

UNIVERSIDAD INTERNACIONAL SEK

FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y JURÍDICAS
MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL Y LITIGACIÓN
ORAL

Trabajo de fin de maestría titulado:

“LÍMITES DE LA LIBERTAD PROBATORIA EN EL
SISTEMA MIXTO CONCENTRADO DE AUDIENCIAS
PREVISTO EN EL COGEP”

Realizado por:

NERIS FABRICIO SEGOVIA BETANCOURT, Msc.

Directora del proyecto:

DRA. ANA INTRIAGO

Como requisito para la obtención del título de
MAGISTER EN DERECHO PROCESAL Y LITIGACIÓN ORAL

Quito, 20 de agosto de 2018

DECLARACIÓN JURAMENTADA

Yo, Neris Fabricio Segovia Betancourt, con cédula de ciudadanía # 171482313-3, declaro bajo juramento que el trabajo aquí desarrollado es de mi autoría, que no ha sido previamente presentado para ningún grado o calificación profesional; y, que he consultado las referencias bibliográficas que se incluyen en este documento.

A través de la presente declaración, cedo mis derechos de propiedad intelectual correspondientes a este trabajo, a la UNIVERSIDAD INTERNACIONAL SEK, según lo establecido en la Ley de Propiedad Intelectual, por su reglamento y por la normativa institucional vigente.

Neris Fabricio Segovia Betancourt, Msc.
C.C.: 171482313-3

DECLARATORIA

El presente trabajo de investigación titulado:

“LÍMITES DE LA LIBERTAD PROBATORIA EN EL SISTEMA MIXTO CONCENTRADO DE AUDIENCIAS PREVISTO EN EL COGEP”

Realizado por:

NERIS FABRICIO SEGOVIA BETANCOURT, Msc.

Como Requisito para la Obtención del Título de:

MAGISTER EN DERECHO PROCESAL Y LITIGACIÓN ORAL

Ha sido dirigido por la profesora

DRA. ANA INTRIAGO

Quien considera que constituye un trabajo original de su autor

Dra. Ana Intriago
DIRECTORA

LOS PROFESORES INFORMANTES

Los profesores informantes:

DR. VINICIO PALACIOS

DR. GABRIEL GALÁN

Después de revisar el trabajo presentado lo han calificado apto para su defensa oral ante el tribunal examinador

Dr. Vinicio Palacios

Dr. Gabriel Galán

Quito, 20 de agosto de 2018

DEDICATORIA

Dedico este trabajo a los distinguidos profesores de la Maestría de la Universidad Internacional SEK, quienes han sabido impartir la cátedra con solvencia académica, generosidad, responsabilidad y don de gentes.

AGRADECIMIENTO

Mi especial agradecimiento a la doctora Ana Intriago, intachable mujer de justicia, verdadero ejemplo para aquellos que quieran seguir los caminos de la academia y la judicatura con solvencia y probidad.

ÍNDICE

Introducción	5
Capítulo I.....	8
EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y JUSTICIA Y LA LIBERTAD PROBATORIA	8
1.1 Estado constitucional.....	8
1.2 Estado de justicia.....	8
1.3 Estado de derechos	9
LA LIBERTAD PROBATORIA COMO PRINCIPIO, DERECHO Y GARANTÍA.....	10
1.4 La libertad probatoria como principio.....	10
1.5 La Libertad probatoria como derecho	15
1.6 La libertad probatoria como garantía	18
Capítulo II	21
REGLAS GENERALES DE ACUERDO CON EL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS Y EL DERECHO PROBATORIO UNIVERSAL	21
2.1 La prueba.....	21
2.2 El fin de la prueba	22
2.3 Oportunidad de presentar la prueba y la preclusión	25
2.4 Admisibilidad de la prueba.....	28
2.5 Conducencia y pertinencia de la prueba.....	29
2.6 Necesidad de la prueba.....	29
2.7 Hechos que no requieren ser probados.....	31
2.8 Valoración de la prueba.....	32
2.9 Derecho de contradicción de la prueba	34
2.10 De la prueba nueva y la nueva prueba.....	34
2.11 Prueba en el extranjero	36
2.12 La prueba para mejor resolver.....	37
2.13 Carga de la prueba.....	38
2.14 Inversión de la carga de la prueba	39
Capítulo III	40
LA ORALIDAD Y LOS MEDIOS DE PRUEBA	40
3.1 Generalidades de la oralidad	40
3.2 La oralidad como un derecho	41
3.3 Anuncio de la prueba.....	42
3.4 Acuerdos probatorios	44
3.5 Práctica de la prueba.....	44

3.5.1	Audiencia única	44
3.5.1.1	Anuncio de prueba.....	45
3.5.1.2	Admisibilidad	45
3.5.1.3	Práctica de prueba	45
3.5.2	Audiencia preliminar	45
3.5.2.1	Anuncio de prueba.....	46
3.5.2.2	Pruebas de oficio	46
3.5.2.3	Exclusión de medios probatorios.....	46
3.5.2.3	Admisibilidad de la prueba.....	46
3.5.2.4	Diligencias Probatorias.....	46
3.5.2.5	Acuerdos probatorios	46
3.5.3	Audiencia de juicio.....	46
3.5.3.1	Alegato inicial	46
3.5.3.2	Práctica de pruebas	46
3.5.3.3	Declaración de testigos o peritos:.....	46
3.5.3.4	Alegato de cierre	46
3.5.3.5	Resolución	46
Capítulo IV	48
LOS MEDIOS DE PRUEBA DE ACUERDO CON LA DOCTRINA Y AL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS		48
4.1	De las fuentes, motivos y argumentos	48
4.1.1	Fuente de prueba	48
4.1.2	Motivos o argumentos de prueba	48
4.2	Los medios de prueba.....	48
4.3	Libertad de medios probatorios.....	50
4.4	Requisitos que deben cumplir los medios de prueba en relación con la prueba.....	52
4.4.1	Requisitos intrínsecos.....	52
4.4.2	Requisitos extrínsecos	52
4.5	Clasificación de los medios de prueba	54
4.5.1	La declaración de parte.....	54
4.5.2	La prueba testimonial	55
4.5.2.1	Breve antecedente histórico.....	55
4.5.2.2	Definición.....	55
4.5.2.3	Los testigos.....	55
4.5.2.4	Quiénes pueden ser testigos.....	55
4.5.2.5	Quiénes no pueden ser testigos.....	56

4.5.2.6	Forma de la prueba testimonial.	56
4.5.2.7	Práctica de la prueba testimonial.	57
4.5.2.8	Del interrogatorio.	57
4.5.2.9	Del contrainterrogatorio.	58
4.5.2.10	Objeciones al testimonio.	58
4.5.2.11	Notificaciones al testigo.	59
4.5.2.12	Comparecencia de testigos ausentes.....	59
4.5.2.13	Declaración de personas con discapacidad auditiva.	60
4.5.2.14	Declaración anticipada.	60
4.5.2.15	Declaración falsa.	61
4.5.2.16	Juramento decisorio.....	61
4.5.2.17	Juramento deferido.	63
4.5.2.18	Valoración de la prueba testimonial.....	64
4.5.3	De la prueba documental.....	64
4.5.3.1	Etimología de la palabra documento.	65
4.5.3.2	Breve evolución histórica de la prueba documental.	65
4.5.3.3	Definición de la prueba documental de acuerdo con el Código Orgánico General de Procesos.....	68
4.5.3.4	Documento público.....	69
4.5.3.4.1	El Instrumento público.....	69
4.5.3.4.2	El documento público de acuerdo con el Código Orgánico General de Procesos.....	70
4.5.3.4.3	De los efectos del documento público:.....	71
4.5.3.4.4	Del alcance probatorio del documento público.....	71
4.5.3.4.5	De la reposición de documentos públicos que no forman parte de un proceso.....	71
4.5.2	Documento privado:.....	72
4.5.2.1	De acuerdo al Código Civil:.....	72
4.5.2.2	De acuerdo con el Código Orgánico General de Procesos:.....	72
4.5.2.3	Del reconocimiento de documentos privados:.....	73
4.5.2.4	De los documentos son prueba y pueden ser judicializados, en proceso monitorio:.....	73
4.5.2.3	Documentos digitales.....	74
4.5.2.4	La materialización.....	77
4.5.2.5	La desmaterialización.....	78
4.5.2.6	Documentos en poder de terceros.....	80
4.5.2.7	Documentos en poder de la contraparte.....	80
4.5.2.8	De la falsedad y nulidad.....	80
4.5.2.9	Falsedad del documento público.....	80

4.5.2.10	Nulidad de los documentos públicos	81
4.5.3	Forma de presentar la prueba documental	81
4.5.3.1	Que no estén defectuosos ni diminutos	81
4.5.3.2	Que no estén alterados en una parte esencial	81
4.5.4	La producción de la prueba	82
4.5.4.1	Prueba documental de gran volumen o formato	83
4.5.4.2	Copias y compulsas	84
4.5.4.3	Indivisibilidad de la prueba documental.....	84
4.5.4.4	Documentos en idioma distinto al castellano	85
4.5.4.5	Documentos otorgados en territorio extranjero.....	85
4.5.4.6	Impugnación de la firma o de la autoría de un documento.....	86
4.5.5	De la prueba pericial.....	86
4.5.5.1	De la pericia.....	86
4.5.5.2	Presentación del informe pericial	87
4.5.5.3	Contenido del Informe pericial.....	88
4.5.5.4	Declaración del perito y sustentación del informe	88
4.5.5.5	El interrogatorio y contrainterrogatorio al perito:	89
4.5.5.6	El interrogatorio al perito	89
4.5.6	De la Inspección Judicial.....	90
4.5.6.1	Desarrollo de la inspección judicial	91
	Conclusiones	92
	Recomendaciones.....	96
	Bibliografía.....	97

Introducción

El derecho probatorio es la columna vertebral de los derechos de protección, de la tutela efectiva de esos derechos, de la seguridad jurídica del derecho a la defensa y del debido proceso, ya desde los tiempos de la Polis Griega se consideró a los derechos procesales de los ciudadanos como una garantía contra los abusos de la autoridad. En nuestro Estado constitucional de derechos y justicia, el derecho a la seguridad jurídica afianza este sistema como un valor superior y trascendente al Estado mismo, ya que es el principio general inspirador de todo el ordenamiento jurídico y a la vez el objetivo del debido proceso.

La seguridad jurídica y el debido proceso implican todo un ambiente o modo de vida que asegura a las personas naturales y jurídicas un ordenamiento estable y propicio para el desarrollo integral, tanto individual como colectivo, constituyéndose en un conjunto de reglas, que deben transparentarse y estar abiertas al conocimiento de todos y contar con la certeza de que éstas se mantendrán en el futuro, lo que hace que sean previsibles confiables y cognoscibles.

El debido proceso sólo puede entenderse como el derecho que tiene cada persona, bien sea sujeto procesal o parte, a que se cumpla en el proceso en que se encuentra involucrada todas las formalidades que indica la ley y como las indica la ley; el debido proceso comprende un sustrato de tipo teórico, propio de todos los procesos, lo que implica una observancia irrestricta del principio de legalidad que es un elemento indiscutible de la dogmática jurídica procesal tendiente a garantizarlo.

La letra h, numeral 7, del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, garantiza el derecho a presentar pruebas, así como a contradecir las que sean presentadas en su contra (Asamblea Nacional Constituyente, 2008).

De acuerdo con el principio de libertad probatoria las partes no tienen límite en el uso de los medios probatorios con los cuales aspiran demostrar los hechos afirmados en sus actos de proposición, como fundamento de sus pretensiones o excepciones, sino sólo con aquellos que establece la constitución, la ley y por supuesto los derechos humanos.

En este trabajo se desarrolla un estudio pormenorizado de las reglas de la probática, sus principios, medios, etapas procesales para su anuncio, acceso y práctica, de acuerdo con el tipo de trámite que prevé el Código Orgánico General de Procesos (COGEP); por supuesto, los

límites existentes, las formas contempladas en la norma y los momentos oportunos de hacerlo y cómo hacerlo.

El sistema mixto concentrado de audiencias que ha dejado de lado el paradigma del antiguo Código de Procedimiento Civil, hasta hace poco vigente, marca nuevas reglas de juego, procesalmente hablando, ya que estábamos acostumbrados a una sola estación procesal en la que se concentraba la solicitud y práctica de prueba, sin la presencia real de los principios de inmediación, celeridad procesal y contradicción.

Ahora bien, no es que hayamos salido de un sistema escrito a un oral puro, ya que tanto uno como otro sistema, contemplaban fases, etapas y actos procesales, unos escritos y otros orales, veremos a lo largo de este trabajo, la importancia tanto de la comunicación oral, cuanto de la escrita, tornándose en interdependientes, para la validez, oportunidad y preclusión de los actos procesales.

A tono con lo dicho, el COGEP mantiene actos fundamentales, que infranqueablemente deberán ser escritos, con ciertos formalismos técnicos, como: los actos de proposición, la contestación a la demanda, reconvenición y contestación a la reconvenición, a los cuales deben adjuntarse las pruebas que se disponga y enunciar aquellas a las que no se ha tenido acceso para que sean producidas y tasadas para la decisión de la causa.

Además, la prueba dentro de la legislación ecuatoriana debe ser admitida bajo ciertos lineamientos o requisitos como el de pertinencia, conducencia y utilidad, debiendo ser practicada con lealtad y veracidad, consecuentemente, el juzgador tutelaré el debate probatorio con integridad e imparcialidad, a fin de construir elementos de convicción que le permitan resolver.

La carga de la prueba según el COGEP se constituye como una obligación de la parte actora, esto es, probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en la demanda; en cambio, la parte demandada no está obligada a producir prueba si su contestación ha sido simple o absolutamente negativa, pero sí deberá hacerlo si su contestación contiene afirmaciones explícitas o implícitas sobre el hecho, el derecho o la calidad de la cosa litigada.

Identificar los límites en la práctica de la libertad probatoria en el sistema mixto concentrado de audiencias previsto en el COGEP es saber cuándo y cómo se debe anunciar, que pruebas deben estar previamente constituidas antes de presentarse a juicio, como producirlas

efectivamente para que surtan su efecto jurídico y la técnica para conseguir el resultado esperado.

Capítulo I

EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y JUSTICIA Y LA LIBERTAD PROBATORIA

1.1 Estado constitucional

El paradigma constitucional o garantista, en palabras de Luigi Ferrajoli, se refiere “al sistema de límites y vínculos sustanciales, cualesquiera que éstos sean, impuestos a la totalidad de los poderes públicos por normas de grado jerárquicamente superior a las producidas por su ejercicio” (Ferrajoli, 2006).

A decir del doctor Ramiro Ávila Santamaría (2013), en este tipo de Estado, la constitución es (a) material, porque tiene derechos que serán protegidos con particular importancia, siendo éste su fin, (b) orgánica, porque determina los órganos que forman parte del Estado y que son los llamados a garantizar los derechos; y, (c) procedimental, porque establece mecanismos de participación, tanto en la toma de decisiones, cuanto en la elaboración de las normas jurídicas.

La constitución es norma jurídica de aplicación directa, no requiere de norma supletoria alguna para su efectiva aplicación; en consecuencia, es una norma vinculante a todo quehacer ciudadano y requiere de una autoridad competente para sancionar su incumplimiento.

1.2 Estado de justicia

Esta denominación fue materia de innumerables e inagotables discusiones antes de ser incluida en el texto constitucional de Montecristi, mas, me he de alinear para efectos de este trabajo de investigación con lo dicho por Carlos Santiago Nino (Santamaría, 2013), quien sostiene que las normas jurídicas están compuestas por tres elementos, a saber, los principios, las reglas y la valoración de la justicia, en definitiva, los valores.

Los principios son normas éticas porque suponen una imposición para el Estado de una finalidad ideal, por ejemplo, el contenido del artículo 75 de la Constitución de la República, que reza: “... 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 fin es perfectamente identificable, que nadie quede en indefensión, es un mandato de maximización, entraña una pretensión universal que además conjuga otros derechos y se remite a dos principios, por tanto, en su

aplicación, el resultado debería ser la realización de la justicia por autoridad presente y competente y con rapidez, si la regla no se ajusta al principio, no debe aplicarse, debe reformarse o debe crearse otra que esté conforme con el principio.

De tal manera conjuga otros derechos y principios en su desarrollo, que en el siguiente artículo establece que en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso, dentro del cual se incluye por ejemplo “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”, vemos como se aterrizan los principios de contradicción, oportunidad, incluso la forma como se puede hacerlo; y, en definitiva, queda identificado su fin ulterior, que al ciudadano se le respete el debido proceso, que se le escuche en igualdad de condiciones, que pueda contradecir, presentar pruebas, etc.

1.3 Estado de derechos

Esta cualidad o característica se refiere, por una parte, a la pluralidad del derecho y por otra, a la importancia de los derechos en la Constitución, en el primer caso, salimos de la idea de que la única fuente del derecho que regenta el Estado es la ley y consecuentemente, es el legislativo el único que tiene capacidad de crear normas e interpretarlas; mas, en el segundo caso, existe más de un sistema jurídico y sus fuentes se diversifican, es decir, ya no sólo provienen las normas del legislativo, sino que, quien ejerce la rectoría constitucional crea normas con ese carácter, por ejemplo, a través de los precedentes constitucionales que tienen efecto erga omnes, las instancias internacionales, cuyas resoluciones son generales y obligatorias, las políticas públicas, que tienen fuerza de ley, por ser actos administrativos, con la presunción legal que eso supone, las comunidades indígenas con lo que se conoce como la justicia indígena, en fin, esto denota una pluralidad jurídica que supone para su coexistencia, principios, reglas y valores, que los vinculan entre sí.

El Estado de derechos tiene como fin, el reconocimiento, promoción y garantía de los derechos constitucionalmente establecidos en la Constitución; la libertad probatoria entonces, puede abordarse como un principio, un derecho o una garantía, dependerá de las circunstancias fácticas y el contexto, para saber cuándo ésta, se debe considerar, como una de las tres categorías enunciadas.

LA LIBERTAD PROBATORIA COMO PRINCIPIO, DERECHO Y GARANTÍA

1.4 La libertad probatoria como principio

En palabras de Robert Alexy (1997), el principio es un mandato de optimización, es una norma ambigua, abstracta y general, porque requiere ser interpretada y recreada, no da soluciones determinantes, sino que da parámetros de comprensión, proporciona según este autor un “haz de posibilidades” para la persona que interpreta o aplica el derecho, puede servir como parámetro de interpretación para cualquier norma jurídica y para cualquier situación fáctica, por lo tanto contribuye a valorar el sistema jurídico, permitiendo identificar las normas contradictorias (antinomias) y los vacíos jurídicos (anomias) y dar solución a los fenómenos que se presenten.

En este contexto, el profesor Humberto Enrique Tercero Bello Tabares, en su obra, Tratado de Derecho Probatorio (2016) dice que el principio de libertad probatoria supone que las partes no tienen límite en el uso de los medios probatorios para demostrar sus afirmaciones que fundamentan sus pretensiones o excepciones, pudiendo hacer valer cualquier medio de prueba previsto en el ordenamiento jurídico e incluso las que no se encuentren reguladas por la normativa vigente, siendo el único limitante que el medio pretendido esté expresamente prohibido por la constitución o la ley, debe analizarse entonces cuál es su fin garantista, si es proporcional, racional, razonable y lógico.

En sujeción a este principio se debe discriminar los denominados (a) “medios de prueba regulados o tasados” que no son otros que los que están previsto en la norma positiva, previendo su forma de promoción y evacuación y (b) “medios de prueba no regulados o libres” que son aquellos que no tienen regulada en ningún instrumento jurídico su forma, promoción o evacuación (Tabares, 2016).

Cabe recordar que el antiguo Código de Procedimiento Civil, en su artículo 121 tasaba las pruebas de la siguiente manera: confesión de parte, instrumentos públicos o privados, declaraciones de testigos, inspección judicial y dictamen de peritos o de intérpretes; decía también que se admitirá como medios de prueba las grabaciones magnetofónicas, las radiografías, las fotografías, las cintas cinematográficas, los documentos obtenidos por medios técnicos, electrónicos, informáticos, telemáticos o de nueva tecnología; así como también los exámenes morfológicos, sanguíneos o de otra naturaleza técnica o científica. Incluso en la forma de practicarla, daba la responsabilidad a la parte que quiera beneficiarse de su

reproducción, así, decía: la parte que los presente deberá suministrar al juzgado en el día y hora señalados por el juez los aparatos o elementos necesarios para que pueda apreciarse el valor de los registros y reproducirse los sonidos o figuras. Estos medios de prueba serán apreciados con libre criterio judicial según las circunstancias en que hayan sido producidos.

Se considerarán como copias las reproducciones del original, debidamente certificadas, que se hicieren por cualquier sistema.

Ahora el Código Orgánico General de Procesos, en sus capítulos II, III, IV y V del Título II que se refiere a la prueba y sus reglas generales, hace referencia a la prueba testimonial, con todo lo que esto implica, a saber, declaración de testigos, de parte, declaración anticipada, falsa, juramento decisorio, deferido, etc., asimismo, la prueba documental, su producción, su eficacia, de los documentos defectuosos, de su falsedad o nulidad, documentos digitales, de los documentos públicos, sus efectos, alcance, de los documentos privados, de las pruebas periciales y de la inspección judicial que serán tratados de forma particular más adelante, pero queda claro que las dos normas procesales tasaban de alguna manera cuáles eran las pruebas posibles y cómo reproducirlas, sin que se constituyan un límite o generen la exclusividad a éstos y no otros medios de prueba.

Devis Echandía (2017), cuando aborda los sistemas fundamentales para la regulación de la prueba judicial hace un repaso histórico por los dos sistemas fundamentales para la regulación de la prueba judicial, esto es, el sistema dispositivo e inquisitivo, así, determina que en distintas etapas de la historia del derecho procesal se ha aplicado el principio dispositivo, cuya pretensión es dejar en manos de los particulares, entre otras cosas, la aportación de las pruebas, mientras que en el sistema inquisitivo se otorgan facultades oficiosas probatorias, al operador de justicia, éstas son conocidas como: para mejor proveer.

El autor referido es contundente al afirmar que dentro del derecho privado no es concebible ya mantener al juez maniatado ante el debate probatorio porque, a su entender, no sólo se trata de los negocios entre los privados, sino que hay un interés público en que el resultado del proceso civil sea justo y legal (Echandia, 2017).

Para reforzar su tesis, cita a Carnacini (Echandia, 2017), quien afirma que la disponibilidad del derecho material que se discute en el proceso civil nada tiene que ver con que se pueda disponer de los medios probatorios para establecerlo, en razón de que, una cosa es que dentro del interés privado haya derechos de libre disposición y otra que el proceso como tal tiene un objeto y fin,

esto es, la recta aplicación de la ley y el ejercicio de la jurisdicción del Estado a los litigios privados, justificando las facultades inquisitivas del juez para llevar al proceso la prueba de los hechos sobre los cuales va a versar su sentencia.

En definitiva, existe el “sistema de tarifa legal de las pruebas” y en oposición a éste, el de libre apreciación del juez. Echandía concluye defendiendo la verdad (en líneas posteriores se explicará esta categoría versus la certeza), para que se obtenga el fin de interés público del proceso y no sea éste una aventura incierta y por tanto a más de la libertad de prueba que debe existir tanto en su solicitud y producción de la parte interesada, debe el juez estar investido de facultades inquisitivas para practicar las que, a su entender y saber, considere convenientes para esclarecer los hechos que se hayan propuesto en juicio.

El principio de libertad probatoria entonces, comprende no sólo la libertad en los medios probatorios, sino también la libertad de objeto de la prueba, es decir, que pueda probarse cualquier clase de hecho que se considere puede influir en la decisión de la causa, no obstante, esto no puede degenerar en una utilización a cualquier costo para obtener una fuente probatoria, especialmente cuando esté en contra de los derechos de los ciudadanos, de su dignidad, honor, defensa, en fin, será prueba válida, la que respete el debido proceso.

Este principio de libertad probatoria es interdependiente de los demás principios procesales de la prueba, a saber:

- a) Unidad. Las pruebas que lleguen a presentarse dentro de una contienda judicial pueden ser diversas, es decir de algunos tipos o especie, a saber: declaraciones testimoniales, repreguntas a testigos, documentos públicos o privados, reconocimientos, inspecciones judiciales, declaraciones de parte, grabaciones magnetofónicas, filmaciones, actas de capturas electrónicas, en fin, el universo probatorio es amplio y va a depender de la materia que se esté juzgando y de los medios al alcance de los abogados para que en el proceso existan más o menos medios de prueba de igual o distinta especie; no obstante, todos los medios probatorios que existieren en el expediente, representan, a efecto de su valoración, una unidad, por tanto deben ser apreciados, estudiados, valorados por el juzgador en su conjunto, no de forma individual ya que el juez deberá examinarlos, confrontarlos, para al final llegar a una conclusión, explicando con lógica su valoración, que debe llevar sin esfuerzo a la conclusión que llegue, debiendo ser como digo, una consecuencia lógica.

- b) Comunidad. Se refiere a que el acto procesal de la prueba practicada deja de pertenecerle a la parte que la anunció, produjo o practicó, sino que le pertenece al proceso. Serra Domínguez al respecto dice:

En mérito al principio de adquisición, la prueba aprovecha incluso a la parte contraria a quien la ha proporcionado. A efectos probatorios no existen afirmaciones de una y otra parte, sino solo un conjunto de afirmaciones que por haber sido alegadas por las partes tienen interés para el proceso. (Domínguez, Martín Brañas, González Granda, Damián Moreno, & Fidalgo Gallarado, 2017, pág. 91)

Asimismo, Alacala-Zamora y Castillo sostienen: “...en virtud del principio de adquisición procesal, la prueba aportada por cualquiera de las partes queda a disposición de las demás...” (Niceto, 1964); en palabras de Ubertone “...de acuerdo al principio de adquisición procesal, las pruebas una vez aportadas al proceso (no antes) son del juez y las partes ya no pueden disponer de ellas...” añadiendo: “...no importa quien pruebe, importa qué se prueba...” (Ubertone, 1968); a mayor abundamiento Sentis Melendo afirma: “...se entiende que las pruebas pertenecen al proceso, que se adquieren para él, y no para, o en beneficio de alguna de las partes...” (Sentis, 1965)

Finalmente, Alberto Hinostroza concluye:

...este principio postula, pues, la pertinencia de la prueba al proceso y no al sujeto procesal que la presentó. Por ello, es por lo que, no se concibe que un medio probatorio beneficie únicamente a la parte que la aportó, es más, una vez incorporado al proceso será eficaz para establecer la verdad o falsedad de los hechos alegados por los litigantes, pudiendo inclusive perjudicar los intereses de quien lo ofreció al serle adversa...” (Hinostroza, 2012)

Como consecuencia de lo anterior, deviene en improcedente el desistimiento del medio probatorio agregado al proceso, por lo que surte efectos debiendo ser valorados por el juzgador.

- c) Contradicción. Azula Camacho, en su Manual de Derecho Procesal (Camacho, 2008), explica que este principio consiste en que los distintos medios probatorios se surtan con intervención de la contraparte de quien lo solicitó, esto quiere decir que si la prueba es practicada por la parte actora, la contradicción es a favor de la parte demandada y viceversa; cuando la prueba es oficiosa, la contradicción será para las dos partes. Este principio guarda estrecha relación con la publicidad, porque en la medida que ésta se cumple opera la contradicción.
- d) Inmediación. Encontramos en la Constitución de la República en su artículo 169, que el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia, indicando que las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, debiendo hacer efectivas las garantías del debido proceso; y, dentro de los derechos de protección de todo ciudadano contemplado en el artículo 75 de la Constitución de la República, está el derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad (Asamblea Nacional Constituyente, 2008). Este principio se encuentra más desarrollado en el artículo 19 del Código Orgánico de la Función Judicial en cuyo inciso tercero, literalmente se lee: “...Los procesos se sustanciarán con la intervención directa de las juezas y jueces que conozcan de la causa...” (Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2015)

El principio de dirección o de autoridad es la manifestación pura de un sistema publicista regido por un sistema de intervención del juez en el proceso, ya no ese juez pasivo, sino uno activo, que se preocupe de averiguar los hechos y descubrir la verdad.

- e) Originalidad. Significa que la información de los hechos se debe obtener directamente de la fuente y no por otros conductos que puedan deformarla.
- f) Veracidad y lealtad. Significa que la prueba que se dirige a llevar al juez al conocimiento de la realidad de los hechos debe ser exacta y lo más pura posible, no debe estar deformada, manipulada o modificada para favorecer a alguna de las partes.
- Este principio está recogido incluso en el Código Orgánico de la Función Judicial, que en su artículo 26, dice:

En los procesos judiciales los jueces y juezas exigirán a las partes o a sus abogadas o abogados que observen una conducta de respeto recíproco e

intervención ética, teniendo el deber de actuar con buena fe y lealtad. Se sancionará especialmente la prueba deformada, todo modo de abuso del derecho, el empleo de artimañas y procedimientos de mala fe para retardar indebidamente el progreso de la litis. La parte procesal y su defensora o defensor que indujeran a engaño al juzgador serán sancionados de conformidad con la ley. (Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2015)

- g) Publicidad. Consiste en que no puede haber pruebas ocultas, sino que deben ser conocidas por las partes.
- h) Interés público. En la prueba existe un interés público, que radica en la administración de justicia, como medio de mantener la paz y armonía social

1.5 La Libertad probatoria como derecho

La Constitución tiene principios de aplicación y principios sustantivos, los primeros son de carácter general y los segundos tienen que entenderse en conjunto para todos y cada uno; así, los principios sustantivos se refieren al enunciado y desarrollo de los derechos; se puede ver, en los artículos 10 y 11 de la Constitución de la República, que distingue quienes son los titulares de los derechos consagrados en la constitución y cuáles son los principios para el ejercicio de esos derechos, a saber: las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozan de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales que deben ejercerse regidos por principios como: el ejercicio de los derechos se pueden promover o exigir de forma individual o colectiva; todas las personas son iguales y gozan de los mismos derechos, deberes y oportunidades; nadie puede ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, sexo, religión, etc.; son de directa aplicación y justiciables de forma directa; entre otros, lo que quiere decir que el fin mismo del Estado, como ya se ha dicho, es respetar y hacer respetar los derechos.

Las características esenciales de los derechos son su irrenunciabilidad, son inalienables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía, estableciéndose como fuentes, la constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Ahora bien, dentro de los derechos de protección garantizados en la Constitución de la República del Ecuador, se encuentra el 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 (Asamblea Nacional Constituyente, 2008); asimismo, está el derecho

al debido proceso, dentro del cual está: “Las pruebas obtenidas o actuadas con violación a la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria” (Asamblea Nacional Constituyente, 2008); el derecho a la defensa, dentro del cual está el de 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 (Asamblea Nacional Constituyente, 2008).

De lo transcrito del texto constitucional se puede deducir que no existe límite para la práctica de pruebas, sino como es obvio, lo que esté reñido con la constitución y la ley, lo que en definitiva pueda vulnerar los derechos de las personas; es decir, nuestro sistema garantiza el derecho de libertad de prueba, que es parte del derecho a la tutela judicial efectiva, el debido proceso y el derecho a la defensa.

Asimismo, se advertirá que el ejercicio de este derecho se circunscribe a la prueba judicial que es un acto procesal, como bien lo indica Azula Camacho en su Manual de Derecho Procesal (Camacho, 2008), con el fin de justificar en forma pública la verdad de las afirmaciones que ha hecho la parte y que ha sido negada o impugnada por la otra (Lara, 1999), sobre lo cual va a decidir el juez, quien deberá compararlas, valorarlas y decidir su fuerza probatoria, por lo que a decir de Jeremías Bentham, el arte del procedimiento judicial no es esencialmente más que el arte de producir las pruebas (Bentham, 2000). Coincidiendo con lo dicho, Cabanellas define a la prueba judicial como “...La que se propone y practica ante los jueces y es apreciada por ellos conforme al criterio legal de rigor o libertad imperante...” (Cabanellas, 1997). En palabras de Larrea Holguín, la prueba es un medio de demostrar un hecho o derecho, siendo las judiciales las que se presentan en los juicios y están reguladas en los aspectos adjetivos de los códigos de procedimiento (Holguín, 2005). En sintonía con lo anterior he de coincidir con Armenta Deu, que sostiene: “...la prueba es una actividad que tiene lugar ante el órgano judicial y que se encamina a que aquel adquiera el convencimiento sobre la veracidad de unos hechos controvertidos...” (Holguín, 2005)

La Corte Constitucional (Corte Constitucional , 2009), respecto de la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita de los derechos, dice:

...es un derecho fundamental por derivación, en tanto que resulta necesaria para dar efectividad a los derechos fundamentales en sentido propio, cuando fracasa la garantía primaria de éstos (la obligación jurídica de respeto al imperativo que encarnan). Y, a su

vez, las garantías frente al – poder del – juez en el proceso, gozan de idéntico estatuto, debido a que constituyen otros tantos límites destinados a circunscribir el alcance de las intervenciones de aquel, por su particular incidencia en los bienes más sensibles

El debido proceso, dice la corte, se muestra como un conjunto de garantías, con las cuales se pretende que el desarrollo de las actividades en el ámbito judicial o administrativo se sujete a reglas mínimas, con el fin de proteger los derechos, constituyéndose el debido proceso en un límite a la actuación discrecional de los jueces; el debido proceso, es aquel que permite que la tutela jurisdiccional sea efectiva y en palabras de Álvarez Conde (Conde, 2016), está constituido por los siguientes derechos: a) a juez ordinario; b) a la asistencia de un letrado; c) a ser informado de la acusación formulada; d) a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías; e) a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa; f) a no declarar contra si mismo y a no confesarse culpables; y, g) a la presunción de inocencia.

La misma Corte cita en su sentencia No 00064-2008-EP (Corte Constitucional , 2009), en la que refiriéndose al debido proceso dice:

...el eje articulador de la validez procesal, la vulneración de sus garantías constituye un atentado grave no solo a los derechos de las personas en una causa, sino que representa una vulneración al Estado y a su seguridad jurídica, puesto que precisamente estas normas del debido proceso son las que establecen lineamientos que aseguran que una causa se ventile en apego al respeto de derechos constitucionales y a máximas garantistas como como el acceso a los órganos jurisdiccionales y el respeto a los principios y garantías constitucionales...

Es contundente la Corte Constitucional en afirmar que

El derecho al debido proceso se torna en una garantía eficaz de otros principios y derechos, pues en última instancia protege el principio de legalidad e igualdad de las personas y principalmente el principio de tutela judicial efectiva, inmediata y expedita de los derechos.

La Corte Constitucional colombiana, en el caso T-416/99, respecto del derecho de presentar pruebas, dijo:

Parte central del debido proceso es el derecho a la defensa, es decir, un conjunto de garantías, derechos y facultades suficientes para la protección. Por ello es un derecho

fundamental que se extiende a cualquier procedimiento, con mayor o menor alcance, según su naturaleza y finalidad, el cual se debe observar no solo en su conjunto, sino también en cada una de sus fases, pues la finalidad de los dos derechos es la interdicción a la indefensión, concepto que solo puede darse durante un proceso si no se afecta las condiciones de igualdad.

Pues bien, el derecho a la defensa se desprende entre otros los principios del juez natural imparcial, de presentar pruebas y controvertir las que se aleguen en su contra y el de la publicidad de las actuaciones procesales y el derecho de imputarlas.

Particularmente de la libertad probatoria, como un derecho, la corte reflexiona:

...la indefensión se produce cuando se priva al ciudadano de la posibilidad de impetrar la protección judicial, de sus derechos, o la de realizar dentro de dicho proceso las adecuadas pruebas, o cuando se le crea un obstáculo que dificulte la actividad probatoria, o cuando se le niega una justa legal facultad de que su proceso sea conocido en segunda instancia” (Setencia, 1999).

Como se explicó en líneas anteriores, una de las características de los derechos es que son interdependientes, así, el profesor Andrés Ibáñez, dice que atentar contra la libertad probatoria vulnera el derecho de que la decisión sea adecuadamente motivada, pudiéndose llegar a una conclusión equivocada por:

a) la eventual descalificación por su ilicitud, de un determinado medio de prueba...b) el porqué de conferir, si fuere legalmente posible, eficacia probatoria a actividades de investigación previa al acto del juicio, c) la atribución de relevancia probatoria a ciertos datos aportados por la prueba ...y la razón de negársela a otros. (Ferrajoli, y otros, 2009)

1.6 La libertad probatoria como garantía

Hablar de garantismo, según Marina Gascón Abellán (Ferrajoli, y otros, 2009), es afianzar, asegurar, proteger, defender, tutelar derechos o bienes individuales, frente a una eventual agresión por parte de personas o del Estado, maximizando el ejercicio de los derechos y minimizando sus amenazas.

Así como los principios y los derechos van de la mano, también las garantías y los derechos van juntos, porque como bien anotó Hans Kelsen (Kelsen, 2003), sin garantía, no hay derecho, ya que un derecho que no establezca una garantía resulta una promesa ilusa e irrealizable.

Si volvemos al texto constitucional, veremos como el artículo 76 titula: “Garantías básicas del derecho al debido proceso” y dice que en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso y desarrolla siete, más las que se desprenden del derecho a la defensa y las garantías básicas en los procesos en los que se haya privado de la libertad a las personas.

En esta lógica, la libertad probatoria constituye una garantía, en tanto su práctica, es una herramienta imprescindible para el cumplimiento del derecho que se pretende hacer valer en juicio.

Vale anotar que al menos hay dos dimensiones sobre el derecho de defensa: a) como derecho subjetivo, y b) como garantía del debido proceso. Respecto a la primera dimensión, se lo ve como un derecho fundamental que pertenece a todas las partes en el proceso, cuyas notas características son la “irrenunciabilidad” y la “inalienabilidad” de las que ya hablamos anteriormente. En cuanto a su segunda dimensión, de carácter objetivo institucional, la defensa constituye un verdadero requisito para la validez del proceso, siempre necesaria, aun al margen o por sobre la voluntad de las partes, para la validez del proceso.

A decir de Luis Bueno Ochoa (Camacho, 2008) citado por Camacho, cuando analiza el proceso de salida del juicio “las garantías”, la libertad probatoria es una garantía que conjuga una interacción de “prueba – verdad”, ya que ésta alumbró la procedencia de la alternativa escogida como medio probatorio que debe justificar un fin, demostrar con la verdad, atado al principio de la buena fe y a la doctrina anglosajona conocida como “los frutos del árbol envenenado”

Lo dicho en el párrafo inmediato anterior se puede evidenciar en el contenido del artículo 160 del Código Orgánico General de Procesos que establece como requisito para que una prueba pueda ser admitida que sea pertinente, útil, conducente y que deba practicarse con lealtad y veracidad, ya que debe orientarse a esclarecer la verdad procesal y su obtención no puede estar reñida con la constitución o la ley.

Se evita entonces la arbitrariedad. El garantismo genera un modelo de juez que debe ejercer facultades cognoscitivas, y no un poder decisional, en sujeción irrestricta al principio de legalidad, minimizando al máximo la discrecionalidad.

La garantía de la libertad probatoria supone también libertad del juzgador en cuanto a su apreciación, que se opone al sistema de tarifa legal, así, el profesor Jaime Azula Camacho, en su obra de Manual de Derecho Procesal (Camacho, 2008), explica que esta libertad

...consiste en dejar al juez la facultad de establecer el grado de convicción o credibilidad de cada medio probatorio y de todos en conjunto, pero no de manera arbitraria, sino mediante análisis racional y lógico, exponiendo desde luego, los fundamentos de su conclusión.

Es necesaria esta garantía porque, como lo veremos más adelante, uno de los problemas es la vinculación entre la prueba y el convencimiento del operador de justicia y la posibilidad cierta de mantener un control subjetivo, dicho en otras palabras, evitar decisiones judiciales arbitrarias o alejadas del derecho o de los hechos ciertos, es decir, que las resoluciones sean racionales, que deriven de la razón.

Esta garantía presupone el ejercicio de ciertos elementos: a) poder utilizar todas las pruebas de que dispone el justiciable, con la única limitación de la constitución y la ley; b) que las pruebas sean practicadas dentro del proceso o incorporadas en forma debida cuando se trate de pruebas pre – constituidas, esto tiene que ver con el principio de inmediación; c) Una valoración racional de las pruebas aportadas; y, d) Una motivación adecuada de la decisión.

En definitiva, la libertad probatoria es una garantía en tanto guarda los límites del principio de legalidad, es decir, se sostiene en una facultad cognoscitivista para interpretar, valorar, apreciar la prueba, darle un valor, un peso; y, descartar de forma categórica toda prueba que se haya obtenido con violación a la Constitución y la ley.

En palabras de Jordi Ferrer (Beltrán, 2003) “el ciudadano tiene derecho a probar que se han producido, o no, los hechos a los que el derecho vincula consecuencias jurídicas, sólo de este modo podría aplicarse de forma correcta el derecho”, vemos con estas palabras la importancia de la prueba como una garantía, en el caso del Ecuador con categoría constitucional, con lo que eso implica y que ya se ha explicado.

Capítulo II

REGLAS GENERALES DE ACUERDO CON EL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS Y EL DERECHO PROBATORIO UNIVERSAL

2.1 La prueba

A efectos jurídicos, enseña el profesor Bello Tabares (Tabares, 2016), particularmente procesales, la prueba debe concebirse como una actividad de verificación o comprobación de los hechos con relevancia para el derecho en un proceso judicial, la prueba entonces, en estas particulares circunstancias, se transforma en un instituto, cuya utilidad radica en la verificación o comprobación de los hechos pasados que tienen relevancia jurídica en el presente, que han sido afirmados por las partes en sus escritos de proposición y contestación a éstos, que deben sostener alguna tesis o hipótesis y que luego de sus análisis, pueden ser aceptadas, comprobadas y eventualmente volverse irrefutables.

El análisis de la prueba es de carácter cognoscitivo, como se explicó en líneas anteriores, ya que el operador de justicia conoce una afirmación fáctica que se institucionaliza en el proceso judicial, se contrasta con el presupuesto de la norma jurídica que consagra una consecuencia pretendida por la parte que la invoca en desmedro de la otra, así, se vuelve un proceso dialéctico y contradictorio que genera posiciones antagónicas entre los litigantes, en consecuencia, la noción científica y experimental de la prueba debe permitir conducir al convencimiento del juez, proporcionarle elementos de convicción, traducidos en certeza, según las fuentes probatorias aportadas a través de los medios idóneos, dentro del marco del principio de legalidad y del debido proceso.

En el derecho privado, civil o mercantil, para algunos autores como Antonio Rocha Alvira, citado por Bello Tabares (2016), sólo cuando el método de autocomposición falla, los particulares recurren a un tercero, el *judex*, teniendo siempre la posibilidad de llegar a un advenimiento, a un arreglo, a una transacción que ponga fin a la controversia, razón por la cual, el fin de la prueba es llegar a la verdad relativizada o simplemente formal y no como en el derecho penal, que busca la verdad material, en razón de su naturaleza, especialmente tratándose de los delitos de instancia oficial, en los que se buscará una decisión racional y razonable que aplique el derecho a los enunciados fácticos y que se hayan acreditado en el juicio.

Tan pertinente es la afirmación antes referida que el Código Orgánico General de Procesos – artículo 233, referente a la conciliación y transacción, dentro del título tercero, en las formas extraordinarias de conclusión del proceso– dice: “...Las partes podrán conciliar en cualquier estado del proceso. Si con ocasión del cumplimiento de la sentencia surgen diferencias entre las partes, también podrán conciliar...” es decir que, antes, durante o después inclusive de que se haya dictado sentencia, las partes pueden advenir.

2.2 El fin de la prueba

El maestro Hernando Devis Echandía en su obra *Teoría General de la Prueba Judicial* (2017), al referirse a este tema dice que básicamente existen tres teorías, a las que se hará breve referencia, a saber: 1. La que busca establecer la verdad: el letrado se remite a RICCI, quien dice “probar vale tanto como procurar la demostración de que un hecho dado ha existido y ha existido de un determinado modo, y no de otro” y que la prueba “no es un fin por sí misma, sino un medio dirigido a la consecución de un fin que consiste en el descubrimiento de la verdad”. E. Bonneier, recogido por el mismo autor reflexiona:

Descubrimos la verdad cuando no hay conformidad entre nuestra idea y los hechos del orden físico o del orden moral que deseamos conocer. Probar es establecer la existencia de esta conformidad. Las pruebas son los diversos medios por los cuales llega la inteligencia al descubrimiento de la verdad (Echandia, 2017)

Al explicar esta teoría se recurre a la evidencia interna que da cuenta de los hechos que pueden ser verificados en nosotros mismos y de la evidencia que se produce de forma exógena y que puede ser percibida por nuestros sentidos.

Nicola Framarino Dei Malatesta, quien refuerza la tesis dice “La finalidad suprema y sustancial de la prueba es la comprobación de la verdad”; “la prueba en general es la relación concreta entre la verdad y el espíritu humano”, dice que la prueba es el medio objetivo a través del cual la verdad logra penetrar en el espíritu. La que se dirige al convencimiento o a la certeza subjetiva del juez: se parte del presupuesto de que la verdad es una noción ontológica, objetiva, esto es, corresponde al ser o al hecho propiamente dicho, en consecuencia, el fin de la prueba sería producir en el juez la certeza o el convencimiento sobre la cosa o hecho a que ella se refiere (Malatesta, 1964).

Se recurre para explicar esta tesis a Lessona, quien indica que el efecto probatorio “se dirige a convencer al juez” y que todo medio de prueba puede alcanzar “el doble fin de hacer conocido del juez un hecho – es decir, de darle conocimiento claro y preciso de él -, y justamente de darle la certeza de la existencia o de la inexistencia de aquel hecho”; esa certeza será legal si la ley le impone al juez, y será en cambio moral, si la tiene el juez como efecto de su estado subjetivo (Lessona, 1928).

Chiovenda, al tratar esa doctrina, dice que la finalidad de la prueba es “crear el convencimiento del juez sobre la existencia o la no existencia de hechos de importancia en el proceso (Chiovenda, 1922). Para Gorphe, la verdadera demostración “tiende a convencer al juez” y que “...la finalidad de las pruebas debe consistir en obtener una certeza...” (Gorphe, 1962)

Florian al respecto dice “probar significa suministrar en el proceso el conocimiento de cualquier hecho, de manera que se adquiera para sí o se engendre en otros la convicción de la existencia o verdad de ese hecho” (Florian, 1969) . El estudioso recoge una frase de Micheli, al referirse a la sentencia, que me parece ilustrativa, “la declaración completa de certeza de la relación o del estado jurídico controvertido” y que con la prueba se alcanza la certeza que le permite al juez emitir un juicio (Micheli, 1960).

Carrara por su parte afirma que “en general se llama prueba todo lo que sirve para darnos certeza acerca de la verdad de una proposición” y concluye diciendo “la certeza está en nosotros, la verdad en los hechos” y se pregunta, ¿puede haber certeza donde no hay verdad.? (líneas abajo encontraremos una respuesta) (Carrara, 1957).

También se inscribe en esta tesis Ugo Rocco, diciendo que la prueba tiene por fin “formar la convicción de los órganos (jurisdiccionales) sobre la verdad o la existencia de los hechos”; dice que el convencimiento es siempre subjetivo y además relativo, razón por la cual “la verdad conseguida a través de la prueba y de los medios de prueba es siempre una verdad subjetiva” que sustituye la objetiva o material y es “lo más próxima posible a la probable verdad objetiva”, asimismo dice que “la función de la prueba es netamente procesal, como que está encaminada en el ejercicio de derecho de acción y de contradicción, a formar la convicción del juez, manifiesta en el pronunciamiento de fondo” (Rocco, 1957).

Furno, reflexiona que el fin de la prueba consiste en llevarle al juez la certeza histórica relativa sobre los hechos, proponiendo sustituir la “verdad material” y “verdad formal” por las

expresiones “certeza histórica judicial” y “certeza histórica legal”, siempre que el juez tenga libertad para valorar la prueba o se encuentre sometido a régimen de tarifa legal (Furno, 1984).

La que persigue fijar los hechos en el proceso: esta doctrina se vincula estrechamente con el sistema de tarifa legal, en cuanto a la apreciación de las pruebas, acerca al hecho de que es necesario fijar formalmente los hechos mediante la tarifa legal, esto, a decir de Guasp, es ante la imposibilidad de asignarle a la prueba el fin de llevar la verdad al proceso (Guasp, 1962), en razón de que, en palabras de Carnelutti, “el juez tiene la obligación de no poner en la sentencia hechos discutidos que no hayan sido fijados mediante alguno de los procesos queridos por la ley” agregando que el proceso no sirve para “conocer los hechos, o sea, para establecer su verdad, sino únicamente para conseguir una fijación formal de ellos” y termina diciendo que si se trata a la prueba en estricto sentido jurídico, probar es demostrar la verdad de una proposición afirmada, en lo jurídico, la comprobación de los hechos controvertidos por parte del juez puede no derivar de la búsqueda de la verdad, sino de los procesos de fijación formal, “probar, en efecto, no querrá decir ya demostrar la verdad de los hechos discutidos, sino determinar o fijar formalmente los hechos mismos mediante procedimientos determinados”; así la ley deberá referirse a la prueba para designar todos los medios de fijación intensamente formales, como por ejemplo una declaración de parte o un juramento (Carnelutti, 1958).

Echandía, luego del análisis de las doctrinas o teorías esbozadas anteriormente, reflexiona en el sentido de que, el fin de la prueba no puede ser la verificación de la verdad de las cosas o los hechos, porque éstos existen en sí mismos y la idea de ellos puede variar de acuerdo a como llegue a nuestros sentidos; en consecuencia, las pruebas son los medios para llevar al juez ese conocimiento, en el proceso que dirige, por lo que siempre existirá la posibilidad de que a pesar de cualquier esfuerzo de reproducir “la verdad”, llegue una idea deformada, insuficiente o equívoca de ésta, por eso es que el operador de justicia no llegará a la verdad, sino que, a través de los medios de prueba aportados, de elementos de convicción debidamente incorporados, generará un conjunto de certezas que le permitirá llegar a un convencimiento, para decidir sobre la controversia (se contesta aquí la interrogante: ¿puede haber certeza donde no hay verdad.?) (Echandia, 2017).

Para efectos de este trabajo, puede decirse que nuestro Código Orgánico General de Procesos se inscribe dentro de la segunda doctrina referida; así, en las materias no penales, el fin de la prueba, desde una lógica procesal, es un acto o conjunto de actos de verificación de los enunciados fácticos en los que se sostienen las posiciones de las partes para llegar a un

convencimiento judicial, esto es, la certeza, con ausencia de toda duda razonable; coincidente con esta posición el artículo 158 del Código Orgánico General de Procesos, que dice que la prueba tiene por finalidad llevar a la o al juzgador al convencimiento de los hechos controvertidos (Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2015), lo que reafirma el carácter de cognoscitivo del proceso, que busca reconstruir los hechos pasados afirmados por las partes en sus enunciados, en procura de alcanzar la justicia.

La finalidad de la prueba, por un lado, a) es la verificación, constatación o comprobación de los hechos al ser comparados con las fuentes propuestas por los medios idóneos, para crear convicción o certeza judicial, convencer, para que llegue a un grado de conocimiento del operador de justicia, respecto de los hechos enunciados o afirmados por las partes; y, por otro, b) que el juzgador con dicho convencimiento, motive adecuadamente su sentencia, tanto en los hechos fácticos como en el derecho aplicado, para convencer o persuadir en cambio a las partes y a la colectividad, respecto de la decisión que adopte, alejando toda sospecha de discrecionalidad o arbitrariedad, esto es, construir la previsibilidad y confianza de los fallos judiciales.

Se podrá esbozar a manera de conclusión en este tema, que el fin ulterior de la prueba es construir la presunción judicial, que el Código General de Procesos (Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2015) la define de la siguiente manera:

Art. 172.- Los actos, circunstancias o signos suficientemente acreditados a través de la prueba y que además sean graves, precisos y concordantes, adquieren significación en su conjunto cuando conducen unívocamente a la o el juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias expuestos por las partes con respecto a los puntos controvertidos. Por lo tanto, la o el juzgador puede resolver la controversia sobre la base de estas conclusiones que constituyen la presunción judicial.

2.3 Oportunidad de presentar la prueba y la preclusión

Se trata de una formalidad de tiempo, ¿cuándo debe presentarse o practicarse la prueba?, tiene que ver con algunos principios como el de contradicción, buena fe y lealtad procesal, se pretende con el derecho adversarial evitar las sorpresas, aquellas pruebas de último momento a las cuales estábamos acostumbrados con el sistema escrito, a pretexto de estrategias.

Por tanto, es un tema de doble vía, la oportunidad de presentar y practicar la prueba, pero de otro lado la imposibilidad de hacerlo en otro momento que no sea el fijado por la norma; y, que de hecho si así lo quisiera, se vería imposibilitado porque habría precluido el derecho, se pone en vigencia la autorresponsabilidad, característica del principio dispositivo, es la parte interesada la que debe solicitar, en el momento oportuno, si no lo hace pierde dicha oportunidad. Es una conducta procesal que debe ser observada de forma irrestricta, en caso contrario, a pretexto de garantizar derechos, reinaría el caos en el sistema, para eso están diseñadas las estaciones procesales, sus tiempos y fines.

El maestro Echandía (2017), dice que la oportunidad y preclusión tienen que ver con la carga de la prueba, ya que en el sistema dispositivo se impone a la parte interesada en suministrarla y deberá hacerlo en la etapa que corresponda de acuerdo con el procedimiento en que se tramite la acción.

Ahora bien, si hablamos de algún principio rector en esta materia, sería la aportación o proposición de los medios de prueba y su reproducción o evacuación durante las estaciones procesales correspondientes; resalta su importancia dentro del sistema oral concentrado de audiencias que se encuentra vigente, ya que la prueba debe irse formando en el proceso, atendiendo a los principios de inmediación, contradicción, concentración; es decir, que la oportunidad tiene que ver sí con la proposición, pero también con el legítimo derecho de la oposición a su admisión y su materialización, todo en un mismo proceso y en la menor cantidad de actos.

Este principio se materializa en el contenido del artículo 170 del Código Orgánico General de Procesos, que al hablar de las objeciones dice que las partes podrán objetar las actuaciones contrarias al debido proceso o lealtad procesal, así como cualquier prueba impertinente, inútil o inconducente (Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2015).

Lo dicho corresponde a la regla general, es decir, el proceso es el todo y en el ocurre todo, esto es, se va construyendo la convicción del juez, no obstante, puede pasar, que alguna fuente probatoria corra el peligro de desaparecer o de modificarse, ora por el transcurso del tiempo, ora por su propia naturaleza, ora por la necesidad de disponer de ella; en tal circunstancia, estos medios probatorios pueden anticiparse o pre – constituirse, a fin de conseguir su resguardo.

El profesor Bello Tabares (2016), diseña una clasificación, que resulta harto didáctica, así, nos dice que las pruebas -medios probatorios- pueden ser judiciales o procesales y extrajudiciales

o extraprocesales, los primeros se corresponden a los actuados dentro del contexto que abordamos en el párrafo anterior y los segundos son los que se han practicado fuera del proceso judicial, como diligencias realizadas ante la presencia de notarios, jueces de paz o alguna otra autoridad administrativa o también ante la judicatura como diligencia preparatoria, como lo establece el artículo 120 del Código Orgánico General de Procesos, que dice que todo proceso podrá ser precedido de una diligencia preparatoria, a petición de parte y con la finalidad de, entre otras cosas, anticipar la práctica de prueba urgente que pudiera perderse (Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2015).

Otra excepción sería la prevista en el artículo 171 del Código Orgánico General de Procesos que permite la incorporación de la prueba practicada válidamente en un proceso distinto al que se está tramitando, incluso dice de qué modo, esto es: en copias certificadas, con una condición infranqueable, que en el proceso original se haya practicado ha pedido de la parte contra quien se la quiere hacer valer o que esta haya ejercido su derecho de contradicción (Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2015).

En nuestro Código Orgánico General de Procesos se establece que la demanda debe contener entre otras cosas, el anuncio de los medios de prueba que se ofrece para acreditar los hechos, obliga a que se acompañe la nómina de testigos con la indicación de los hechos sobre los que declararán y la especificación de los objetos sobre los que versarán las diligencias tales como la inspección judicial, la exhibición, los informes de peritos y otras similares; mas, si no se tiene acceso a la prueba documental o pericial, debe describirse su contenido con indicaciones precisas sobre el lugar en que se encuentran y la solicitud de medidas pertinentes para su práctica; esto tiene concordancia con lo que dispone el artículo 190, que manda a que al momento de anunciar la prueba y cuando la solicite, la parte deberá indicar el nombre y domicilio de las y los testigos llamados a declarar y expresar sucintamente el o los hechos sobre los cuales serán interrogados (Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2015).

Asimismo, el siguiente artículo obliga a los litigantes a que acompañen en su acto de proposición los medios probatorios de que se disponga, destinados a sustentar la pretensión, precisando los datos y toda la información que sea necesaria para su actuación; en este mismo sentido, el artículo 159, refiriéndose precisamente a la oportunidad de la prueba, manda a que la prueba documental con que cuenten las partes o cuya obtención fue posible, debe adjuntarse a la demanda, contestación a la demanda, reconvencción y contestación a la reconvencción. Insiste la norma en que la prueba a la que sea imposible tener acceso debe ser anunciada, ya

que aquella que no se anuncie no podrá introducirse en la audiencia (Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2015).

Lo dicho implica que la parte que por alguna razón no pueda acceder a la prueba que pretende utilizar en su favor, debe justificar este hecho, en consecuencia, deberá solicitar en la demanda, contestación a la demanda, reconvencción o contestación a la reconvencción que la o el juzgador ordene su práctica, así consta por ejemplo en el artículo 225 del Código Orgánico General de Procesos (Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2015); de hecho, lo que se puede apreciar en la práctica profesional es que los operadores de justicia mandan a justificar en debida y legal forma esta imposibilidad de acceder a la prueba que pretende.

Vale decir que la norma procesal, así como marca los tiempos y las estaciones para anunciar, adjuntar y practicar las pruebas, también indica la forma, esto es que esta práctica debe ser oral en la audiencia de juicio y es explícita en decir que, para demostrar los hechos en controversia, las partes podrán utilizar cualquier tipo de prueba que no violente el debido proceso ni la ley, quedando claro que nuestro sistema propende a la libertad probatoria.

2.4 Admisibilidad de la prueba

El sujeto de esta actividad, es decir el responsable o competente para admitir una actividad probatoria es única y exclusivamente el juez que conoce la causa, así, las partes solo pueden limitarse a defender, sea su admisibilidad u objetarla, de cuya decisión se podrá recurrir.

La admisibilidad comprende tanto la aceptación del medio que se anuncia o se adjunta, en definitiva, que se quiere hacer valer en el juicio, cuanto la que debe presentarse en el transcurso del proceso, así, se admite y se ordena su práctica.

La admisión, en palabras de Echandía (2017), es “el acto procesal por el cual el juez accede a que un medio de prueba determinado sea considerado como elemento de convicción en ese proceso y ordena agregarlos o practicarlo según el caso”. Esta es la forma constitucional y legal de incorporar en un proceso judicial un medio probatorio, si se procede a una admisión y/o práctica sin considerar las formalidades de la ley, como lo veremos en el párrafo siguiente, se incurre en una violación al proceso, violando la publicidad y contradicción indispensable para que una prueba pueda ser considerada y luego valorada.

Sabiendo quien es el responsable y competente de admitir la prueba, debemos analizar que es lo que debe controlar, valorar o distinguir el operador de justicia, para admitir o inadmitir un

medio probatorio, ya que se trata de una calificación previa de la legalidad del medio presentado o propuesto y su relación con los hechos del litigio; así, el artículo 160 Del Código Orgánico General de Procesos indica que para que una prueba pueda ser admitida debe ser pertinente, útil y conducente, subyace por supuesto la necesidad de que se practique con veracidad y lealtad.

2.5 Conducencia y pertinencia de la prueba

Las pruebas que se pretendan hacer valer en juicio deben ser conducentes, esto es, ser idóneas para demostrar los hechos afirmados y controvertidos, permitir la demostración de los hechos enunciados por las partes, pero además, tener la cualidad de ser capaces de acreditar dichos hechos, en otras palabras guardar las formalidades o solemnidades de ser el caso, para ser eficaces al momento de demostrar los hechos; a efectos de ejemplificar lo dicho, es imposible acreditar el hecho de la propiedad de una raíz con testigos, con un contrato privado de compra-venta del inmueble con reconocimiento de firmas y rúbricas realizado ante notario público; sino que el medio idóneo es y solamente es, la escritura pública de compra-venta del inmueble debidamente inscrito en el registro de la propiedad, e inclusive esto sería insuficiente, sino que necesariamente debe incorporarse un certificado actualizado de gravámenes otorgado por la autoridad competente, lo propio pasaría con una hipoteca, el patrimonio familiar, la existencia del matrimonio, en fin, todo aquello en que la ley prescriba la necesidad de una formalidad o solemnidad para su validez o existencia.

Por otro lado los medios de prueba deben ser pertinentes, es decir, deben tener por objeto la demostración de los hechos materia de controversia que hayan afirmado o negado las partes, como fundamento de sus pretensiones o sus excepciones; así lo recoge el artículo 161 del Código Orgánico General de Procesos, que cuando se refiere a la conducencia de la prueba dice que es la aptitud del contenido intrínseco y particular para demostrar los hechos alegados por las partes; y, respecto de la pertinencia dice que la prueba debe referirse a los hechos o circunstancias en controversia de forma directa o indirecta, es decir debe haber una justificación cualitativa y circunstancial para pretender incorporar algún medio probatorio.

Si los hechos no pueden influir en la decisión de la causa su prueba es claramente innecesaria y por tanto inconducente.

2.6 Necesidad de la prueba

Si se entiende que el operador de justicia fallará en virtud de lo que hayan alegado y probado las partes en sujeción al principio dispositivo, adversarial, contradictorio, contrastándolo por

supuesto con la norma, no puede ser éste el que los fije, los tenga por ciertos o parta de su propio conocimiento.

Son entonces las partes las llamadas a establecer los hechos, ha contribuir en la construcción de la premisa fáctica que luego se recogerá en la sentencia, a través de los medios probatorios que propongan para llegar a las fuentes de demostración y que deberán ser verificados por el juez, a fin de crear la tan anhelada certeza o presunción judicial, sobre los hechos en controversia. Bien dice el aforismo romano: “Judex Secudum Alligata et probata a partibus debet; quod non est in actis, non est in hoc mundo” (el juez debe juzgar según lo alegado y probado por las partes, pues lo que no consta en el proceso no existe en el mundo jurídico).

Bacre, citado por el profesor Bello Tabares (2016), refiere

...a la necesidad de que los hechos sobre los cuales debe fundamentarse la decisión judicial estén demostrados con pruebas aportadas al proceso por cualquiera de los sujetos procesales y que no sean suplidas por el conocimiento personal o privado que de ellos tenga el juez.

Echandía (2017), destaca su importancia al decir, que el principio de necesidad de la prueba y de la prohibición de aplicar el conocimiento privado del juez sobre los hechos “representa una inapreciable garantía para la libertad y los derechos del individuo, que de otra manera estarían en manos de jueces parciales y a merced de decisiones que no podrían ser revisadas por el superior”.

La norma procesal, en su artículo 162, que se refiere respecto de la necesidad de la prueba, dice que deben probarse todos los hechos alegados por las partes, salvo los que no los requieran, asimismo establece, que la parte que invoque la aplicación del derecho extranjero o disienta de ella presentará la certificación del agente diplomático sobre la autenticidad y vigencia de la ley, ya que no es obligación del juez nacional conocer dicho derecho; y, es categórica en prohibir que el juez aplique como prueba su propio conocimiento de los hechos o circunstancias controvertidos.

Existen dos formas de probar el derecho extranjero, a saber; una es mediante la certificación del agente diplomático sobre la autenticidad y vigencia de la ley; y otra, a falta de ese agente diplomático, la parte interesada podrá solicitar al operador de justicia que requiera al Estado de cuya legislación se trate certificar por la vía diplomática la autenticidad y vigencia de la ley.

Respecto a este particular asunto, la Convención de Derecho Internacional Privado, celebrada en la Habana – Cuba el 20 de febrero de 1928, estableció en su artículo 409 que la parte que invoque la aplicación del derecho extranjero, de cualquier Estado parte de la convención, por supuesto, o disienta de ella, podrá justificar su texto, vigencia y sentido, mediante certificación de dos abogados en ejercicio en el país de cuya legislación se trate, que deberá presentarse debidamente legalizada (Convención de Derecho Internacional Privado, 1928). Claro que esta norma, a estas alturas del desarrollo tecnológico y de la profesionalización de los servicios de extranjería de los países poca o ninguna utilidad tendrá ya.

Respecto del contenido normativo expuesto en el párrafo anterior, referente a la aplicación del derecho extranjero, se hace notar que, si bien el contenido del artículo 6, en concordancia con el 13 del Código Civil consagra el principio *iura novit curia*, es decir que toda persona debe conocer el derecho y su ignorancia no excusa a persona alguna, al tratarse de la aplicación del derecho extranjero o en su defecto que no se aplique, la parte interesada deberá aportar al expediente los medios de prueba que demuestren la existencia y contenido de la norma foránea, a fin de que el juez esté en condiciones de conocer y aplicar o no dicha normativa, según corresponda.

2.7 Hechos que no requieren ser probados

Destaca una pregunta de la lectura de la norma materia de análisis, ¿qué hechos alegados por las partes no requieren ser probados?, la respuesta está diseñada en el artículo siguiente y taxativamente, excluye de la siguiente manera:

1. Los hechos afirmados por una de las partes y admitidos por la parte contraria en la contestación a la demanda o de la reconvencción o los que se determinen en la audiencia preliminar, esto debido a que, si no hay controversia respecto de un hecho, éste no puede ser objeto de ella, Pero no basta el silencio o la aceptación tácita, sino que debe ser de forma expresa. Esta admisión del adversario, contra quien se quería hacer valer la prueba, obliga al juzgador a tenerlo en cuenta y a considerarlo suficientemente demostrado, cabe el aforismo clásico “a declaración de parte, relevo de prueba”;

2. Los hechos imposibles: Esta imposibilidad debe ser notoria, considerada indudablemente absurda por expertos en la materia y no a simple conocimiento del juez, a menos de que sea parte de las reglas comunes o mínimas de la experiencia. Así también, esta imposibilidad puede estar dada a los medios de prueba permitidos en la ley y a su imposibilidad material de

demostrar los hechos, a pesar de ser comúnmente admitidos, por ejemplo, la demostración de la existencia de dios o del alma humana; 3. Los hechos notorios o públicamente evidentes: Se trata de lo que es público y de todos sabido, así lo explica Cabanellas (1997), quien dice que en sentido más relativo y exacto, el que releva de prueba por constituir conocimiento generalizado en el lugar y tiempo donde se litiga. Para Chiovenda, citado en el diccionario de esta referencia, “son notorios los hechos que por el conocimiento humano general son considerados como ciertos e indiscutibles, pertenezcan a la historia, a las leyes naturales, a la ciencia o las vicisitudes de la vida pública actual; los hechos comúnmente sabidos en el distrito, de suerte que toda persona que lo habite esté en condiciones de conocerlo. Valentín Cortés (Domínguez, Martín Brañas, González Granda, Damián Moreno, & Fidalgo Gallarado, 2017), en la obra concepto y objeto de la prueba, respecto de este tema dice:

Para determinar si un hecho se debe probar o no, por ser notorio o no, es indiferente que la parte que lo alega afirme la notoriedad o que la parte contraria contradiga la cualidad de notoriedad; pues esta no depende de la voluntad de las partes, de ahí que tampoco tenga valor la admisión de la notoriedad para fijar un hecho en la sentencia, a no ser porque conlleva la particularidad de la admisión del hecho;

4. Los hechos que la ley presume de derecho: Cuando un hecho goza de presunción legal, sea que admita o no prueba en contrario, está exento de prueba, no porque no puede ser demostrado, sino porque no necesita ser probado; en este contexto se sostiene en la doctrina que la presunción no es una prueba, sino exención o dispensa de la prueba.

2.8 Valoración de la prueba

Valorar la prueba consiste, en palabras de Piedad González Granda (Domínguez, Martín Brañas, González Granda, Damián Moreno, & Fidalgo Gallarado, 2017), en otorgar la credibilidad debida a las pruebas practicadas, en virtud de los sistemas de valoración establecidos por el legislador.

Para que pueda ser valorada una prueba el juzgador debe primero interpretarla, este resultado se traduce, bien en la existencia de un hecho que ha resultado probado o bien en su inexistencia, falta de prueba o insuficiencia de ella.

El objeto de la valoración de la prueba, según Calamandrai, es “un juicio acerca de la existencia o de la manera de ser de un determinado hecho o de un determinado acto necesitado de prueba”,

a fin de hacer una valoración fáctica, mediante la subsunción de estos en un juicio general obtenido previamente por inducción de otros casos previos (Calamandrei, 1945).

El Código Orgánico General de Procesos, garantiza la libertad de apreciación del operador de justicia, cuando en su artículo 164 indica que las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica (Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2015), que supone libertad del juzgador en el análisis de las pruebas aportadas por las partes, orientado con suficiente imparcialidad a extraer la coherencia, armonía y concordancia de lo aportado; así lo ha recogido la jurisprudencia ecuatoriana que indica en uno de sus fallos:

...La doctrina respecto a la sana crítica señala que: “las reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano en ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas. El juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente. Esta manera de actuar no sería sana crítica, sino libre convicción. La sana crítica es la unión de la lógica y la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento. Las reglas de la sana crítica conducen en su sentido formal a una operación lógica. Existen algunos principios fundamentales de la lógica que no podrán ser nunca desoídos por el Juez. Las máximas de experiencia de que ya se ha hablado contribuyen tanto como los principios lógicos de valoración de la prueba... (Corte Suprema de Justicia, Tercera Sala de lo Civil y Mercantil , 2007)

La apreciación de la prueba supone el ejercicio que debe hacer el juzgador, sopesar cada prueba en particular y extraer de cada una de ellas los resultados que deberían ser unívocos y concordantes, en palabras de Carlos Cossio (Camacho, 2008), todas las pruebas aportadas al proceso deben armonizar, reunir o aunar como las piezas de un rompecabezas.

Este letrado, se remite a lo que ha dicho la Corte Suprema de su país, recogido por José Fernando Ramírez, en el Código de Procedimiento Civil, sexta edición:

...la apreciación conjunta de la prueba consiste en la actividad intelectual que debe realizar el juzgador de instancia analizando y conjugando los diversos elementos probatorios, y a través de la cual llega a un convencimiento homogéneo, sobre el cual

habrá de edificar su fallo estimatorio o desestimatorio: que son ciertas las alegaciones de hecho en que el demandante basa sus pretensiones o el demandado sus defensas; o que no lo son (Ramírez, 1982).

2.9 Derecho de contradicción de la prueba

Este derecho está atado a un principio que se conoce como principio de contradicción y control de la prueba, que implica que las partes puedan contradecir y controlar los medios y las fuentes probatorias, evacuar los medios y a que las pruebas sean valoradas por el órgano jurisdiccional, se lo conoce también como “principio de exhaustividad”, “bilateralidad” o simplemente contralor (Tabares, 2016).

Es parte del derecho a la defensa, tiene que ver con el respeto del principio de publicidad, de su discusión bilateral, inter - partes, con intermediación del juez, es el derecho de atacar, oponerse, objetar o impugnar la prueba, la fuente o los medios de la prueba y sus resultados materializados en el proceso, con el fin de enervar, mitigar o evitar que el juez valore conforme le interesa a la parte proponente.

Se trata entonces de la posibilidad constitucional de oponerse a la admisibilidad de pruebas por considerarla ilegal, impertinente, inútil, ilícita, inconducente, inidónea, extemporánea, irregularmente promovida o cualquier otro vicio que motive su ataque, con el fin de excluirla del cuaderno procesal y de que no influya en la decisión de la causa.

A decir de Echandía (2017), es el derecho que tiene la parte contra quien se quiere hacer valer una prueba, de oponerse a ella y para este efecto, debe ejercerse en todo momento el principio de publicidad, bajo ningún concepto puede practicarse prueba en secreto o que actúe el conocimiento privado del juez sobre los hechos que consten en el expediente.

A tono con el párrafo anterior Echandía sostiene que la parte contra quien se opone una prueba debe gozar de la oportunidad procesal para conocerla y discutirla, inclusive acuña un término, cuando dice, “incluyendo el derecho a contraprobar”.

2.10 De la prueba nueva y la nueva prueba

Es preciso hacer referencia al principio de la igualdad de oportunidad de la prueba, esto es, que las partes tengan idénticas oportunidades para pedir la práctica de sus pruebas y contradecir las contrarias, pero esto va de la mano con el principio de la formalidad y legitimidad de la prueba,

es decir, que cumpla con ciertos requisitos de modo y tiempo; así, ya vimos que la prueba de la que se disponga debe ser adjuntada con la demanda, con la contestación a ésta, en la reconvención o en su contestación, asimismo, ha quedado claro que la prueba que no se disponga deberá ser anunciada y la que requiera de la intervención judicial para su práctica debe ser perfectamente explicada, en cuanto al modo de practicarla, ubicación, etc., mas, nuestro código adjetivo, concibe una excepción a esta regla, la institución de la prueba nueva, así, su artículo 166 dice que se podrá solicitar prueba no anunciada en la demanda, contestación a la demanda, reconvención y contestación a la reconvención, hasta antes de la convocatoria de la audiencia de juicio, siempre que se acredite que no fue de conocimiento de la parte a la que beneficia o que, habiéndola conocido no pudo disponer de ella.

Ha de quedar claro que se trata, como se dijo anteriormente, de una excepción que basa su pertinencia procesal, en el hecho posible de que en realidad alguna de las partes no estuvo en conocimiento de esa prueba y así deberá demostrarlo; particularmente, estoy de acuerdo con la existencia de esta norma, ya que dentro de un sistema garantista, no puede sacrificarse la justicia por las formalidad, por supuesto que deberá ser atendido un pedido de incorporación de prueba en estas condiciones, con mucho celo, apegado al fin ulterior del proceso que es hacer justicia, ya que sino se correría el riesgo de utilizarla discrecionalmente como artimaña.

Ahora bien, quedan claros la forma y los momentos procesales en los que se debe anunciar, adjuntar y practicar las pruebas, mas no se debe pasar por alto el contenido del cuarto inciso del artículo 151 del Código Orgánico General de Procesos que al referirse a la forma y contenido de la contestación a la demanda, en su parte pertinente dice: "...En el término de tres días de calificada la contestación se notificará con su contenido a la parte actora, quien en el término de diez días, podrá anunciar nueva prueba que se refiera a los hechos expuestos en la contestación..." es decir que, complementado lo dicho al principio de este subtítulo, la prueba debe anunciarse, adjuntarse y practicarse: 1. Con la demanda; 2. Contestación a la demanda; 3. Reconvención; 4. Contestación a la reconvención; 5. Luego de ser notificada con la contestación; la pregunta que cabe sería, ¿también luego de notificada con la contestación a la reconvención?.

Otro tema que ha llamado la atención respecto de la utilización del término "prueba nueva" o "nueva prueba que ya hemos referido, es el contenido del artículo 223 del Código Orgánico General de Procesos, que al referirse a la prueba pericial dice que durante la audiencia de juicio podrán dirigirse a la o el perito, preguntas y presentar pruebas no anunciadas oportunamente

orientadas a determinar su parcialidad y no idoneidad, a desvirtuar el rigor técnico o científico de sus conclusiones, así como cualquier otra destinada a solventar su credibilidad; lo dicho, aparece como un contra sentido de lo que hemos analizado doctrinariamente y con sujeción a la teoría general de la prueba, ya que el numeral 7 del artículo 142 del Código Orgánico General de Procesos indica que como requisito de la demanda se debe presentar la nómina de los testigos con indicación de los hechos sobre los cuales declararán, de manera que es este el momento procesal en el que quedará hecho el anuncio.

De la lectura del inciso referido se colige que no se trata única y exclusivamente de la imparcialidad del perito, su idoneidad, en definitiva su credibilidad, que, quien quiera atacarlo debería hacerlo en la audiencia de juicio, sino que además se trata de desvirtuar el rigor técnico o científico de sus conclusiones, cabe preguntar entonces, ¿si cabe la presentación de pruebas para los efectos comentados, no estamos frente a la “sorpresa” que el garantismo trata de evitar, no atenta esto al principio de contradicción del que ya se habló con detenimiento y que es parte esencial del derecho a la defensa?, ¿si el informe pericial ha sido ya adjuntado y se entiende conocido por la contraparte, por qué dejar para la audiencia una puerta abierta como caja de pandora?

2.11 Prueba en el extranjero

Si se trata de practicar prueba en nación extranjera, la norma procesal se refiere particularmente a las declaraciones de parte o declaraciones de testigos, para cuyo efecto dice se debe notificar a los funcionarios consulares del Ecuador del lugar, para que se reciban a través de medios telemáticos; y si se trata de otros medios probatorios o de no existir funcionario consular se podrá librar exhorto o carta rogatoria a una de las autoridades judiciales del país en donde se pretenda evacuar la diligencia.

El juez no debe rechazar una prueba que se adecua a una ley local extranjera, por el principio de libertad probatoria, puesto que su práctica va a tener lugar en otro país, así tampoco se deberían exigir requisitos de forma que la ley no contemple.

Por otra parte, para la recepción de los testimonios que se deban hacer fuera de la nación, la ley no contempla que se habilite tiempo deficiente o extraordinario, sino que para eso está la prueba anticipada y los medios telemáticos, asimismo dice que los testigos deben ser notificados con tres días de anticipación y que si es menester, los gastos de traslado y permanencia correrán a

cargo de quien lo solicitó, claro que también está la facultad del juez de suspender la audiencia si se considera trascendente algún testimonio en especial.

2.12 La prueba para mejor resolver

De acuerdo al principio dispositivo y modelo adversarial, es claro quien tiene la responsabilidad de la carga de la prueba, lo analizaremos más adelante, sin embargo, a toda regla le cabe una excepción y ésta es una de ellas, la prueba oficiosa; así, debemos entender que la carga de la prueba corresponde a un interés y no a un deber u obligación, es una potestad en cabeza de los sujetos procesales que tengan interés en que se beneficie a ellos con una sentencia o que por el contrario ésta reconozca sus oposiciones, por eso sólo puede tomarse de esta facultad con una debida fundamentación por algo extraordinario.

Esta facultad oficiosa, si bien es propia del sistema inquisitivo, donde el operador de justicia se reviste de iniciativa, no quiere decir que por ello se haya privado a las partes del derecho a aportar pruebas o se haya dejado de lado la carga de la prueba, sino que estaríamos ante una facultad extraordinaria, por lo cual se debe dejar expresa constancia de las razones de su decisión, ahí su carácter de excepcional, que sólo podrá justificarse si el juez necesita esclarecer los hechos controvertidos, lo que de modo alguno debe significar que se afecte a su imparcialidad o neutralidad.

Sobre este tema se tejen posiciones jurídicas y políticas de fondo, de como se ve el papel del Estado, cuando el tejido social se ha roto y debe ser reparado de alguna manera, pues están de por medio dos visiones que pueden superponerse una a otra, esto es, la visión privativista, que indica que el derecho privado tiene que ver con intereses entre particulares y que son éstos los llamados a solucionarlos y, de no poder hacerlo dentro de una autocomposición, recurren a la judicialización, en pocas palabras, no se ve comprometido el orden público. La otra visión sostiene que al momento de institucionalizar la decisión que pondrá fin a la controversia, deja de estar en el orden estrictamente privado y se pasa a la esfera del interés público y es por esta razón que se le concede facultades oficiosas al juez, estamos entonces frente a un sistema esencialmente adversarial pero que de forma excepcional recurre a un judex intervencionista, en procura del bien común, que en este caso se traduciría en la resguardo de la tutela judicial efectiva, la seguridad jurídica, el debido proceso y el derecho a la defensa, es decir, esta excepción debe responder al garantismo y no al sistema inquisitivo.

2.13 Carga de la prueba

Es elemental que la obligación natural de la parte actora es probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en su acto de proposición y obviamente, en la misma línea, es obligación de la parte demandada probar lo que haya negado sólo si su contestación contiene afirmaciones explícitas o implícitas sobre el hecho o la calidad de la cosa; es decir que si en la contienda están sólo los hechos del demandante, la carga de la prueba sólo le corresponderá a él, pero si existe negativa por parte del accionado que contenga afirmaciones vinculadas con los hechos o cosa materia del litigio, el demandado deberá probar sus afirmaciones.

Chiovenda, citado por el profesor Carlos E. Fenochietto (2010), sienta la “premisa” siguiente: “La cuestión de la carga de la prueba se reduce, por consiguiente, a establecer cuáles son los hechos que considerados como existentes por el juez deben bastar para inducirlo a estimar la demanda”; llegando a la “conclusión” que sigue:

El Actor debe probar los hechos constitutivos, esto es, aquellos hechos que normalmente producen determinados efectos jurídicos; el demandado debe probar los hechos impeditivos, esto es, la falta de aquellos hechos que normalmente concurren con los constitutivos, falta que impide a éstos producir el efecto que les es propio;

Lo mismo sucede con los hechos extintivos.

A decir Rubén Elías Morán Sarmiento (2008), en principio, es el actor el que tiene que justificar sus pretensiones, entonces la fuerza de esa obligación recae sobre él, entendiéndose que, carga es la obligación que surge en el proceso para las partes y cuyo incumplimiento puede traer consecuencias de manera general por la incidencia que ésta tiene en los términos de la sentencia. Lo dicho es de trascendental importancia ya que los juzgados en general están repletos de causas que, por la mala práctica de la estación de la prueba, obtienen como resultado sentencia negativas, es decir la sentencia es adversa no por ser la prueba presentada falsa o poco contundente, sino inexistente.

Cada parte está obligada a probar los hechos que alega excepto los que se presumen conforme a la ley, es decir que, para demostrar las pretensiones planteadas en la demanda, como para probar la oposición a ella y sus excepciones, se responderá a la fórmula romana “Actori incumbit probatio; reus in excipiendi fit actor”.

La carga de la prueba entonces tiene que ver con la auto-responsabilidad de las partes por su propia conducta en el proceso, que debe ser marcada por el interés que persiguen o defienden, en consecuencia, corresponde a la autonomía de su voluntad aportar o no pruebas en el expediente, con la consecuencia que hacerlo o no signifique. El juez deberá resolver sobre lo que las partes hayan probado.

2.14 Inversión de la carga de la prueba

La inversión de la carga de la prueba, en palabras de Cabanellas (1997):

(se da) ...por expresa determinación legal o por convención de las partes, allí donde está admitido eso por normas procesales. Caso típico lo configura la protección social del trabajador, contra los infortunios laborales, al establecer la legislación precursora en materia de accidentes de trabajo que éstos se suponen debidos siempre a culpa de la empresa. La misma tendencia se ha ampliado, a favor de las víctimas, en los accidentes de tránsito

Lo transcrito en el párrafo anterior se hace evidente en el Código Orgánico General de Procesos, que establece que, en materia de familia, la prueba de los ingresos de la o del obligado por alimentos recaerá en la o el demandado, conforme con lo dispuesto en la ley sobre el cálculo de la pensión alimenticia mínima; asimismo manda a que, en materia ambiental, la carga de la prueba sobre la existencia de daño potencial o real recaerá sobre el gestor de la actividad o la o el demandado.

Lo propio sucede en materia laboral, dentro de la cual se ha sentado jurisprudencia respecto a que, comprobada la existencia de la relación laboral, corresponde a la parte empleadora, probar el pago de los rubros reclamados por la parte actora¹.

¹ CARGA DE LA PRUEBA Comprobada la existencia de la relación laboral, correspondía al empleador probar el pago de los rubros reclamados por el actor y que se enumeran en el escrito de la demanda. Gaceta Judicial. Año LXXXV. Serie XIV. No. 7. Pág. 1690. (Quito, 11 de febrero de 1985) probada la existencia de la relación laboral, correspondía al empleador probar el pago de los rubros reclamados por el actor y que se enumeran en el escrito de la demanda.

Capítulo III

LA ORALIDAD Y LOS MEDIOS DE PRUEBA

3.1 Generalidades de la oralidad

El título de este trabajo de investigación pretendió develar para el lector, desde el principio el desvanecimiento de una supuesta verdad en cuanto a un cambio de paradigma con la promulgación del CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS, esto es, pasar de un sistema escrito a un oral; nada más alejado de la verdad, para suerte de todos, porque considero que, entendiendo que el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia, no cabía anclarse en novelorías que poco o ningún resultado dan en cuanto se refiere a construir un sistema garantista para los ciudadanos que tienen que recurrir a la judicialización para resolver sus problemas; se afirma esto, en razón de que el Código de Procedimiento Civil diseñó procedimientos con fases o etapas escritas y orales, lo propio ocurre con el Código Orgánico General de Procesos, en el cual subyace un sistema mixto concentrado de audiencias.

Estas dos formas de comunicar la palabra, -escrita y oral-, se ponen de manifiesto como canales procesales o medios para que los sujetos procesales se comuniquen entre sí, en consecuencia, es tan importante el diseño del acto de proposición, cuanto el desempeño en la o las audiencias, observando de forma irrestricta sus principios y reglas, ya que, de no hacerlo, esta comunicación será ineficaz en términos jurídicos, es decir, no conseguirá los efectos requeridos por los interesados.

La palabra oral o escrita, no es más, que la forma que el procedimiento adopta para la expresión de sus actos, a decir de Bonet Navarro, citado por Álvaro Mejía Salazar (2018), la oralidad y la escritura son simples instrumentos para la consecuencia del fin buscado, la comunicación de los actos procesales, por tanto, se constituyen en herramientas, que pueden ser bien o mal utilizadas en la medida que se ejecuten respetando las reglas, el procedimiento, tiempos, formalidades, etc.

El sistema procura generar un equilibrio tanto entre las piezas procesales que deben construirse de forma escrita, cuanto entre las que deben hacerse de forma oral, con el fin de resguardar la seguridad jurídica durante el proceso, así vemos que la demanda, la contestación a la demanda, la reconvencción y la contestación a la reconvencción son escritas, para luego seguir construyendo el cuaderno procesal con la oralidad.

Se trata de combinar las formas más fieles posibles a los hechos fácticos y la técnica jurídica, de hecho, el mandato constitucional como lo veremos más adelante busca la simplificación del sistema procesal, a fin de que se acerque lo más posible a la realización de la justicia, y para esto es fundamental la recreación de los hechos ante un tribunal competente, observando el derecho positivo en procura de restablecer el tejido social que se ha roto, por tanto la oralidad reviste una gran carga de teatralización, ya que como acuña Seteven H Goldberg (1994), es “un juicio-representación”, que procura como lo hemos visto a lo largo de este trabajo, persuadir, construir la presunción judicial.

3.2 La oralidad como un derecho

Las Naciones Unidas, en Asamblea General, aprobaron el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que prevé que “toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley... para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil” (Asamblea General de las Naciones Unidas , 2018)

Se habló ya en este trabajo del derecho a la defensa, por tanto, no se abundará más en el tema, únicamente decir que, en cuanto a la forma, “ser oído públicamente” es un derecho, es decir la forma tiene un peso específico, debe ser oral y de forma pública.

Lo dicho guarda completa sintonía con el mandato de la Constitución de la República que en su literal a), numeral 2, del artículo 86, referente a las Garantías Jurisdiccionales dice: “El procedimiento será sencillo, rápido y eficaz. Será oral en todas sus fases e instancias”. Asimismo, el literal c), numeral 7, del artículo 76, dice: “Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones” el siguiente literal dice: “Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones prevista en la ley...” h) “Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida. El numeral 6 del artículo 168 que refiere a los principios de la administración de justicia, dice: “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”.

En concordancia con lo transcrito en el párrafo anterior, el Código Orgánico de la Función Judicial, en su artículo 18, desarrollando el contenido del artículo 169 de la Constitución, dice:

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

Por último, el artículo 4 del propio Código Orgánico General de Procesos dice que la sustanciación de los procesos en todas las instancias se desarrollará mediante el sistema oral, salvo los actos procesales que deban realizarse por escrito. Inclusive prevé la posibilidad de que estas audiencias se realicen por video conferencia u otros medios de comunicación de similar tecnología cuando no sea posible contar con las partes.

3.3 Anuncio de la prueba

Ha quedado claro que corresponde hacer el anuncio de la prueba en el acto de proposición, contestación a la demanda, reconvención, contestación a la reconvención, asimismo, en el tiempo en que la ley manda, después de notificada con la contestación a la demanda y deberá entenderse que también con la contestación a la reconvención; vale decir, que se deberá adjuntar la prueba de la que se disponga como lo hemos referido a lo largo de este trabajo de investigación.

El artículo 142 del Código Orgánico General de Proceso, cuando se refiere al contenido de la demanda, establece como requisito en su numeral 7:

El anuncio de los medios de prueba que se ofrece para acreditar los hechos. Se acompañará la nómina de testigos con indicación de los hechos sobre los cuales declararán y la especificación de los objetos sobre los que versan las diligencias, tales como la inspección judicial, la exhibición, los informes de peritos y otras similares. Si no tiene acceso a las pruebas documentales o periciales, se describirá su contenido, con indicaciones precisas sobre el lugar en que se encuentran y la solicitud de las medidas pertinentes para su práctica.

Asimismo, el artículo 143 del mismo cuerpo legal dice que se deberá acompañar a la demanda los medios probatorios de los que se disponga, destinados a sustentar la pretensión, precisando los datos y toda la información que sea necesaria para su actuación (Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2015).

Se destaca la importancia del acto de proposición, ya que está en dicho acto procesal, reposando gran parte de la actuación probatoria, tanto es así que se han tejido algunas inquietudes en el foro jurídico respecto de la calificación de la demanda ya que, como se ha dicho, es parte de los requisitos de ésta, en razón del cual, algunos jueces han venido ejerciendo el control constitucional y legal de los actos de proposición mandando, por ejemplo, a que los recurrentes justifiquen documentadamente la imposibilidad de acceder a la prueba, de acuerdo al numeral 8 del artículo 142 del Código Orgánico General de Procesos, lo que de pronto denota una debilidad de la norma, al no establecer con claridad cuáles son las pruebas de acceso de forma taxativa y sólo limitarse a decir que “la solicitud de acceso judicial a la prueba debidamente fundamentada...”, sin explicar, qué fundamentación sería la aceptable o pertinente, como por ejemplo lo establece la norma procesal colombiana que dice:

Cuando la prueba no sea posible de ser recabada por el actor se procederá de la siguiente forma. Se indicará la oficina o dependencia donde puede hallarse la prueba, para que el juez emita el oficio solicitando la certificación de la información y, de ser necesario, remita copia de los correspondientes documentos a costa del solicitante en el término de tres días. Una vez se obtenga respuesta, se pondrá en conocimiento de las partes procesales. El juez se abstendrá de librar el mencionado oficio cuando el demandante pueda, por sus propios medios, obtener el documento directamente o por medio de una solicitud de petición, a menos que se acredite, documentadamente, haber ejercido este sin que la solicitud se hubiese atendido. El acceso de prueba no implica a admisibilidad de la prueba solicitada (Congreso de la República de Colombia , 2012).

Hay que considerar que el fin de la simplificación del proceso de juzgamiento es precisamente evitar dilaciones a pretexto de esperar una prueba de acceso, cualquiera que sea ésta, porque esa era una característica perniciosa del antiguo sistema, que el mismo requirente de tal o cual documento no daba las facilidades, ni siquiera se llevaba los oficios, pero al momento de decretarse autos para resolver, incidentada con el pretexto de que no se había evacuado alguna diligencia solicitada en el período de prueba y que en consecuencia se lo estaba dejando en indefensión. Para eso están las diligencias pre – procesales y la obtención de la prueba material.

Se trata de presentarse a juicio cuando ya se cuenta con todo el acervo probatorio que sea necesario para demostrar su teoría del caso, considerando la existencia de las diligencias preparatorias previstas en el artículo 122 del Código Orgánico General de Procesos, con el fin de completar la legitimación activa o pasiva de las partes en el futuro proceso, anticipar práctica

de prueba urgente que pudiera alterarse o perderse, la recepción de declaraciones urgentes de las personas que por su avanzada edad o grave enfermedad se tema, fundamentalmente, pueda fallecer o de quienes estén próximos a salir del país en forma permanente o por un largo período, de acuerdo al artículo 188 del Código Orgánico General de Procesos; inclusive existen ciertas competencias de jueces contravencionales para conocer diligencias pre – procesales de prueba material en materia penal y civil, o por ejemplo acceder al estatutos migratorio de alguna persona o las que tienen alguna reserva de ley, de manera que se deje sólo como prueba de acceso la que efectivamente ha sido imposible de conseguir por los medios detallados. Consecuentemente, la fundamentación que exige la norma debería ir acompañada de las negativas, o diligencias frustradas o solicitudes no contestadas, no pueden quedar en un mero enunciado.

3.4 Acuerdos probatorios

Se trata de que las partes convengan en no practicar alguna prueba, porque aceptan la que exista o que el hecho es cierto y por tanto no debe ser demostrado, se vuelve un hecho no controvertido, en consecuencia, se suprime la carga de la prueba, así, el artículo 294 del Código Orgánico General de Procesos nos dice que los acuerdos probatorios podrán realizarse por mutuo acuerdo entre las partes o a petición de una de ellas cuando sea innecesario probar el hecho, inclusive sobre la comparecencia de los peritos para que rindan testimonios de los informes presentados, por supuesto que, para que esto ocurra hay un tiempo, esto es, la audiencia preliminar, debiendo ser aprobado por el juez.

3.5 Práctica de la prueba

En cuanto la práctica misma de la prueba, el Código Orgánico General de Procesos, en el inciso cuatro del artículo 159, dice “La práctica de la prueba será de manera oral en la audiencia de juicio. Para demostrar los hechos en controversia las partes podrán utilizar cualquier tipo de prueba que no violente el debido proceso ni la ley”.

Es preciso señalar que la norma procesal prevé juicios de una o de dos audiencias; a saber:

3.5.1 Audiencia única

Esta audiencia está compuesta por dos estaciones procesales, la primera de saneamiento, fijación de los puntos en debate y conciliación; y la segunda, de práctica de pruebas y alegatos.

3.5.1.1 Anuncio de prueba Debe anunciarse oralmente la prueba, en qué orden debe ser practicada, de acuerdo con la estrategia que se haya propuesto la defensa, explicar su pertinencia, conducencia y licitud.

3.5.1.2 Admisibilidad Una vez que se ha cumplido con el anuncio de la prueba el operador de justicia debe otorgar la palabra a la contraparte para que ejerza su derecho de oposición, por lo que deberá observar respecto de su pertinencia, necesidad, utilidad, conducencia y licitud, a tono con el contenido del artículo 170 del Código Orgánico General de Procesos que dice: “Las partes podrán objetar las actuaciones contrarias al debido proceso o lealtad procesal, así como cualquier prueba impertinente, inútil o inconducente...”; luego de lo cual, debe hacer un ejercicio axiológico a fin de declarar la admisibilidad o no de las pruebas anunciadas, tanto de la parte actora, como de la demandada. Esta decisión es apelable en efecto diferido.

3.5.1.3 Práctica de prueba Es el momento mismo de practicar la prueba que haya sido admitida de acuerdo al orden en el que se anunció, es importante detallar pormenorizadamente de qué se trata el medio y qué se prueba con él, si es documental, leer lo pertinente, cuál es la pertinencia y que tiene que ver con el hecho controvertido, trasladar a la contraparte, asimismo, acreditar al perito, hacer las preguntas adecuadas, pertinentes, útiles, que permitan que el juez aprecie y alimente su convicción, lo propio con los testigos, contextualizar con medida e ir a la esencia, en fin, actuar de manera clara, precisa, diáfana y en orden.

3.5.2 Audiencia preliminar

En esta audiencia las partes deben pronunciarse sobre las excepciones previas propuestas, si las hubiera, debiendo ser resueltas; de ser pertinente, en la misma audiencia se resolverá sobre la validez procesal, la determinación del objeto de la controversia, los reclamos de terceros, competencia y cuestiones de procedimiento, que puedan afectar la validez del proceso, con el fin de convalidarlo o sanearlo.

En esta audiencia se harán los alegatos de apertura, en los que expondrán los fundamentos de su demanda y contestación, de la reconvenición si la hubiera y de la contestación a la reconvenición; acto seguido se propondrá o invitará a las partes a conciliar y, de llegar a un advenimiento, se aprobará en sentencia que causará ejecutoria.

Una vez agotada esta estación se continúa:

3.5.2.1 Anuncio de prueba Las partes deberán anunciar la totalidad de las pruebas que serán presentadas en la audiencia de juicio, deberán formular solicitudes, objeciones y planteamientos que estimen relevantes a la oferta de prueba de la contraparte;

3.5.2.2 Pruebas de oficio El operador judicial podrá ordenar pruebas de oficio;

3.5.2.3 Exclusión de medios probatorios Las partes podrán solicitar la exclusión, rechazo o inadmisibilidad de los medios de prueba encaminados a probar hechos notorios o que por otro motivo no requieren prueba;

3.5.2.3 Admisibilidad de la prueba El juzgador resolverá sobre la admisibilidad de la prueba conducente, pertinente y útil, excluirá los medios de prueba que considere inconstitucionales o ilegales;

3.5.2.4 Diligencias Probatorias Ordenará las diligencias probatorias de acceso que se hayan solicitado y hayan sido admitidas, para antes de la audiencia de juicio, fijando día y hora para su realización

3.5.2.5 Acuerdos probatorios Se aprobarán los acuerdos probatorios y se fijará día y hora para la audiencia de juicio

3.5.3 Audiencia de juicio

En esta audiencia, de acuerdo con el artículo 297 del Código Orgánico General de Procesos, se leerá el acta de la audiencia preliminar y se procederá de la siguiente manera:

3.5.3.1 Alegato inicial La parte actora hará su alegato inicial, en el que concluirá indicando el orden en el que debe practicarse su prueba, se actuará en consecuencia con la parte demandada y tercero si fuera del caso;

3.5.3.2 Práctica de pruebas El juzgador ordenará la práctica de las pruebas admitidas en el orden señalado;

3.5.3.3 Declaración de testigos o peritos: Se recibirán las declaraciones de testigos y peritos, de existir;

3.5.3.4 Alegato de cierre Evacuadas las pruebas, la parte actora, demandada y los terceros si hubiere, harán sus alegatos de cierre

3.5.3.5 Resolución Se emitirá la resolución de forma oral

Vale decir, que en el caso de que el operador de justicia haya inadmitido una prueba en la audiencia única o preliminar, podrá apelarse de dicho auto, debiéndose conceder en efecto diferido de acuerdo con el artículo 160 del Código Orgánico General de Procesos y de resolverse admitiendo la apelación, el tribunal superior ordenará la práctica de la prueba, únicamente si el resultado puede variar fundamentalmente.

Capítulo IV

LOS MEDIOS DE PRUEBA DE ACUERDO CON LA DOCTRINA Y AL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS

4.1 De las fuentes, motivos y argumentos

El maestro Echandía (2017) dice que es indispensable distinguir entre fuente, motivo o argumento y medio de prueba; así:

4.1.1 Fuente de prueba “Los hechos percibidos por el juez, de los cuales se obtiene, gracias a una operación mental, el conocimiento de esos mismos hechos o de otros que interesan al proceso”. Explica, que consiste en hechos diferentes del que se trata de probar, es decir, es lo que representa, como puede ocurrir con un documento respecto al contrato, por ejemplo una factura con relación al contrato de servicios profesionales; una declaración de testigo o de parte, con respecto a los hechos que se narraron en el acto de proposición; una fotografía con respecto a la o las personas que constan en ella; también puede pasar que el hecho fuente sea el mismo hecho por probar, por ejemplo con la inspección judicial, que necesariamente debe recaer directamente sobre la cosa en disputa, porque es el examen que hace el juzgador de forma directa, con sus propios sentidos, para determinar, su calidad o circunstancias de ella.

4.1.2 Motivos o argumentos de prueba Es un ejercicio en rigor axiológico, ya que es una operación mental de deducción y valoración de las fuentes de prueba, dándole o negándole convicción en conjunto o por separado. Es la fundamentación que hace el juzgador cuando explica si la fuente es prueba o no, o los elementos de convicción que tiene para considerarla válida o desecharla; inclusive, darle mayor o menor peso probatorio a una u otra prueba. Es el resultado del análisis de la naturaleza de los motivos, ayudados de la lógica, de la psicológica y de toda disciplina auxiliar del derecho, es decir, es de carácter subjetivo, del juez y su experiencia, sus propios valores, su moral, su cultura que le permiten apreciar y concluir de alguna manera.

4.2 Los medios de prueba

Son los actos a través de los cuales, las partes suministran al juez los elementos de convicción que le permiten nutrir la presunción judicial, aunque no es la única forma, porque puede el propio operador judicial procurar esos elementos de convicción a través

de la prueba oficiosa. Ejemplo de estos actos pueden ser: La declaración de parte, de testigos, instrumentos públicos o privados, informes periciales, inspecciones judiciales, reconocimientos de firma, en fin, todo acto que le permita percibir al juez, sobre los hechos; por otra parte, están los instrumentos, objetos o personas a través de los cuales se llega al convencimiento de las cosas o los hechos que se pretender probar, para mejor entender, no se puede concebir una declaración sin un declarante, una inspección sin un objeto que inspeccionar, un reconocimiento de firma, si la firma y la persona que lo hizo, es decir, los elementos personales y materiales de la prueba.

Lo dicho es una manera de verificar procesalmente la adquisición de la prueba que llevó al juez al conocimiento de los hechos que son materia de juzgamiento, explica Cernelutti, citado por el autor colombiano referido, “entre el confesante y la confesión o el testigo y el testimonio, no media más distinción que la del punto de vista; no son hechos diversos, sino uno mismo contemplado por el derecho y por el revés, sin que sea posible separar el uno del otro, y constituyen el mismo concepto.

El medio suministra los hechos fuente de la prueba, es el vehículo a través del cual el operador de justicia puede conocer, es el continente donde está contenida la fuente, que además debe no solo contener “la verdad” sino guardar las formas o solemnidades para ser válidas; por ejemplo, así se haya pagado el precio y entregado la cosa, no se puede probar la compraventa de inmueble con un documento privado o con declaraciones testimoniales, si siquiera con el reconocimiento de firmas y rúbricas del documento ante un notario o juez.

Además, no sólo cumplir con las formas, sino también con los tiempos, deben ser incorporados en el expediente con suficiente oportunidad, ya que prueba que no llega en la forma y en tiempo adecuado a juicio, no surte efecto jurídico, consecuentemente, no servirá para adquirir certeza sobre los hechos por probar.

Se entenderá entonces al medio como una actividad humana que tiene un mecanismo para representar, pero así también que puede ser la persona o cosa la propia prueba, por ejemplo, ya dijimos en el caso de la inspección, pero así también la persona, que tiene en su humanidad las secuelas de un daño, es decir se constituye en objeto y medio de prueba.

Ejemplo de lo dicho, el testigo, el perito, el declarante, son los órganos; el testimonio, el dictamen y la declaración de parte, son los medios; los hechos narrados o explicados son las fuentes, y lo que hace convincente esa prueba, son los argumentos o motivos.

4.3 Libertad de medios probatorios

Aunque se ha explicado en detalle sobre la libertad de medios y de objeto, tratándose de que el tema que se investiga precisamente tiene que ver con los límites de la libertad probatoria, dentro del sistema concentrado de audiencias, previsto en el COGEP, hemos de ratificar que nuestro sistema no limita los medios de prueba utilizables en juicio.

El sistema prevé la libre apreciación del juez, ya lo analizamos en capítulos anteriores, también llamada de sana crítica o apreciación razonada, limitando solamente los medios que puedan tener vicios de inconstitucionalidad o ilegalidad, o los que sean el resultado de algo ilegítimo o atentatorio a los derechos humanos, la conocida doctrina del fruto del árbol envenenado.

Ahora bien, que exista libertad probatoria, tanto de medios cuanto de objeto, no quiere decir que no existe rigurosidad en la formalidad de obtenerlas, de anunciarlas y practicarlas, ya que están sujetas a estrictas ritualidades, ora por la disciplina en cuanto a los momentos de hacerlo, ora por las consecuencias de no apegarse a las reglas, ora por las solemnidades indispensables que algunas pruebas necesitan.

Nuestro sistema, no sólo por el Código General de Procesos, sino por el marco constitucional y leyes preexistentes, es mixto, ya que hay libertad en los medios de prueba que se utilizan, pero así también hay pruebas legales que están determinadas, por lo tanto, van a existir medios enumerados que el juez no puede desconocer, pero se le otorga la facultad de admitir u ordenar otros que estime útiles.

Atento a lo dicho en el párrafo inmediato anterior, el Código Orgánico General de Procesos hace una clasificación de tres tipos de pruebas, a saber:

- a) La prueba testimonial, que es la declaración que rinde una de las partes o un tercero;
- b) La prueba documental, que es todo documento público o privado que recoja, contenga o represente algún hecho, constituya o incorpore algún derecho;
- c) La prueba pericial, que es la que tiene como propósito que expertos debidamente acreditados, llamados auxiliares de justicia, puedan verificar, hechos, circunstancias, objetos que son materia de juzgamiento.

Pero que exista una determinación tan precisa de los medios probatorios en el Código Orgánico General de Procesos, no quiere decir que sean los únicos que constituya un límite para la utilización de otros medios, por ejemplo, y a pesar de la enumeración de los medios de prueba,

existe una serie de posibilidades que sobre todo la época de modernidad tecnológica en que vivimos nos puede brindar; consecuentemente, no se lo puede tomar de forma excluyente, sino al contrario como una descripción general que incluye a una serie de posibilidades que se desprenden de la informática y otras ciencias o técnicas. Por ejemplo: En materia de seguros, es preciso destacar que uno de los medios de prueba tienen que ver precisamente con la ley de comercio electrónico, de seguros y la práctica internacional de seguros a nivel mundial, que se refieren a esos medios técnicos, electrónicos, informáticos, telemáticos o de nueva tecnología, ya que precisamente fuera de todas las formalidades conocidas, en los seguros se utilizan entre otras cosas, la figura del “slip”² que una vez trabados, es prueba de que se ha llegado a la negociación e inmediata cobertura, en definitiva, se ha repartido el riesgo, consecuentemente, en caso de litigio o para efectos de cotización o indemnización por siniestro, la prueba entre otras por supuesto, es la captura electrónica, con dominio, firmas y sellos del slip en cuestión. (artículo 14 y siguientes de la ley de comercio electrónico)

La libertad para admitir cualquier medio de prueba o sistema de la prueba libre es un complemento ideal del sistema de la libre apreciación, esa libertad encuentra límites únicamente en las formalidades procesales para la proposición, ordenación y práctica de los medios de prueba, por ser necesarias para garantizar la debida contradicción y la lealtad en el debate probatorio.

Este sistema, como ya se ha dicho no es incompatible con la determinación legal previa de algunos medios admisibles, ni con la exigencia de determinados medios formales o solemnes para la validez de ciertos actos jurídicos materiales, sino, por el contrario, puede coincidir perfectamente con estas exigencias como sucede con la escritura pública para contratos de disposición de inmuebles, en lo que, por ejemplo, nuestro Código Civil es absolutamente taxativo al decir en su artículo 1718 que la falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiera de esa solemnidad, como lo decíamos líneas arriba, y se mirarán como no ejecutados o celebrados, aun cuando en ellos se prometa

² Slip: Palabra inglesa que se traduce por “foja desprendible” y en el mercado de seguros hace referencia a una pequeña lista en la que se recogen los detalles característicos del riesgo. En materia de reaseguros y en ciertas legislaciones como la inglesa el reasegurador y el asegurado pueden convenir en que un Slip firmado por ellos tenga validez como póliza. A este Slip se le conoce como “Policy Slip”. Lloyd’s reconoce dos tipos de Slips: a) Placing Slip “Slip Colocación”: Es aquel que contiene un resumen de los términos de un contrato de seguro o tratado de reaseguro potenciales que se presenta por el bróker a los suscriptores para su consideración. Los suscriptores pueden: borrar, modificar, enmendar o añadir los términos que consideren necesarios en el Slip a fin de establecer la indicación o cotización correspondiente. B) Signing Slip: “Slip Firmado”: Es aquel documento creado por un bróker de Lloyd’s luego de que una cotización ha sido aceptada, con el propósito de procesar las firmas en función del contrato cuya evidencia consta en el Slip de colocación. Es una versión corregida del Slip de colocación y presenta las firmas y sellos de los suscriptores, así como las denominadas líneas firmadas y las referencias de la suscripción que han sido insertadas por cada suscriptor a petición del bróker.

reducirlos a instrumento público dentro de cierto plazo, bajo un cláusula penal que no tendrá efecto alguno.

No hay razón para impedirle al juez la admisión de los nuevos medios de prueba que el progreso científico pueda aportar sólo porque no encajan en alguno de los enumerados en el código; lo razonable es permitirle la formación de su convencimiento y la investigación de la realidad de los hechos por todos los medios que de cualquier manera sirven para ese propósito, y otorgarle libertad para apreciar su mérito según las reglas de la sana crítica y libre apreciación.

Se ha de insistir en que debe conservarse la exigencia de determinados medios que la ley contempla como requisitos para la validez o existencia de ciertos actos jurídicos materiales, formalidades, *ad substantiam actus*, y nada impide que subsistan dentro de un sistema de libertad de medios y libre apreciación, como excepciones taxativas, porque contemplan un aspecto jurídico diferente: la aptitud que ciertos actos extraprocesales tienen para producir especiales efectos jurídicos materiales. El juez no puede entonces considerar como existente y válido un acto de estos, si no existe el medio solemne prescrito por la ley; pero ya no se trata de su prueba, sino de su existencia jurídica; con otros medios se puede demostrar que ocurrieron los hechos que, de haberse cumplido con tal formalidad, hubieran configurado el acto o contrato, pero su existencia jurídica o su validez solo se prueban con aquella solemnidad, como ya se explicó.

4.4 Requisitos que deben cumplir los medios de prueba en relación con la prueba

Echandía (2017) al tratar de las diversas fases de la actividad probatoria, dice que hay ciertos requisitos intrínsecos y extrínsecos, “los primeros atañen al medio mismo utilizado en cada caso incluyendo su objeto y los segundos se refieren a circunstancias que existen separadas de ese medio, pero que se relacionan con él y lo complementan”.

4.4.1 Requisitos intrínsecos a) la conducencia del medio; b) la pertinencia o relevancia del hecho objeto de la prueba; c) la utilidad del medio; d) la ausencia de prohibición legal de investigar el hecho. Rigen para la fase de producción de la prueba y se revisa su cumplimiento en la de valoración.

4.4.2 Requisitos extrínsecos a) la oportunidad procesal o ausencia de preclusión; b) las formalidades procesales; c) la legitimación y postulación para la prueba de quien la pide o la presenta y la legitimación del juez que la decreta oficiosamente; d) la competencia del juez o de su comisionado; e) la capacidad

general del juez o funcionario comisionado y de los órganos de la prueba (testigos, peritos, intérpretes, partes cuando confiesan) y la ausencia de impedimentos legales en aquellos y estos. Rigen para la fase de producción y parcialmente para la asunción y valoración, pero en ésta debe revisarse su cumplimiento.

Es importante referirse a estos requisitos doctrinarios, respecto de los medios de prueba porque se aplican de forma transversal a toda la prueba; y, en cuanto a la asunción por el juez, rigen los de oportunidad, competencia y capacidad e idoneidad de éste, ya que por tratarse de operaciones sensoriales y mentales no están sujetas a requisitos de forma, y nada tienen que ver con los intrínsecos del medio mismo ni con los propios de las partes y órganos; por su parte, la valoración o apreciación se sujeta también a los requisitos extrínsecos de oportunidad, formalidad escrita u oral, clase de providencia en que debe efectuarse, legitimación e idoneidad y competencia del juez que la hace.

Si la prueba propuesta o presentada por la parte legitimada para ello reúne los requisitos intrínsecos y extrínsecos, no puede el juez rechazarla con el pretexto de que dispone de otros medios mejores por practicar para demostrar el mismo hecho; por el contrario, tiene obligación de admitirla. Como observa Lessona, citado por el autor colombiano referido, "las restricciones en el ejercicio del derecho no se aplican sino en virtud de ley". Pero este principio tiene una excepción que la doctrina acepta y algunas legislaciones consagran, esto es, que si la prueba resulta inútil porque el hecho está suficientemente demostrado, o goza de notoriedad pública o de presunción legal o de cosa juzgada, puede el juez rechazarla en defensa de la economía procesal (Echandia, 2017).

El juez no puede negarse a recibir o a practicar la prueba que esté perfectamente actuada, a pesar de que considere que es infundada la pretensión o excepción que el peticionario deduzca del hecho sobre que recae, ya que ese juicio axiológico sólo puede hacerlo al momento mismo de la decisión, de la valoración de las pruebas que se hayan ingresado al expediente. Una cosa es la conducencia de la prueba, su utilidad y la pertinencia del hecho que se va a probar, e inclusive la eficacia plena que aquella tenga para convencer al juez de la existencia de éste, y otra muy diferente que la pretensión o excepción tenga fundamento en derecho; la existencia de prueba suficiente sobre el hecho de la demanda o la excepción no significa que de él se deduzcan los efectos jurídicos perseguidos por esa parte; pero ésa es cuestión que debe resolverse en la sentencia, como ya se ha dicho.

4.5 Clasificación de los medios de prueba

La doctrina reconoce medios de prueba directos, indirectos, críticos o históricos, plenos o completos e imperfectos e incompletos, de cargo y de descargo, simples y complejos o compuestos, formales y sustanciales, sumarios y contradichos, preconstituidos y casuales, procesales y extraprocesales, personales y reales o materiales, de primer grado o de grado mayor, principales y accesorios, libres y legales o regulados, lícitos o permitidos e ilícitos o prohibidos, por ejemplo, son ilícitos el narcoanálisis, el hipnotismo para obtener declaración de parte, la inspección judicial que viole la reserva que la ley establezca para la correspondencia privada o las cuentas bancarias, el uso del tormento para obtener confesiones o testimonios.

Considerando el concepto desde el punto de vista examinado, pueden distinguirse tres clases: personales, documentales y materiales; los primeros son los testigos, los peritos y las partes en cuanto confiesan o admiten los hechos; los segundos las escrituras públicas y privadas, las fotografías, los planos, los dibujos, los últimos las cosas materiales, los rastros o huellas.

Esto es concordante con lo que ya se refirió respecto del tratamiento que da el Código Orgánico General de Procesos respecto a la clase de pruebas que concibe:

- a) La prueba testimonial, que es aquella declaración que rinde una de las partes o un tercero;
- b) La prueba documental, que se refiere a todo documento público o privado que recoja, contenga o represente algún hecho o declare, constituya o incorpore un derecho;
- c) La prueba pericial, que es aquella que tiene como propósito que expertos debidamente acreditados puedan verificar los hechos y objetos que son materia del proceso;
- d) Una prueba directa y muy utilizada, que es la inspección judicial.

4.5.1 La declaración de parte

De acuerdo al Código General de Procesos la declaración de parte es el testimonio de los hechos controvertidos, el derecho discutido o la existencia de un derecho que rinde una de las partes; no obstante, me pregunto, cabe en el interrogatorio el reconocimiento de un hecho propio o personal del declarante, que le va a traer consecuencias jurídicas, es decir, ¿no se trata de una declaración contra sí mismo como era la confesión?, creo que la respuesta a esto sería el

juramento decisorio previsto en el artículo 184 del Código Orgánico General de Procesos, que lo analizaremos más adelante.

Entender la verdadera dimensión de esta figura jurídico procesal es de trascendental importancia. Saber preguntar, creo que es el primer paso y sólo se lo puede hacer si se entiende cual es el fin de este medio probatorio. La nueva norma procesal desapareció la confesión judicial, varios autores, han sostenido históricamente que “toda confesión es una declaración de parte, pero no toda declaración de parte es una confesión”.

La naturaleza jurídica de la declaración de parte tiene que ver con que el declarante responda únicamente con la verdad, para que el juzgador pueda decidir, por eso debe hacer un control constitucional del interrogatorio para evitar preguntas compuestas, sugestivas, capciosas, impertinentes, inconducentes, en fin, un buen interrogatorio puede conseguir buenas respuestas, a menos que expresamente se quiera contestar de forma evasiva o apócrifa.

4.5.2 La prueba testimonial

4.5.2.1 Breve antecedente histórico. La prueba por declaración, y especialmente la prueba testimonial, en la antigüedad se constituía en el medio con mayor credibilidad, precisamente la palabra de las partes y los terceros, en declaraciones que se rindieran en el proceso, eran indispensables para resolver los conflictos, claro que, poco a poco fueran perdiendo terreno como la reina de las pruebas por el desarrollo de otro tipo de constancias de los hechos, actos o circunstancias.

4.5.2.2 Definición. Se dijo ya que el Código Orgánico General de Procesos define la prueba testimonial como:

... la declaración que rinde una de las partes o un tercero. Se practica en la audiencia de juicio, ya sea de forma directa o a través de videoconferencia u otro medio de comunicación de similar tecnología, con excepción de las declaraciones anticipadas. Se lleva a cabo mediante interrogatorio de quien la propone y contrainterrogatorio de contraparte...

4.5.2.3 Los testigos. Ya se ha revisado también quién y cómo rinde la declaración de parte, corresponde entonces saber quién testifica, así, el artículo 189 del Código Orgánico General de Procesos señala que testigo “Es toda persona que ha percibido a través de sus sentidos directa y personalmente hechos relacionados con la controversia”.

4.5.2.4 Quiénes pueden ser testigos. Cualquier persona puede ser testigo, sin embargo hay excepciones para que una persona pueda excusarse de responder preguntas

que puedan acarrearle responsabilidad penal personal a él, a su cónyuge o conviviente en unión de hecho o a sus familiares comprendidos dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, excepto las que se refieren a cuestiones de estado civil o de familia, y también puede negarse a responder las preguntas que violen su deber de guardar reserva o secreto por razón de su estado u oficio, empleo, profesión, arte o por disposición expresa de la ley.

4.5.2.5 Quiénes no pueden ser testigos. Según el artículo 189 no pueden declarar como testigos:

- Las personas absolutamente incapaces;
- Las que padecen enfermedad mental, que les prive la capacidad de percibir o comunicar objetivamente la realidad;
- Las que al momento de ocurridos los hechos sobre los cuales deben declarar se encontraban en estado de embriaguez o bajo el efecto de sustancias estupefacientes o psicotrópicas.

4.5.2.6 Forma de la prueba testimonial. De conformidad con los artículos 177 y 178 del Código Orgánico General de Procesos, la prueba testimonial guarda ciertas formas, a saber:

- Debe ser precedida del juramento rendido ante el juez;
- La persona que declara debe estar asistido por un abogado;
- La declaración debe ser rendida personalmente y dentro de la audiencia respectiva;
- Si no llegare el testigo y su declaración fuera trascendental, la parte interesada puede solicitar la suspensión de la audiencia, pudiendo constreñir con la fuerza pública al testigo para declare;
- Se puede interrogar a los procuradores o apoderados únicamente por los hechos realizados a nombre de sus mandantes;
- La persona jurídica puede declarar a través de su representante legal, pero si este no intervino en los hechos o actos controvertidos, deberá dejar plena constancia en la audiencia preliminar;
- Cuando un incapaz rinda declaración, en los casos que la ley le faculte, lo hará acompañado de su representante legal o de su curador, se exceptúan las niñas, niños y adolescentes que solo podrán declarar sin juramento ante la presencia de sus representantes;

- Si existen respuestas evasivas o incongruentes, o en su defecto la negativa a declarar, serán valoradas por el operador de justicia conforme a las reglas de la sana crítica, siempre que la ley no requiera que se pruebe de otra forma;
- Es lícito formular preguntas sugestivas sobre temas introductorios que no afecten a los hechos controvertidos, recapitulen información ya aportada por el declarante o cuando el operador de justicia ha calificado al testigo como hostil. También se permiten este tipo de preguntas en el contrainterrogatorio, cuando se practique la declaración que una parte ha pedido de la otra.
- Debe hacerse siempre un control de constitucionalidad y legalidad del interrogatorio, consecuentemente, el juez negará las preguntas inconstitucionales, impertinentes, capciosas, obscuras, compuestas y aquellas destinadas a coaccionar ilegítimamente al declarante.
- Los funcionarios constantes en el numeral 9 del artículo 177 del Código Orgánico General de Procesos, que deben rendir declaración de parte, emitirán informe con juramento sobre los hechos con respecto a los cuales se les haya solicitado.

4.5.2.7 Práctica de la prueba testimonial. Se desarrolla a través de declaración, observando lo siguiente:

- El operador de justicia tomará juramento y advertirá al declarante de su obligación de decir la verdad y de las penas de perjurio;
- El operador de justicia preguntará al declarante sus nombres y apellidos, su edad, estado civil, dirección domiciliaria, nacionalidad, profesión u ocupación;
- La parte que haya pedido la presencia del testigo deberá interrogarlo, una vez hecho lo cual, la contraparte podrá contrainterrogar al declarante;
- El declarante estará impedido de leer notas o apuntes durante la práctica de su declaración, a menos de que se trate de valores o cifras

4.5.2.8 Del interrogatorio. Es un examen directo que se hace a los testigos, se constituye en una herramienta para dar elementos de convicción al juzgador, en atención a su teoría del caso, en consecuencia, es una fuente interesante de información de los hechos sobre los que versa el caso; por tanto, como ya se dijo, es importante saber preguntar, ya que las preguntas deberá hacerla el profesional del derecho que solicitó dicha prueba, de forma directa, sin incomodar al testigo, a fin de que deje claras las cuestiones

que son de interés para la causa y para esto existen, más allá del tema normativo, algunas técnicas que brinda la litigación oral son, a saber:

- Preguntas abiertas: Son aquellas que, para responder, deben hacerlo con una introducción o descripción del hecho o la circunstancia materia del interrogatorio, debe utilizarse ¿qué? ¿quién? ¿cómo? ¿cuándo? ¿dónde? ¿cuál? ¿por qué?, etc., Ej. Cuéntele al señor juez ¿Cuántos años vive en la casa, cuya dirección acaba de consignar en sus generales de ley, es en la calle las Gardenias 234 y Los madroños? ¿recuerda dónde estaba usted el 15 de diciembre de 2017, a las 18h00? ¿qué se encontraba haciendo el 15 de diciembre de 2017, a las 18h00?, ¿qué ocurrió el 15 de diciembre de 2017, a las 18h00?
- Preguntas cerradas. Son la que buscan respuestas con datos específicos por parte de los testigos con el propósito de enfatizar algún punto de la declaración y tener más control sobre la información que se va introduciendo al juicio, es decir, no da lugar a dilaciones, ni contextos, sino a respuestas categóricas. Ej. ¿Con qué personas estuvo usted el 15 de diciembre de 2017, a las 18h00? ¿Usted vio el ingreso de personas extrañas a la casa ubicada en la calle las gardenias 456, que se encuentra frente a la suya, el 15 de diciembre de 2017, a las 18h00?

4.5.2.9 Del contrainterrogatorio. Es un contra examen a los testigos que no fueron a declarar al llamado de uno, por tanto, es una herramienta que busca controlar, modular, matizar o atacar de plano la información que la otra parte está ingresando al proceso; incluso puede utilizarse para desacreditar al testigo.

En este tipo de interrogatorio se admiten preguntas sugestivas, de acuerdo numeral 7 del artículo 177, ya que es necesario muchas veces, contextualizar, recapitular la propia información aportada por el declarante; y, por supuesto que el buen uso de las preguntas cerradas se llevan la atención del contrainterrogatorio, siempre que sean técnicamente bien hechas.

4.5.2.10 Objeciones al testimonio. El operador de justicia tiene la obligación de hacer un control constitucional y legal de la forma como se lleva a cabo la declaración testimonial, así deberá garantizar la constitucionalidad y legalidad de las preguntas, pero si acaso pasa por alto este control, se pueden objetar las preguntas que se pretende hacer a los declarantes, impugnando las preguntas, en consonancia con lo que

dispone el artículo 176 del Código Orgánico General de Procesos, cuando éstas acarreen responsabilidades penales al declarante, sean capciosas, sugestivas, compuestas, vagas, impertinentes, inconducentes, hipotéticas, claro que éstas últimas que versen sobre hipótesis u opiniones, criterios o conclusiones si se las puede hacer a los auxiliares de justicia, a los peritos.

4.5.2.11 Notificaciones al testigo. La única forma de que un testigo se entere de que tiene que rendir una declaración, es siendo notificado, así lo prevé el artículo 191 del Código Orgánico General de Procesos “La o el testigo será notificado, mediante boleta, con tres días de anticipación a la diligencia. En dicha notificación se le advertirá la obligación de comparecer y se le prevendrá que, de no hacerlo y no justificar su ausencia, será conminado a comparecer con el apoyo de la Policía Nacional”.

Es obligación del testigo o perito comparecer a la audiencia, así lo dispone la Constitución de la República, en el literal j) del numeral 7 del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador que dice: “j) Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo”.

Si algún testigo no comparece, puede originar en una infracción penal en su contra, como lo es el incumplimiento de decisiones legítimas de autoridad competente, establecidas en el artículo 282 del Código Orgánico Integral Penal el cual reza “La persona que incumpla órdenes, prohibiciones específicas o legalmente debidas, dirigidas a ella por autoridad competente en el marco de sus facultades legales, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años” (Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2014).

4.5.2.12 Comparecencia de testigos ausentes. En los casos en que los testigos residan en otro lugar, éstos podrán declarar mediante videoconferencia, no obstante, el legislador deja esta posibilidad a criterio del juzgador, todo ello se encuentra previsto en el artículo 192 del Código Orgánico General de Procesos el cual señala “La o el juzgador puede ordenar, cuando lo crea conveniente, que las o los testigos que residan en otro lugar se presenten a la audiencia o declaren por medio de videoconferencia u otro medio de comunicación de similar tecnología. Los costos del traslado y permanencia correrán a cargo de la parte que solicitó el traslado”.

4.5.2.13 Declaración de personas con discapacidad auditiva. Debe explicarse ya en el anuncio de la prueba de este particular a fin de que se realice un procedimiento especial al momento de practicar la prueba, a saber:

- El interrogatorio, contrainterrogatorio, así como las respuestas constarán por escrito, lo propio sucederá con el juramento;
- Si no es posible proceder de esa manera, la declaración se recibirá por medio de intérprete o en su defecto por una persona con la que pueda entenderse por signos que comprendan las personas con discapacidad auditiva. Tales personas presentarán previamente el juramento de decir la verdad.

4.5.2.14 Declaración anticipada. Ya se hizo referencia a que la declaración anticipada es una excepción a la oportunidad de la práctica de la prueba, ya que la regla general, es que la prueba se practique en la audiencia de Juicio o en la etapa de prueba en la audiencia única, sin embargo, el legislador permite que se practique una prueba testimonial de forma anticipada, en audiencia especial, cuando se trate de personas gravemente enfermas, físicamente imposibilitadas, o quienes van a salir del país y de todas aquellas que demuestren que no pueden comparecer a la audiencia de juicio siempre y cuando se la fundamente al juez dicha imposibilidad.

Esta facultad es potestativa del juez, por ello nace la importancia de fundamentar la petición de prueba anticipada. No es una diligencia preparatoria, la diferencia entre esta prueba anticipada y las diligencias preparatorias establecidas en el numeral 7 del artículo 122 del Código Orgánico General de Procesos, radica en que esta última se trata de declaraciones urgentes que por avanzada edad o grave enfermedad se tema fundadamente que pueda fallecer, o las personas que se ausentarán del país de forma permanente o por largo período.

La declaración anticipada se encuentra prevista en artículo 181 del Código Orgánico General de Procesos que prevé:

La o el juzgador podrá recibir como prueba anticipada, en audiencia especial, los testimonios de las personas gravemente enfermas, de las físicamente imposibilitadas, de quienes van a salir del país y de todas aquellas que demuestren que no pueden comparecer a la audiencia de juicio, siempre que se garantice el ejercicio del derecho de contradicción de la contraparte.

4.5.2.15 Declaración falsa. El artículo 182 del Código Orgánico General de Procesos señala; “Cuando la declaración sea evidentemente falsa, la o el juzgador suspenderá la práctica del testimonio y ordenará que se remitan los antecedentes a la Fiscalía General del Estado”.

Quien falte a la verdad declarando bajo juramento o sin juramento, será sancionado conforme lo establece el artículo 270 del Código Orgánico Integral penal el cual señala:

La persona que, al declarar, confesar, informar o traducir ante o a (sic) autoridad competente, falte a la verdad bajo juramento, comete perjurio, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años; cuando lo hace sin juramento, comete falso testimonio, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

En cuanto a las sanciones por presentar pruebas falsas, el artículo 173 del Código Orgánico General de Procesos señala:

Cuando las alegaciones de falsedad se decidan en contra de quien la propuso, la o el juzgador sancionará la mala fe y deslealtad procesal conforme con la ley. Igual sanción se aplicará a la parte que presentó la prueba si se justifica su falsedad.

4.5.2.16 Juramento decisorio. Antes de explicar esta institución, es necesario advertir que puede prestarse a confusión con el juramento deferido, ya que corresponden a una misma historia, tanto es así que utilizan el mismo termino, -deferir-, se analizará, por tanto, en este y siguiente literal cuál en la similitud y cuál la diferencia, será el lector el que saque la conclusión de lo acá reflexionado.

El juramento decisorio es la declaración que hace una de las partes, a petición de la otra y que el juez tomará por cierto y decidirá la causa con base en esta declaración, cualquiera de las partes podrá deferir o adherirse a la declaración de la otra y pedir expresamente que la o el juzgador decida la causa sobre la base de ella, cuando la declaración recaiga sobre un hecho personal y referido a la o al declarante, conforme lo señala el artículo 184 del Código Orgánico General de Procesos.

La parte requerida podrá declarar o solicitar que lo haga la contraparte, quien estará obligada a rendirla, siempre que el hecho sea común a las dos partes. El juramento decisorio termina el proceso sobre un derecho disponible.

Cuando se ordene este juramento decisorio en la ejecución, se lo recibirá en audiencia, dentro de la cual, la contraparte podrá ejercer su derecho de contradicción y defensa conforme con las normas del debido proceso; los incapaces no podrán presentar juramento decisorio.

Es un medio probatorio que se sustenta en la palabra del ser humano, particularmente y a diferencia de los testimonios que se refieren a hechos de terceros, sino sobre un hecho personal y referido al o la declarante; se buscará extraer del declarante respuestas que versen sobre la relación directa a situaciones de su propia vida y conducta y que indefectiblemente tengan vinculación con los hechos que puedan significar interés jurídico para la contraparte. Esta característica, por su efecto jurídico, -“El juramento decisorio termina el proceso sobre un derecho disponible”- se parece más a la antigua y desaparecida confesión judicial.

Quien pensaba que esto era una innovación de la nueva norma procesal estaba equivocado, ya que el juramento decisorio es una de las más antiguas pruebas, sus orígenes se remontan al derecho romano, era utilizada en los procesos civiles y consistía en que una de las partes, sea actora o demandada, podría solicitar a la otra que jurase la existencia o no de la deuda o si existió un pago total o parcial de la obligación y, dependiendo de la respuesta el juez decidía, dando fin al proceso, que en algunos casos culminaría con la obligación del pago de la deuda por parte del deudor a su acreedor, o con que el deudor ganase el proceso por la inexistencia de la obligación.

Por supuesto esta institución estaba arraigada a las creencias religiosas ya que el juramento se realizaba ante dios y la autoridad que atendiese la controversia. El honor, la reputación, la integridad y la palabra, de la parte que juraba eran evidencias para la parte solicitante del juramento, las cuales tomaba en consideración y eran determinantes, ya que se presumía que quien juraría, diría la verdad y sólo con el juramento bastaba para que fuese plena prueba y el caso se resolviese con base en el juramento, concluyendo el proceso.

A mayor abundamiento y sólo con el ánimo de reforzar lo dicho, vemos algunas definiciones recogidas por la doctrina, respecto del juramento decisorio (Joselinee Medina Bistochet el Apr 26, 2013):

El juramento decisorio es el que una parte defiende de la otra para hacer depender de él la decisión de la contienda. La institución se deriva de una fusión de elementos germánicos. Es efecto del juramento decisorio el que de su resultado depende la decisión de la contienda, en cuanto, el hecho objeto del juramento sea tal que termine la contienda

o parte de ella; así que el juez deberá buscar únicamente an juratum sit. Aquel a quien se defiere queda vencido en la demanda o en la excepción, si no quiere prestarlo, mientras que si lo presta no se admite a la otra parte a probar su falsedad. La prueba del juramento falso no podrá darse más que en el proceso penal y únicamente a los efectos penales.

4.5.2.17 Juramento deferido. A falta de otras pruebas y en caso de que se alegue usura, en las controversias de devolución del crédito, el artículo 185 del Código Orgánico General de Procesos prevé que el prestatario rinda el juramento deferido para justificar:

- Tasa de interés;
- Monto efectivo del capital prestado

Lo que llama la atención del contenido de esta norma es que utiliza un término que también se invoca en el artículo anterior, referente al juramento decisorio, como ya se dijo, que es “deferir” y esto puede prestarse a confusión, ya que, revisando la doctrina, en algunas no se hace diferencia entre juramento decisorio y deferido, tienen un tratamiento de sinónimos más, vamos a tratar de despejar la diferencia que han querido darle los legisladores en el Código Orgánico General de Procesos.

Gramaticalmente, deferir, según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (Real Academia de la Lengua Española, 1992), es “adherirse al dictamen de alguien, por respeto, modestia o cortesía”, por lo tanto el juramento deferido es aquel en que se cede, comunicando a la otra parte, que se acepta que ella decida, con juramento, la verdad del hecho para resolver un conflicto, así, esta definición calza más con el contenido del artículo 184 del Código Orgánico General de Procesos que ya analizamos y que se refiere al juramento decisorio, de hecho esa norma, empieza diciendo que cualquiera de las partes puede deferir a la declaración de la otra, es decir, puede adherirse; más la diferencia estaría, en la falta de conformidad entre las partes, esto es, en la ausencia de voluntad de una de las partes de adherirse al juramento de la otra, sino que, se asimila al juramento deferido, de larga data, del derecho del trabajo, como una garantía al trabajador, ateniendo al principio pro-operario, acá al pro-deudor, porque su objeto está diseñado, para los casos donde se haya alegado usura, a falta de otras pruebas para justificar la tasa de interés y el monto efectivo del capital prestado, se estará al juramento del deudor o prestatario, aclarando que el juez no podrá fundamentar la sentencia en el juramento deferido como única prueba y lo dicho del

derecho laboral, este juramento servirá, a falta de otra prueba, para demostrar el tiempo de servicio y la remuneración percibida y en caso de los adolescentes inclusive la existencia de la relación laboral.

4.5.2.18 Valoración de la prueba testimonial. El operador de justicia deberá valorar las declaraciones testimoniales considerando el contexto de toda la declaración, no de alguna parte de ella en particular, debe valorar todo su contexto y la relación con las demás pruebas que obren del cuaderno procesal; es decir que, debe imperar para su valoración el principio de unidad, lo que se busca es no descontextualizar, que sea un aporte integral, que brinde certeza, que efectivamente sea un elemento de convicción y que en conjunto con los demás aportados, coadyuven al convencimiento del juez.

4.5.3 De la prueba documental

Un relato alegórico que se rescata en el Tratado de Derecho Probatorio (Tabares, 2016), de Humberto Bello Lozano Márquez, es aquel que, si se quiere conocer como fue la vida de cualquier persona, como discurrió desde su nacimiento hasta su muerte física, se podría trazar una radiografía con el sólo análisis de los documentos, especialmente de los documentos escritos o instrumentos que contienen los datos de vida; en este sentido desde el mismo momento del nacimiento la persona es presentada ante el registro civil, donde se levantará un acta de la podrán desprenderse los datos de los padres, del niño/a, su nombre, apellidos, lugar de nacimiento y demás datos que en dicha acta de inscripción de nacimiento deben ser consignadas; lo propio va sucediendo con el sistema de salud, que exige las vacunas, lo que conlleva el respectivo registro sanitario, el régimen escolar que también hace lo suyo y documenta cada paso que ese ser humano va dando a lo largo de su desempeño académico; el régimen laboral, seguridad social, en fin, la vida de una persona está marcada con fidelidad y casi sin secretos en una serie de documentos que se han generado en su honor, de acuerdo a como ha llevado su vida y de la prestancia o relevancia de ésta, aumentará la cantidad de documentos y registros que darán cuenta de sus actividades, que puede ir desde una simple libreta de calificaciones mediocres, hasta de fundaciones de ciudades, cartas constitutivas de instituciones, títulos de propiedad, académicos, nobiliarios, antecedentes penales, fallos judiciales; es decir, que toda conducta humana, sea esta buena o mala, dejará registros, documentos por doquier que continuarán hasta después de los días de su

protagonista. Pero se tendrán algunas inquietudes, qué es un documento, de cuantos tipos existen, ¿todos hacen fe en juicio?, se tratará de abordar esta temática, así:

4.5.3.1 Etimología de la palabra documento.

En la Teoría General de la Prueba Judicial, el maestro Echandía (2017), recurre a citar a algunos autores que han profundizado en la etimología de la palabra, a saber:

- BELLO LOZANO: “etimológicamente la palabra documento arranca del concepto de la voz latina “documenti”, derivado de la palabra “dóceos, ere, docui, doctum” que significa enseñar, traducándose modernamente en escrito, instrumento u otro papel autorizado, que sirva para justificar un acto, un hecho o la existencia de una obligación de dar, hacer o no hacer”.
- COUTURE: “que se trata de un objeto normalmente escrito, en cuyo texto se consigna o representa alguna cosa apta para esclarecer un hecho o se deja constancia de una manifestación de voluntad que produce efectos jurídicos, cuya etimología proviene del latín documentum –i “enseñanza, lección” derivado del verbo, -ere “enseñar”; que en sentido actual está documentado por primera vez en 1786, llegándose probablemente a través de “lo que sirve para enseñar”, luego, escrito que contiene información para enseñar” y finalmente “escrito que contiene información fehaciente”.
- QUIJANO por su parte al referirse a la etimología de la voz documento nos dice que proviene de la raíz dek, dock, o doc de donde nacen varias palabras entre ellas el verbo latino doceo y de éste el vocablo documentum con tres acepciones primarias:
 - a) Aquello con lo que alguien instruye;
 - b) Aquello que se refiere a la enseñanza; y,
 - c) Aquello que se enseña; que el verbo latino décet y el griego dékomai pueden traducirse en su significado más amplio como “lo hago a alguien algo claro; “yo enseño”.

4.5.3.2 Breve evolución histórica de la prueba documental.

El autor antes referido (Echandía, 2017) hace una descripción, panorámica muy didáctica de la evolución de la prueba documental, destacándose lo siguiente:

ALSINA enseña “que la importancia de la prueba documental –escrita- ha sido progresiva en la legislación a medida que los beneficios de la escritura se extendieron paulatinamente dejando de ser un privilegio de una clase determinada para formar parte de la cultura general, ya que en la antigüedad –indica- la prueba testimonial y posteriormente la de confesión, se presentarían como aquellas que ofrecían mayor seguridad y certeza, ello en función que la palabra del hombre era el elemento que merecía más credibilidad para los jueces” (Alsina, 1942).

La acogida a la prueba documental se presenta cuando de forma progresiva se empieza a dar más valor a los documentos que a las palabras, cuando se trataba de dejar constancia de un acto, contrato o circunstancia, este autor hace referencia por ejemplo, al estatuto de Bolonia de 1.452 aprobado por el Papa Nicolas V, que prohibía la prueba por testigos cuando se tratara de pagos de más de 50 libras y de los contratos de más de 1000; luego en el estatuto de Milán de 1.498 que prohibiría la declaración testimonial respecto a ciertos actos y luego la ordenanza de Moulins que requeriría la prueba escrita en todos aquellos que excediere de 100 libras, lo que pasaría así al Código de Napoleón y a nuestras legislaciones, todo lo que trajo como consecuencia que aquel principio “testigos vencen escritos” sería sustituido por “escritos vencen testigos”.

“...que la aparición del documento como medio de comunicación y como instrumento para hacer constar convenciones y pactos, que luego pudieran servir para la acreditación de ellos ante funcionarios públicos en caso de litigios, exigiría un avanzado desarrollo social, así como su aceptación como medio normal de prueba en procesos civiles –así como comerciales- conjuntamente con la generalización de la escritura por lo menos en aquellos grupos sociales de mayor cultura, lo que significaría –dice- que su aparición realmente sólo sería después de la aparición de la escritura simbólica y jeroglífica de muy remoto origen, cuyas muestras se encontrarían en monumentos de las épocas de Asiria, Babilonia y en el antiguo Egipto; que el desarrollo del comercio entre los países precisamente sería el elemento determinante en el desarrollo de la escritura, de los documentos, principalmente a partir del uso del papiro como instrumento contractual y como título de crédito que permitiría su aceptación como prueba judicial; que en Asiria y Babilonia la prueba documental tendría mayor desarrollo, al ser exigido para los matrimonios, los divorcios, los contratos sobre inmuebles, los préstamos o monumentos, las anticresis, los comodatos y otros contratos, donde por ejemplo en el precitado Código de Hammurabí de 2.250 años A.C. exigiría el documento –entonces en forma de tablas de madera- para algunos actos, reconociéndole valor de prueba

judicial, situación que sería similar en Persia, donde el documento sería empleado para la transmisión de bienes inmuebles y su prueba con fines judiciales”.

“En Roma la prueba documental predominaría en el período antiguo y durante el Imperio hasta su decadencia aunque en el período de la *ordo iudicium privatorum* y concretamente en el procedimiento de la *legis actionis* habría la existencia de cierta prueba documental como los *codex rationum domesticarum* que llevaban los jefes de familia para la contabilidad de la economía doméstica y los *codex rationum mensae* o *argentariae* que utilizaban los banqueros, aunque no se trataban de contratos escritos; en el período *per formularium* aparecería la prueba literal para determinados contratos – *obligatio quae contrahitur literas*– que estarían en principio reservados a ciudadanos romanos y luego liberado para los extranjeros, lo que daría paso a la presencia de actuarios y notarios, luego los *tabulari* en la época de Marco Aurelio donde la prueba documental recibiría un impulso importante, estableciéndose registros hipotecarios, intervención de los funcionarios en testamentos y contratos, distinguiéndose los instrumentos privados de los forenses y elaborados por *tabulari* en presencia de testigos, cuyo mérito probatorio estaría condicionado a que aquel o en subsidio los testigos ratificaran en proceso”. (Alsina, 1942)

“Con Constantino se iniciaría un proceso de profundas restricciones en torno a la prueba testimonial –KIELMANOVICH– lo que incidiría inversamente a favor de la documental, en parte a la menor fe que merecía la palabra del hombre, al comenzar a disminuir la influencia que la religión ejercía sobre la costumbre, de manera que la ley 9, Código de Testibus, 4, 20, negaría valor al testimonio proveniente del testigo único, por más consideraciones que se pudiesen merecer sus cualidades personales, de donde y como hemos visto se extraería la máxima *unus testis nullus testis*; pero con la caída del Imperio Romano y su conquista por los germánicos, a causa del escaso desarrollo cultural de éstos, la prueba documental retrocedería o involucionaría, cayendo en desuso en las relaciones comerciales y en los procedimientos judiciales al dársele mayor fuerza a la palabra –prueba testimonial y confesional”.

“En la Edad Media el documento vuelve a reaparecer como sucedería con el código visigodo del siglo VII, de influencia romano y canónico que prevería la citada prueba; más en el Derecho Canónico la prueba documental quedaría introducido como instrumento contractual y probatorio, creándose registros de estado civil”.

“En el derecho español las Leyes de las Siete Partidas de 1260, contemplarían la función notarial y la prueba por documentos para convenciones y testamentos, lo que pasaría a

Portugal a partir del reinado de Alfonso III a comienzos del siglo XIV, así como a Italia donde en 1241 se sancionarían estatutos notariales en Vercelli, Niza, Rabean y otros. Los instrumentos se clasificarían en públicos, auténticos y privados, el primero que era aquel otorgado ante escribano público y testigos –Partida III. 18, ley 1-; el auténtico que era aquel que se hacía firmado y sellado por el rey, los obispos, nobles o consejos; y los privados que era extendido por los particulares; los dos primeros hacían plena fe a raíz de la autoridad o ante quienes se habían otorgado –Partida III, 18, leyes 1 y 114- en tanto que el privado requería del reconocimiento de la propia parte o su comprobación por dos testigos de vista referido a personas que hubiesen presenciado la firma” (Alsina, 1942).

4.5.3.3 Definición de la prueba documental de acuerdo con el Código Orgánico General de Procesos

El Código Orgánico General de Procesos dice que la prueba documental es todo documento público o privado que recoja, contenga o represente algún hecho o declare, constituya o incorpore un derecho; vemos que no ha variado la clasificación clásica de documentos públicos o privados, que se ha venido manteniendo por tradición histórica procesal, que se encontraba recogida en el antiguo Código de procedimiento civil y en el Código civil vigente; no obstante se explicará más adelante, que la prueba documental no se refiere solo a documentos, propiamente dichos, sino que también se consideran prueba documental los objetos, las fotografías, las grabaciones, los elementos de pruebas audiovisuales, computacionales o cualquier otro de carácter electrónico apto para producir fe.

A pesar de esta definición, que por cierto es muy práctica, doctrinariamente, Eduardo Pallares, hace una clasificación que resulta útil, para revisar el alcance de lo que abarca lo público y privado, en tratándose de los documentos (Pallares, 2008):

- Solemnes. es aquel que solo es válido y produce efectos jurídicos si se otorga con determinados requisitos de forma. Los documentos públicos son una especie de los solemnes. Es aquel que ha sido expedido y autorizado por un funcionario con fe pública, en ejercicio de sus funciones, con motivo de ellas y con los requisitos de ley.
- Simples. Son los contrarios a los solemnes
- Públicos. Un instrumento público, es el que una persona constituida en dignidad o cargo público autoriza en los negocios correspondientes a su empleo u oficio. Es aquel en el que interviene un funcionario público que documenta situaciones jurídicas de derecho

público o aquel que afecta a actos que se realizan de manera pública, en cuanto a su forma o solemnidad;

- Auténticos. son aquellos que no dejan lugar a dudas, los que están autorizados o legalizados, los que hacen prueba por sí mismos, el que procede de la persona que en el documento parece como deudor;
- Privados. Es el documento que expide una persona que no es funcionario público o que siéndolo no lo hace en ejercicio de esas funciones;
- Nominado. Es el documento en el que consta quien es su autor;
- Anónimos. Es aquel que no consta quien es el autor
- Autógrafos. El que está firmado por el autor
- Heterógrafos. El que está firmado por una persona al autor del documento
- Originales. Es el primer documento que se hace respecto de un instrumento jurídico
- Copias. Son las diversas reproducciones del documento original
- Declarativos. Son los que contienen alguna declaración y se dividen en constitutivos, dispositivos y narrativos”

Se pasará a definir los documentos públicos y privados, en sujeción a la normativa vigente, para tener claro cual es el alcance que prevé El Código Orgánico General de Procesos, a saber:

4.5.3.4 Documento público

4.5.3.4.1 El Instrumento público, en el Código Civil: El Artículo 1717, dice que el instrumento público hace plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha, pero no en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él hayan hecho los interesados. En esta parte no hace plena fe sino contra los declarantes. Las obligaciones y descargos contenidos en él hacen plena prueba respecto de los otorgantes y de las personas a quienes se transfieran dichas obligaciones y descargos por título universal o singular. Ya nos referimos oportunamente, cuando se analizó la libertad en cuanto a los medios probatorios, el hecho de que nuestro sistema es mixto y que no se puede franquear cuando la prueba exige expresamente algún tipo de solemnidad para que surta tal efecto; así, el Artículo 1718, dice: “La falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esa solemnidad; y se mirarán como no ejecutados o celebrados, aun cuando en ellos se prometa reducirlos a instrumento público dentro de cierto plazo, bajo una cláusula penal. Esta cláusula no tendrá efecto alguno.

Fuera de los casos indicados en este artículo, el instrumento defectuoso por incompetencia del empleado o por otra falta en la forma, valdrá como instrumento privado, si estuviere firmado por las partes.”

El caso típico de ineficacia de la prueba documental, sería la existencia de un documento privado de promesa de compraventa de inmueble, donde puede perfectamente existir la identificación de las partes, los antecedentes de dominio, el objeto del contrato establecido, el precio, la forma de pago e inclusive la constancia de que se pagó la totalidad, asimismo la jurisdicción y competencia y las firmas y rubricas de los contratantes; no obstante, no solo que el documento no es instrumento público, sino que tampoco sirve como prueba de la existencia de la obligación sinalagmática.

4.5.3.4.2 El documento público de acuerdo con el Código Orgánico General de Procesos: Es el autorizado por un funcionario público cumpliendo con las solemnidades legales, el cual da fe pública de su contenido, el Código Orgánico General de Procesos diferencia el documento público si es otorgado ante un notario e incorporado en un protocolo o registro público, se llamará escritura pública.

Se consideran instrumentos públicos también los mensajes de datos otorgados, conferidos, autorizados o expedidos por y ante autoridad competente y firmado electrónicamente.

Según el artículo 51 de la ley de comercio electrónico, firmas electrónicas y mensajes de datos “Se reconoce la validez jurídica de los mensajes de datos otorgados, conferidos, autorizados o expedidos por y ante autoridad competente y firmados electrónicamente.

Dichos instrumentos públicos electrónicos deberán observar los requisitos, formalidades y solemnidades exigidos por la ley y demás normas aplicables”.

De conformidad con el artículo 206 del Código Orgánico General de Procesos, son partes esenciales de un documento público:

- Los nombres de los otorgantes, testigos, notario o secretario, según el caso;
- La cosa, cantidad o materia de la obligación;
- Las cláusulas principales para conocer su naturaleza y efectos;
- El lugar y fecha del otorgamiento;
- La suscripción de los que intervienen en él.

4.5.3.4.3 De los efectos del documento público: Según el artículo 207 del Código Orgánico General de Procesos, aunque las copias de un documento público se las haya obtenido fuera del proceso, éste al ser agregado con orden judicial y notificación a la parte contraria, constituye prueba legalmente actuada.

4.5.3.4.4 Del alcance probatorio del documento público: Hace fe, aun contra terceros, de lo siguiente:

- Su otorgamiento;
- Fecha y declaraciones que en ellos haga el servidor público que los autoriza, pero no en cuanto a la verdad de las declaraciones que en el hayan hecho las o los interesados. En esta parte no hace fe sino contra las o los declarantes;
- Las obligaciones y descargos contenidos en el instrumento hacen prueba con respecto los otorgantes y de las personas a quienes se transfieren dichas obligaciones y descargos, a título universal o singular.

4.5.3.4.5 De la reposición de documentos públicos que no forman parte de un proceso: El artículo 209 del Código Orgánico General de Procesos dice:

Si se pierde o destruye un documento público, la parte que tenga una copia autentica, siempre que la copia no esté raída ni borrada, ni en tal estado que no se pueda leer claramente, solicitará a la o el juzgador con los mismos requisitos previstos para las diligencias preparatorias, que ordene su incorporación al registro, archivo o protocolo donde debía encontrarse el original.

Esto sería en el caso que en el registro, archivo o protocolo haya desaparecido el documento público o se haya destruido, si alguna persona cuenta con una copia certificada en buen estado el Juzgador podrá ordenar su incorporación al protocolo, registro o archivo, la solicitud deberá realizarse con los mismos requisitos de las diligencias preparatorias.

Si es el libro de registro o del protocolo es el que se pierde o destruye también se podrá solicitar que el Juzgador ordene que la copia que exista en buen estado se renueve o que se ponga en el registro como un original citando a los interesados conforme a lo señalado en el artículo 210 del Código Orgánico General de Procesos.

No harán prueba los siguientes documentos:

- La escritura referente sin la referida;
- La escritura accesoria sin la principal;

Salvo en los casos en que la escritura principal o la referida se hayan perdido harán prueba de la siguiente manera (Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2015):

- La referente o la accesoria probará solo en los capítulos independientes de aquella;
- En los demás solo se considerará como un principio de prueba por escrito. Esto es un documento que hace probabilidad mas no hace prueba, es decir, es como el inicio de la prueba que le daría algunos indicios al juez del contrato principal.

El interesado puede pedir copias de los documentos originales o compulsas. Las copias y compulsas que hayan sido ordenadas judicialmente se insertarán en las actuaciones que el juzgador señale, a solicitud de parte.

En los casos que existan variaciones o incongruencias entre la copia y escritura matriz, prevalecerá la escritura matriz. De igual manera si una compulsas presenta variaciones en relación con la copia, prevalecerá la compulsas, así manda el artículo 213 del Código Orgánico General de Procesos.

4.5.2 Documento privado:

4.5.2.1 De acuerdo al Código Civil: Es aquel que está reconocido por la parte a quien se opone, en definitiva el que ha sido reconocido por el suscriptor (Ecuador, 2005), en el diccionario de derecho usual de Cabanellas (1997), se define así: El redactado por las partes interesadas, con testigos o sin ellos, pero sin intervención de notario o funcionario público que le de fe o autoridad, recurre a una clasificación, de Escriche, que resulta útil: 1. Quirografario o manuscrito: que es todo escrito privado extendido o firmado por una persona y más específicamente se llama así el papel en que un deudor confiesa una deuda contraída a favor de alguien; 2. Libro de cuentas: Es aquel en el cual se asienta lo que se da y lo que se recibe , lo que se gana y lo que se pierde; 3. Libro de inventarios: Es en el que se anota los bienes que le pertenecen o que administra; 4. Misiva: La que se escribe a personas ausentes.

4.5.2.2 De acuerdo con el Código Orgánico General de Procesos: El documento privado está definido conforme al artículo 216 del Código Orgánico General de Procesos como

“el que ha sido realizado por personas particulares, sin la intervención de funcionario público alguno, o con éstos, en asuntos que no son de su empleo”.

4.5.2.3 Del reconocimiento de documentos privados: “La parte que presente un instrumento privado en original, podrá pedir el reconocimiento de firma y rúbrica a la autora o al autor o la representante legal de la persona jurídica a quien se le atribuye la autoría”. El segundo inciso del artículo 257 del Código Orgánico General de Procesos señala el procedimiento para el reconocimiento de firma:

En el día y hora fijados para la audiencia, se recibirá la declaración de la o del autor, previo juramento. Si el documento está firmado por pedido de una persona que no sabía o no podía firmar, esta deberá declarar si se extendió por su orden, si la o el signatario obró por pedido suyo y si es cierto su contenido. En los demás casos bastará que la o el compareciente declare si es o no suya la firma que se le atribuye. El reconocimiento de firma de un instrumento privado, ni aún su certificación o protocolización, no lo convierte en un instrumento público.

4.5.2.4 De los documentos son prueba y pueden ser judicializados, en proceso monitorio: El Código Orgánico General de Procesos en su Artículo 356 dice que se podrá cobrar una deuda determinada de dinero, líquida, exigible y de plazo vencido, cuyo monto no exceda de cincuenta salarios básicos unificados del trabajador en general, que no conste en título ejecutivo, en procedimiento monitorio, cuando se pruebe la deuda con:

- Documentos, cualquiera que sea su forma y que aparezca firmado por el deudor o con su sello, impronta o marca o con cualquiera otra señal, física o electrónica, proveniente de dicho deudor;
- Las facturas o documentos, cualquiera que sea su forma y clase o el soporte físico en que se encuentren, que aparezcan firmados por el deudor o comprobante de entrega, certificación, telefax, documentos electrónicos, que sean de los que comprueban la existencia de créditos o deudas que demuestren la existencia de la relación previa entre acreedora o acreedor y deudora o deudor;
- El certificado de expensas emitido por el administrador del condominio, club, asociación, establecimiento educativo, u otras organizaciones similares o de quien ejerza la representación legal de estas, de la que aparezca que el deudor debe una o más obligaciones, cuando se trate del cobro de cuotas de condominios, clubes, asociaciones, u otras organizaciones similares, así como

valores correspondientes a matrícula, colegiatura y otras presentaciones adicionales en el caso de servicios educativos;

- El contrato o una declaración jurada del arrendador de que el arrendatario se encuentra en mora del pago de las pensiones de arrendamiento por el término que señala la ley, cuando se trate del cobro de cánones vencidos de arrendamiento, siempre que el inquilino esté en uso del bien;
- El detalle de las remuneraciones en los casos que el trabajador cuyas remuneraciones mensuales o adicionales no hayan sido pagadas oportunamente.

4.5.2.3 Documentos digitales

Ya se dijo que los documentos digitales, son una consecuencia directa de los avances de la tecnología y éstos al producirse y ser parte de la vida privada y pública de la sociedad, generan derechos y obligaciones; así la legislación ya da un marco jurídico propicio antes incluso de la vigencia del Código Orgánico General de Procesos.

Los mensajes de datos: es toda información creada, generada, procesada, enviada, recibida, comunicada o archivada por medios electrónicos, que pueden ser intercambiada por cualquier medio.

Podríamos hacer una clasificación de estos elementos electrónicos:

- Documentos electrónicos;
- Registros electrónicos;
- Correo electrónico;
- Servicios web;
- Telegrama, télex, fax;
- Intercambio electrónico de datos.

Vale anotar que el artículo 13 de la ley de comercio electrónico, firmas electrónicas y mensajes de datos, regula la firma electrónica y dice: “Son los datos en forma electrónica consignados en un mensaje de datos, adjuntados o lógicamente asociados al mismo, y que puedan ser utilizados para identificar al titular de la firma en relación con el mensaje de datos, e indicar que el titular de la firma prueba y reconoce la información contenida en el mensaje de datos”.

Los mensajes de datos son documentos electrónicos, los cuales podemos desglosarlos de la siguiente manera:

1. Mensajes de datos sin firma electrónica;
2. Mensajes de datos confirma electrónica;
3. Mensaje de datos con código seguro de verificación (código de barras o código KR).

Todos estos documentos gozan de la misma validez jurídica que un documento físico.

Los documentos digitales pueden ser documentos físicos desmaterializados, es decir, documentos físicos que se digitalizan y se certifican mediante una firma electrónica, o documentos originados electrónicamente desde un medio electrónico.

También es importante mencionar los documentos multimedia, que son aquellos que utilizan múltiples medios de expresión, como los videos, las fotografías, las grabaciones, entre otros.

Conforme lo señala el artículo 202 del Código Orgánico General de Procesos los documentos producidos electrónicamente con sus respectivos anexos serán considerados originales para todos los efectos legales.

Las reproducciones digitalizadas o escaneadas de documentos públicos o privados que se agreguen al expediente electrónico tienen la misma fuerza probatoria del original. Los documentos originales escaneados serán conservados por la o el titular y presentados en la audiencia de juicio o cuando la o el juzgador lo solicite.

Podrá admitirse como medio de prueba todo contenido digital conforme con las normas de este Código.

A su vez el artículo 52 de la ley de comercio electrónico, firmas electrónicas y mensajes de datos señala

Los mensajes de datos, firmas electrónicas, documentos electrónicos y los certificados electrónicos nacionales o extranjeros, emitidos de conformidad con esta ley, cualquiera sea su procedencia o generación, serán considerados medios de prueba. Para su valoración y efectos legales se observará lo dispuesto en el Código Orgánico General de Procesos.

Aunque los documentos digitales tienen el mismo valor probatorio que los documentos físicos, para la práctica de la prueba deben cumplir ciertos requisitos; en cuanto a los documentos

firmados electrónicamente éstos, una vez impresos pierden su validez legal, ya que no hay forma de verificar dicha firma electrónica.

Existen documentos con firmas electrónicas que tienen métodos seguros de verificación como códigos QR o códigos de barra estos sí pueden ser impresos para producirse en el proceso, ya que de requerirse pueden verificarse, pero es obligación de quien los ofrece agregar el dispositivo de verificación (lector de código seguro de verificación).

En relación con ello, el artículo 14 de la ley de comercio electrónico, firmas electrónicas y mensajes de datos establece “La firma electrónica tendrá igual validez y se les reconocerá los mismos efectos jurídicos que una firma manuscrita en relación con los datos consignados en documentos escritos, será admitida como prueba en juicio”.

El artículo 16 de la ley de comercio electrónico, firmas electrónicas y mensajes de datos señala que “Se presumirá legalmente que el mensaje de datos firmado electrónicamente conlleva la voluntad del emisor, quien se someterá al cumplimiento de las obligaciones contenidas, en dicho mensaje de datos, de acuerdo a lo determinado en la ley”.

En este aspecto, en el documento firmado electrónicamente quien suscribe acepta su contenido y se somete al cumplimiento de lo establecido en el cuerpo del documento, los documentos firmados electrónicamente se presumen fidedignos y la firma electrónica cumple con los requisitos de ley y pertenece al signatario conforme lo señala el artículo 53 de la ley de comercio electrónico, firmas electrónicas y mensajes de datos.

En cuanto a los documentos electrónicos, aunque se presuma su validez, cuando se trate de mensajes de datos, estos deben anunciarse al igual que toda la prueba con los actos de proposición y conforme al literal a) artículo 54 de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos

a) Al presentar un mensaje de datos dentro de un proceso judicial en los juzgados o tribunales del país, se deberá adjuntar el soporte informático y la transcripción en papel del documento electrónico, así como los elementos necesarios para su lectura y verificación, cuando sean requeridos.

La exigencia de la norma es lógica, se exige el soporte informático para que sea posible su verificación, la transcripción en papel para su producción, ya sea por su lectura o por su exhibición, y los elementos necesarios para su lectura y verificación cuando sean requeridos,

esto es, los equipos necesarios para la lectura y verificación, como computadoras, lectores de código QR, lectores de códigos de barra, entre otros. Y es obligación de quien la propone agregar dichos elementos.

Respecto de la originalidad o legalidad de la firma, el artículo 203 del Código Orgánico General de Procesos dice que la parte que impugna la firma o la autoría de un documento deberá acompañar la prueba de la impugnación. En relación con los últimos incisos del artículo 54 de la ley de comercio electrónico, firmas electrónicas y mensajes de datos.

En caso de que alguna de las partes niegue la validez de un mensaje de datos, deberá probar, conforme a la ley, que este adolece de uno o varios vicios que lo invalidan, o que el procedimiento de seguridad, incluyendo los datos de creación y los medios utilizados para verificar la firma, no pueden ser reconocidos técnicamente como seguros. Cualquier duda sobre la validez podrá ser objeto de comprobación técnica.

En conclusión, el documento firmado electrónicamente se presume original, por lo que en su práctica no requiere verificación, salvo en caso de ser impugnado.

4.5.2.4 La materialización

La materialización consiste en transformar un elemento intangible o virtual o en un elemento físico, para la materia en estudio, consiste en convertir un documento electrónico en un documento material o físico, es decir impreso. Sin embargo, hemos mencionado que el documento firmado electrónicamente no tiene valor jurídico al ser impreso ya que pierde la posibilidad de la verificación del documento.

Para ello lo más adecuado es obtener una copia certificada física del documento electrónico original, lo cual se conoce como materializar un documento electrónico ante un notario público en relación con ello el artículo de la ley de comercio electrónico, firmas electrónicas y mensajes de datos señala que

...los mensajes de datos y los documentos desmaterializados, cuando las leyes así lo determinen y de acuerdo al caso, deberán ser certificados ante un notario, autoridad competente o persona autorizada a través de la respectiva firma electrónica, mecanismo o procedimiento autorizado (H. Congreso Nacional).

Conforme el artículo 18 de la Ley Notarial son atribuciones exclusivas de los notarios “Conferir copias físicas certificadas de un documento electrónico original”.

En consecuencia, de lo dicho, los mensajes de datos o documentos electrónicos, podrá hacerse físicos, siempre y cuando sean materializados como copias físicas certificadas de un documento electrónico original ante un Notario.

Si se trata de materialización de correos electrónicos, mensajes de aplicaciones de redes sociales, el notario da fe de que dicha información fue extraída de un sitio web específico o de dicha aplicación, es decir del dominio, más no de la entrega o recepción del mismo ni de los destinatarios, por ello, lo correcto es que estos mensajes de datos sean materializados a través de una pericia, para que el perito informático de certeza de las direcciones IP, del envío y recepción del mismo y de sus destinatarios.

Tratándose de facturas electrónicas, que ya son muy comunes en nuestro medio, a pesar de que pueden producirse digitalmente, se vuelve necesaria su materialización ante un Notario, para poder demandar, conforme en lo previsto en el artículo 4 de la ley de comercio electrónico, firmas electrónicas y mensajes de datos en relación con el numeral 5 del artículo 18 de la ley notarial.

4.5.2.5 La desmaterialización

En cambio, la desmaterialización, consiste en transformar un documento físico, en un documento digital, como por ejemplo el escaneado de un documento físico deja de ser físico para ser digital, debiendo cumplir con ciertos requisitos para adquirir eficacia.

La disposición general novena de la ley de comercio electrónico, firmas electrónicas y mensajes de datos define la desmaterialización electrónica de documentos como “Es la transformación de la información contenida en documentos físicos a mensajes de datos”.

Conforme lo señala el artículo 7 de la ley de comercio electrónico, firmas electrónicas y mensajes de datos la desmaterialización se llevará a cabo por acuerdo de las partes y cumpliendo con todas las obligaciones previstas en esta ley, se podrán desmaterializar los documentos que por ley deben ser instrumentados físicamente.

Los documentos desmaterializados deberán contener las firmas electrónicas correspondientes debidamente certificadas ante una de las entidades autorizadas y deberán ser conservados.

El artículo 4 del reglamento a la ley de comercio electrónico, firmas electrónicas y mensajes de datos señala que

Los documentos desmaterializados, cuando las leyes así lo determinen y de acuerdo al caso, deberán ser certificados ante un notario, autoridad competente o persona autorizada a través de la respectiva firma electrónica, mecanismo o procedimiento autorizado. Los documentos desmaterializados se consideran, para todos los efectos, copia idéntica del documento físico a partir del cual se generaron y deberán contener adicionalmente la indicación de que son desmaterializados o copia electrónica de un documento físico. Se emplearán y tendrán los mismos efectos que las copias impresas certificadas por autoridad competente.

El procedimiento para la desmaterialización de documentos físicos está en el reglamento a la ley de comercio electrónico, firmas electrónicas y mensajes de datos, y dice:

El acuerdo expreso para desmaterializar documentos deberá constar en un documento físico o electrónico con las firmas de las partes aceptando tal desmaterialización y confirmando que el documento original y el documento desmaterializado son idénticos. En caso de que las partes lo acuerden o la ley lo exija, las partes acudirán ante notario o autoridad competente para que certifique electrónicamente que el documento desmaterializado corresponde al documento original que se acuerda desmaterializar. Esta certificación electrónica se la realiza a través de la respectiva firma electrónica del notario o autoridad competente.

Los documentos desmaterializados deberán señalar que se trata de la desmaterialización del documento original. En este señalamiento se constituye en la única diferencia que el documento desmaterializado tendrá con el documento original.

En el caso de documentos que contengan obligaciones, se entiende que tanto el documento original como el desmaterializado son la expresión de un mismo acuerdo de las partes intervinientes y por tanto no existe duplicación de obligaciones. De existir multiplicidad de documentos desmaterializados y originales con la misma información u obligación, se entenderá que se trata del mismo, salvo prueba en contrario.

La desmaterialización de los documentos de identificación personal estará sujeta a las disposiciones especiales y procedimiento que las entidades competentes determinen.

4.5.2.6 Documentos en poder de terceros

El artículo 219 del GOGEP nos dice que la parte que pretenda utilizar documentos privados originales o en copia, que se hallen en poder de un tercero y relacionado con la materia del proceso al presentar la demanda o la contestación, la reconvencción o la contestación a la reconvencción, pedirá que se le notifique para su exhibición en el día y hora señalados para la audiencia; inclusive si éste no cumple injustificadamente la orden judicial de presentar el documento en la audiencia, se aplicarán las sanciones previstas en la ley, pudiendo incurrir en la infracción penal de incumplimiento de decisiones legítimas de autoridad competente, establecida en el artículo 282 del Código Orgánico Integral Penal.

4.5.2.7 Documentos en poder de la contraparte

Si se requiere un documento privado que se encuentra en poder de la contraparte, el interesado, de conformidad con el Artículo 220 del CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS, podrá pedir al operador de justicia que ordene su presentación hasta la audiencia; así, si el que se presume que tiene el documento y lo acepta, está obligado a presentarlo, si no lo hace se le sancionará por actuar con mala fe y deslealtad procesal de quien incurra, mas, si se comprueba que el documento que se solicitó no existe o no está en poder de quien se presumía, también será sancionado.

4.5.2.8 De la falsedad y nulidad

El artículo 198 del Código Orgánico General de Procesos dice: “La parte que alegue la falsedad material o ideológica o la nulidad de un documento público o privado, presentado por la contraparte, deberá hacerlo en las oportunidades señaladas en este código. El incidente deberá resolverse en la audiencia de juicio”.

4.5.2.9 Falsedad del documento público: El Código Orgánico General de Procesos dice que es falso el documento que contiene alguna suposición fraudulenta en perjuicio de un tercero, por haberse contrahecho la escritura o la suscripción de alguno de los que se supone que la otorgaron o de los testigos o del notario por haberse suprimido, alterado o añadido algunas cláusulas o palabras en el cuerpo del instrumento, después de otorgado y en caso de que haya anticipado o postergado la fecha del otorgamiento. La falta de declaración de falsedad de un instrumento público no impedirá el ejercicio de la acción penal. Pero iniciado el enjuiciamiento civil para tal efecto, no se podrá

promover proceso penal hasta la obtención de dicha declaración. El último inciso de este artículo modula una larga tradición jurídica respecto de la prejudicialidad, condicionando a esta como un requisito solo si ha empezado antes del enjuiciamiento civil.

4.5.2.10 Nulidad de los documentos públicos

El artículo 215 del Código Orgánico General de Procesos señala que “Los documentos públicos serán declarados nulos cuando se han observado las solemnidades prescritas por la ley, las ordenanzas o reglamentos respectivos”.

4.5.3 Forma de presentar la prueba documental

Los documentos públicos o privados deben presentarse en originales o copias, debiendo entenderse que sean certificadas, porque en el segundo inciso del Artículo 194 del Código General de Procesos dice que se considerarán copias las reproducciones del original, debidamente certificadas que se realicen por cualquier sistema, esto tiene sentido porque con el avance tecnológico ahora hay múltiples formas de reproducir un documento; y deben presentarse como se ha referido en varias ocasiones, con el acto de proposición y excepcionalmente solicitarla como prueba de acceso.

Para que la prueba documental tenga eficacia, en juicio, es decir que los documentos presentados, sean originales o copias certificadas o compulsas, puedan ser tomados en cuenta para su valoración, de conformidad con el Artículo 195 del Código General de Procesos, es indispensable:

4.5.3.1 Que no estén defectuosos ni diminutos; no obstante, se podrá hacer valer, de acuerdo con Artículo 197 Código Orgánico General de Procesos, documentos que se encuentren parcialmente destruidos, siempre y cuando contengan, de manera clara, una representación o declaración del hecho o del derecho alegado por quien los presente;

4.5.3.2 Que no estén alterados en una parte esencial, de modo que pueda argüirse falsedad y si de hecho se la alega falsedad ideológica, material o la nulidad de un documento público o privado, presentado por la contraparte, la parte que lo haga deberá observar las oportunidades fijadas para ello, debiéndose este incidente resolverse en la audiencia de juicio;

- Que en el proceso no conste que exista alguna instancia ni recurso pendiente sobre el punto que se intenta probar con esos documentos.

4.5.4 La producción de la prueba

Una cosa es haber incorporado al expediente la prueba cuando se adjuntó con la demanda o inclusive que ya se encuentre en el cuaderno procesal fruto del resultado de la prueba de acceso, pero otra es producirla, es decir que entre a la valoración del juez; y esto, solo se lo puede hacer en audiencia, de conformidad con el Artículo 196 del Código Orgánico General de Procesos de la siguiente manera:

- Los documentos se leerán y exhibirán públicamente en su parte pertinente;
- Los objetos se exhibirán públicamente;
- Las fotografías, grabaciones, los elementos de prueba audiovisuales, computacionales o cualquier otro carácter electrónico apto para producir fe, se reproducirán también en su parte pertinente en la audiencia y por cualquier medio idóneo para su percepción por los asistentes;
- La prueba documental actuada quedará en poder de la o el juzgador para tenerla a la vista al momento de tomar su decisión sobre el fondo del asunto, dejando a salvo la facultad de las partes de volver actuarla o usarla durante la audiencia de juicio;
- Cuando la sentencia se encuentre firme, se ordenará su desglose, dejando copias en el expediente. Después de treinta días de no ser retirados los documentos estos serán destruidos;
- Documentos en idioma distinto al castellano, deberán ser traducidos por intérprete y contar con la validación respectiva (Artículo 200);
- Los documentos otorgados en territorio extranjero deberán contar con la certificación del agente diplomático o consular del Ecuador residente en el Estado en el que se otorgó el documento o acuerdo con lo previsto en la Convención de La Haya sobre la Apostilla. (Artículo 201);
- En cuanto a la producción de documentos digitales, éstos serán considerados como originales y deberán ser presentados en la audiencia de juicio o cuando el juzgador lo solicite. Será admisible como medio de prueba todo contenido digital;
- El contenido de documentos pertinentes de gran volumen, grabaciones de larga duración o fotografías que tengan gran formato, serán agregados de manera completa, adicionando esquemas, resúmenes, cómputos o cualquier otro medio similar que los

reproduzca fielmente, por ello es importante la revisión previa que el litigante realice de este tipo de prueba, pues deberá identificar en un resumen o abstract, aquellos puntos importantes que aporten a su teoría del caso;

- La prueba documental de gran volumen o formato y sus resúmenes deberán ponerse a disposición de las otras partes para ser examinados o copiados, quince días antes de la audiencia de juicio.

Queda claro, que es un hecho la fuerza de representación que tiene el sistema oral, deja de ser vacío y frío, sino que se encarna en sus actores, tanto que debe accederse a los documentos, mostrarlos, leer lo que creemos es trascendente para nuestra causa, de acuerdo a la teoría del caso; asimismo, la prueba, que en su fuente era magnetofónica, telemática o de cualquier otra base inmaterial, se materializa reduciéndose a escrito y luego se desmaterializa para ser leída en el estrado de juzgamiento, lo propio pasa con los objetos, que deben ser mostrados para ser percibidos por los juzgadores o inclusive por los testigos, de ser el caso. Definitivamente, en la audiencia se equilibra el peso justo que debe haber entre la parte escrita y la oral, de cuya buena y técnica combinación se obtendrá el resultado deseado, que se haga la justicia.

Es de destacar también, como se ha explicado, que el Código Orgánico General de Procesos no restringe que la prueba documental se trate solo de documentos como se cree, también se consideran prueba documental los objetos, las fotografías, las grabaciones, los elementos de pruebas audiovisuales, computacionales o cualquier otro de carácter electrónico apto para producir fe.

4.5.4.1 Prueba documental de gran volumen o formato

El artículo 204 del Código Orgánico General de Procesos señala “El contenido de documentos pertinentes de gran volumen, grabaciones de larga duración o fotografías que tengan gran formato, serán agregados de manera completa, adicionando esquemas, resúmenes, cómputos o cualquier otro medio similar que los reproduzca fielmente.

La prueba documental de gran volumen, duración o gran formato y los resúmenes o medios similares deberán ponerse a disposición de las otras partes para ser examinados o copiados, quince días antes de la audiencia de juicio. Excepcionalmente y a su criterio, la o el juzgador podrá ordenar que en dicha audiencia se produzca la prueba documental de manera completa”.

4.5.4.2 Copias y compulsas

El artículo 211 del Código Orgánico General de Procesos establece que para que hagan fe las copias y las compulsas de una actuación judicial o administrativa y en general toda copia con valor de instrumento público, debe cumplir los siguientes requisitos:

1. Que hayan sido ordenadas judicialmente;
2. Que se verifique la citación o notificación en persona o por una boleta a la parte contraria, o sea aquella contra quien se quiere hacer valer la compulsas. Los poderes no están sujetos a esta disposición.

Tampoco será prueba la escritura referente sin la referida, ni la accesoria sin la principal, pero si está o la referida se ha perdido, la referente o la accesoria probará en los capítulos independientes de aquella, en los demás solo se considerará como un principio de prueba por escrito.

El artículo 212 del Código Orgánico General de Procesos establece que

La o el interesado puede pedir copia de los documentos originales o compulsas conforme lo previsto en este Código. Las copias y compulsas que hayan sido ordenadas judicialmente se insertaran en las actuaciones que la o el juzgador señale, a solicitud de parte.

En cuanto a la validez, si hay alguna variación entre la copia y escritura matriz prevalecerá lo que contenga la escritura matriz. Igual regla se aplicará a las compulsas con relación a la copia respectiva.

4.5.4.3 Indivisibilidad de la prueba documental

El artículo 199 del Código Orgánico General de Procesos señala que la prueba que resulte de los documentos públicos y privados es indivisible, esto quiere decir que no podrá admitir una prueba documental parcialmente, aunque solo se practique en su parte pertinente, a su vez también mantiene la misma fuerza tanto en contra de quien la propone como de la contraparte. En consecuencia, no se podrá aceptar en una parte y rechazar en otra y comprende aun lo meramente enunciativo del acto o contrato.

4.5.4.4 Documentos en idioma distinto al castellano

El artículo 200 del Código Orgánico General de Procesos señala “Para que los documentos extendidos en idioma distinto del castellano puedan apreciarse como prueba, se requerirá que hayan sido traducidos por un intérprete y cuenten con la validación conforme lo dispuesto en la ley”.

En caso de los documentos expedidos en el extranjero deberán tener la apostilla de la convención de la haya o la legalización de acuerdo al país de origen y deben ser traducidas al idioma castellano, esta traducción debe ser pre procesal, es decir, antes de iniciar el proceso debemos traducir los documentos con un traductor oficial.

4.5.4.5 Documentos otorgados en territorio extranjero

En relación con lo anteriormente mencionado el artículo 201 del Código Orgánico General de Procesos señala

Se autenticarán los documentos otorgados en territorio extranjero, con la certificación de la gente diplomática o consular del Ecuador residente en el estado en el que se otorgó el documento o de acuerdo con lo previsto en la Convención de La Haya sobre la Apostilla.

Si no hay agente diplomático ni consular del Ecuador, certificará un agente diplomático o consular de cualquier Estado y autenticará la certificación el Ministro de Relaciones Exteriores de aquel que se haya otorgado. En tal caso, la autenticación del Ministro de Relaciones Exteriores se reducirá también a informa que el agente diplomático o consular tiene realmente ese carácter y que la firma y rúbrica que haya usado en el documento son las misma que usa en sus comunicaciones oficiales.

Si en el lugar donde se otorga el documento no hay ninguno de los funcionarios de que habla el segundo inciso del artículo 201, certificará o autenticará una de las autoridades judiciales del territorio, con expresión de esta circunstancia.

La autenticación de los documentos otorgados en país extranjero podrá también arreglarse de acuerdo con los instrumentos internacionales suscritos por el Ecuador, las leyes o prácticas del estado en que se otorgue. Las diligencias judiciales ejecutadas fuera de la República, conforme las leyes o prácticas del país respetivo, serán validadas en el Ecuador.

4.5.4.6 Impugnación de la firma o de la autoría de un documento

En base al principio de contradicción las pruebas son impugnables, en relación con ello el artículo 203 del Código Orgánico General de Procesos señala “Los documentos que se presenten con la demanda, con la contestación, con la reconvencción o su contestación, podrán ser impugnados por la parte contraria al contestarlas, para lo cual, se acompañará prueba de la impugnación”.

Es obligación de la parte impugna un documento, presentar prueba de la impugnación, dicha impugnación deberá hacerse atendiendo los principios de buena y lealtad procesal, no es ético ni fructífero para el proceso realizar impugnaciones arbitrarias y sin fundamento, en base a ello, ya no se debe contestar una demanda con la famosa frase “Tacho de falsas todas las pruebas ofrecidas en la demanda”. Además, se impugnará con el acto de contestación.

Si los documentos se presentan como medios probatorios supervenientes, la impugnación deberá plantearse en audiencia única o de juicio, y el momento de la audiencia será el de la admisibilidad probatoria. Si la parte alega que un documento incorporado al proceso ha sido firmado en blanco o con espacios sin llenar, se presumirá cierto su contenido una vez que se haya reconocido la firma o declarado su autenticidad salvo que la ley la presuma. Sin embargo, el abuso de la firma en blanco constituye una infracción penal conforme al artículo 187 del Código Orgánico Integral Penal.

4.5.5 De la prueba pericial

4.5.5.1 De la pericia: La pericia es un saber, una práctica o habilidad especializada en un determinado campo de la ciencia, arte o técnica, en consecuencia, un perito, es una persona experta en algunos de estos campos, pero su diferencia con cualquier experto que puede hacer en una ciencia, arte u oficio, es que este experto es un auxiliar de justicia, es decir que auxilia en ese saber o entender al operador de justicia que lo necesita para interpretar algún fenómeno y resolver una causa puesta en su conocimiento; por lo tanto, esta persona debe calificarse por el órgano competente para desempeñar tal calidad.

La tarea de quien es perito, es mucho más concreta de lo que parece, ya que su actividad debe supeditarse a aplicar su conocimiento de experto en supuesto concreto, encargado por la judicatura, emitiendo su parecer, su opinión fundamentada, su criterio, ilustrado al juzgador de lo que piensa respecto de lo que ha sido materia de su análisis y será este

quien sepa valorar o no lo que concluya el perito en su informe, ya que por más experto que sea, su informe no es más que eso y será el juez el que de acuerdo a su real entender el que le de valor, es decir que el informe del perito no es vinculante para el juez.

Para Ignacio Flores Prada (2017) la pericia en la actividad judicial tiene algunas características:

1. Es de naturaleza consultiva e instrumental: El perito informa en base de sus conocimientos especializados, sin que esto signifique en modo alguno, que decida o resuelva algo;
2. Es la solicitud de parte: Tratándose de un experto, se entenderá que se pide su intervención ante la ignorancia del foro, sea de los litigantes, del juez o de todos, por tanto, nace del presupuesto del desconocimiento, de la duda, de la ignorancia, en consecuencia, de aportar elementos a quien ha de tomar una decisión;
3. Este experto deberá entonces emprender un análisis pormenorizado de lo que se le consulta, hacer una interpretación del fenómeno, reconocer el objeto, en fin realizar el examen que corresponda y emitir su informe con las conclusiones a las que haya llegado, de forma objetiva, verás, con imparcialidad.
4. Del perito: El Artículo 221 define al perito como la persona natural o jurídica que, por razón de sus conocimientos científicos, técnicos, artísticos, prácticos, profesionales, está en condiciones de informar al juzgador sobre algún hecho o circunstancia relacionado con la materia de la controversia.

En nuestro sistema los peritos deben acreditarse en el Consejo de la Judicatura para emitir informes periciales, no obstante, cuando para alguna materia, ciencia, técnica o algún conocimiento especial no hay registro de algún experto, se puede recurrir a las universidades, colegios profesionales, gremios o cualquier lugar donde se crea haya la persona con ese conocimiento calificado; así lo dice el Artículo 221 del CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS.

4.5.5.2 Presentación del informe pericial: El peritaje debe presentarse junto con el acto de proposición de acuerdo con el artículo 142 numeral 7, siempre que se tenga acceso previo al objeto de la pericia. En el caso de que alguna de las partes justifique no tener acceso al objeto de la pericia, el Artículo 225 establece que deberá solicitar en su demanda, contestación, reconvencción o contestación a la reconvencción, que el juez ordene su práctica y designe el perito correspondiente. El Informe pericial será

notificado a las partes con el término de por lo menos diez días antes de la audiencia, término que podrá ser ampliado a criterio del juzgador y de acuerdo con la complejidad del informe.

4.5.5.3 Contenido del Informe pericial: Sin perjuicio de lo anteriormente anotado, de conformidad con lo dispuesto por el Artículo 224, todo informe pericial deberá contener al menos los siguientes elementos:

- Nombres y apellidos completos, número de cédula de ciudadanía o identidad, dirección domiciliaria, número de teléfono, correo electrónico y los demás datos que faciliten la localización del perito.
- La profesión, oficio, arte o actividad especial ejercida por quien rinde el informe.
- El número de acreditación otorgado por el Consejo de la Judicatura y la declaración de la o el perito de que la misma se encuentra vigente.
- La explicación de los hechos u objetos sometidos a análisis.
- El detalle de los exámenes, métodos, prácticas e investigaciones a las cuales ha sometido dichos hechos u objetos.
- Los razonamientos y deducciones efectuadas para llegar a las conclusiones que presenta ante la o el juzgador.
- Las conclusiones deben ser claras, únicas y precisas.

4.5.5.4 Declaración del perito y sustentación del informe: El perito debe ser notificado en su dirección electrónica con el señalamiento de día y hora para la audiencia de juicio, dentro de la cual sustentará su informe. Su comparecencia es obligatoria.

En caso de no comparecer por caso fortuito o fuerza mayor, debidamente comprobados y por una sola vez, se suspenderá la audiencia, después de haber practicado las demás pruebas y se determinará el término para su reanudación. En caso de inasistencia injustificada, su informe no tendrá eficacia probatoria y perderá su acreditación en el registro del Consejo de la Judicatura.

En la audiencia las partes podrán interrogarlo bajo juramento, acerca de la idoneidad e imparcialidad y sobre el contenido del informe, siguiendo las normas previstas para los testigos. Esto se da en dos fases: la primera del interrogatorio dirigida a su acreditación, y la segunda, la sustentación del informe propiamente dicho.

Las partes tendrán derecho, si lo consideran necesario, a interrogar nuevamente al perito, en el orden determinado para el testimonio. En ningún caso habrá lugar a procedimiento especial de objeción del informe por error esencial, que únicamente podrá alegarse y probarse en la audiencia.

Concluido el contrainterrogatorio y si existe divergencia con otro peritaje, el juzgador podrá abrir el debate entre peritos. Finalizado el debate entre los peritos, el juzgador abrirá un interrogatorio y contrainterrogatorio de las partes, exclusivamente relacionado con las conclusiones divergentes de los informes. El juzgador conducirá el debate.

El perito desempeñará su labor con objetividad e imparcialidad de acuerdo a lo dispuesto por el Artículo 223. Durante la audiencia de juicio podrán dirigirse al perito, preguntas y presentar pruebas no anunciadas oportunamente orientadas a determinar su parcialidad y no idoneidad, a desvirtuar el rigor técnico o científico de sus conclusiones, así como cualquier otra destinada a solventar o impugnar su credibilidad.

4.5.5.5 El interrogatorio y contrainterrogatorio al perito: Los peritos son llamados a juicio a sustentar su informe técnico en base al principio de inmediación, debiendo observar:

- Credibilidad: su testimonio debe ser creíble, entendible y explicado de forma lógica y sin tecnicismos de difícil comprensión.
- Verosimilitud: El testimonio ha de ser congruente con lo expresado en el informe escrito.
- Persistencia: sea en el interrogatorio o en el contrainterrogatorio, el perito debe mantener su posición en sus tesis y conclusiones.

4.5.5.6 El interrogatorio al perito: A más de seguir las reglas generales de los testimonios, podemos encontrar algunas diferencias o recomendaciones, según del lado que nos encontremos en la defensa, a saber:

- Si estamos conformes con las conclusiones del peritaje:
 - Se deberán hacer preguntas que peritan acreditar al auxiliar de justicia
 - Es pertinente hacer preguntas abiertas para que el perito explique con solvencia y amplitud el examen realizado;

- También se puede hacer preguntas subjetivas, porque se trata de un experto, que inclusive puede dar su criterio o su opinión, respecto del tema que ha sido objeto de su análisis y la relación con la causa;
- Se le puede poner a la vista el informe a fin de que precise algo en particular;
- Si estamos conformes con las conclusiones del peritaje:
 - Hemos de hacer preguntas que desacrediten al perito, que demuestren que no tiene la experticia necesaria para el análisis del caso en controversia o que su especialidad es otra, o que la que tiene no le permite hacer el análisis que ha hecho;
 - Hacer uso de la prueba nueva que como excepción prevé el Código Orgánico General de Procesos y que ya se ha explicado;
 - Hacer notar las debilidades que se cree existen con otro perito o con información calificada que sirva para contrastar las conclusiones a las que arribó el experto

4.5.6 De la Inspección Judicial

El Dr. Juan Larrea Holguín (Holguín, Enciclopedia Jurídica Ecuatoriana, 2005), dice que la inspección judicial, es el estudio del estado de una cosa o de una contabilidad, es la constatación por parte del juez de la situación en la que se hallan los lugares o cosas sometidos a juicio, contando si es necesario con perito para dictaminar sobre aspectos técnicos.

Este medio probatorio tiene que ver con la finalidad de la prueba, debe depender de los hechos y del objeto que se quieren probar, por tanto debe tratarse de elementos perceptibles, una realidad, un ente corporal, material, externo, perceptible a los sentidos, es la conexión entre el objeto y los sentidos a fin de que se verifique su existencia o su inexistencia

El artículo 228 del Código General de Procesos dice que la inspección judicial es el examen que hace el juez, directamente, de los lugares, cosas o documentos cuando lo considere necesario, debe solicitarse precisando los motivos por los cuales se necesita practicarla, que es lo que se quiere probar, más ha de entenderse que no es lo único que puede ser objeto de inspección, ya que el primer inciso del Artículo 230, que habla del desarrollo de la inspección, dice: “la o el juzgador procederá a examinar directamente a las personas, lugares, cosas o documentos”, es decir que las personas también pueden ser objeto de inspección. No

abundaremos en los momentos de presentación o anuncio de esta prueba porque ya lo hemos hecho en capítulos anteriores.

Admitida la diligencia de inspección judicial, el juzgador determinará el lugar, la fecha y la hora en que se realizará la inspección o el reconocimiento y señalará con claridad el objetivo de la diligencia, la cual se realizará con anticipación a la audiencia de juicio o a la audiencia única. Solo en casos excepcionales, cuando la percepción sensorial del juez sobre personas lugares, cosas o documentos examinados no sea suficiente para obtener una conclusión precisa de la diligencia, podrá designar a un perito acreditado para lo cual ordenará de oficio o a petición de parte la prueba pericial correspondiente.

4.5.6.1 Desarrollo de la inspección judicial: Instalada la diligencia, la o el juzgador concederá la palabra a la parte que solicitó la prueba a fin de que exponga su objetivo, acto seguido, procederá a examinar directamente a las personas, lugares, cosas o documentos, materia de la inspección, luego de lo cual, concederá la palabra a la contraparte para que exponga sobre lo inspeccionado. El secretario, sentará razón de la diligencia a la cual se adjuntará la grabación en vídeo.

Conclusiones

El modelo de Estado constitucional de derechos y justicia al considerar a la libertad probatoria como un principio, derecho y garantía, estructura de forma orgánica, material y procedimental, un sistema de protección y ejercicio efectivo de los derechos ciudadanos, que entre otras cosas, permite con libertad, ser escuchado públicamente, probar sus afirmaciones y contradecir las pruebas en su contra, con el único límite y a la vez protección, de que pueda incorporarse pruebas inconstitucionales, ilegales o que de alguna manera violen derechos humanos.

El sistema procesal ecuatoriano es dispositivo, en razón de lo cual les queda a las partes, anunciar y producir la prueba que consideren favorables a sus intereses y que guarden correspondencia con su teoría del caso; y, solo de forma excepcional el operador de justicia podrá ordenar pruebas de oficio.

El principio de libertad probatoria es interdependiente de los demás principios que rigen el derecho probatorio, como son: unidad, comunidad, contradicción, inmediación, originalidad, veracidad y lealtad, publicidad, interés público, sin descartar la existencia de otros que doctrinariamente se conocen y que respondan a la corriente dispositiva.

No existe límite para la práctica de pruebas, sino solo lo que esté reñido con la constitución y la ley, lo que pueda vulnerar los derechos de las personas; el sistema garantiza el derecho de libertad de prueba, que es parte del derecho a la tutela judicial efectiva, el debido proceso y el derecho a la defensa.

El derecho de presentar pruebas con libertad es ejercer el derecho a la defensa y parte central del debido proceso.

Atentar contra la libertad probatoria, genera vulneración de otros derechos, por su calidad de interdependientes, por ejemplo, el derecho de que la decisión sea adecuadamente motivada, porque si no llega una prueba para su valoración por discrecionalidad del operador de justicia, la conclusión del caso va a ser errónea e indebidamente motivada.

La garantía de la libertad probatoria supone libertad del juzgador en cuanto a su apreciación, a la facultad de establecer el grado de convicción o credibilidad de cada medio probatorio y de todos en conjunto, mediante análisis racional y lógico, exponiendo los fundamentos de su conclusión.

La garantía de libertad probatoria presupone ciertos elementos: a) poder utilizar todas las pruebas de que dispone el justiciable, con la única limitación de la constitución y la ley; b) que las pruebas sean practicadas dentro del proceso o incorporadas en forma debida cuando se trate de pruebas pre – constituidas, esto tiene que ver con el principio de inmediación; c) Una valoración racional de las pruebas aportadas; y, d) Una motivación adecuada de la decisión.

La prueba es una actividad de verificación o comprobación de los hechos, que luego de sus análisis, pueden ser aceptadas, comprobadas y eventualmente volverse irrefutables.

El análisis de la prueba es de carácter cognoscitivo, es un proceso dialéctico y contradictorio, tiene una noción científica y experimental, le proporciona al juez elementos de convicción, traducidos en certeza, según las fuentes probatorias aportadas a través de los medios idóneos, dentro del marco del principio de legalidad y del debido proceso.

El fin de la prueba, desde una lógica procesal, es un acto o conjunto de actos de verificación de los enunciados fácticos en los que se sostienen las posiciones de las partes, para llegar a un convencimiento judicial, esto es, la certeza, con ausencia de toda duda razonable.

Que exista libertad probatoria, tanto de medios cuanto de objeto, no quiere decir que no existe rigurosidad en la formalidad de obtenerlas, de anunciarlas y practicarlas, ya que están sujetas a estrictas ritualidades, precisamente para garantizar su legitimidad y esto está atado al principio de oportunidad y preclusión.

El juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica no es libre de razonar a voluntad, discrecional o arbitrariamente.

El Código Orgánico General de Procesos determina cuando debe anunciarse, presentarse y producirse la prueba, contempla la posibilidad también de la prueba nueva, que es aquella de la cual no se tuvo conocimiento y que puede ser incorporada hasta antes de la audiencia, pero también es aquella que uno puede aportar diez días después de ser notificado con la contestación a la demanda; y así se debería actuar también, con la contestación a la reconvención. Otra posibilidad de presentar prueba nueva no anunciada es la que tiene que ver con el informe pericial, sea para desacreditar al perito o para refutar el informe como tal.

La carga de la prueba tiene que ver con la auto-responsabilidad de las partes por su propia conducta en el proceso, en consecuencia, corresponde a la autonomía de su voluntad aportar o

no pruebas en el expediente, con la consecuencia que hacerlo o no signifique. El juez deberá resolver sobre lo que las partes hayan probado.

El sistema previsto en el Código Orgánico General de Procesos no es oral puro, sino que guarda un equilibrio entre la comunicación escrita y oral, generando un peso para una y otra forma de comunicación, interdependencia y coexistencia

No se debe confundir las competencias que tiene el juez de primera instancia al momento de calificar la demanda; por un lado, no es un momento procesal oportuno para hacer un examen de admisibilidad, pero así tampoco se puede dejar de hacer un control legal y constitucional de los requisitos establecidos, especialmente en el Artículo 142, numeral 8, debiendo quedar claro que el hecho el acceso a la prueba no implica admisibilidad, sino que lo que debe procurarse es tener todos los medios probatorios antes de entrar a la contienda judicial y solo dejar los que efectivamente ha sido imposible conseguirlos.

La prueba no se limita a la testimonial, documental, pericial e inspección judicial, sino que se abre a un infinito espectro de posibilidades a tono con el desarrollo de las tecnologías.

La confesional judicial ha desaparecido del sistema procesal, dando origen a otras instituciones como la declaración de parte, el juramento decisorio y deferido, con la delimitación que han sido comentadas en este trabajo.

El sistema concentrado de audiencias previsto en el Código Orgánico General de Procesos constituye un avance respecto del Código de Procedimiento Civil, está respondiendo a los preceptos constitucionales de oralidad, contradicción inmediación, en fin, se acerca a la tutela efectiva de los derechos, al debido proceso y ejercicio al derecho de defensa.

El nuevo sistema plantea nuevos derroteros, desde tener una infraestructura a tono con el crecimiento de la demanda del servicio judicial, personal capacitado y bien remunerado y profesionales que dominen la técnica procesal y tengan el conocimiento sustantivo, ya que, sin el debido entendimiento y desarrollo de los conocimientos y destrezas necesarias, es difícil conseguir los resultados que la sociedad exige.

Para que la prueba pueda cumplir con su cometido procesal, esto es lograr la convicción del operador de justicia, sobre la existencia o no de la cosa o hecho, materia de litigio, de manera que se ajuste a la realidad, es particularmente importante, que exista libertad probatoria para

que las partes y el juez acrecienten su acervo y construyan una decisión racional, con la única limitación de la moral y buenas costumbres, la constitución y la ley;

La libertad probatoria no significa dejar hacer dejar pasar, sino que se desarrolla bajo criterios claros de pertinencia, utilidad y conducencia;

Debe darse preminencia a la verdad formal y no material, a la construcción de una sana convicción de los hechos y del derecho que le asiste a la parte que la invoca;

La libertad de la prueba debe ir de la mano con la contribución objetiva de los medios de prueba, la concentración y eficacia procesal de lo practicado;

No se debe confundir la pertinencia de la prueba con su valor de convicción, ya que la primera tiene que ver con la relación lógica y jurídica entre el medio probatorio y el hecho que se pretende probar; más, su valor o peso de convicción ser insuficiente para el juzgador, por no ser meritorio o ser carente de conocimiento o de razón.

Recomendaciones

Hacer una auditoria procesal urgente, para ver cómo están funcionando las instituciones jurídicas que ha sido materia de este modesto análisis, para medir su eficacia; solo por poner un ejemplo, le ha costado mucho a la comunidad jurídica entender que deben simplificarse ciertos procedimientos, como el de obtener el certificado migratorio, pasando más de un año, utilizándoles a los jueces contravencionales con el costo que eso significa para la sociedad, cuando la institución podía dar una solución más dinámica y barata, como efectivamente se lo hizo y ahora es práctica común.

A tono con lo dicho en el párrafo anterior, es urgente desburocratizar la mente, entender que la simplificación de ciertos trámites no significa sacrificar la seguridad jurídica, sino simplemente dejar que las cosas fluyan en un tiempo prudente, ya que justicia que no llega a tiempo, no es justicia.

Unificar el criterio de los operadores de justicia y la comunidad jurídica en general, saber cómo se hace y por qué; ya que es inadmisibile que exista, entre los juzgadores, como en la actualidad, discrepancia de criterios respecto del tratamiento de ciertos temas procesales, lo que violenta el principio constitucional de igualdad.

Bibliografía

- Alexi, R. (1997). El Derecho General de Libertad. Teoría de los Derechos Fundamentales. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales .
- Alsina, H. (1942). Tratado Teórico y Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Buenos Aires: Ediar.
- Asamblea General de las Naciones Unidas . (06 de agosto de 2018). https://www.humanium.org/es/derechos-civiles-politicos/?gclid=EAIaIQobChMIhK_3pOTx3AIVAySGCh2haQDjEAAYASAAEgIPi_D_BwE.
- Asamblea Nacional Constituyente. (20 de octubre de 2008). Constitución de la República del Ecuador . Constitución de la República del Ecuador Comentarios, Legislación Conexa, Concordancias. Montecristi, Manabí, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Asamblea Nacional Constituyente. (2008). La Constitución. Quito: Registro Oficial.
- Asamblea Nacional de la República del Ecuador. (18 de Mayo de 2015). Código Orgánico General de Procesos. Código Orgánico General de Procesos. Quito, Pichincha, Ecuador : Registro Oficial.
- Beltrán, J. F. (2003). JF Beltrán - Jueces para la Democracia, 2003 - dialnet.unirioja.es.
- Bentham, J. (2000). Tratado de las Pruebas Judciales . Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.
- Cabanellas, G. (1997). Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Buenos Aires: Heliasta.
- Calamandrei. (1945). Casación Civil. Buenos Aires : Bibliográfica Argentina.
- Camacho, A. (2008). Manual de Derecho Procesal. Bogotá: Temis.
- Carbonell, M. (s.f.).
- Carnelutti, F. (1958). Diritto e proceso, Napoli - Estudios de Derecho Procesal. Buenos Aires : Ediciones jurídicas Europa-América .
- Carrara. (1957). Programa de Derecho Criminal. Bogotá: Temis.
- Chiovenda, G. (1922). Instituciones de Derecho Privado. Madrid: Revista de Derecho Privado.
- Conde, Á. (2016). Régimen Político Español.

- Congreso de la República de Colombia . (2012). Ley 1564. Código General de Procesos. Bogotá, Colombia.
- Convención de Derecho Internacional Privado. (1928). La Habana .
- Corte Constitucional . (2009). <http://corteconstitucional.gov.ec>.
- Corte Suprema de Justicia, Tercera Sala de lo Civil y Mercantil . (28 de mayo de 2007). Sentencia 17 de julio 2006. Jurisprudencia . Quito, Pichincha, Ecuador: Registro Oficial.
- Domínguez, V. C., Martín Brañas, C., González Granda, P., Damián Moreno, J., & Fidalgo Gallarado, C. (2017). La prueba, tomo I, La Prueba en el Proceso Civil. Valencia: Tirant lo blanch.
- Echandia, D. H. (2017). Teoría General de la Prueba Tomo 1. Bogotá: Temis S.A.
- Ecuador, H. C. (24 de junio de 2005). Código Civil Art. 1719. Valor probatorio del instrumento privado. Quito, Ecuador : Registro Oficial.
- Fenochietto, C. E. (2010). Carga de la Prueba. Revista Jurídica Argentina La Ley, 276-277.
- Ferrajoli, L. (2006). garantismo UNA DISCUSIÓN SOBRE DERECHO Y DEMOCRACIA. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L., Ferrajoli , L., Carbonell, M., Gascón Abellán, M., Ibáñez , P. A., Iglesias Vila, M., . . . Pozzolo , S. (2009). Garantismo. Madrid: Trotta.
- Florian, E. (1969). De las Pruebas Penales . Bogotá: Temis.
- Furno, C. (1984). Accertamento convenzionale e confessione stragiudiziale. Firenze: Revista de Derecho Privado.
- Goldberg, S. H. (1994). Mi Primer Juicio Oral . Buenos Aires: Heliasta.
- Gorphe, F. (1962). Crítica del Testimonio. Madrid : Reus .
- Guasp, J. (1962). Derecho Procesal Civil. Madrid : Instituto de Estudios Políticos.
- H. Congreso Nacional . (s.f.). Ley de Comercio Electrónico.
- Hinostroza, M. A. (2012). Derecho Procesal Civil, Medios Probatorios. Lima: Juristas Editores.

- Holguín, J. L. (2005). Enciclopedia Jurídica Ecuatoriana. Quito: Fundación Latinoamericana Andrés Bello.
- Holguín, J. L. (2005). Enciclopedia Jurídica Ecuatoriana, Derecho Civil, Tomo VII. Quito: Fundación Latinoamericana Andrés Bello.
- Joselinee Medina Bistochet el Apr 26, 2. (26 de abril de 2013). scribd. Obtenido de <https://es.scribd.com/doc/138092700/Juramento-Decisorio>
- Kelsen, H. (2003). La Teoría Pura del Derecho. Buenos Aires: Eudeba.
- Lara, A. G. (1999). Diccionario Explicativo de Derecho Procesal Civil . Quito: Editorial Jurídica del Ecuador.
- Lessona. (1928). Teoría General de la Prueba en Derecho Civil. Madrid: Reus.
- Malatesta, N. F. (1964). Lógica de las Pruebas en Materia Criminal. Bogotá: Temis .
- Micheli, G. A. (1960). Corso di diritto processuale civile. Milán: Ediciones jurídicas Europa - América.
- Niceto, A.-Z. y. (1964). Introducción al estudio de la prueba. Revista de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Concepción, 255-266.
- Pallares, E. (2008). Diccionario de Derecho Procesal Civil. México: Porrúa S.A.
- Prada, I. F. (2017). La prueba en el proceso civil. valencia: Tirant lo blanch.
- Ramirez, J. F. (14 de Junio de 1982). Sentencia de Sala de Casación Civil . Código de Procedimiento Civil Sexta Edición . Buenos Aires, Argentina: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Real Academia de la Lengua Española. (1992). Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Madrid .
- Rocco, U. (1957). Trattato di diritto civile. Torino: Utet.
- Salazar, Á. M. (2018). La Oralidad y los principios del Procedimiento. Quito: Ius et Historiae.
- Santamaría, R. Á. (2013). <http://www.minjusticia-ddhh.gov.ec/>.
- Sarmiento, R. E. (2008). Derecho Procesal Civil Práctico, Principios Fundamentales del Derecho Procesal. Quito: Edilex S.A.

Sentis, S. M. (1965). Introducción al derecho probatorio. Revista Iberoamérica de Derecho Procesal, 67-109.

Setencia, T-416 (Corte Constitucional de la República de Colombia 1999).

Tabares, H. E. (2016). Tratado de Derecho Probatorio, Teoría General de Derecho Probatorio Tomo 1. Bogotá: Ibáñez.

Ubertone, F. P. (1968). La carga de la prueba. Lecciones y Ensayos, Universidad de Buenos Aires , 91-105.