren a las personas que sus controversias serán tramitadas y decididas por un ente que no tiene ningún interés o relación personal con el problema, y que mantendrá una posición objetiva al momento de resolverlo. En consecuencia, la imparcialidad de los tribunales implica que las instancias que conozcan cualquier clase de procesos no deben tener opiniones anticipadas sobre la forma que la conducirán y compromisos con ninguna parte. Esta garantía obliga al magistrado no dejarse influenciar por el contenido de las notificaciones, por informaciones diferentes a los que aparecen en el proceso, ni por influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas de cualquier sector”<sup>47</sup>.***

Lo prescrito, referente a la imparcialidad, nos explica que es una función ética y jurídica que tiene por objeto que el juez o el abogado al conocer, tramitar y decir una controversia judicial, lo realice discrecionalmente con rectitud, ecuanimidad, objetividad y autoridad moral de acuerdo con la ciencia del derecho y su conciencia, sin afecto o desafecto para con una de las partes, sin prejuicio, sin influencia de opiniones ajenas, bajo la razón de igual contienda procesal.

---

<sup>47</sup> HUERTA GUERRERO, Luis Alberto, La Independencia Judicial y la Imparcialidad Documental de Trabajo de la Comisión Andina de Juristas, [http/es. Escribió.com//doc/12593466](http://es. Escribió.com//doc/12593466).



El profesor Andrés Baytelman dice:

***“Que el sistema Procesal debe construirse sobre la base de una competencia aguda entre las partes, frente a un Tribunal que no tenga compromisos institucionales con ninguna de ellas ni con la información generada en el juicio, de manera que esté en condiciones de pasar dicha información por un test de calidad serio y contundente. Solo esta dinámica es capaz de movilizar a los actores de manera que eleven la calidad del proceso en su conjunto; las partes sabrán que deben llegar a las audiencias con casos profesionales preparados y los jueces sabrán que deben estar completamente atentos a la información que se está produciendo en ella y preparados para tomar decisiones al respecto”<sup>48</sup>.***

Estimo que la independencia alude a la posibilidad de adoptar decisiones sin estar subordinado al árbitro de otro; en cambio, la imparcialidad es la inexistencia de vinculaciones con el conflicto o con los sujetos procesales. Si tales vinculaciones pueden generar interés en un determinado sentido, en la decisión del juzgador.

Entonces la o el Juez tiene que ser imparcial, que evita trato preferencial hacia los abogados y los justiciables; es aquel que se abstiene de recibir beneficios de toda índole injustificados; rechazar presiones de cualquier tipo; omiten tener reuniones fuera de los juzgados con los defensores; y a dar opiniones que implique prejuzgar sobre un asunto en litigio.

#### **4.1.13.7. El Debido Proceso**

El Dr. Luis Humberto Abarca Galcas, con respecto al Debido Proceso lo conceptúa:

---

<sup>48</sup> BAYTELMAN. Andrés. La Evaluación del Sistema procesal penal del Ecuador, Fondo de Justicia y Sociedad. Fundación Esquel USAIN. Año 2002, pág. 25

***“El Debido Proceso es el medio jurídico a través del cual, los órganos del poder público a cargo de la función jurisdiccional administra justicia, de tal modo que, sin que preceda el Debido Proceso, los titulares de los órganos Jurisdiccionales no pueden resolver el caso concreto que les corresponde juzgar en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, lo cual significa que, sin el Debido Proceso no se pueden resolver los conflictos de interés o controversias que se suscitan entre los miembros de la sociedad o entre éstos con las dependencias, instituciones y órganos del Estado, así como tampoco se pueden resolver las vulneraciones del orden jurídico en que incurren las personas individualmente consideradas”<sup>49</sup>***

Ello significa que, en observancia del principio dispositivo de la prueba el juzgador, no puede suplir las omisiones de los sujetos procesales que no presentaron las fuentes de prueba, necesariamente debe excluir o rechazar las declaraciones testimoniales de los órganos orales de prueba, cuando no se han presentado las respectivas fuentes de prueba, porque a falta de ésta, no puede verificar si lo que afirma el testigo guarda relación con lo que consta en la fuente de prueba.

Como es de entender, el Debido Proceso es una categoría jurídica procesal de inmenso contenido jurídico por constituir la expresión de la observancia de los derechos y garantías contempladas en la Constitución, los convenios internacionales y demás leyes, porque todo proceso indebido no es otra cosa que la expresión del abuso y la arbitrariedad de la vulneración de los derechos humanos de los sujetos procesales y de las garantías reconocidas en la Constitución.

---

<sup>49</sup> ABARCA GALEAS, Luis Humberto, Las Normas del Debido Proceso, Tomo VIII Primera Edición. Año 2007. Pág. 51.

## **4.2. Marco Doctrinario**

### **4.2.1. Evolución de la Prueba Judicial en los Procesos**

La existencia de conflictos de interés y derechos, ha sido característica de una sociedad, que para regular y solucionar estos conflictos, se crearon normas prescritas en leyes, reglamentos, códigos, etc. sin embargo de la existencia de un ordenamiento jurídico, éstas son vulneradas o transgredidas permanentemente, frente a este fenómeno social, la persona afectada tiene derecho a que el daño causado sea reparado, esa actividad de reparar ese daño se le ha encargado al Estado.

De ahí que, una de las características esenciales de toda sociedad organizada, es la de elaborar una reglamentación que le permita solucionar los conflictos entre las personas y consecuentemente reparar el daño y sancionar un hecho de frente a esta realidad, nace el derecho procesal.

En consecuencia el derecho procesal nace cuando la sociedad decide someter la solución de sus conflictos de interés y de derecho, a la autoridad que representa esa sociedad, inicialmente al jefe de grupo social, y con el pasar del tiempo al Estado, quien ha creado normas previas para administrar justicia y de esa manera evitar la aplicación o ejercicio de la justicia privada o la justicia por propia mano. Frente a este problema, la o el juzgador a través del procedimiento establecido, resolverá dicho conflicto y dará la razón a quien la tenga; las partes inversas en dicho litigio deberán probar o demostrar a través de medios establecidos para el efecto, los hechos sometidos a conocimiento del juzgador.

En la antigua Grecia, Aristóteles, al referirse a la prueba.

***“Encuentra una concepción Lógica, ajena a prejuicios de orden religioso y a fanatismo de otra índole, éste filósofo examina la prueba por sus aspectos intrínsecos y extrínsecos, clasificándola en propia e impropia,***

***artificial, considera que la principal está dada por el silogismo y la inducción”<sup>50</sup>***

En Grecia rigió la oralidad tanto en los asuntos civiles como penales, por regla general imperó el principio dispositivo, que significa en que a las partes les corresponde la carga de la prueba, y solo en casos especiales, le correspondía al Juez tener una “iniciativa” para dictarlas de oficio. Los medios principales de prueba fueron, testimonial, documental y el juramento.

En el Imperio Romano, dada su estructura, se divide en varias épocas, por lo tanto, el derecho tuvo una evolución acorde precisamente a ello, y ésta fue muy significativa.

***“Inicialmente el juez es una especie de árbitro que decide de acuerdo a su criterio los conflictos conocidos por él siempre y cuando no exista norma que se la pueda aplicar para dicho conflicto. Con el pasar de los años, se establece que la función de administrar justicia se deriva de la soberanía de la soberanía del Estado y por lo tanto se convierte en pública”<sup>51</sup>.***

Una de las características relevantes es que el proceso o juicio debe fundarse en las pruebas practicadas por las partes que interviene en él, asimismo inicialmente en las pruebas practicadas por las partes que intervienen en él, asimismo inicialmente los medios de prueba quedaban a libertad de las partes procesales, pero luego se aplicaron varias normas y reglas legales.

En los tiempos de la República el pueblo era quien juzgaba, reunido en centurias o por tribus lo que excluía la posibilidad que existieran reglas especiales inclusive una apreciación jurídica de la prueba. Existe un programa en cuanto se le daba al Juez mayores facultades para interrogar a las partes y determinar a cuál de ellas le correspondía la carga de la prueba y además le permitía al Juez la valoración de la misma, los medios de prueba fueron los mismos del imperio antiguo, con la pequeña diferencia que se le daba más

---

<sup>50</sup> ARISTOTELES, Teoría de la Filosofía,

<sup>51</sup> MITERMAIER. C.J.A, Tratado de Prueba en Materia Criminal. Madrid-España- 1997, pág. 340.

importancia a la prueba documental que a la testimonial. La carga de la prueba estaba en principio sobre el demandante, pero la carga de las acepciones correspondía al demandado.

En el periodo Justiniano, aparecieron varios textos legales que permitieron elaborar las bases sobre las cuales en la Edad Media se construyó la lógica de la prueba, a través del derecho canónico, ***“aquí se observa la regulación legal de las pruebas, se conservaron los medios de prueba del periodo anterior, la exclusión del testimonio de la mujer, del impúber, el perjuro, el delincuente y del loco”***.

Además en este periodo se sentaron bases y reglas sobre la carga de la prueba como defensa contra la arbitrariedad de los jueces y se estableció el principio contradictorio como en materia de interrogatorio de testigos, que deba ser conocido por ambas partes.

El tratadista Hernando Devis Echandia, distingue cinco fases en la evolución y desarrollo de la prueba, esto luego del imperio Romano:

- Fase étnica;
- Fase Religiosa o mística;
- Fase legal;
- Fase sentimental; y,
- Fase científica.

**4.2.1.1. La Fase Étnica.-** Algunos tratadistas la han denominado como la fase primitiva, por ser el inicio en la formación de la sociedad, la misma que por su naturaleza, sus características eran rudimentarias, carentes de una tecnología apropiada, como su palabra lo indica “primitiva”, las pruebas eran respaldadas en el empirismo de las impresiones personales, y como la fase inicial la prueba se desenvolvía de diferentes formas, porque cada organización territorial tenía sus propias costumbres y convivencias, es decir cada grupo étnico, tenía características diferentes en cada lugar. Consecuentemente en esta fase, por la diversidad de etnias, el sistema probatorio no aparecía.

**4.2.1.2. Fase Religiosa.-** Para nadie es desconocido que la gran influencia que tuvo la religión católica en la antigüedad incluso en los actuales momentos, otras personas la han calificado como “fanatismo religioso”, afirman que la actividad prueba tuvo un retroceso, y lógicamente se aplica la más absurda práctica judicial en lo referente a la prueba, en la cual la divinidad debía fallar los conflictos mediante modos especiales de manifestación de su voluntad, tales como los llamados “Juicios de Dios” , “duelos judiciales y ordalías”. La religión logro amalgamar una serie de normas y códigos, cuya actividad sancionadora contenía un sistema probatorio muy parcializado, con el poder que tenía las pruebas siempre fueron unilaterales, es decir arbitrarios ilegales y aun no tenían lógica dentro de un procedimiento o conflicto.

El sistema probatorio estaba basado en la ignorancia y el fanatismo religioso, se le da al proceso un carecer extremadamente formal, los medios de prueba están restrictamente señalados y son muy escasos, el juez carece de libertad para apreciar los. En este periodo en forma clara se distingue la influencia del derecho germano y del derecho canónico.

**4.2.1.3. Fase Legal.-** A esta fase se le denomina también “sistema de la tarifa”, la influencia del derecho canónico se reflejó en esta fase, teniendo un avance apreciable en la cultura jurídica, a pesar de estar dominado por el criterio de la regulación detallada de los medios de prueba y su apreciación previa, que en esa época tuvo una lucha intensa contra los sistemas místicos aprobiosos que regían en Europa, se trató de dar una base jurídica al proceso.

Los Papas dan instrucciones para el proceso canónico y los canonistas elaboraran muchas reglas sobre pruebas guiados por el método escolástico, utilizando las tradiciones romanas, especialmente el derecho Justiniano pero mezclando con principio de la Biblia, como el de exigir la presencia de dos testigos para formar un criterio. El proceso penal es ciento por ciento inquisitivo, el Juez inicia de oficio algunos casos y así mismo para obtener pruebas, sin embargo se niega al juez el poder de apreciar la prueba.

En el derecho español y germano, así como Inglaterra y Rucia, la prueba y el proceso, tuvieron una evolución de mucha importancia basada en la influencia del derecho romano canónico.

A inicios del siglo XVIII BECCARIA, inicia una corriente jurídica renovadora.

***“Enfoca el proceso penal, poniendo énfasis en el sistema de libre convencimiento, basado en el sentido íntimo e innato que guía a todo hombre en los actos importantes de su vida, esto a través de un jurado, reconociendo el sistema de convicción íntima de los jueces frente de la prueba”.***<sup>52</sup>

**4.2.1.4. Fase Sentimental.-** Se puede afirmar que a esta fase la llaman también “la de libre convicción moral”, en la apreciación de las pruebas en el proceso penal, tuvo su origen la Revolución Francesa, precisamente como contra posición a la tarifa legal.

Hay que tomar en cuenta lo que significó la revolución francesa y las consecuencias que tuvo en todo el mundo, los máximos exponentes fueron Montesquieu, Voltaire, Brissot, de Warville y Filangiera, ***“en esta fase se consagro el sistema de la convicción íntima de los jueces, que se plasmó en las leyes de 18 enero de 1791 y de 29 de septiembre del mismo, cuyo autor fue Duponrt.”***<sup>53</sup>.

La característica de esta es aquella que la actividad probatoria especialmente en el proceso penal, estaba basada en la libertad absoluta que tenían los jurados para valorar la prueba, sin sujeción a ninguna regla, es decir, los integrantes del jurado, valoraban los medios de prueba a libre criterio.

El nuevo derecho francés se difundió en Europa a mediados del siglo XIX, así se origina la nueva fase del derecho probatorio, y el nuevo sistema que se aplica al proceso penal, es decir que está enmarcado en un procedimiento oral.

---

<sup>52</sup> BECCARIA. De los delitos y de las penas, Año 1790

<sup>53</sup> DUPONRT. Año 1791

**4.2.1.5. Fase Científica.-** Diría que, esta fase probatoria es la que se tiene actualmente en casi todas las legislaciones procesales de los diversos países del mundo, está caracterizada por la aproximación de los procesos civil y penal, de ahí que el proceso civil le otorga a la o el juez la facultad de apreciar la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica y para producir pruebas de oficio a fin de procurar la justicia en su decisión; en el campo penal, comienza con la restricción de los casos sujetos a jurados y el reconocimiento de reglas lógicas y psicológicas para la libre apreciación de las pruebas, es decir, su apreciación racional y no sentimental o intuitiva, los medios de prueba, valoración, aplicación, están plasmados en los diferentes códigos modernos.

Entonces se puede decir, que en el proceso moderno, implantado primeramente en Francia, cuyo origen fue la Revolución Francesa y luego casi toda Europa y América, las legislaciones se caracterizan por tener las reglas de la sana crítica, incluido en el Ecuador, en algunas materias, penal, laboral, niñez, con ciertas restricciones.

Víctor Lloré Mosquera, citando a Lauret, manifiesta ***“Que la prueba es la demostración legal de la verdad o de un hecho o también medio mismo que las partes emplean para demostrar el hecho discutido”***<sup>54</sup>.

El tratadista Eduardo Couture, señala que la prueba ***“Es, en consecuencia, un medio de verificación de las proposiciones que los litigantes formulan en el juicio. Mirada desde el punto de vista de las partes es, además una forma de crear la convicción del magistrado”***<sup>55</sup>.

En cambio Hernando Devis Hechandia, sostiene que:

***“Desde el punto de vista vigorosamente procesal; 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 sobre los hechos. Prueba judicial es todo motivo o razón aportada al proceso por los medios y procedimiento aceptados en***

---

<sup>54</sup> LLORE MOSQUERA, Víctor, Derecho Procesal Penal Ecuatoriano, Cuenca, Año 1979, Pág. 131.

<sup>55</sup> COUTURE, Eduardo, Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Buenos Aires, año 1958, pág. 217.



***la Ley, para llevarle al Juez al convencimiento o la certeza sobre los hechos***<sup>56</sup>.

Francesco Carnelutti, al hacer una distinción un poco más amplia sobre este tema sostiene que:

***“Desde el primer intento se comprendió la necesidad y, al mismo tiempo, la importancia de distinguir entre prueba histórica y prueba crítica; pero la ratio decidendi se ha aclarado sólo últimamente, después de haber meditado bastante sobre aquella relación entre prueba y juicio que constituye ciertamente la clave del problema***<sup>57</sup>

En las definiciones de los autores citados, se encuentran en común, que la prueba es un proceso a través del cual se adquiere conocimiento; y en un sentido estrictamente jurídico, estaría pensando en el medio o medios preordinados por la ley, sometidos a criterio del juez mediante los cuales obtiene certeza de hechos o circunstancias que debe conocer para aplicar correctamente la ley.

Por su parte Andrés Baytelman y Mauricio Duce, al referirse al sistema acusatorio señalan: ***“En un modelo acusatorio, el proceso es el juicio oral. La investigación criminal no pasa de ser un conjunto de actos administrativos, en ocasiones controlados jurisdiccionalmente, en ocasiones no***<sup>58</sup>.

Oscar Julián Gurrero Peralta, al analizar el Sistema acusatorio refiere: ***“En la doctrina procesal no siempre ha existido claridad teórica sobre el principio acusatorio, pues la dificultad de su definición parte de una superposición de sus elementos con otros principios como el de imparcialidad, contradicción o defensa (...)***<sup>59</sup>.

---

<sup>56</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando, Teoría General de la Prueba Judicial, Buenos Aires. Año 1970, pág. 34

<sup>57</sup> CARNELUTTI, Francesco, La Prueba Civil, Buenos Aires, Año 1955, Pág. 38

<sup>58</sup> BAYTELMAN, Andrés y DUCE, Mauricio, op. Cit, Pág. 16

<sup>59</sup> GUERRERO PERALTA, Oscar, Fundamentos Teóricos Constitucional del Nuevo Proceso Penal, Bogotá, Segunda Edición, Año 2007, pág. 82.

Nos hace entender los mencionados procesalistas que, lo relevante del sistema acusatorio es que responde al modelo de juzgamiento moderno garantista donde prima la oralidad y los principitos que lo norman como: la inmediación, concentración, contradicción, publicidad, celeridad, economía procesal y ahora por mandato constitucional los principios de oportunidad.

Según Hugo Alsina, expresa que el sistema dispositivo confiere a las partes el dominio del procedimiento y que sus reglas fundamentales son las siguientes:

***“el juez no puede iniciar de oficio el proceso: no puede tener en cuenta hechos ni medios de prueba que no han sido aportados por las partes; debe tener por ciertos los hechos en que aquellas estuviesen de acuerdo; la asistencia debe ser conforme a lo alegado y probado; y el juez no puede condenar a más ni a cosa que la pedida en la demanda”<sup>60</sup>.***

Esto significa que solo las partes procesales dan inicio al proceso y que a ellas les corresponde aportar las pruebas que creyeran necesarias, mas no el Juez puede tener en cuenta las pruebas que no han sido enunciadas por las partes, para que la sentencia sea resuelta conforme lo alegado y probado.

Según Jaime Azula Camacho, considera que en el principio dispositivo: ***“las partes son los sujetos activos del proceso, ya que sobre ellos recae el derecho de iniciarlo y determinar su objeto, mientras que el Juez es simplemente pasivo su función se limita a dirigir el debate y decidir la controversia”<sup>61</sup>.***

Esto se fundamenta en la naturaleza privada que el Juez es simplemente pasivo se fundamenta en la naturaleza privada del derecho subjetivo dedicado en el proceso, en la titularidad particular del mismo, en la autonomía de la voluntad de los ciudadanos y, en definitiva, en el principio de libertad.

---

<sup>60</sup> ALSINA, Hugo, Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, ob. cit., págs. 101 y 102

<sup>61</sup> AZULA CAMACHO, Jaime, Curso de Teoría General del proceso, ob. Citas, págs. 80 y 81

El Tratadista y Laborista Enrique Véscovi, quien al abordar sobre este principio que a su criterio lo concreta en lo siguiente:

***“El proceso debe comenzar por iniciativa de parte y por tanto el juez no puede hacerlo de oficio; el objeto del proceso lo fijan las partes, y es dentro de esos límites como el juez debe decidir; las pruebas que se actúen son aquellas que las partes soliciten y el juez o tribunal deberá fallar de conformidad con lo alegado y probado por las partes pretensiones deducidas por el actor y aquello que se reconoce o convierte el demandado; El impulso procesal se realiza por medio de las partes y no de oficio”<sup>62</sup>.***

Según el tratadista enunciado, considera jurídicamente, que todo proceso inicia con la presentación de la demanda de una de las partes, y por lo tanto la o el Juez no puede iniciarla de oficio; que todo el proceso es impulsado por las partes y no de oficio, y que el Juzgador debe de resolver de acuerdo con lo alegado y probado por las partes procesales.

#### **4.2.2. Oportunidad de la Prueba**

La oportunidad de la prueba dice relación con los aspectos extrínsecos de la misma, y concretamente se refiere al tiempo que se concede para la presentación y práctica de los elementos probatorios, o al momento procesal determinado para el efecto.

***Devis Echandía dice que: “la presentación de la prueba está sujeta a condiciones extrínsecas de tiempo, modo y lugar, esto es, oportunidad y consecuente preclusión, idioma y forma oral o escrita, concentración en audiencia o en un período o término para la presentación de los memoriales petitorios (según el sistema oral o escrito del proceso)”<sup>63</sup>***

---

<sup>62</sup> Enrique Véscovi, Introducción al derecho, Editorial B de F, año 2002

<sup>63</sup> Devis Echandía, Hernando: op.cit., p. 267

Recordemos que conforme a nuestra legislación la prueba sólo tiene valor si ha sido pedida, ordenada, practicada e incorporada al juicio conforme a lo previsto en nuestra legislación y, por ende, la prueba por regla general debe recibirse en la etapa del juicio ante los correspondientes Tribunales Penales, siendo éste el momento procesal oportuno para la práctica probatoria.

#### **4.2.3. Criterios de valoración de la Prueba**

La actividad probatoria no tendría razón de ser sin aquel momento culminante en el cual el juzgador realiza una valoración de todos aquellos elementos introducidos al proceso por las partes, en procura de la justificación de sus aseveraciones, siendo importante en este sentido también las alegaciones realizadas por éstas últimas en torno a las pruebas practicadas, que a su vez pueden orientar al juez en esta delicada tarea de administrar justicia.

Pero la determinación de cómo el juez debe valorar las pruebas ha conllevado a que el sistema procesal penal adopte diferentes criterios con este fin, los cuales se han recogido en tres modalidades fundamentales: la íntima convicción, la prueba tasada y la libre convicción o sana crítica.

En esta modalidad de valoración de la prueba el juzgador actúa por su convicción íntima, de acuerdo a lo que le dicta la intimidad de su conciencia, de allí su denominación, pues no tiene que sujetarse a un orden normativo sobre la forma de otorgarle valor a un determinado medio probatorio, ni tampoco tiene el deber de dar a conocer los fundamentos y razones que lo motivaron para dictar la sentencia en tal o cual sentido, siendo este procedimiento propio del juicio por jurados en el sistema.

***“En este sistema en cambio la valoración de la prueba se halla previamente determinada en la ley, es decir que en ésta última se encuentran los parámetros que deben guiar al Juez para la apreciación de los diferentes elementos probatorios, los cuales han sido establecidos por el legislador con antelación, para que así no se tenga que recurrir a una valuación subjetiva de dichos elementos. La ley por ende va***

***fijando los requisitos que deben reunir ciertos hechos para que se tengan por acreditados, o a su vez va asignando el valor que a cada elemento deberá otorgarle el juez, en base a los presupuestos que en ella se establecen***<sup>64</sup>.

La sana crítica aparece únicamente como una parte del mismo, en cuanto se refiere a la forma de apreciar la prueba, pero como vemos el criterio comentado va mucho más allá pues involucra también el principio de la libertad de la prueba, en cuanto a que se puede probar todos los hechos que de algún modo son importantes para la decisión judicial y para ello se puede recurrir a cualquier medio probatorio admitido por la ley, debiendo por otro lado el Juez exponer las razones que le han llevado a dictar su resolución, con la suficiente motivación

#### **4.2.4. La Oficiosidad de la prueba, frente al Principio Dispositivo y los derechos fundamentales.**

Reiteradamente ya he tratado al principio Constitucional dispositivo, que ahora lo pretendemos analizar en relación con la prueba de oficio, frente a los derechos fundamentales; diré entonces que estos derechos pertenecen a los derechos humanos inherentes a la persona misma y que se encuentran previstos en la Constitución e Instrumentos Internacionales en que el Ecuador es parte y se lo identifican como derecho civil, políticos, sociales, económicos y culturales.

Esto implica que todos los derechos son reconocidos y garantizados por la Constitución y por ende el derecho a la justicia. Principio que se encuentra reglado en el Código Orgánico de la Función Judicial.

De lo analizado, vemos que el Sistema Procesal Acusatorio, representa de alguna forma la nueva concepción de la administración de justicia, porque considera que las resoluciones judiciales que resuelven el caso concreto, en

---

<sup>64</sup> Devis Echandía, Hernando: op.cit., p. 268

cualquier materia jurídico, solamente puede ser justa cuando se han hecho efectivas las garantías y principios Constitucionales.

Esta concepción no es una mera significación, sino un principio constitucional contemplado en la Constitución y que incorpora los principios aplicables a todo proceso, como presupuesto fundamental para que realmente constituya el medio de defensa y prueba de los litigantes.

### **4.3. Marco Jurídico**

#### **4.3.1. Constitución de la República del Ecuador.**

El numeral 6 del Art. 168 de la Constitución de la República del Ecuador prescribe que: ***“La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo”***<sup>65</sup>.

Al analizar literalmente el texto de esta norma constitucional, apreciamos que el principio dispositivo es y debe ser aplicable en todas las materias, resultando de esta manera que la actividad procesal le compete a las partes; esto es: la iniciativa del proceso, su impulso y la fase probatoria.

La Constitución de la República en su artículo 11, numeral 9, dice: ***“El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución”***<sup>66</sup>.

Esto significa que siendo la Constitución la ley Suprema, su deber es que los operadores de justicia, actúen de acuerdo a las normas establecidas, sin que se violente ningún derecho establecido en la Ley.

---

<sup>65</sup> CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, 2010, págs. 56 y 57

<sup>66</sup> CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, 2010, pág. 5

El Art. 76, numeral 4 de la Constitución dice: ***“Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de las Constitución o la ley no tendrá validez alguna y carecerán de eficacia probatoria”***<sup>67</sup>.

Son las partes las que tienen que pedir y presentar las pruebas, y el juzgador, en base a ellas tener una convicción para resolver de acuerdo a derecho. Hay que recordar que la Constitución, eleva a rango constitucional el derecho a la prueba.

El Art. 172, inciso primero de la Constitución señala: ***“Las juezas y jueces administrarán justicia con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley”***<sup>68</sup>.

En este caso, el juez debe interpretar el derecho desde el punto de vista de los derechos fundamentales y de los tratados internacionales de derechos humanos, que se hayan reconocido de manera directa o indirectamente en el texto constitucional como derechos subjetivos, inherentes a la persona y de aplicación inmediata.

Veamos lo que nos dice la disposición del Art. 5, del Código Orgánico General de Procesos. ***“Corresponde a las partes procesales el impulso del proceso, conforme con el sistema dispositivo”***<sup>69</sup>.

Ello significa que las partes no solamente son dueñas de la acción, a la que dan vida con la presentación de la demanda, pudiendo extinguirla en cualquier momento, sino que ellas fijan los términos de la Litis, aportan el material de conocimiento y paralizan o activan la marcha del proceso. Por el principio dispositivo permite que las partes puedan solicitar las pruebas que estimen conveniente y necesarias.

---

<sup>67</sup> CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, 2010, pág. 26

<sup>68</sup> CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, 2010, pág. 57

<sup>69</sup> CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS, Quito. Año 2016, pág. 8.

### 4.3.2. Código Orgánico General de Procesos

El Art. 30 del Código Orgánico General de Procesos, dice; Las partes.- ***“El sujeto procesal que propone la demanda y aquel contra quien se la intenta son partes en el proceso. La primera se denomina actora y la segunda demandada (...)”***<sup>70</sup>

El Código Orgánico General de Procesos, en referencia a la prueba señala:

***“Art. 168.- 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 termino de quince días”***<sup>71</sup>.

Esta normativa, nos indica que, los operadores jurídicos no pueden dejar en “indefensión” a los sujetos procesales con su actitud de imparcialidad. Por todos es conocido que solamente en la audiencia del juicio, la o el fiscal y acusador particular puede producir pruebas de cargo y la defensa la prueba de descargo. Si el fiscal no presenta o produce prueba en la audiencia de juzgamiento, el Juez o Tribunal de garantías penales, debe ordenar tantas y cuantas pruebas considera oportunas; esto es lo que se interpreta de esta norma, que frente al principio dispositivo, el Juzgador estaría violentando la Constitución.

Analicemos constitucionalmente: En nuestro sistema procesal es el Fiscal el que ejerce la acción penal pública y se constituye en una partes procesal, es quien debe acusar si hay mérito para ello, y por lo tanto litigar en audiencias orales públicas y contradictorias sosteniendo su imputación; pero existe otra parte procesal, que se opone a la pretensión punitiva que ejerce la defensa a la que tiene derecho el procesado. Estas partes procesales, en virtud del principio dispositivo son las que, hemos de reiterar, van durante todo el proceso

---

<sup>70</sup> CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS, Quito. Año 2016, pág. 13.

<sup>71</sup> CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS, Quito. Año 2016, pág. 42.



promoviendo los actos procesales que consideren necesarios para probar sus pretensiones; las peticiones procesales se deben enmarcar en las disposiciones de la normativa procesal, velar por los derechos de las partes, por ello es juez de garantías, pero no puede tener iniciativa procesal, precisamente porque en nuestro sistema rige o esta constitucionalizado el principio dispositivo.

Esta contradictoriedad tiene dos partes: una de carácter procesal y que implica que a las partes corresponde iniciar una demanda o ejercer la acción, y otra de carácter probatorio, es decir que las partes les incumbe solicitar y presentar las pruebas, sin que la o el juez pueda ordenarlas de oficio.

Este mismo Cuerpo de Leyes, en su numeral 7, literal b, dice: ***“La o el juzgador podrá ordenar la práctica de prueba de oficio, en los casos previstos en este Código”***<sup>72</sup>.

#### **4.3.3. Código Orgánico de la Función Judicial**

Por su parte el Art. 9 del Código Orgánico de la Función Judicial preceptúa:

***“Que la actuación de las juezas y jueces de la Función Judicial serán imparciales, respetando la igualdad ante la ley. En todos los procesos deberán resolver siempre las pretensiones que hayan deducido los litigantes, sobre la única base de la Constitución, los instrumentos internacionales de derecho humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado, la Ley y los elementos probatorios aportados por las partes”***<sup>73</sup>.

Sigo sosteniendo que no puede haber proceso sin un Juez imparcial, manifiesto esto porque se habla del debido proceso, sencillamente ya no es proceso si la o el juez está parcializado y, recalco que no hay juez sin imparcialidad, el concepto de juez mismo, es una persona ajena a las partes, es un tercero imparcial que no pertenece ni se debe a ninguna de las partes,

---

<sup>72</sup> CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS, Quito. Año 2016, pág. 67.

<sup>73</sup> LEY ORGÁNICA DE LA FUNCIÓN JUDICIAL, Quito, Año 2009, pág. 4.

por ello mismo está llamado a juzgar. Entonces, si la o el juez es imparcial, debe resolver sobre la base de lo que plantean las partes. De la misma manera, el artículo 9 del mencionado Código se refiere al principio dispositivo: 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.

Lo enunciado es constitucional, porque nótese que es una norma del Código Orgánico de la Función Judicial y que por lo tanto se refiere e implica a todas las materias.

**El Código Orgánico de la Función judicial dice:**

***“Las leyes y jueces, las autoridades administrativas, servidoras y servidores de la Función Judicial aplicará las disposiciones constitucionales, sin necesidad que se encuentren desarrolladas en otras normas de menor jerarquía. En las decisiones no se podrá restringir, menoscabar o inobservar su contenido”<sup>74</sup>***

De ello se deduce que, la Constitución de la República ubicada en el vértice de una pirámide jurídica, es la Ley de leyes; es la macro Ley que rige a las micro leyes; es la norma suprema que rige a las demás normas, integrado por principios, valores y reglas jurídicas de derecho público de aplicación directa e inmediata por parte de los jueces y autoridades de la administración pública que regula la organización y el funcionamiento de las instituciones y órganos del Estado.

Conceptualizando decimos que, la Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico.

---

<sup>74</sup> CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCION JUDICIAL, REGISTRO Oficial N° 544, Quito. Año 2009

Para terminar el presente tema, que lo expuesto y analizado jurídicamente, decimos que la Constitución de la República es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica; así lo estipula el Art. 424 de la Constitución de la República del Ecuador.

Norma Suprema que las juezas y jueces deben tener presente en la aplicación de la norma para el caso concreto.

El Art. 75 de la norma suprema, establece: ***“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”***<sup>75</sup>

Este artículo, menciona que la Constitución de la República garantiza a todo ciudadano el acceso gratuito a la justicia, que debe ser efectiva, ágil y veraz, buscando siempre la verdad en cumplimiento del respeto a los derechos.

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

- 1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.***
- 2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.***
- 3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra***

---

<sup>75</sup> Obra Citada. Art 75. Pág. 52

*naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.*

*4. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria.*

*5. En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora.*

*6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.*

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

*a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.*

*b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.*

*c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.*

*d) Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento.*

*e) Nadie podrá ser interrogado, ni aún con fines de investigación, por la Fiscalía General del Estado, por una autoridad policial o por cualquier otra, sin la presencia de un abogado particular o un defensor público, ni fuera de los recintos autorizados para el efecto.*

**f) Ser asistido gratuitamente por una traductora o traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma en el que se sustancia el procedimiento.**

**g) En procedimientos judiciales, ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público; no podrá restringirse el acceso ni la comunicación libre y privada con su defensora o defensor.**

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

**i) Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia.**

**Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto.**

**j) Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo.**

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

**l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se consideraran nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.**

**m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos<sup>76</sup>.**

---

<sup>76</sup> CONTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones. Actualizada al 2013. Pág. 16. Art. 82

De tal manera que todo proceso se realizará con respeto a los derechos y obligaciones, asegurando el fiel cumplimiento al derecho al debido proceso, en observancia de las garantías básicas constitucionales.

El Art. 82 de la Constitución, expresa: **“El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.”**<sup>77</sup>

Como se puede apreciar existe un marco jurídico constitucional muy amplio que tutela los diversos derechos de las personas establecidos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, es decir cualquier violación a un bien jurídico tutelado, es sancionado penalmente.

La Constitución de la República en su Art. 11, Numeral 3: **“los derechos serán plenamente justificados. No podrán alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento”**<sup>78</sup>

Es así, porque son derechos que pertenecen a todos los seres humanos y son immanentes a las personas con capacidad de actuar. Esto implica que la o el juzgador deberá apegarse a lo que establece la Constitución en lo referente a que se respeten los derechos y garantías establecidas en la Carta Magna.

El Art. 11, numeral 7, de la Constitución de la República señala:

**“En reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarias para su pleno desenvolvimiento”**<sup>79</sup>.

---

<sup>77</sup> Obra Citada. Pág.16. Art.82

<sup>78</sup> CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Registro OFICIAL n° 449-20 Quito. Año 2010, Pág. 4.

<sup>79</sup> CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Quito. Año 2010, Pág. 5.

#### 4.3.4. Código Orgánico Integral Penal.

El art. 453 del Código Orgánico Integral Penal señala **“La prueba tiene por finalidad llevar a la o al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias materia de la infracción y la responsabilidad de la persona procesada”**<sup>80</sup>.

O sea la finalidad de toda prueba, es comprobar tanto la existencia del delito como la responsabilidad de quien cometió la infracción.

El Código Orgánico Integral Penal, en su Art. 457 dice **“La valoración de la prueba se hará teniendo en cuenta su legalidad, autenticidad, sometiendo a cadena de custodia y grado actual de aceptación científica y técnica de los principios en que se fundamenten los informes periciales”**<sup>81</sup>

Es decir presunciones que el juez o tribunal obtenga en el proceso estarán basadas en indicios probados, graves y concordantes, de tal manera que todo lleve una lógica del cometimiento del delito.

El art. 498 del Código Orgánico Integral Penal prescribe: **“Los medios de prueba son: 1. El documento; 2 El testimonio; y, 3. La pericia”**<sup>82</sup>.

El Código Orgánico de la Función Judicial en el Art.130, numeral 10 establece, en concordancia con el Art.168 del Código Orgánico General de Procesos, la facultad de los Jueces para ordenar la práctica de prueba de oficio sin limitación alguna; con la misma facultad, pero limitada, el derogado Art.118 del Código de Procedimiento Civil otorgaba la atribución del Juez de ordenar práctica de pruebas de oficio, con la excepción de la prueba testimonial: con la derogación del Código de Procedimiento Civil, tanto el COGEP como el COFJ, dejaron vía libre al Juez para pedir todo tipo de pruebas , en las que están incluidas las pruebas testimoniales.

---

<sup>80</sup> CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL. Primera Edición. Año 2014, pág. 261

<sup>81</sup> CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL. Primera Edición. Año 2014, pág. 264

<sup>82</sup> CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL. Primera Edición. Año 2014, pág. 294

Con esta premisa, en cuanto la prueba testimonial de oficio es una atribución del Juez, el sistema oral del Código Orgánico General de Procesos enfrenta un serio problema. Analicemos esta institución desde un aspecto hipotético: ***“imaginemos el caso en el que la o el Juez, luego de verificar que la prueba de las partes no es suficiente, ordena que un testigo X declare en audiencia de juicio; la audiencia se suspende y se fija nuevo día de reinstalación para que el testigo de oficio del Juez rinda testimonio, llegado el día y hora del testimonio, ¿quién inicia el interrogatorio?”***<sup>83</sup>

El Art.178.3 del Código Orgánico General de Procesos establece la obligación de quien haya pedido la presencia de un testigo realizarse el interrogatorio; o sea, en el caso hipotético, el Juez debería iniciar con el interrogatorio del testigo X. Aquí la primera dificultad, ya que tal como está establecido, el interrogatorio necesita que para ser coherente, que se prepare al testigo con las preguntas que se van a efectuar a fin de no provocar que declare asuntos o temas que sean contradictorios; para preparar a dicho testigo hay que conocer las preguntas que se le va a realizar. Digamos que en el caso hipotético tenemos un Juez muy prolijo que preparó a su testigo, y que sabe las preguntas que le va a realizar, aquí se provoca un nuevo problema.

Si una o un Juez efectúa el interrogatorio, debe respetar el tipo de preguntas autorizadas que se deben efectuar en examen directo; pero, ¿quién controla al Juez si ha efectuado una pregunta sugestiva en examen directo? En este ejemplo, el interrogatorio prácticamente carecería de contradicción, ya que no existe un tercero que califique las preguntas del Juez, o de haber objeciones de una de las partes, va a ser muy complicado que un Juez acepte una objeción a su misma pregunta, con lo que el Juez podría viciar dicho testimonio si no fue capaz de ser sujeto de contradicción o debido proceso, conforme lo regula el Art.160 del Código Orgánico General de Procesos. Pero imaginemos que la o el Juez no hace preguntas prohibidas, entramos al siguiente problema.

---

<sup>83</sup> YÉPEZ GARCÉS, Diego Francisco, Litigación Oral Civil, La Contienda Adversarial, Trasplante y Prueba Testimonial, Primera Edición, Quito-Ecuador. Año 2016, págs. 121, 123.



Si la o el Juez realiza un interrogatorio, alguien debe efectuar un contra interrogatorio, lo que nos deja concluir que ambas partes podrían contra interrogar al testigo del Juez, debiendo ser el Juez quien controle dichas preguntas a su propio testigo; nos podemos enfrentar directamente con la o el Juez y una prueba de oficio a la cual, la parte que se siente agraviada, va a querer desacreditar. Pero luego surge un nuevo problema.

¿Qué sucede si el testigo llamado por el Juez no quiere colaborar y se presenta hostil hacia la propia autoridad; el Juez debería declarar como hostil al testigo para proceder a contra interrogarlo? Siguiendo esta línea de análisis, y de llegar a declarar ha dicho testigo como hostil, quiere decir que el declarante deberá soportar tres contra interrogatorio.

La transmutación que ha sufrido el sistema oral se puede verificar en las facultades de oficio del Juez en el Código Orgánico General de Procesos. AL pregunta radica en la mecánica y alcense de esta atribución. Lo que nos dice la teoría de la práctica de prueba testimonial, para proceder a efectuar un interrogatorio o un contra interrogatorio, es que se debe conocer los temas, preparar el testigo y saber las respuestas, por lo que si un Juez toma partida en el enfrentamiento judicial, puede pasar que dicho testimonio provoque más problemas que soluciones.

Los sistemas adversariales se caracterizan por la neutralidad de la o el Juez, quien forma su criterio de enfrentamiento procesal; y el Código Orgánico de la Función Judicial en el Art.9 señala como principio el de imparcialidad de los jueces, quienes supuestamente deben:

***“resolver siempre las pretensiones y excepciones que hayan deducido los litigantes, sobre la única base de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, como los instrumentos internacionales ratificados por el Estado, la ley y los elementos probatorios aportados por las partes.”<sup>84</sup>***

---

<sup>84</sup> CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCION JUDICIAL, Quito, Año 2009, pág. 4.

Es decir que el juzgador tiene que resolver solo lo que las partes han solicitado en la presentación de la demanda, bajo las pruebas pedidas y demostradas por las partes.

#### **4.3.5. Código Civil**

El Código Civil en su Art. 332, señala: ***“El Estado Civil de casado, divorciado, viudo, unión de hecho, padre e hijo se probará con las respectivas copias de las actas de Registro Civil”***<sup>85</sup>

Significa que, con los respectivos certificados del Registro Civil, se puede entender el estado civil de una persona, y poder ejercer derechos y obligaciones; ósea la prueba del estado civil necesariamente se probara con los documentos firmados y sellados por autoridad competente.

El Art. 333, dice: ***“La edad y la muerte se probarán por las respectivas partidas de nacimiento o bautismo y defunción”***<sup>86</sup>

Me da a entender que, con los certificados de nacimiento y defunción, se establece el nacimiento y existencia legal de un individuo, como también el fin de la existencia de las personas.

La disposición del Art. 335 del Código Civil prescribe:

***“Podrán rechazarle los antedichos documentos, aún cuando consten su autenticidad y pureza, probando la no identidad personal, esto es, el hecho de no ser una misma la persona a que él documento se refiere y la persona a quien se pretende aplicar”***<sup>87</sup>.

Lo estipulado en esta disposición da a entender que se puede probar la no autenticidad de esa persona con documentos donde conste el lugar y fecha de nacimiento y cuáles son sus progenitores, habida cuenta que pueden coincidir

---

<sup>85</sup> CÓDIGO CIVIL EDICIÓN. Año 2016, págs. 122, 123

<sup>86</sup> CÓDIGO CIVIL EDICIÓN. Año 2016, págs. 122, 123

<sup>87</sup> CÓDIGO CIVIL EDICIÓN. Año 2016, págs. 122, 123

los nombre y apellidos de dos o más personas, por lo que no se será esa persona la que consta en tal documento.

#### **4.4. Legislación Comparada**

##### **4.4.1. La Prueba de Oficio en la Legislación De Uruguay**

En el anteproyecto del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamerica, aprobado en 1988, no consta de manera expresa la adquisición del principio dispositivo; sin embargo en su artículo 1 se establece que:

***“La iniciativa del proceso encumbra a los interesados el Tribunal lo hará de oficio solo cuando la ley lo establezca expresamente; pero en el artículo 3 de esa misma normativa dice: que promovido el proceso, el Tribunal formara de oficio las medidas tendientes a evitar su paralización; y, en el artículo 33 de ese mismo código entre las facultades del tribunal se establecen las de: Para poder ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes; Para disponer en cualquier momento la presencia de los testigos, de los peritos y de las partes para requerirles las explicaciones que estime necesarias al objeto del pleito”<sup>88</sup>.***

Observamos en primer lugar que en la Legislación Uruguaya, las partes les corresponde tomar la iniciativa del proceso y, que luego de ser promovido, el Tribunal de Oficio tomará medidas para que ese proceso no se paralice, teniendo el Juzgador las facultades para disponer la presencia de testigos y de las partes para que los mismos expliquen las interrogantes del Juez.

---

<sup>88</sup> CÓDIGO PROCESAL CIVIL, Uruguay, año 2002, pág. 36

En el Código General de Proceso, de igual modo que el Anteproyecto del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica no se adopta en su totalidad los principios relacionados con la iniciación de proceso.

En Uruguay, no están establecidos constitucionalmente ningún principio procesal, es decir el principio dispositivo no está elevado a rango constitucional, la única de referencia que se hace en el artículo 255 es que: No se podrá iniciar ningún pleito en materia civil sin acreditarse previamente que se ha tentado la conciliación ante la Justicia de Paz, salvo la excepción que establece la Ley.

#### **4.4.2. La Prueba de Oficio en la Legislación De España**

En la Ley de Procedimiento Laboral de España en su Art. 75 ibidem, se prescribe. Los órganos judiciales rechazarán de oficio en resolución fundada las peticiones, incidentes y excepciones formuladas con finalidad dilatoria o que entrañen abuso de derecho. Así mismo, corregirán los actos que al amparo del texto de una norma, persiguen un resultado contrario al previsto en la Constitución y en las leyes para el equilibrio procesal, la tutela judicial y la efectiva de las resoluciones.

Así también al normar sobre el Proceso Ordinario en el Art. 88 de la Ley en referencia contempla que: Terminado el juicio y dentro del plazo para dictar sentencias, el juez o Tribunal podrá acordar la práctica de cuantas pruebas estime necesarias para mejor proveer, con intervención de las partes.

Pero veamos lo que en el mismo Art. 88 de esa Ley indica se dice: si la diligencia se relaciona con la confesión judicial, o petición de documentos a una parte y esta no compareciere o no lo presenta sin causa justificada en el plazo que se haya fijado, podrá estimarse probadas las alegaciones hechas por la contrario en relación con la prueba cordada.

Carlos Luis Alfonso Mellado, señala que:

***“Desde el momento de la firma del acta, el pleito esta pendiente de que el Juez o Tribunal redacte su sentencia, pero, al estudiar el pleito, puede entender necesario que se realice alguna prueba adicional, por ello, en atención a un principio de búsqueda de la verdad material y a pesar de la vigencia del principio dispositivo con arreglo al cual, en términos normales, el Juez o tribunal deben resolver conforme a lo alegado y probado por las partes, el Art. 88 LPL permite al Órgano Judicial, dentro del periodo que tiene para dictar sentencia, acordar la realización de cuantas pruebas estime pertinentes, es decir, lo que se conoce como diligencias para mejor proveer, facultad judicial que viene a ser en el proceso el equivalente a las diligencias finales en los términos de la LEC (435, 436)”<sup>89</sup>.***

En esta ley se establece como principios del proceso la inmediación, oralidad, concentración y seriedad, es decir los órganos judiciales rechazarán de oficio las peticiones, incidentes y excepciones formuladas con finalidad dilatoria o que entrañan abuso del derecho.

#### **4.4.3. La Prueba de Oficio en la Legislación de Argentina**

La inspección o también llamada inspección ocular puede ser Judicial o Fiscal, es un medio de prueba que le permite apreciar, observar y describir lugares y personas; adquirir y conservar los vestigios o pruebas materiales.

La inspección debe ser llevada a cabo por el Fiscal en forma minuciosa y está facultado para recoger los objetos que sean útiles a la investigación; incluso, con resolución confirmatoria del juez, puede retener objetos de valor aunque no constituya instrumento o efecto del delito.

---

<sup>89</sup> MELLARDO, ALFONSO, Carlos Luis. Derecho Procesal laboral, Edición 6ta, Valencia-España. Año 2004, pág. 201

El juez toma contacto personal e inmediato con el delito, reconociendo el lugar donde se verificó, constatando las huellas y vestigios dejados por quién lo realizó, es decir comprueba los elementos objetivos del delito. La inspección debe practicarse a la brevedad posible para que no desaparezca las huellas del delito.

***“Esto es la denominada inspección judicial, la cual es un medio de prueba de eficacia excepcional, ya que consiste en el examen o reconocimiento que hace el juez, el tribunal o el magistrado en que éste delegue tal labor, en compañía de las partes, testigos y peritos, para observar directamente el lugar en que produjo un hecho o el estado de la cosa litigiosa o controvertida, para después juzgar con mayores elementos de juicio”<sup>90</sup>.***

Es decir que, éste Código de Procedimiento Penales otorga facultades al Juez para realizar la Inspección con la asistencia del Fiscal, a distinción del Código Procesal Penal que le otorga al Fiscal la inspección y revisión de manera oficiosa de los lugares, cosas y personas.

Si la Inspección Ocular se ha realizado con anterioridad, la reconstrucción se limitará a repetir la forma como ocurrieron los hechos, colocando a los actores en el lugar que les corresponde y viendo cómo procedieron. La relación sustancial entre estas diligencias la encontramos en el tiempo, modo y forma de cómo se efectúa la observación del escenario del desarrollo del delito; mientras que la inspección observa, describe y transcribe, la reconstrucción observa, describe, reconstruye, comprueba, infiere, y transcribe los hechos. Aparentemente la diligencia de reconstrucción de los hechos contiene a la de inspección, pero cada una de estas tiene tareas diferenciadas.

## **Comentario**

La Legislación en España establece que terminado el juicio el Juzgador puede practicar las pruebas que el juzgue pertinentes para mejor proveer, con la

---

<sup>90</sup> CÓDIGO PROCESAL PENAL, ARGENTINA, Año 2002, pág. 38 y 39

intervención de las parte procesales. Así mismo, la legislación argentina determina que, se le otorga facultades al Juez para realizar la Inspección con la asistencia del Fiscal, a distinción del Código Procesal Penal que le otorga al Fiscal la inspección y revisión de manera oficiosa de los lugares, cosas y personas y, por último la legislación Uruguaya detalla que la iniciativa del proceso incumbe a los interesados el tribunal lo ara de oficio solo cuando la ley lo establezca; y, en el Art. 33 de ese mismo Código entre las facultades del Juez o Tribunal se establece que, para poder ordenar las diligencias necesarias hay que respetar el derecho a las partes. Puedo manifestar que en esa legislación el principio dispositivo no está establecido Constitucionalmente es decir no tiene rango Constitucional.

## 5. MATERIALES Y MÉTODOS

### 5.1. Materiales Utilizados

La modalidad básica de la presente investigación, que me he propuesto, la realizo haciendo uso de los recursos de la bibliografía- documental; porque para este trabajo se contó con información secundaria sobre el tema de la investigación, información que además ha sido obtenida a través de libros, módulos, internet, así como de documentos válidos de información, como también de Procesos.

La investigación bibliográfica es el énfasis de la investigación, debido que está en el análisis teórico y conceptual hasta el paso final de la elaboración de una propuesta sobre la problemática registrada y debido a la profundidad y alcance que poseerá esta investigación, es completamente necesario investigar el marco de antecedentes que registra este tema.

La investigación documental depende en gran medida con la información que se enmarca dentro del objeto de estudio, y para este caso en particular es estrictamente necesario realizar este tipo de investigación, para tener una idea clara, precisa y concisa de lo que sucede en la realidad del tema.

### 5.2. Métodos

**Método Científico.-** Con la aplicación de este método me permitirá alcanzar los conocimientos necesarios y válidos para la elaboración de este tema.

**Método Inductivo.-** Este método me permitirá realizar un estudio de elementos particulares, se eleva a conocimientos científicos como sería en este caso de buscar y obtener la verdad de los hechos, para posteriormente enfocarme en la investigación, se utilizó además la inducción porque se partió de hechos particulares para llegar a datos generales.

**Método Deductivo.-** A través de este método se aplicará los principios a casos particulares, a partir de un enlace y entorno a la prueba, por lo mismo este



método se utilizará para conocer y determinar de manera clara y concreta cuales son los problemas que acarrea ordenar la prueba de oficio, además el postulante utilizará este método porque le permitirá ayudar a la elaboración en esta clase de proyectos de investigación jurídica.

**Método Descriptivo.-** Permitirá realizar una descripción concisa de la realidad en la que se desenvuelve esta problemática.

**Método Analítico.-** Por medio de este método se podrá descomponer el objetivo de estudio, partes o elementos para poder observar las causas, la naturaleza y los efectos que acarrea las normas en facultar que la prueba pueda ser ordenada de oficio.

**Método Sintético.-** Este método será de gran ayuda en el análisis e interpretación de las encuestas ya que permitirá encontrar la explicación del porqué de los problemas para las partes con respecto a la prueba de oficio.

**Método Estadístico.-** La aplicación de este método me servirá para realizar la tabulación, interpretación y análisis de los datos realizados en la encuesta.

### **5.3. Procedimientos**

Los instrumentos son valederos, porque sirven para poder aplicar la técnica de investigación y, para poder registrar, clasificar y guardar la observación; estos instrumentos que utilizaré son: fichas bibliográficas.

**Fichas Bibliográficas.-** a la presente investigación, es necesario este tipo de fichas, debido que requiere de textos, libros relacionados al presente tema, año de publicación, país del autor, título de obra, etc.

**Fichas Nemotécnicas.-** Este instrumento se utiliza debido que nos ayuda a la organización y el ordenamiento de la información obtenida de los libros y textos consultados.

Posteriormente los resultados de la investigación en el proceso de su desarrollo serán prescritos en el informe final en el que se incluirá la recopilación bibliográfica, interpretación y análisis de los resultados los mismos que serán demostrados mediante cuadros y gráficos estadísticos, culminar realizando la verificación de los objetivos y la contratación de la hipótesis planteada, y finalizar redactando las conclusiones, recomendaciones y elaborando la propuesta de reforma al Código Orgánico General de Procesos.

#### **5.4. Técnicas**

Las técnicas que utilizaré en la recolección de datos para el desarrollo de mi investigación son: la observación, la entrevista, la encuesta; la observación ayuda a poner atención a través de los sentidos, en un aspecto de la realidad y así acoger datos para su posterior análisis e interpretación.

La técnica de la encuesta es destinada a obtener datos de varias personas cuyas opiniones impersonales interesan al investigador, la misma que permitirá conocer cuáles son las opiniones; en el cuestionario se formulará una serie de preguntas que permitan medir una o más variables, posibilita observar los hechos a través de la valoración.

**La Observación.-** Se observará información a través de visitas a los juzgados, esto es, se realizará en el lugar de los hechos, a fin de determinar los casos de ordenamiento de oficio de la prueba, apoyándome en fichas como instrumento técnico.

**La Entrevista.-** Entrevistaré a dos jueces de lo Civil del Cantón Catamayo, con la finalidad de conocer su criterio respecto a la facultad de ordenar pruebas de oficio, para lo cual será necesario realizar una guía de entrevista de preguntas abiertas.

**La Encuesta.-** Se aplicará la encuesta a Abogados en libre ejercicio profesional, para lo cual diseñaré un cuestionario de diez preguntas cerradas.

## 6. RESULTADOS

### 6.1. Resultados de la Aplicación De Encuestas

La presente encuesta está dirigida a 15 profesionales del derecho en libre ejercicio, y a 15 ciudadanos de la Ciudad, para detectar la problemática que se genera con la prueba de oficio.

#### PRIMERA PREGUNTA:

Lea detenidamente marque con una (x) la respuesta que usted considere la adecuada.

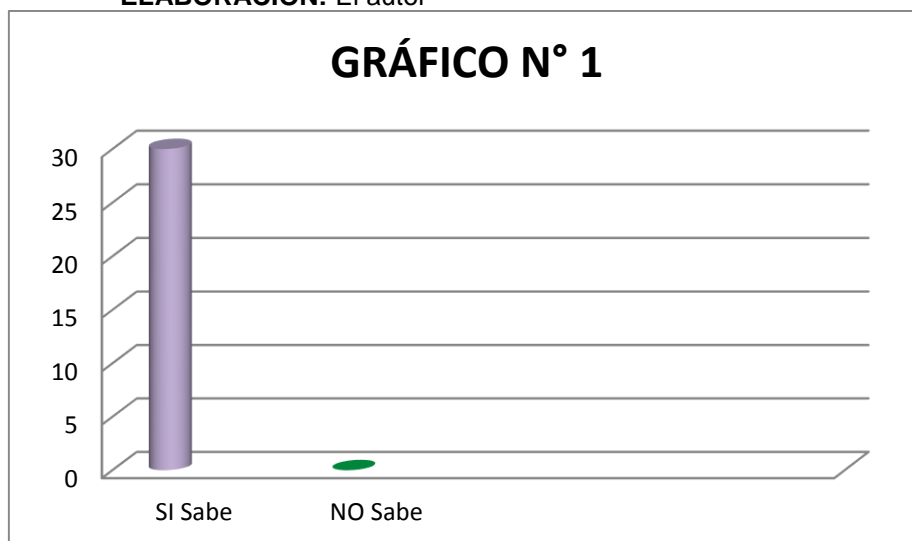
¿Sabe usted que es la prueba de oficio?

Cuadro N°1

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI Sabe	30	100%
NO Sabe	0	0%
TOTAL	30	100%

FUENTE: Encuesta realizada a profesionales del Derecho

ELABORACIÓN: El autor



#### INTERPRETACIÓN

En los resultados de esta pregunta, de las treinta personas encuestadas que corresponden al 100% la totalidad respondieron conocer acerca de lo que es la prueba de oficio.

## ANÁLISIS

El cien por ciento de los Abogados encuestados, manifiestan conocer lo que es la prueba de oficio.

## SEGUNDA PREGUNTA

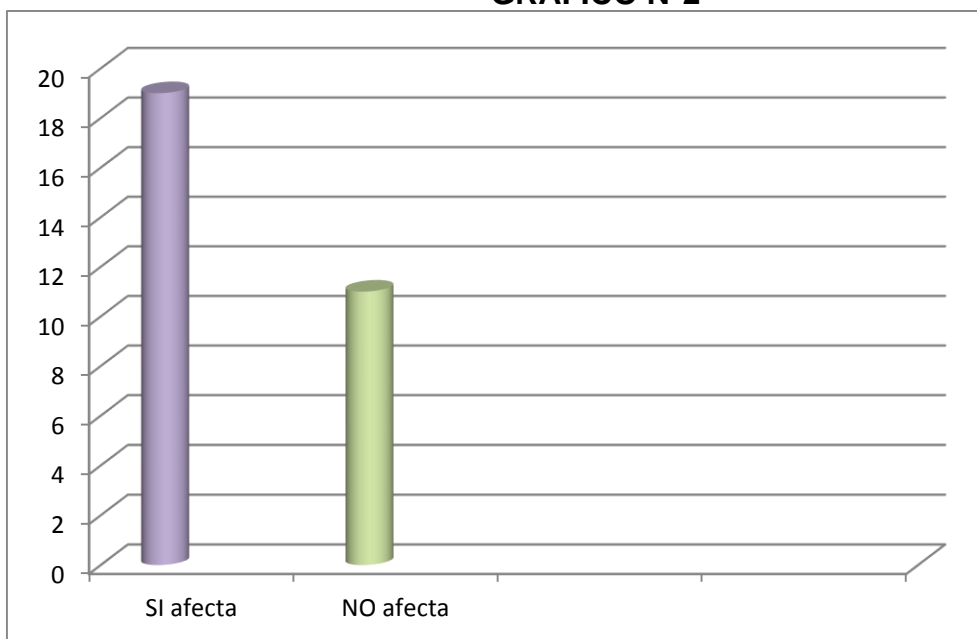
**¿De acuerdo a su experiencia como abogado, afecta de alguna manera a una de las partes la potestad de la o el juez de aportar de prueba de oficio?**

**Cuadro N°2**

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI afecta	19	63.33%
NO afecta	11	36.67%
TOTAL	30	100%

**FUENTE:** Encuesta realizada a profesionales del Derecho  
**ELABORACIÓN:** El autor

**GRÁFICO N°2**



## INTERPRETACIÓN

De las treinta personas encuestadas 19 que corresponden al 63% señalaron que si afecta a una de las partes cuando la o el Juez ordena aportar prueba de oficio, ya que con ello el Juzgador actuaría de manera parcializada.

## ANÁLISIS

El sesenta y tres por ciento de los Abogados encuestados, contestan que si afecta a una de las partes la potestad de la o el juez de aportar prueba de oficio, mientras que el treinta y seis por ciento responde que no afecta.

## TERCERA PREGUNTA

**¿Cree usted que con la prueba de oficio efectuada por el Juez, se está dando menos valor al principio dispositivo constitucional?**

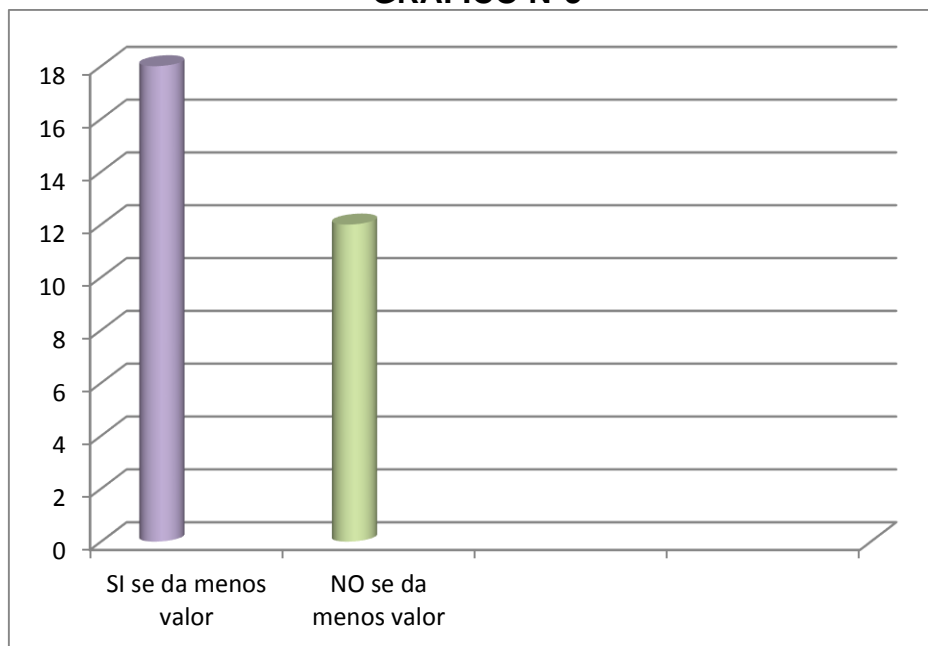
**Cuadro N°3**

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI se da menos valor	18	60%
NO se da menos valor	12	40%
TOTAL	30	100%

**FUENTE:** Encuesta realizada a profesionales del Derecho

**ELABORACIÓN:** El autor

**GRÁFICO N°3**



## INTERPRETACIÓN

18 de los encuestados que representan el 60% manifiestan que si se dejan con menos valor al principio dispositivo; mientras que los 12 restantes que representan el 40% manifiestan que no.

## ANÁLISIS

El sesenta por ciento de los Abogados encuestados, contestan que si se está dando menos valor al principio dispositivo, cuando el Juez de oficio realiza la prueba; y el cuarenta por ciento, dicen que no.

## CUARTA PREGUNTA

**¿Cree usted que la prueba en un proceso deba de ser pedida y presentada únicamente por las partes?**

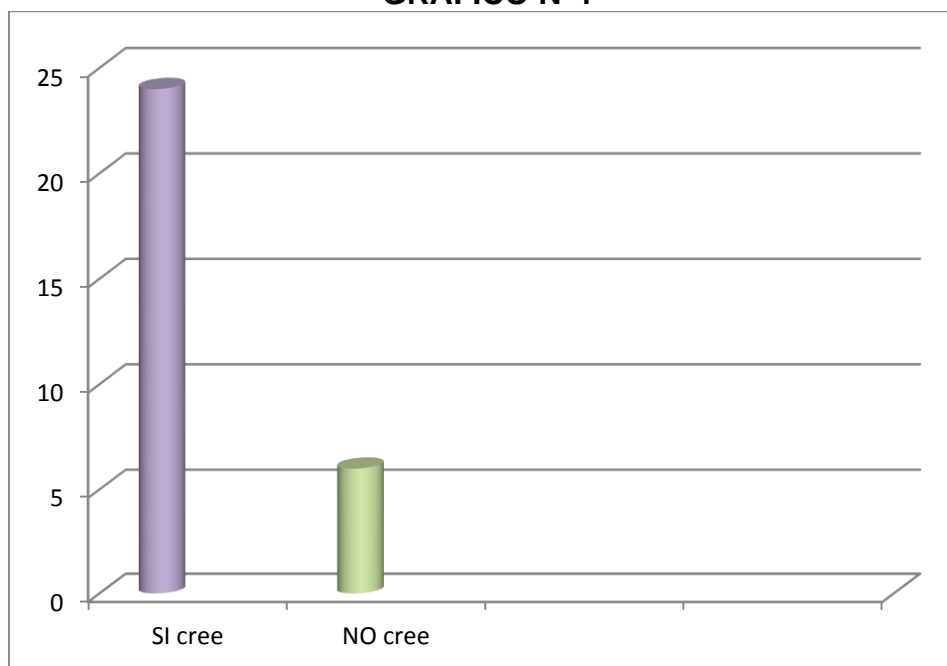
**Cuadro N°4**

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI cree	24	80%
NO cree	6	20%
TOTAL	30	100%

**FUENTE:** Encuesta realizada a profesionales del Derecho

**ELABORACIÓN:** El autor

**GRÁFICO N°4**



## INTERPRETACIÓN

24 de los encuestados que representan el 80% responden que solo a las partes les corresponde pedir y presentar las pruebas, mientras que 6 que representan el 20% manifiestan que no.

## ANÁLISIS

El ochenta por ciento de los Abogados encuestados, manifiestan que la prueba en un proceso debe ser pedida y presentada únicamente por las partes, mientras que otro veinte por ciento contestan que no.

## QUINTA PREGUNTA

**¿Considera usted que se atenta el principio de imparcialidad e inmediación cuando la ley le faculta a la o el Juez ordenar prueba de oficio?**

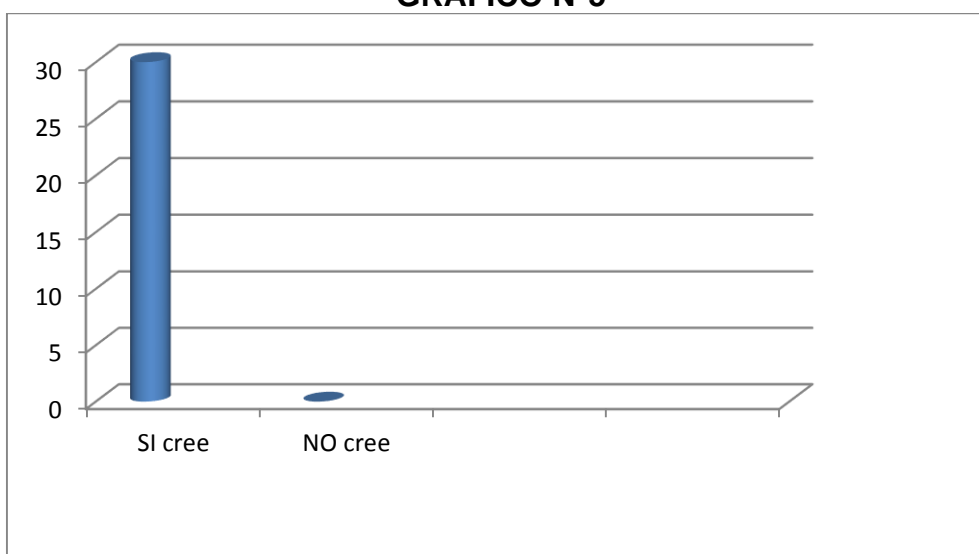
**Cuadro N°5**

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI cree	30	100%
NO cree	0	0%
TOTAL	30	100%

**FUENTE:** Encuesta realizada a profesionales del Derecho

**ELABORACIÓN:** El autor

**GRÁFICO N°5**



## INTERPRETACIÓN

De acuerdo a los resultados de esta pregunta, deducimos que 30 de los encuestados que representan al 100%, señalan que si se atentan a los principios de imparcialidad e inmediación cuando el Juzgador ordena prueba de oficio.

## ANÁLISIS

El cien por ciento de los Abogados encuestados, manifiestan que si atenta el principio de imparcialidad e inmediatez cuando la o el Juez ordena prueba de oficio.

## SEXTA PREGUNTA

**¿Estaría usted de acuerdo que se reforme el Artículo 168 del Código Orgánico General de Procesos en cuanto tiene que ver a la prueba de oficio ordenada por la o el Juez?**

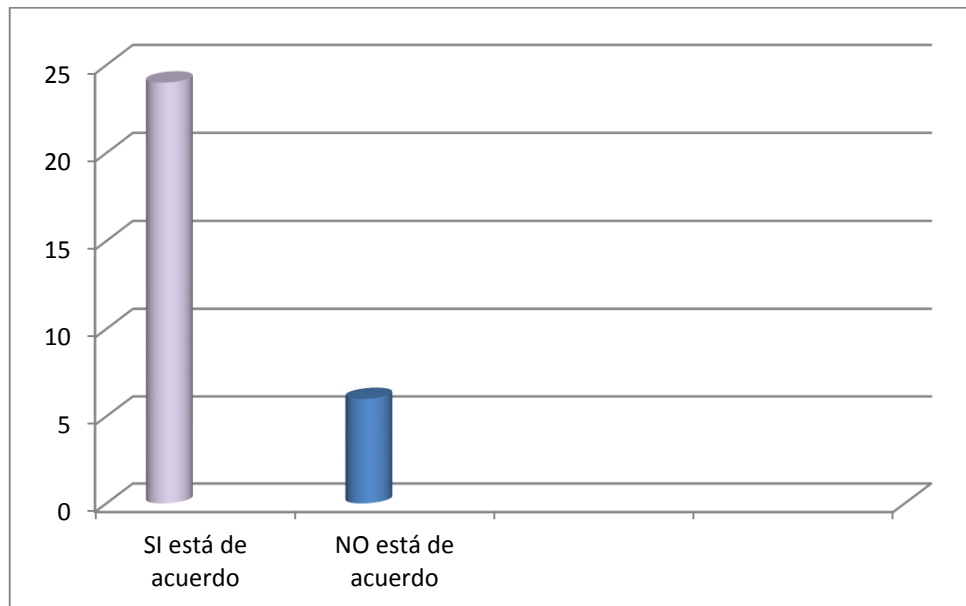
**Cuadro N°5**

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI está de acuerdo	24	80%
NO está de acuerdo	6	20%
TOTAL	30	100%

**FUENTE:** Encuesta realizada a profesionales del Derecho

**ELABORACIÓN:** El autor

**GRÁFICO N°6**



## INTERPRETACIÓN

24 de las personas encuestadas que representan el 80% contestan que si se debe derogar el art. 168 del Código Orgánico General de Procesos referente a la prueba de oficio ordenada por la o el Juez, mientras 6 de los encuestados que representan el 20% manifiestan que no se debe derogar.



## ANÁLISIS

El ochenta por ciento de los Abogados encuestados, contestan que si se debe reformar el artículo 168 del Código Orgánico General de Procesos, en lo relacionado a la prueba de oficio ordenada por la o el Juez; mientras que el veinte por ciento manifiestan que no se debe reformar.

### 6.2. Resultados de la Aplicación de la Entrevista

La presente entrevista está dirigida a detectar la problemática que se genera con la prueba de oficio; luego de la aplicación de la entrevista a Jueces de la ciudad, actividad que consta en mi trabajo de investigación, obtuve los siguientes resultados.

Por favor conteste con sinceridad y veracidad

#### ENTREVISTA NRO 1

**¿Considera usted que las pruebas aportadas por las partes dentro de un juicio son importantes?**

**CUADRO NRO 1**

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI considera	8	80%
NO considera	2	20%
TOTAL	10	100%

**FUENTE:** Encuesta realizada a Jueces de la Ciudad

**ELABORACIÓN:** El autor

**GRÁFICO N°1**



## ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN

8 de los Jueces entrevistados, que representan el 80% manifiestan que si son importantes las pruebas aportadas por las partes dentro de un juicio, mientras 2 de los entrevistados, es decir el 20% indica que no.

Como podemos observar, el ochenta por ciento de los entrevistados consideran que las pruebas presentadas por las partes son necesarias e importantes; y, el otro veinte por ciento de los entrevistados manifiestan que no son importantes.

## ENTREVISTA NRO 2

**¿Cree usted que la o el Juez solamente debe apreciar las pruebas pedidas y aportadas por las partes y no sea él quien las ordene?**

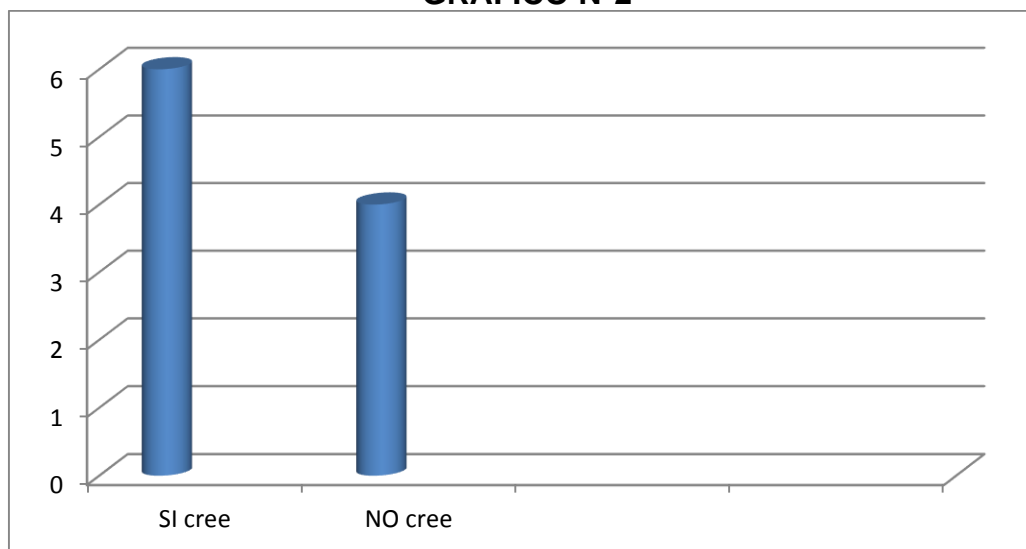
**CUADRO NRO 2**

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI cree	6	60%
NO cree	4	40%
TOTAL	10	100%

**FUENTE:** Encuesta realizada a Jueces de la Ciudad

**ELABORACIÓN:** El autor

**GRÁFICO N°2**



## ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN

6 de los Jueces entrevistados que representan el 60% dicen que el Juez solamente debe apreciar las pruebas pedidas y aportadas por las partes; mientras que los 4 restantes que representan el 40% manifiestan que no.

Demostrando que solo las pruebas de las partes en el proceso de un Juicio tienen que ser apreciadas por el Juez, así creen el sesenta por ciento de los entrevistados; y, el cuarenta por ciento consideran que el Juez puede ordenar de oficio la prueba.

### ENTREVISTA NRO 3

**¿Considera usted que cuando la o el Juez ordena prueba a la una parte está dejando en indefensión a la otra?**

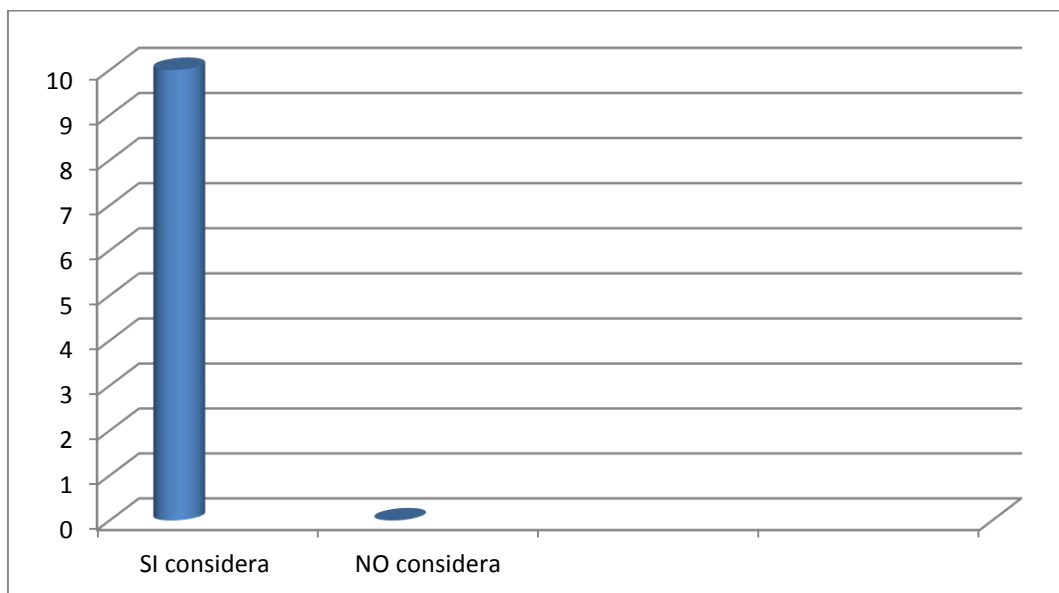
**CUADRO NRO 3**

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI considera	10	100%
NO considera	0	0%
TOTAL	10	100%

**FUENTE:** Encuesta realizada a Jueces de la Ciudad

**ELABORACIÓN:** El autor

**GRÁFICO N°3**



### ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN

10 de los Jueces entrevistados, que representan el 100% manifiestan que cuando la o el Juez ordena prueba a una de las partes sí deja en indefensión a la otra parte.

Podemos decir, que el cien por ciento de los entrevistados están de acuerdo que cuando el Juez ordena prueba a una de las partes, deja en indefensión a la otra parte.

#### ENTREVISTA NRO 4

¿Está usted de acuerdo en que solo el actor o el demandado sean quienes pidan y presenten la prueba en un proceso?

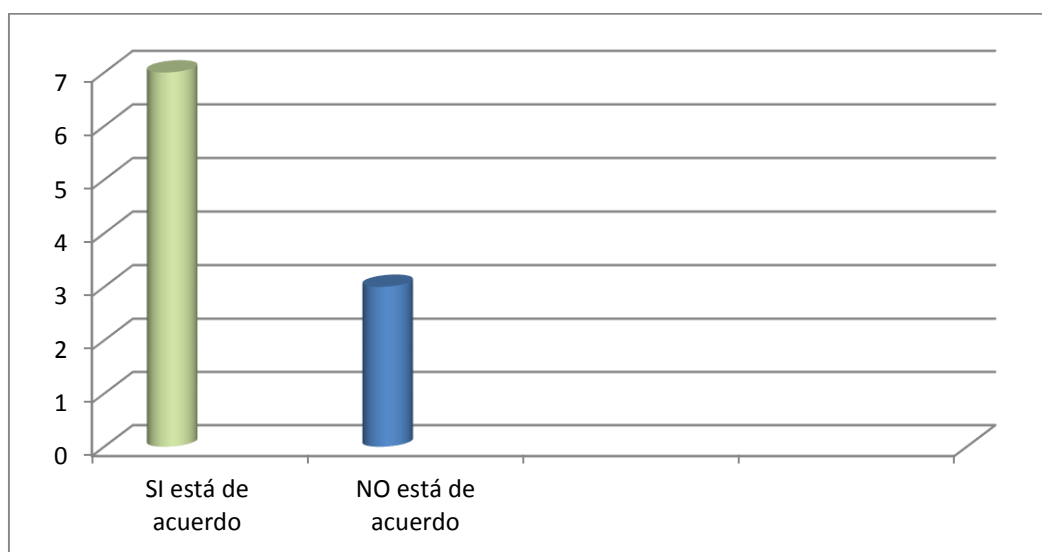
CUADRO NRO 4

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI está de acuerdo	7	70%
NO está de acuerdo	3	30%
TOTAL	10	100%

FUENTE: Encuesta realizada a Jueces de la Ciudad

ELABORACIÓN: El autor

GRÁFICO N°4



#### ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN

7 de los Jueces entrevistados, que representan el 70% manifiestan que solo el actor o el demandado pueden pedir y presentar prueba en un proceso; mientras que 3 de los entrevistados, que representan el 30% dicen no estar de acuerdo.

Podemos decir, que el setenta por ciento de los entrevistados están de acuerdo que solo a las partes les corresponde pedir y presentar prueba en un proceso, en tanto que el treinta por ciento de los entrevistados manifiestan que no.

## PREGUNTA NRO 5

**¿Cree usted que con la prueba de oficio se llega a un esclarecimiento total de los hechos?**

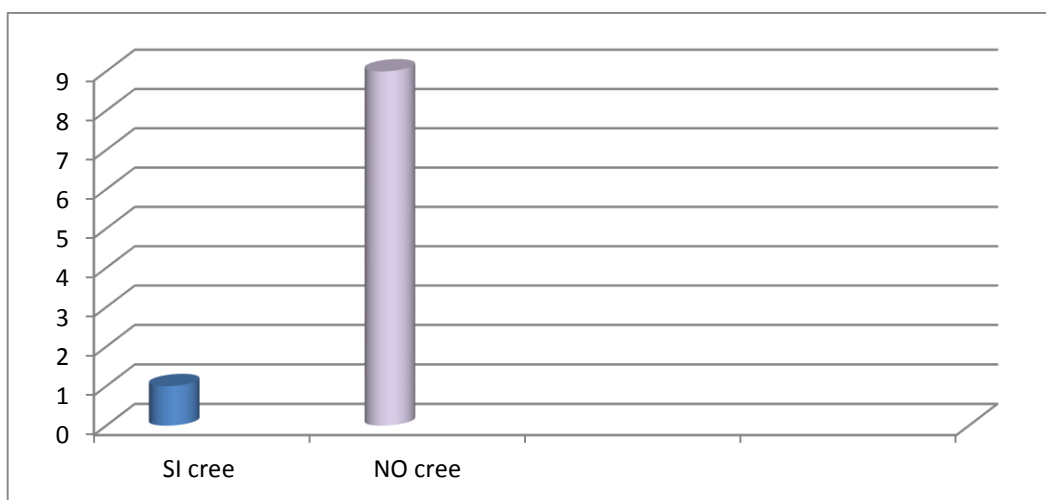
**CUADRO NRO 4**

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI cree	1	10%
NO cree	9	90%
TOTAL	10	100%

**FUENTE:** Encuesta realizada a Jueces de la Ciudad

**ELABORACIÓN:** El autor

**GRÁFICO N°5**



## ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN

1 de los Jueces entrevistados, que representa el 10% dice que con la prueba de oficio ordenada por la o el Juez sí se llega al esclarecimiento total de los hechos, mientras que 9 de los Jueces entrevistados señalan que no se llega al esclarecimiento total.

Se puede señalar, que el diez por ciento de los entrevistados cree que con la prueba de oficio ordenada por el Juez se esclarezca de forma total los hechos;

y, el noventa por ciento de los entrevistados manifiestan que no se esclarecen en forma total los hechos.

## PREGUNTA NRO 6

**¿Considera usted necesario se reforme el artículo 168 del Código Orgánico General de Procesos en cuanto a la prueba de oficio ordenada por el Juez?**

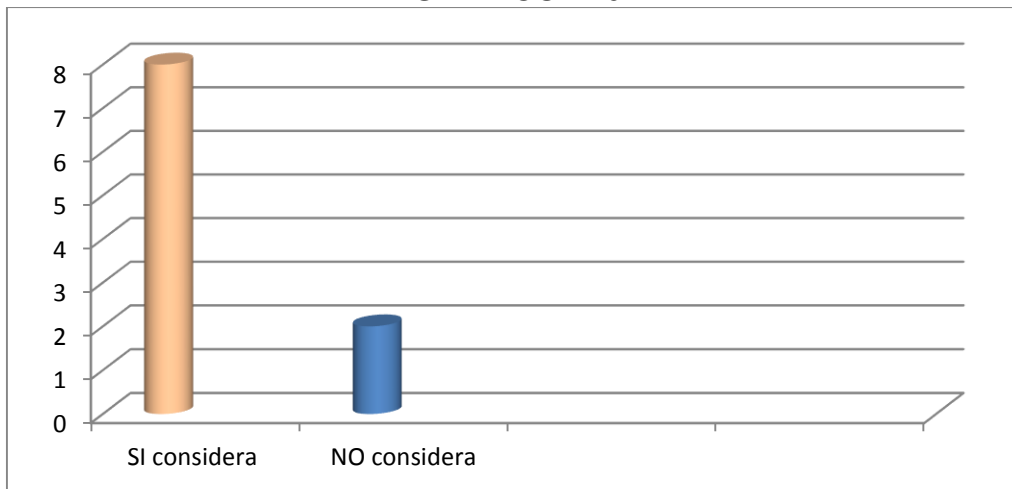
**CUADRO NRO 6**

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI considera	8	80%
NO considera	2	20%
TOTAL	10	100%

**FUENTE:** Encuesta realizada a Jueces de la Ciudad

**ELABORACIÓN:** El autor

**GRÁFICO N°6**



## ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN

8 de los Jueces entrevistados, que representan el 80% consideran que si es necesario reformar el artículo 168 del Código Orgánico General de Procesos referente a la prueba de oficio ordenada por la o el Juez, mientras que 2 de los entrevistados dicen que no es necesario la reforma.

Se puede entender que el ochenta por ciento de los entrevistados están de acuerdo que se realice la reforma del artículo 168 del Código mencionado, en

relación a la prueba de oficio ordenada por el juez; y, el veinte por ciento manifiestan que no es necesaria la reforma.

### **6.3. Estudio de Casos**

#### **Caso Uno**

En el caso de los diez de Luluncoto; para el 17 de Julio ha sido fijada, tardíamente, la fecha para la realización de la audiencia del dictamen fiscal y preparación de juicio para los líderes sociales detenidos; el 3 de marzo pasado en el barrio Luluncoto (sur de Quito). Esta demora constituye, según el comité de familiares, una nueva violación al debido proceso, el Código Orgánico Penal señala que esta debe realizarse luego de quince días de terminado la Instrucción Fiscal, que el 1 de junio. Mientras tanto los detenidos sufren el tormento de la cárcel y la ausencia de sus hogares y actividades mortales.

La fiscal, no cerró la Instrucción Fiscal que terminó legalmente el 1 de Junio como le correspondía, pues es conocido que fue a concursar para el puesto para jueza y en estos días acude a un seminario en Perú. Esta irresponsabilidad y entorpecimiento del proceso es reclamado por los abogados defensores, ante el Juez de Garantías Penales.

Los viajeros de los familiares de los detenidos señalan que estas irregularidades nos son nuevas la fiscal ha mostrado una absoluta parcialidad, ha violado el Debido Proceso, no ha cumplido con lo establecido en la Constitución, el Juez de Garantías ha violado la Constitución, al ordenar de oficio pruebas fuera del término legal previsto en la Ley, como los interrogantes a los detenidos fuera de ese término, hacer valer como prueba las declaraciones de los policías; y este código de tramitar los pedidos de la una parte (demandados) de presentar las pruebas como la realización de las pericias informática a las computadoras de la ULCO, de la Fiscal y del Juez Vigésimo Segundo de Garantía Penales de Pichincha, mismas que no fueron calificadas y atendidas por el Juez, con las cuales se podrán demostrar que las órdenes de allanamiento fueron forjadas y elaboradas ilegalmente, no se aplicó

la Ley, cuando dispone que sólo las partes podrán presentar la prueba, en este caso no se dio oído para la presentación de testigos como prueba de descargo; no ha remitido la lista del personal que participó en ese operativo, que mantuvo plagiados y retenidos ilegalmente por siete horas a los líderes sociales, que luego fueron detenidos; demostrando la violación a la Constitución de la República y demás Leyes con la parcialidad del Juez y, dejando en la indefensión a una de las partes.

### **Caso Dos**

En la demanda en juicio laboral, en lo principal de la pretensión del actor, manifiesta que mediante contrato verbal de trabajo, ha prestado sus servicios lícitos y personales en calidad de trabajador en el inmueble de propiedad de un granjero, cuidando aves de corral.

El actor manifiesta que no han sido canceladas las remuneraciones por el lapso de tres meses consecutivos, valores que son adeudados por el empleador.

Recibida y aceptada la demanda, el Juez ordenara citar al demandado; luego convoca a las partes a la audiencia preliminar de conciliación, contestación y formulación de pruebas.

El actor manifiesta que sí han sido atendidas las pruebas que formularon las partes en dicha diligencia. El Juez convoca a las partes a la audiencia definitiva pública, en tal diligencia se practican las pruebas solicitadas por las partes y vencidos los términos de sustanciación el Juez procede a dictar sentencia.

El Juez de la causa, para hacerlo hace las siguientes consideraciones: TERCERO.- Que deducidas oportunamente como medio de defensa de los derechos del demandado, varias excepciones opuestas a la demanda, mismas que no han probado su procedencia. CUARTO.- El accionante probó la prestación de sus servicios lícitos y personales, por medio del Juramento deferido; y con el documento público emitido por el IESS.



El demandado no pudo probar que ha cumplido con sus obligaciones, por tal motivo, el Juez dispone que el demandado pague los rubros establecidos por la Ley; esto dispone luego de que el Juez del Trabajo acepta parcialmente la demanda.

Inconforme el accionado con dicho fallo dentro del término legal, interpone recurso de apelación. Concedido dicho recurso, el Tribunal Jurisdiccional siendo el estado de resolver en los términos legales considera: Que es obligación de las partes probar lo que han propuesto afirmativamente; que el Juez en su sentencia debe resolver únicamente sobre las pretensiones y excepciones que hayan deducido sobre la base de la Constitución; De conformidad al principio dispositivo previsto en el Art.168, numeral 6 de la Constitución, en armonía con el Art.19 del Código Orgánico de la Función Judicial, todo proceso se promueve por iniciativa de las partes y en mérito de las pruebas pedidas, son las partes legitimadas sobre las que recae el derecho de iniciarlo y delimitar su objeto; y, que no existe prueba alguna que analizar a favor del accionado. El Tribunal desecha el recurso de apelación y confirma en todos sus partes el fallo subido en grado.

Como podemos observar tanto el Juez como Tribunal Laboral, hizo en este caso, prevalecer el principio dispositivo Constitucional, donde el Juez como Tribunal, no pueden pedir de oficio prueba alguna.

## 7. DISCUSIÓN

### 7.1. Verificación de Objetivos

Los resultados obtenidos de la aplicación de encuestas, me han permitido realizar la verificación de los objetivos planteados en la investigación, así como la comparación de la hipótesis que orientó la misma.

En la investigación del presente trabajo de tesis, hice constar como objetivo de trabajo los siguientes:

#### **Objetivo General**

“Realizar un estudio doctrinario, jurídico y normativo sobre la prueba de oficio previsto en el Código Orgánico de Procesos, su consecuencia, causas y, establecer una alternativa en garantizar sólo a las partes la presentación de la prueba”.

Este objetivo ha sido verificado por cuanto dicho estudio se realizó durante la argumentación teórica del desarrollo de la investigación, usando los conocimientos empíricos como bibliografía, logrando así abarcar tanto las generalidades como la información específica que permitió realizar un estudio analítico y crítico del que obtuve un conocimiento de la institución del principio dispositivo constitucional.

Después de conocer el marco jurídico del principio dispositivo y de haber realizado la investigación de campo, pude establecer los conocimientos que existen en el Código Orgánico General de Procesos y la Constitución con relación a la legalidad y oficiosa de la prueba.

#### **Objetivos Específicos**

- ✓ Determinar cómo puede afectar la prueba de oficio ordenada por la o el Juez competente.

Se ha verificado a través de la aplicación de las encuestas en las que se ha determinado que una de las partes queda en indefensión, cuando la o el Juez ordena de oficio la realización de la prueba.

- ✓ Conocer cuando se produce la vulnerabilidad del principio dispositivo establecido en la Constitución de la Republica.

Una vez recopilados los datos de la aplicación de las encuestas se ha llegado a establecer, que el principio dispositivo es vulnerado cuando la o el Juez ordena de oficio la presentación de la prueba, a través del llamamiento, por ejemplo, cuando crea necesario el esclarecimiento de lo dicho por los testigos.

- ✓ Realizar un estudio de Derecho Comparado que permita establecer si en las legislaciones de otros países la o el juez puede ordenar de oficio la prueba que creyeran necesario.

Luego del análisis de las legislación de otros países hay que determinar que el Juzgador puede ordenar de oficio cualquier prueba para mejor resolver, o para el esclarecimiento y llegar a la verdad; pero el principio dispositivo en esos países no está elevado a rango constitucional.

- ✓ Elaborar una propuesta de Reforma legal al Código Orgánico General de Procesos de manera que el Juzgador de cumplimiento a los principios constitucionales en las diferentes etapas del proceso.

Todo el trabajo investigativo, se ha centrado en la fundamentación de la necesidad que existe de una reforma en la normativa de esa Ley, en cuanto tiene que ver con la aplicación del principio dispositivo, verificándose lo necesario e importante la realización de esa reforma, para que exista una verdadera imparcialidad e intermediación por parte del juzgador.

## 7.2. Contrastación de Hipótesis

La Hipótesis que orientó el desarrollo de la presente investigación se enmarcó en torno al siguiente enunciado hipotético

***“Es necesario incorporar en la legislación ecuatoriana, normas por las cuales la o el juzgador sólo valore las pruebas pedidas y presentadas por las partes, garantizando de esta forma la tutela judicial efectiva, el debido proceso, los principios de concentración, contradicción, inmediación y dispositivo.”***

Este supuesto hipotético se comprueba en forma favorable, puesto que a quedado demostrado en la investigación empírica a través de la encuesta y entrevista, además del análisis de las disposiciones de la Ley y garantías del debido proceso, en las que queda claro la vulneración al principio dispositivo en el proceso.

## 7.3. Fundamentación Jurídica de la Propuesta de Reforma Legal

La Constitución de la Republica otorga el derecho de observancia de los principios Constitucionales; y, en el presente caso de investigación al Código Orgánico General de Procesos, sin embargo como las sociedad se encuentra en constante dinámica, el derecho y sus normas no pueden permanecer estático, si no cambiar mientras la sociedad y sus exigencias así lo requieran.

Es importante señalar que aunque legal la vigencia de algunas disposiciones, es absoluta como la existencia del procedimiento Civil, que aunque valido en la actualidad se encuentra en caducidad para su aplicación.

Sería importante la existencia de un cuerpo legal y definido en que las partes en un proceso puedan acudir ante la justicia sin preocupaciones, pero el código Orgánico General de Procesos, no contemplan normativas coherentes con la Constitución, en lo relacionado a la prueba, por lo que deberían ser incluidas en una reforma.

En el caso del principio dispositivo, en el artículo 168, numeral 6 de la constitución de la Republica señala: La sustanciación de los procesos en toda las materias, instancias, etapas y diligencias, se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo; esta normativa tiene concordancia con los principios de la Función Judicial, establecidos en el artículo 172 de la Constitución, señalando que: Las Juezas y Jueces administraran justicia con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la le. De ahí que Jurídica y Constitucionalmente la Constitución es la norma Suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico, así lo establece y lo manda la disposición del artículo 424 de la Constitución de la Republica; esto significa que los conflictos o litigios, deberán sustanciarse apegados a la Constitución, y que la normativa es titulada en el artículo 168 del Código Orgánico General de Procesos, no es coherente a lo dispuesto a la norma suprema, cuando en el mencionado artículo dice: 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 necesarias para el esclarecimiento de los hechos controvertidos; con esta facultad a las o los jueces se estaría dejando en indefensión a una de las partes, y la o el Juez actuaría de manera parcializada.

Desde estas perspectivas jurídicas Constitucionales con la reforma al Código Orgánico General de Procesos, en lo que tiene que ver con la aplicación al principio dispositivo Constitucional; y, que el Juzgador de oficio pueda ordenar la realización de pruebas, se hace necesario, para que los litigios en nuestro país, sean resueltos o fallados, apegados a la Constitución, las leyes y a la verdad.

## 8. CONCLUSIONES

- En el Ecuador el principio dispositivo tiene rango constitucional, del modo que consta en el artículo 168, numeral 6 de la Constitución, sin embargo de lo cual el Código Orgánico General de Procesos, concede a la o el Juez facultad para disponer prueba de oficio.
- La tendencia moderada del derecho procesal exige la inmediatez directa entre el juez y las partes, la concentración de la prueba y la eliminación de incidentes; y, por tanto, un proceso más realista y sensible dotado de transparencia y buena fe, lo cual sólo es posible en el proceso oral por audiencias.
- En el Estado de Derecho predomina la interpretación legal, en tanto que, en el Estado Social y Democrático de Derechos, la interpretación de carácter Constitucional, sin embargo, las reglas de interpretación legal como las propuestas por Savigny siguen cumpliendo un rol importante; y se complementan con los principios de interpretación constitucional como los de la unidad, de la concordancia práctica, función integradora y la fuerza normativa constitucional.
- En el Ecuador la oralidad, se cumple mediante un proceso por audiencias a través un sistema que se rige mediante la observación estricta de principios procesales con rango constitucional, cuyo acatamiento debe darse por medio de un auténtico proceso justo y por tanto garantista de los derechos y libertades fundamentales del ciudadano en la concepción de Estado Social y Democrático de Derechos; no pudiendo dar margen a situaciones de indefensión al o los justiciables.
- EL principio dispositivo surge de la naturaleza particular de los derechos e intereses que se hallan es discusión, por lo que el proceso se construye reconociendo a las partes un rol importante a causa de lo cual la existencia del proceso, su objeto resultados, dependen en mucho del

libre poder de disposición de las partes procesales tienen, y cuyas facultades les son dadas por los elementos que definen a este principio procesal que en nuestra estructura jurídica tiene rango constitucional.

- En nuestro país, tanto por los criterios doctrinarios como por la encuesta y entrevista aplicada a profesionales del Derecho y Jueces, conocedores del Derecho Constitucional y Derecho Procesal, no están de acuerdo que en los juicios, la o el Juez ordene prueba de oficio.

## 9. RECOMENDACIONES

- Se recomienda a los señores asambleístas emprender de inmediato una reforma al Código Orgánico General de Procesos, que incluya transformaciones en lo que tiene que ver a la realización de oficio de la prueba por parte de la o el Juez, en su artículo 168.
- Que la Asamblea Nacional promulgue sin demora un Código Procesal, en el que se incluya un código de ética que contemple la obligatoriedad de cumplir y aplicar estas normas por partes de las y los jueces.
- Impulsar acciones para que la Asamblea Nacional, tenga en cuenta al momento de redactar la reforma, consten entre otros aspectos la sugerencia de Abogados en lo relacionado a la prueba de oficio.
- Si la Asamblea Nacional llegare a regular la prueba de oficio, es necesario exigir que la misma Asamblea Nacional de futuro, no regule la prueba de oficio mediante ley.
- Que la Asamblea Nacional tenga en consideración la propuesta de los Colegios de Abogados y las academias, referente a los principios y derechos de los Ciudadanos consagrados en la Constitución de la República.
- Se recomienda a la Federación de Colegios de Abogados, la realización de una Propuesta de Reforma, al Código Orgánico General de Procesos, el Juzgamiento de la o el Juez que no aplique el principio dispositivo



## **9.1. Propuesta de Reforma Jurídica**

### **EXPOSICIÓN DE MOTIVOS**

La Asamblea Nacional del Ecuador, entre sus atribuciones y facultades que le concede la Constitución de la República y su Reglamento, es el de hacer e interpretar las leyes, por lo tanto, es de importancia la reglamentación y reforma de la norma establecida en uno de sus artículos del Código Orgánico General de Procesos, relacionados con los conflictos, en el procedimiento y sustanciación del proceso, en que la jueza o el juez, podrán de oficio ordenar la realización de pruebas de las partes procesales y, vulnerando los principios constitucionales.

### **ASAMBLEA NACIONAL DEL ECUADOR**

#### **CONSIDERANDO**

Que, las Comisión de Justicia, ha emitido informe favorable respecto a la necesidad de reformar al Código Orgánico General de Procesos y la no aplicación de los principios constitucionales y se enuncie un artículo estableciendo el cumplimiento y aplicación del principio dispositivo.

Que, es deber inexcusable del Estado ecuatoriano proveer un marco jurídico idóneo para evitar errores en la aplicación de las normas emitidas por el Estado.

Que, unos de los principales deberes del Estado es garantizar la eficacia de la administración de justicia en cualquiera de las formas reconocidas por nuestra legislación.

Que, en la Constitución se establece las garantías básicas y principios constitucionales para la sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias.

Que, para este principio dispositivo no sea vulnerado pro las juezas o jueces, es indispensable reformar la norma donde se establezca un procedimiento justo, equitativo y constitucional.

En ejercicio de las facultades constitucionales y legales, expide la siguiente:

ROFORMA AL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS  
REFERENTE A ORDENAR DE OFICIO LA PRUEBA LAS JUEZAS Y JUECES  
EN EL PROCESO

Art.1.- Deróguese el Art. 168 del Código Orgánico General de Procesos.

## 10. BIBLIOGRAFÍA

1. ABARCA Galeas, Luis Humberto, 2006, Quito. La Defensa Oral en el Proceso Penal Acusatorio.- El Delito Objeto del Juicio Penal Oral. Con el auspicio de la Corte Nacional de Justicia y el Consejo Nacional de la Judicatura, S.F.
2. ALSINA, Hugo, 1993. Argentina. Tratado Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, Segunda Edición, Parte General, Tomo I, Ediar Soc. Anón. Editores.
3. ALVARO Velloso, Adoldo, 2004. Bogotá – Colombia. Debido Proceso versus Pruebas de Oficio, Editorial Temis S.A.
4. ANDRADE Ubidía, Santiago. TRUJILLO, Julio César, VICIANO Pastor, Roberto, 2004. Quito – Ecuador. La Estructura Constitucional del Estado Ecuatoriano, Centro de Estudios Jurídicos 24, Centro de Estudios Políticos y Sociales, España, Universidad de Valencia – España, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Editora Nacional.
5. BLANCO Gómez, José Luis, 1994. Santa Fe de Bogotá – Colombia. Sistema Dispositivo y Prueba de Oficio, Segunda Edición, Editorial Jurídica Gustavo Ibáñez.
6. BOTERO Zuluaga, Gerardo, 2005. Bogotá D.C. – Colombia. Guía Teórica y Práctica de Derecho Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.
7. CONSTITUCIÓN de la República del Ecuador, 2010. Quito, Primera Edición, Impresión talleres de la Corporación de Estudios y Publicaciones.
8. CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS, Edición Primera, Quito-Ecuador, Año 2016.
9. CODIGO ORGANICO DE LA FUNCION JUDICIAL, Registro Oficial Suplemento 544 de 09-mar.-2009, Última modificación: 22-may.-2015. Pág.
10. DE SANTO, Victor, 2005. Buenos Aires – Argentina. La Prueba Judicial, Tercera Edición, Editorial Universal.
11. FERNANDEZ Piedra, Luis Alberto, 2003. El Sistema Acusatorio y el Respeto a los Derechos Humanos.
12. GUERRERO Figueroa, Guillermo, 2005. Perú. El Derecho del Trabajo Iberoamericano, Editorial Juris Laboral.

13. GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, 1994. Buenos Aires – Argentina. La Justicia Constitucional, Ediciones Desalma.
14. MONTERO Aroca, Juan, 2002. Valencia – España. Derecho Jurisdiccional I, Parte General, 11ª Edición, Tirant lo Blanch.
15. PÁEZ Benalcázar, Andrés, 2004. Quito – Ecuador. El nuevo Procedimiento Oral en los Juicios de Trabajo, Ediciones Legales, Colección Profesional Ecuatoriana.
16. PARRA Quijano, Jairo, 2004. Bogotá – Colombia. Racionalidad e Ideología en las Pruebas de Oficio, Editorial Temis S.A.
17. PLÁ Rodríguez, Américo. Los Principios del Derecho del Trabajo, Biblioteca de Derecho Laboral.
18. SAQUICELA Rodas, Iván Patricio, 2010. Cuenca – Ecuador. El Debido Proceso y los Principios Constitucionales, Editores S.A.
19. VÉSCOVI, Enrique, 1996. Santa Fe de Bogotá – Colombia. Teoría General del Proceso, Segunda Edición, Editorial Temis S.A.
20. TANDAZO Román, Carlos, 2010, Loja – Ecuador. Derecho Procesal del Trabajo y Práctica Laboral, Editorial Jurídica Loja.
21. GAVIRIA, Carlos. Artículo publicado en la Revista de Derecho, FORD 7, de la Universidad Andina Simón Bolívar. El Estado Social de Derecho y la presión política por el cambio, corporación Editora Nacional.
22. INTERNET, página de proceso de investigación.

## 11. ANEXOS

### 11.1. Formato de Encuesta dirigida a profesionales del Derecho.

#### UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

##### Unidad de Educación a Distancia

Como estudiante de derecho del Décimo Módulo del Proceso de Titulación de la Universidad Nacional de Loja, con el debido respeto me dirijo a su persona para realizar la siguiente encuesta con relación al tema de investigación: “REFORMAR EL ARTICULO 168 DEL CODIGO ORGANICO GENERAL DE PROCESOS A FIN DE GARANTIZAR EL DERECHO A LAS PARTES PROCESALES RSPECTO DE LA PRUEBA”.

Señor Abogado, lea detenidamente marque con una X la respuesta que usted considere la adecuada.

**1. ¿Sabe usted que es la prueba de oficio?**

Si ( ) No ( )

**2. ¿De acuerdo a su experiencia como abogado, afecta de alguna manera a una de las partes la potestad del Juez de aportar prueba de oficio?**

SI ( ) NO ( )

**3. ¿Cree usted que con la prueba de oficio efectuada por la o el Juez se está dando menos valor al principio dispositivo?**

SI ( ) NO ( )

**4. ¿Cree usted que la prueba en el proceso deba ser únicamente pedida y presentada por los partes?**

SI ( ) NO ( )

**5. ¿Considera usted que se atenta el principio de imparcialidad cuando la ley le facilita a la o el Juez ordenar prueba de oficio?**

SI ( ) NO ( )

**6. ¿Está usted de acuerdo que al efectuar la prueba de oficio se está poniendo en indefensión a una de las partes del proceso?**

SI ( ) NO ( )

**7. ¿Cree Usted que se afecta el principio de inmediación e igualdad ante la Ley cuando el juzgador ordena prueba de oficio?**

SI ( ) NO ( )

**8. ¿Cree usted que los principios procesales son aplicados de manera afectiva en cada proceso que se los involucra?**

SI ( ) NO ( )

**9. ¿Cuándo una ley se contradice con otra cree Usted que se afectan derechos?**

SI ( ) NO ( )

**10. ¿Estaría usted de acuerdo en que se reforme el Artículo 168 del Código Orgánico General de procesos en cuanto tiene que ver a la prueba de oficio ordenada por la o el Juez?**

SI ( ) NO ( )

Gracias por su colaboración

## 11.2. Formato de Entrevista dirigida a Jueces de la ciudad

### UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

#### Unidad de Educación a Distancia

#### CARRERA DE DERECHO

Como estudiante de derecho del Décimo Módulo del Proceso de Titulación de la Universidad Nacional de Loja, con el debido respeto me dirijo a su Autoridad para realizar la siguiente entrevista con relación al tema de investigación: “REFORMAR EL ARTÍCULO 168 DEL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS”

Por favor conteste con sinceridad y veracidad

1. **¿Considera Usted que las pruebas aportadas dentro de un proceso son importantes?**

.....  
.....

2. **¿Cree Usted que el juzgador solamente debe apreciar las pruebas aportadas por las partes y no sea él quien las ordene?**

.....  
.....

3. **¿Considera Usted que cuando la o el Juez ordena prueba a la una parte está dejando en indefensión a la otra?**

.....  
.....

4. **¿Está usted de acuerdo en que solo al actor o el demandado sean quienes presenten prueba en un proceso?**

.....  
.....

5. **¿Cree usted que con la prueba de oficio se llegue a un esclarecimiento total de los hechos?**

.....  
.....

6. **¿Cree usted que dentro de un proceso, deba primar siempre la imparcialidad por parte del Juzgador?**

.....  
.....

7. **¿Considera Usted necesario se reforme el Artículo 168 del código Orgánico General de Procesos en cuanto a la prueba de oficio ordenada por la o el Juzgador?**

.....  
.....

Gracias por su colaboración

## ÍNDICE

### Contenido

PORTADA:.....	I
CERTIFICACIÓN .....	II
AUTORÍA .....	III
CARTA DE AUTORIZACIÓN.....	IV
AGRADECIMIENTO.....	V
DEDICATORIA.....	VI
TABLA DE CONTENIDOS .....	VII
1. TITULO .....	1
2. RESUMEN .....	2
ABSTRACT .....	4
3. INTRODUCCIÓN .....	5
4. REVISIÓN DE LITERATURA.....	7
5. MATERIALES Y MÉTODOS .....	70
6. RESULTADOS.....	73
7. DISCUSIÓN .....	88
8. CONCLUSIONES .....	92
9. RECOMENDACIONES .....	94
9.1. Propuesta de Reforma Jurídica .....	95
10. BIBLIOGRAFÍA.....	97
11. ANEXOS .....	99
ÍNDICE .....	102