

**Universidad Andina Simón Bolívar**

**Sede Ecuador**

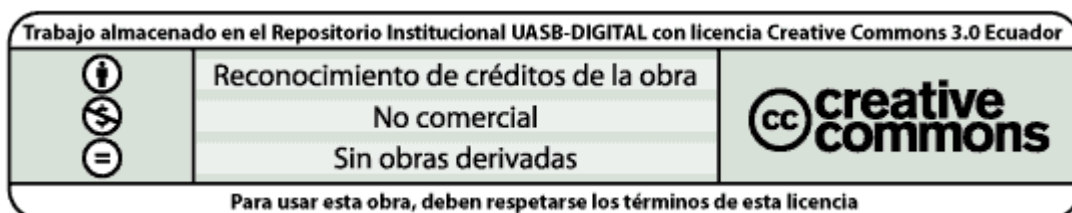
**Área de Derecho**

Programa de Maestría en Derecho  
Mención en Derecho Constitucional

**Elementos constitucionales relacionados con la prueba en el  
proceso civil**

Iveth Illescas Ortega

**Quito, 2016**



## **CLAUSULA DE CESION DE DERECHO DE PUBLICACION DE TESIS**

IVETH DEL ROCÍO ILLESCAS ORTEGA, autora de la tesis titulada: ELEMENTOS CONSTITUCIONALES DE LA PRUEBA RELACIONADOS CON EL PROCESAL CIVIL, a través del presente documento me permito dejar constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de MAGÍSTER EN DERECHO en la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador. En consecuencia se tendrá en consideración los siguientes apartados:

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor de la obra antes referida yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Fecha: 20 de febrero 2016

Firma \_\_\_\_\_

Universidad Andina Simón Bolívar

Área de Derecho

Programa de Maestría en Derecho  
Mención Derecho Constitucional

ELEMENTOS CONSTITUCIONALES  
RELACIONADOS CON LA PRUEBA EN EL  
PROCESO CIVIL

Autor:  
Iveth Illescas Ortega

Tutor:  
Dr. Francisco Iturralde Albán

San Francisco de Quito Ecuador, 2016

## Resumen

El presente trabajo de investigación se aproxima a realizar un análisis detallado de los elementos constitucionales y límites de la prueba, supuesto que establece los pilares sobre las cuales se apoya la tutela judicial efectiva, el debido proceso y por consiguiente, la seguridad jurídica, además, estos supuestos son la base de un Estado garantista que reconoce varias garantías, como una forma de materializar y guiar el poder de administrar justicia.

En la actualidad el ámbito procesal civil presenta un problema en la praxis pues advierte falta de diligencia en la sustanciación de los procesos, a pretexto de coordinación entre funciones surge un escenario que supone injerencia en las decisiones judiciales en los procesos, generando inseguridad jurídica. Sin tratar de caer en reduccionismos la seguridad jurídica afianza la certeza del derecho que no es sino, además, la paz y el orden social en el marco jurídico. Ya los cauces que rigen el garantismo quedaron iniciados con la constitucionalización de la tutela judicial efectiva, el debido proceso para la aplicación de las garantías o normas que más se ajusten a los derechos vigentes, sin embargo, queda mucho por hacer para alcanzar una efectiva materialización de la seguridad jurídica. Le corresponde a la legislación procesal civil realizar los cambios para una adecuada aplicación del derecho, precisando que ella es fundamental para el correcto funcionamiento del Estado Constitucional de Derechos y Justicia actual. Además constituye una precondition para la aplicación imparcial, formal y material del Derecho. El Sistema Jurídico vigente evidencia la supremacía constitucional como eje central de manera que existe una directa vinculación del juez a la misma. Este fenómeno jurídico judicial arroja consecuencias relevantes para la tutela judicial efectiva en un Estado garantista.

**Dedico y agradezco estos  
apartados a los seres  
maravillosos que tengo  
la dicha de reconocer  
que han estado a mi lado**

**Al creador del universo,  
A mi madre,  
Ángel que está en el cielo  
y guía mi camino,  
ser sublime, abnegado,  
que me hizo entender,  
que la perseverancia vence  
lo que la dicha no alcanza**

**A todas las personas  
increíbles, que conforman  
la lista interminable de amigos**

**A mí distinguido maestro  
Dr. Francisco Iturralde, que con  
sus vastos conocimientos me  
ha guiado con mucha paciencia  
en la elaboración de este  
trabajo de investigación**

## Tabla de Contenido

<b>1. CAPÍTULO I: GENERALIDADES DE LA PRUEBA</b> .....	10
1.1 Breve introducción de la prueba y su importancia. ....	10
1.1.1. Importancia de la prueba .....	13
1.1.2. Concepto de prueba .....	15
1.1.3. Objeto de la prueba .....	19
1.1.4. Finalidad de la prueba .....	23
1.2. La prueba en la antigüedad y su relevancia .....	26
1.3 Diversos medios de prueba reconocidos en la legislación ecuatoriana. ....	35
1.4 Los elementos de la prueba a la luz de la Constitución .....	46
1.5 Los jueces frente a la Constitución y la ley para la práctica probatoria y su valoración 48	
<b>2. CAPÍTULO II:</b> .....	55
2.1 Análisis de los principios que rigen la prueba. ....	55
2.1.2. Principios de la prueba a nivel andino .....	55
2.1.3. Principio dispositivo .....	55
2.1.4. La necesidad de prueba .....	57
2.1.5. Exención de prueba .....	59
2.2. Principios rectores para una correcta práctica y valoración de la prueba en la legislación ecuatoriana. ....	61
2.2.1. Principio de intermediación .....	61
2.2.2. Principio de oralidad .....	64
2.2.3. Principio de libertad probatoria .....	69
2.2.4. Principio de publicidad .....	70
2.2.5. Principio de contradicción .....	72
2.2.6. Principio de independencia .....	73
2.2.7. Principio de imparcialidad .....	75
2.2.8. Principio de favorabilidad .....	77
<b>3. CAPÍTULO III:</b> .....	80
3.1 Análisis sobre la influencia de elementos constitucionales que rigen la prueba en el proceso. ....	80
3.2 Elementos constitucionales relacionados con la prueba .....	83
3.2.1. Tutela judicial efectiva .....	83
3.2.2. Seguridad jurídica .....	87
3.2.3. Derecho al Debido proceso .....	99
3.3 Garantías constitucionales de la prueba y su incidencia en el proceso .....	106
3.4 Valoración de la prueba .....	108
3.5 Momento procesal probatorio .....	115
3.6 Motivación .....	118
4. Conclusiones .....	125
6. Bibliografía .....	129

## Introducción

Hablar de garantismo<sup>1</sup> constitucional en la actualidad es aproximarse a la teoría de, Luigi Ferrajoli, tesis que concibe en un primer momento una teoría en el ámbito del derecho penal. Sin embargo, los apartados de esta obra dilucidan en sentido amplio, el garantismo con dimensión general, enfoque que implica un reto para los operadores judiciales en el Ecuador. Con la vigencia de la Constitución del 2008, Ecuador adopta un innovador sistema procesal de justicia, normas procesales desarrolladas en el flamante Código Orgánico General de Procesos, publicado en el Registro Oficial 201-CDFJ, Suplemento 506 de 22 mayo del 2015. Cuerpo normativo procesal que asume el modelo constitucional.

En este instrumento se recoge los principios rectores del sistema procesal ecuatoriano, además, otorga mecanismos jurídicos para la materialización de la tutela judicial efectiva, que, no es sino: el acceso a la justicia, el Derecho de apelar, y la ejecución de la sentencia para el ejercicio de las garantías básicas del derecho al debido proceso; pilares sobre los cuales se apoya la seguridad jurídica y en consecuencia la realización de la justicia.

Cabe resaltar que en este estudio se analiza la tutela judicial efectiva, el debido proceso como elementos constitucionales de la prueba los cuales son el fundamento de la seguridad jurídica. El texto constitucional y la legislación procesal entre las garantías del derecho al debido proceso registran la prueba que produzca eficacia probatoria, parámetros que determinan que las pruebas actuadas y obtenidas contraviniendo las disposiciones constitucionales o legales no serán válidas y no producirán efectos jurídicos.

Los elementos constitucionales como garantía constituyen el ejercicio del contenido esencial del derecho en el sistema procesal, los cuales permiten configurar la tutela judicial

---

<sup>1</sup> Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón - Teoría Del Garantismo Penal (1989)*, Andrés Ibáñez, Ruiz Miguel, J.C Bayón traductor, (Madrid: Ediciones Trota 1995), p 462.

efectiva del Estado a favor de las partes en el proceso garantizando además que si la prueba no reúne los requisitos intrínsecos y extrínsecos no será objeto de valoración ni de producir eficacia jurídica garantizando la Seguridad Jurídica.

Bajo este contexto se vislumbran algunos problemas a los que se tratara de dar respuestas: primero, relacionado con la seguridad jurídica, y en segundo lugar a determinar cómo influyen los elementos constitucionales de la prueba en el proceso civil y que incidencias tienen en el proceso.

En la presente investigación se aplicó la dogmática jurídica en uso del método exegético y sistemático para el correcto cuestionamiento a la falta de desarrollo de los elementos constitucionales de la prueba relacionados con la prueba particularidades que se ha dejado anotadas.

El espacio territorial de investigación es Ecuador sin que ello implique la exclusión de elementos comparados con distintos países del Área Andina, respecto de los puntos de acercamiento que se irán desarrollando en relación a elementos constitucionales de la prueba.

En este orden de ideas el presente estudio se divide en tres capítulos:

1. El primer capítulo, relacionado con generalidades de la prueba adoptando temas como sus antecedentes, la importancia, así como, varias concepciones sobre el derecho probatorio en la antigüedad, medios probatorios, además la actuación de los jueces frente a la Constitución y la ley para la práctica probatoria y valoración de la prueba.
2. El segundo capítulo hace énfasis en los principios que rigen la prueba en el Área Andina, principios rectores para una correcta práctica y valoración de la prueba en la legislación ecuatoriana para garantizar el debido proceso, entre los más relevantes aparecen los



principios de inmediación, oralidad, de publicidad, de contradicción, de libertad probatoria, de oportunidad, de independencia judicial e imparcialidad.

3. El tercer capítulo hace alusión al análisis sobre la influencia de los elementos constitucionales relacionados con la prueba. Se contextualiza la tutela judicial efectiva, la independencia judicial, la seguridad jurídica, los límites del juez, la motivación, los sistemas de valoración, el momento procesal, la eficacia probatoria, la motivación y las garantías constitucionales. Además, concibe los principios que comportan el sistema procesal reconocido como el medio para la realización de la justicia en el Art. 169 de la Constitución.

# 1. CAPÍTULO I: GENERALIDADES DE LA PRUEBA

## 1.1 Breve introducción de la prueba y su importancia.

El derecho a la prueba evolucionó con el desarrollo de las sociedades, proceso que pone fin a juicios rudimentarios como la ley del Talión, manifestados en el Código de Hammurabi en el año 1700 a. c.; pese a que este no es el único sistema que aplicó procedimientos embrionarios se considera el modelo adecuado para ejemplificar, cabe resaltar que la evolución del Derecho Probatorio dio paso a la civilización.

Dentro de la ciencia procesal la prueba es el elemento más relevante de todo proceso, así, la conciben reconocidos procesalistas, como Echandia, Bentham y Couture. La teoría de Devis Echandia a la cual me adhiero, precisa: “tanto vale no tener un derecho, cuanto no poder probarlo”<sup>2</sup>, además, el autor cita a Bentham, quien manifiesta que: “la administración de justicia sería imposible sin la prueba”<sup>3</sup>, en la misma línea, Eduardo Couture, afirma, que tal preeminencia se manifiesta en la destreza de "probar es vencer"<sup>4</sup>, insiste el autor en afirmar, “probar es persuadir de la verdad de los hechos”<sup>5</sup>. Por otro lado, el contexto probatorio registra la representación multidisciplinaria de la prueba en tres facetas: como actividad, medio y resultado, así tenemos que:

1.- La prueba como actividad presenta una faceta dinámica que se genera al interior de una Litis; Alcalá y Castillo, en su obra Introducción al estudio de la prueba manifiestan al respecto: “... una actividad que se desarrolla al interior del proceso, a través de la cual las partes aportan los antecedentes necesarios para sustentar sus alegaciones y el juzgador

---

<sup>2</sup>Hernando Devis Echandia, Compendio de las Pruebas Judiciales, editor, Rubinzol Culsoni, Tomo I Tulchuanomo, (Buenos Aire, 1981 ), p 13

<sup>3</sup> Ibídem,

<sup>4</sup> Eduardo Couture, Estudios de Derecho Procesal Civil, La Garantía de la prueba, editor Ediar. Anón, tomo I, (Buenos Aires, 1948), p 65.

<sup>5</sup> Ibídem.

determina la quaestio facti debatida”<sup>6</sup>.

Bajo este contexto la actividad probatoria se constituye en un conjunto de factores aportados por los sujetos procesales al interior del juicio para sustentar sus argumentos, base sobre la cual el operador judicial determina la causalidad de los hechos. El Código Orgánico General de Procesos determina en su Art. 164, la regla que regula esta actividad y establece que: “Para que las pruebas sean apreciadas por la o el juzgador deberán solicitarse, practicarse e incorporarse dentro de los términos señalados....”<sup>7</sup>.

El escenario del sistema probatorio en la actualidad reconoce una nueva estructura; establece una fase preliminar consistente en efectuar el escrutinio de la prueba con la participación de los sujetos procesales, por el principio legítimo a la contradicción tendiente a establecer la pertinencia o impertinencia de los medios probatorios aportados al proceso; y la otra fase, reconocida como la del juicio final en la que se debatirá la eficacia probatoria de los medios incorporados en el proceso.

2.- La faceta de la prueba en el interior de un proceso como medio, es el vehículo que conduce al juez hacia los elementos de convicción para validar afirmaciones, negaciones o determinar la causalidad de los hechos; así tenemos a Ferreira, quien presenta: “los medios son las vías o caminos legalmente regulados tendientes a lograr el ingreso del elemento de prueba en el trámite judicial.”<sup>8</sup>. En el mismo sentido señala Bentham, “En todos los casos

---

<sup>6</sup>Alcalá Zamora y Castillo Niceto, *“Introducción al estudio de la prueba*, en Estudios de Derecho probatorio, s/e, Concepción (Chile 1965), pp. I II, 120 y 121. Véase en [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122008000200003#n6](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122008000200003#n6)

<sup>7</sup>Ecuador Asamblea Nacional, *Código Orgánico General de Procesos*, publicado en Registro Oficial No. 506, (Quito-2015), Art. 164.

<sup>8</sup> Angelina Ferreira de la Rúa, Manuel Rodríguez Juárez, *Manual de Derecho Procesal Civil I*: Ediciones Alveroni (Argentina 2014), p 127

la prueba es un medio para un fin”<sup>9</sup>.

En la legislación ecuatoriana encontramos distintos medios de prueba en materia procesal civil: los instrumentos públicos y privados, la inspección judicial, la declaración de parte y testigos, dictamen de peritos o de intérpretes<sup>10</sup>. También reconoce como medios relevantes de prueba a los exámenes morfológicos, sanguíneos o de otra naturaleza técnica o científica, dispuestos en el Art. 121 del CPC. Los medios probatorios personales o reales admitidos como pertinentes suministran al juzgador información relevante para reconstruir los hechos, es decir, analizar el pasado y deducir el futuro, tales como:

1. En relación de la prueba como resultado, siguiendo a Gascón, la dimensión de la prueba como resultado se reduce a la tarea final del quehacer judicial:

La prueba judicial constituye un resultado, consistente en la conclusión a la cual arriba el juzgador sobre el *factum probandum* a partir de los antecedentes allegados al proceso. Corresponde a la parte final del trabajo probatorio, en donde el magistrado resuelve cuáles afirmaciones de hecho pueden darse por verificadas<sup>11</sup>.

Entonces, se colige que la prueba en el texto procesal es el examen final en el que el juez buscará determinar en materia civil, penal, laboral, etc.; el incumplimiento de una obligación, el cometimiento de un delito o de una falta grave, es decir, es el proceso final del escrutinio en donde se valoran las pruebas lo que dará lugar a la sentencia, el juez al resolver subsume los hechos a la norma y en efecto produce la consecuencia jurídica fundada en la

---

<sup>9</sup> Jeremy, Bentham “Tratado de las pruebas judiciales”, Esteban Dumon, editor, vol., 1 (Paris: Capilla Alfonsina, Biblioteca Universitaria, 1825), p 4. 22.

<sup>10</sup> Congreso Nacional, Código de Procedimiento Civil, Art 121.

<sup>11</sup> María, Gascón Abellán, “Los hechos...”, de la misma autora, La racionalidad en la prueba: Sobre el razonamiento jurídico.”: Revista de Ciencias Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 85 y 86 Edeval. (Valparaíso:, Universidad de Valparaíso,Nº45, 2000 S/F) cit., 612

prueba de demostración de los hechos.

### **1.1.1. Importancia de la prueba**

El contexto de la importancia de la prueba en el derecho probatorio plantea gran expectativa al respecto, Davis Echandia, considera que: “Para el estudioso del derecho y particularmente para el abogado o el juez, la prueba viene a ser el complemento indispensable de todos sus conocimientos, pues sin ella ni podrá ejercer su profesión ni administrar justicia.”<sup>12</sup>.

Así mismo, Carnelutti, por su parte indica: “El juez está en medio de un minúsculo cerco de luces, fuera del cual todo es tinieblas: detrás de él el enigma del pasado, y delante, el enigma del futuro. Ese minúsculo cerco es la prueba.”<sup>13</sup>

Parafraseando a Bentham, dentro del proceso judicial, la importancia de la prueba radica en que, el Arte de enjuiciar no es lo medular, sino el arte de producir las pruebas<sup>14</sup>

Francisco Iturralde, siguiendo a Bentham, afirma que la importancia de la prueba es “El arte del proceso es el arte de administrar la prueba (Prueba de actor y demandado...).

Así, las cosas se puede entender que las pruebas en un proceso no tienen un enfoque superfluo, sino que tienen una perspectiva plausible, porque son la base sobre la cual el juez reconstruye el pasado para conocer quien tiene la razón en el presente; es el hilo conductor del proceso, es el soporte en que se sostiene las afirmaciones y negaciones de hechos reconstruidos en un lugar o tiempo determinado.

---

<sup>12</sup> Hernando Devis Echandia, “*Teoría General de la Prueba Judicial, Tomo I*”, Víctor P de Zabala, editor, vol. 3 (Buenos Aires: Alberti 835, 1974), 56-57.

<sup>13</sup> Francesco Carnelutti (1879 “*La prueba civil*,” Niceto Alcalá, Zamora y Castillo traductores (Buenos Aires Ediciones Arayú, 1955), p. 18.

<sup>14</sup> Jeremy Bentham, “*Tratado de las pruebas judiciales*”, Esteban Dumon, editor, vol., 1 (Paris: Capilla Alfonsina, Biblioteca Universitaria, 1825), p 4.

La trascendencia de la prueba en la legislación ecuatoriana registra dos acepciones: la una, que la prueba debe ser pertinente para que pueda conducir al juez al convencimiento de los hechos y circunstancias expuestos por las partes. Considerando que la ausencia de la prueba impedirá la materialización de la justicia.

La segunda idea, alude a la obligación que tienen las partes de probar los hechos que han propuesto afirmativamente en la pretensión o negado en las excepciones. Escenario que no involucra al juez. Sin embargo, la legislación le concede al juzgador excepcionalmente la producción de pruebas de oficio para salvaguardar el interés superior del niño, en asuntos de familia y en materia laboral, así mismo, para proteger el derecho de la Pacha Mama como sujeto de derecho, en este caso, la carga de la prueba le corresponde al causante del daño o gestor de la actividad según lo dispone el COGEP, Art 169.

La importancia de la prueba siguiendo el sentido de las acepciones mostradas en los párrafos anteriores consiste en que no solo es suficiente plantear una pretensión y afirmar un hecho positivo o negativo para tener una resolución favorable, sino tener la destreza de demostrar los hechos positivos o negativos afirmados con la producción de pruebas pertinentes.

Las partes procesales tienen el derecho y la libertad de aportar pruebas al proceso, pero la libertad de producir pruebas está limitada por la información relevante y congruente que estas puedan aportar al proceso, en otras palabras, para que una prueba introducida al interior del proceso pueda producir efecto jurídico debe tener relación directa con los hechos, datos u objetos afirmados o negados por las partes. En consecuencia, la prueba será impertinente cuando su contenido no haga conexión fáctica y conceptual con las afirmaciones en la pretensión del actor o las negaciones en las excepciones del demandado.

En el ámbito civil, del actor-demandado; en el área constitucional, del accionante-accionado o del ofendido o procesado en procesos penales.

Es decir la importancia de la prueba consiste en el arte de reproducir las pruebas en todos los procesos, para llegar a demostrar los hechos pasados y deducir los hechos futuros, afirmados por las partes en el litigio. Además, se sustenta en los requisitos de pertinencia y conducencia de la prueba utilizada en el proceso, que orientó la decisión judicial o la operación intelectual a cargo del operador judicial en su quehacer jurisdiccional.

### **1.1.2. Concepto de prueba**

Inicialmente, es necesario denotar el concepto de prueba en sentido general y sentido jurídico: la prueba concebida de forma general, según Cañon, en su obra, *Práctica de la Prueba Judicial*, citando a Delleplane “...la prueba es común a todas las ramas del derecho...”<sup>15</sup>. En este sentido la prueba consistiría en probar los hechos, los resultados, los efectos y las causas de éstos, en el ámbito civil, penal, laboral etc, presupuestos de contribución para que el juzgador reconozca o declare derechos, reconstruyendo, analizando los pasados y deduciendo los futuros.

En sentido jurídico desde la lógica de Hernando Devis Echandía, la noción de prueba debe ser entendida desde dos perspectivas: la objetiva y subjetiva<sup>16</sup>

La perspectiva del sentido objetivo de la prueba demanda aproximarse a los conceptos de hechos, actividad y medios. Intentando alcanzar una conceptualización de estas tres acepciones; en cuanto al primero: Devis citando a Bentham, precisa: “Se entiende por ella

---

<sup>15</sup> Pedro Alejo, Cañon Ramírez. *Práctica de la prueba judicial*. (Colombia: Ecoe Ediciones, 2009.), p 2.

<sup>16</sup> Hernando Devis Echandía “Teoría General de la Prueba Judicial”, p 21-23

un hecho supuesto verdadero, que se considera como que debe servir de motivo de credulidad sobre la existencia o no de otro hecho”<sup>17</sup>

A decir, de Lessona, el hecho de probar significa "... hacer conocidos para el juez, los hechos controvertidos y dudosos, y darle la certeza de su modo preciso de ser.”<sup>18</sup>.

Respecto a la actividad, Guasp, afirma, que la prueba es "el acto o serie de actos procesales por los que se trata de convencer al juez de la existencia o inexistencia de los datos lógicos que han de tenerse en cuenta en el fallo.”<sup>19</sup>

Los medios para Alsina, la prueba no es sino: "designar los *distintos medios o elementos* de juicio ofrecidos por las partes o recogidos por el juez en el curso de la instrucción.”<sup>20</sup>

En palabras de Devis Echandía, es prueba judicial, “todo medio que sirve para conocer cualquier cosa o hecho”<sup>21</sup>.

Melero considera que la prueba no es la convicción del juez, sino el "*medio* para formarla.”<sup>22</sup>

Las definiciones anteriores exteriorizan lo que se debe entender como prueba con enfoque objetivo, así, tenemos a los hechos que no son sino, la reconstrucción de los hechos pasados; a la actividad como el conjunto de actos procesales que se realizan en el interior del juicio; los medios aportados al proceso como la prueba documental, testifical, etc. Bajo este contexto y con merito a las conceptualizaciones analizadas se supone como prueba con aspecto objetivo, a los hechos, actos y medios aportados o actuados en el interior del proceso;

---

<sup>17</sup> Jeremy Bentham *Tratado de las Pruebas judiciales*” p. 20

<sup>18</sup> Carlos Lessona, “*Teoría General de la Prueba en Derecho Civil*”, Enrique Aguilera de Paz Traductor. 3ª Edición Vol. 1 (Madrid: Editorial Reus S.A 1928), p 4-5.

<sup>19</sup> Jaime Guasp Delgado “*Derecho procesal civil*” (Madrid: Instituto de Estudios Políticos 1967), p, 333.

<sup>20</sup> Hugo Alsina “*Tratado de derecho procesal civil*” (Buenos Aires: Editorial. Ediar 1942), p 171.

<sup>21</sup> *Ibíd*em

<sup>22</sup> Silva Melero, “La prueba procesal”, Tomo I (Madrid: Edit. Re, de derecho privado 1963), p 32.



con la intervención de objetos y personas ofrecidas por las partes procesales para alumbrar con elementos de convicción la existencia o inexistencia de un hecho o acto.

En todo caso la prueba judicial sería el elemento que en su faceta de medio contribuye a verificar o conocer los hechos o cosas, apoyándose con actos procesales como la diligencia de inspección judicial, el dictamen de peritos y la declaración de parte o de un tercero, esto es, son medios que pueden servir de vehículo al conocimiento del juez de la cuestión reclamada o planteada en el litigio en cada proceso.

### **La prueba en sentido subjetivo**

Al empezar el análisis de la prueba desde este enfoque se especifica que la perspectiva del sentido subjetivo de la prueba tiene dos aspectos: la primera que identifica el objeto y la otra que alude específicamente a las personas.

El aporte que el procesalista Carnelutti, hace sobre la prueba en sentido subjetivo-objeto apunta a lo siguiente:

La noción de hecho jurídico, esencial para la teoría del proceso, es una de aquellas que el estudioso debe aprender de la teoría general del derecho. Cuantas veces el hecho que hay que valorar no esté presente, el juez tiene que servirse de otros objetos que le permitan conocer el hecho ausente. Esos otros objetos son las pruebas.<sup>23</sup>

La conceptualización analizada a la cual me adhiero, presupone que la prueba es el conocimiento mismo de los hechos suministrado por el objeto.

La otra idea apunta específicamente a la prueba desde el enfoque mismo de las personas,

---

<sup>23</sup>Francesco Carnelutti, *Instituciones del proceso civil*, Tomo I (Buenos Aires: Ed. Ejea 1959), p 257.

dirigida para mejor ejemplificar a los sujetos procesales dentro de un proceso. Así tenemos que la prueba aportada por las partes comporta la prueba testifical, que son declaraciones de parte o de terceros que se haya aportado y reproducido en el proceso.

Este medio de prueba de carácter subjetivo desde el enfoque personas, aproxima al juzgador a una percepción directa de los hechos. Ahora bien, si la prueba practicada en audiencia otorga al juez percepción directa de los hechos, significa además, que está conduce a que el juzgador forme y realice la operación intelectual de verificación del medio probatorio aportado. Por otro lado, el examen que el juez realice al medio probatorio aportado y reproducido aproxima a la configuración del sentido subjetivo de la prueba en la persona del juez, que no significa que en tal valoración, el juzgador pueda aplicar criterios personales, sino más bien desde la actividad que el como persona lo llevó a cabo.

En resumen las teorías analizadas y que resulta una realidad sobre la prueba en sentido subjetivo, confirman que está emana del sujeto, es decir, este escenario supone el aporte testifical suministrado por testigos, peritos o las propias partes al proceso en la reproducción histórica de los hechos pasados. Así, se tiene por ejemplo lo establecido en el Art.174 del COGEP, la prueba testifical es: “Es la declaración que rinde una de las partes o un tercero...”<sup>24</sup>. Aspecto contextual que reconoce la parte subjetiva de la prueba mediante testimonios o declaraciones de personas que conocen hechos pasados.

El otro escenario surge como resultado del momento anterior mismo, que ha de producir la operación intelectual del juez para formar su criterio sobre la realidad o verdad de los hechos. Es decir, el juez forma su criterio judicial para valorar la prueba aportada sustentando su decisión en el sistema de la sana crítica que no significa que en tal valoración el juzgador

---

<sup>24</sup> Ecuador, *Código General de Procesos* Art. 174.

pueda aplicar criterios personales, sino más bien, que estos surgen como resultado de la actividad efectuada por él como persona.

El análisis de la otra perspectiva de la prueba, en sentido objetivo puede ser definida como el conjunto de hechos con soporte en objetos, datos o testimonios sin la intervención del juzgador que presentados son capaces de brindar una imagen clara y certera de los hechos o actos de tal modo que se logre establecer el reconocimiento de un derecho, de un hecho o el establecimiento de una obligación de dar, hacer y no hacer, entre otros aspectos que permitirán la materialización de una justicia acorde a la realidad y en concordancia a la ley vigente y el respeto a los derechos humanos.

### **1.1.3. Objeto de la prueba**

El objeto de la prueba afirma, Flores García, en su trabajo, Teoría General de la Prueba. “Esto sólo se puede aceptar en el sentido que, el objeto de la prueba versa sobre los hechos afirmados por las partes, o hechos alegados o articulados.”<sup>25</sup>

De la misma manera, Flores García, cita a Viera, Redenti, Pallares y a Echendia para analizar varias facetas del objeto de prueba y nos dice que:

Viera, indica al respecto “en cualquier proceso, la prueba tiene como objeto los hechos y suele decir que también el objeto de la prueba son las respectivas afirmaciones de las partes.”<sup>26</sup> Redenti, afirma, en cambio, que “en la identificación de los hechos, teóricamente, habría que decir que son datos o elementos de puro hecho, tales como los eventos, los acontecimientos o accidentes de este, nuestro mundo, contemplados y considerados desde un punto de vista histórico o de crónica (prejurídicos), o el aspecto de las cosas desde el

---

<sup>25</sup> Fernando Flores García, “Teoría General de la Prueba”, Ministerio de Justicia pública, Boletín núms. 1572-1573-157 (México ) 149

<sup>26</sup> *Ibidem*.

punto de vista fotográfico.”<sup>27</sup>

Por su parte, Pallares, considera que “sólo deben admitirse como objeto de la prueba los hechos que se controvierten en el juicio y que tengan influencia sobre la decisión que ha de pronunciar el juez.”<sup>28</sup>

Echandía, sostiene que “objeto de prueba judicial, en general, puede ser todo aquello que siendo de interés para el proceso, puede ser susceptible de demostración histórica (como algo que existió, existe o puede llegar a existir) y no simplemente lógica (como sería la demostración de un silogismo o de un principio filosófico); es decir, que objeto de prueba judicial son los hechos presentes, pasados y futuros, y lo que puede asimilarse a éstos (costumbre y ley extranjera)”<sup>29</sup>.

En la legislación española, el objeto de la prueba está establecido de forma clara en el Art. 281 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que dispone, “la prueba tendrá como objeto los hechos que guarden relación con la tutela judicial que se pretenda obtener en el proceso...”<sup>30</sup>

En consecuencia con apoyo en los criterios de los juristas enunciados coincido en señalar que el objeto de la prueba son los hechos pues es sobre ellos que actúa el *factum probandum* en el proceso y es sobre este que el juez fundamenta su decisión. En otras palabras, si el objeto de la prueba son los hechos es sobre los hechos verificados y probados que el juzgador realiza las conexiones fácticas y conceptuales para aplicar el derecho que corresponda en cada caso concreto.

Sin embargo, encontramos que este objeto puede consistir en la afirmación de las partes pero

---

<sup>27</sup> *Ibíd.*

<sup>28</sup> *Ibíd.*

<sup>29</sup> *Ibíd.*

<sup>30</sup> España Corte General “*Ley de Enjuiciamiento Civil*” Referencia: Jefatura de Estado BOE-A-1/2000-323, última codificación (2015), p 281.

no se limita a ella, puede consistir también en las evidencias que dejan los eventos, acontecimientos o accidentes. Los cauces del sistema procesal actual reconocen reglas procesales que aluden al objeto de la prueba consistente exclusivamente en los hechos que se dilucidan en el juicio sobre la práctica probatoria.

Las normas procesales incorporadas al COGEP garantizan la eficacia probatoria de las pruebas anunciadas en la demanda, contestación o reconvencción en la práctica probatoria. Para ejemplificar; cabe aludir al juicio ordinario, este incorpora dos etapas procesales: la audiencia preliminar y la audiencia final, pero previo a iniciar la primera, el Art. 79 del COGEP, prevé parámetros de instalación de audiencia, esto es condiciones al inicio de la audiencia preliminar, es decir, que la o el juez que dirige la misma debe identificar y disponer a quien haga las veces de secretario constate la presencia de todas las personas notificadas, momento en el que se ha de constatar la comparecencia tanto del actor como del demandado y los efectos que se devienen en caso de la no concurrencia. Según lo dispuesto en los artículos 86 y 87 del COGEP se verifica que, en caso de no concurrir el actor, el juez debe declarar el abandono de la causa y para el caso del demandado, pierde la oportunidad procesal para hacer valer sus derechos, además los atrasos están considerados sin que por ello se deba reiniciar nuevamente la audiencia.

Una vez instalada la audiencia preliminar de acuerdo a la disposición del Art. 294 del COGEP, el juez inicia pronunciándose sobre la validez del proceso, 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. Posterior a la intervención del juez las partes expondrán los argumentos de la demanda, de la contestación, de la reconvencción y contestación a esta.

De no haber ninguno de los supuestos referidos y coludida la primera intervención los sujetos

procesales debaten sobre la pertinencia de la prueba. Superada esta etapa se avanza hacia la audiencia de juicio la que tendrá lugar dentro de 30 días máximos, donde las pruebas anunciadas y admitidas en la audiencia preliminar son practicadas, de acuerdo a lo que establece el Art. 297 del COGEP. Asimismo, prescribe el Art 159 del mismo cuerpo procesal “...Para demostrar los hechos en controversia para el efecto las partes podrán utilizar cualquier tipo de prueba que no violente el debido proceso ni la ley”. En consecuencia estos son los nuevos horizontes del sistema procesal que proclama el COGEP.

Aludir, al juicio ordinario reconocido en el CPC es acercarse al sistema procesal inoperante, pues concluida en este sistema la audiencia de no haber conciliación se abre la causa a prueba por el termino de 10 días, momento procesal en que las partes pueden presentar y solicitar se actúen y reproduzcan los diferentes medios probatorios aportados, los que no se actuarán dentro del término de los 10 días, sino hasta después de un año o más, violentando el principio de celeridad. Es decir, que en este sistema la práctica de la prueba a excepción de las declaraciones de parte y de testigos no se las practica dentro del término fijado, así, como tampoco se los reproduce en audiencia, sino fuera de ella; los hechos actuados, sin que medie debate y contradicción directa no son susceptibles de producir plena eficacia jurídica o celeridad en el proceso o apoyo para fundamentar la demostración histórica o que doten de una influencia directa en el examen efectuado por el juez en la valoración y en consecuencia en la decisión judicial.

#### **1.1.4. Finalidad de la prueba**

La Asamblea Nacional Ecuatoriana en su quehacer de producción normativa con acierto, apostó por el COGEP, publicado en el registro oficial No. 506 de 22 de mayo 2015, Art. 158, texto procesal que establece la finalidad de la prueba en materia civil, considerando que: “La prueba tiene por finalidad llevar a la o al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias controvertidos”<sup>31</sup>. En otras palabras el propósito de la prueba es orientar y lograr en el juez o tribunal el convencimiento o verificación del supuesto fáctico y circunstancia discutida, planteada en las pretensiones por las partes, teniendo como eje transversal la prueba en caso de ser admitida en el proceso. En consecuencia, este examen de verificación permite al juez resolver con razones suficientes. Entorno que dota de elementos de verificación para una adecuada motivación y más que todo permita evidenciar la eficacia probatoria de los medios de prueba actuados y obtenidos. Tema tratado a continuación.

#### **La eficacia probatoria y la validez de la prueba se refieren a:**

Los elementos que constituyen la validez de la prueba tienen su cauce principal en el Código Orgánico General de Procesos, Art. 160, atinentes a la conducencia, pertinencia y utilidad de la prueba, estos son parámetros que rigen la eficacia probatoria. A partir de esta precisión, se considera que el juzgador tiene facultad para rechazar todos los medios de prueba que por su naturaleza y contenido no conduzcan a los fines propuestos, sea por su improcedencia, no idoneidad o ineficacia. En otros términos, para que la prueba produzca el convencimiento o certeza sobre la existencia o inexistencia de las circunstancias o modalidades de los hechos

---

<sup>31</sup> Ecuador Asamblea Nacional, *Código Orgánico General de Procesos*, publicado en Registro Oficial No. 506, (Quito-2015), Art, 158.

afirmados, negados o investigados debe tener eficacia jurídica reconocida por la ley.

Los principios de conducencia, pertinencia y utilidad de la prueba en la normativa procesal evidencian, que habrá conducencia de la prueba cuando sea el resultado del “contenido intrínseco”<sup>32</sup> y en particular para demostrar los hechos que se alegan en cada caso. Dicho así, entonces será “pertinente cuando la prueba se refiera directa o indirectamente a los hechos o circunstancias controvertidos”<sup>33</sup>.

### **Pertinencia**

El principio de pertinencia recogido en el cuerpo normativo indicado en el párrafo anterior ofrece una concepción clara sobre cuándo ha de ser pertinente la prueba, esto es, las pruebas aportadas se refieren “directa o indirectamente a los hechos o circunstancias controvertidos”<sup>34</sup>, con los hechos que se pretende demostrar que tenga una relación directa con el hecho propuesto. Para mejor ilustrar cabe ejemplificar con dos casos prácticos, un fácil y otro difícil:

En relación al primero, es pertinente la prueba que tiende a demostrar en juicio: con el examen de ADN, que supone el demandado es el padre de un menor, es decir, se está tratando de demostrar el vínculo jurídico de filiación.

Aludiendo al difícil, en los juicios de prescripción adquisitiva de dominio, se trata de probar la posesión ininterrumpida por más de 15 años, entonces que medios probatorios son los pertinentes para demostrar que el actor está en posesión por el tiempo que manifiesta su pretensión, será eficaz acaso, la prueba documental, la testifical, la inspección judicial o el

---

<sup>32</sup> *Ibíd*em, Art 161

<sup>33</sup> *Ibíd*em.

<sup>34</sup> *Ibíd*em



informe de peritos. Todos los medios probatorios indicados son los adecuados dependiendo la forma como se los proponga, así por ejemplo, tendrá fuerza probatoria la prueba documental cuando se adjunte un documento certificado otorgado por una empresa pública sobre un servicio básico, que indique el tiempo desde cuando se concedió el servicio, que adjuntar varias cartillas o planillas del servicio. En cambio la prueba testifical es sumamente subjetiva pese a que se establece prevenciones sobre el perjurio, aquí si depende de la idoneidad del testigo que realmente conozca lo hechos; se debe reconocer que existen también jureros que se prestan para aquello.

Con respecto al medio de prueba de la inspección judicial, es el medio en el que el juez verifica y constata la posesión. Sin embargo, no puede ser eficaz si no tiene el auxilio de una experticia técnica que determine, por ejemplo la vetustez del material de la edificación. En consecuencia se puede afirmar que la prueba *per se*, es pertinente y esto radica en la capacidad que ella posee para aportar al hecho que tiene que ver con el objeto de otras pruebas.

## **Utilidad**

La utilidad será la idoneidad del medio de prueba para acreditar el hecho controvertido. En este sentido Devis Echandia, se refiere a la *utilidad de la prueba*, “en cuanto esta sea necesaria y no aparezca inútil por existir presunción o confesión válida o notoriedad general respecto del hecho que se ha de probar con ella”<sup>35</sup>, en el mismo sentido, Oliva Santos, precisa que: “es aquella que por existir una manifiesta inadecuación de medio a fin se puede, razonablemente, conjeturar que no alcanzará el resultado apetecido”<sup>36</sup>, el contexto expresado

---

<sup>35</sup> Hernando Devis Echandia, “Teoría General de la Prueba” p, 277

<sup>36</sup> De la Oliva Santos, A., “*Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*”, Centro de Estudios Ramón Areces editor (Madrid: Universitaria Ramón Arances, 2000), p.291.

en el art. 159 del COGEP, dispone que: “Para demostrar los hechos en controversia las partes podrán utilizar cualquier tipo de prueba que no violente el debido proceso ni la ley”<sup>37</sup>.

En la misma línea de las concepciones analizadas se supone constituyen pruebas inútiles aquellas pruebas que según las reglas no cumplan con los requisitos. La inutilidad, por tanto, viene referida no al hecho que se pretende probar cuanto al medio con que se pretende alcanzar la prueba la cual guarda estrecha relación con el fin de la prueba. Así, por ejemplo, cuando se propone una prueba de ADN para demostrar la paternidad o el vínculo de filiación.

## **1.2 La prueba en la antigüedad y su relevancia**

Los antecedentes del derecho probatorio demuestran las distintas formas y estructuras que cada una de las sociedades impusieron para aplicar sus propios regímenes, sistemas religiosos, filosóficos y políticos. Como referencia se distingue cinco fases en la evolución de las pruebas judiciales definidas en la historia, según lo afirman varios procesalistas como: Jaime Guasp<sup>38</sup>; Silva Melano<sup>39</sup>, entre la más relevante, la tesis del colombiano Devis Echandía, en su obra la Teoría General de las Pruebas Judiciales:

- a) La fase primitiva, que supone identifica el derecho incipiente;
- b) la fase religiosa, que a decir del autor representa el antiguo derecho germánico primero y la influencia del derecho canónico;
- c) la legal, que sometió a la prueba a una rigurosa tarifa previa de valoración, que fue un avance en su época;
- d) la fase sentimental, denominada por el autor, como como la íntima convicción

---

<sup>37</sup> *Ibidem.*, Art 160

<sup>38</sup> Jaime Guasp, “*Derecho Procesal Civil*”, editor, Instituto de Estudios Políticos, (Madrid, 1962), p 361.

<sup>39</sup> Silva Melano, “*La prueba Procesal*”, Edit. Revista de Derecho Privado, (Madrid, 1963), p 137

moral, que se originó en la Revolución Francesa, como reacción contra la tarifa legal y que sostiene la absoluta libertad de valorar la prueba; y,

e) la fase científica, que actualmente impera en los códigos procesales modernos.<sup>40</sup>

En palabras, de Devis Echandía, las cuatro fases anteriores en la evolución de las pruebas judiciales “quedaron superadas con la caída del imperio romano, por haberse producido una ruptura fundamental en la civilización jurídica y social”<sup>41</sup>, además resalta el suceso cuando Roma había alcanzado la cúspide en la dominación durante muchos años, donde imperaba la mixtura de barbarie y fanatismo religioso que condujo absurdos procedimientos judiciales.

Por otro lado, en relación a la fase científica de la prueba, parafraseando a Manuel Borja, en su obra “La Prueba en el Derecho Colombiano”, cita a Francois Ghorpe, el cual resalta que las proyecciones ideológicas de la Revolución Francesa abrieron el camino hacia la razón, a la libertad, manifestaciones que dieron lugar a la prueba pública dejando atrás la prueba secreta, fórmula de convencimiento concibiendo lo que en la actualidad se conoce como la valoración en base a la “sana crítica”<sup>42</sup>.

En la obra de Davis Echandia, se resalta el estudio que el filósofo Aristóteles hizo de la prueba en el que encuentra “una lógica, ajena a prejuicios de orden religioso y fanatismos de otra índole”<sup>43</sup>, además hace especial énfasis a los aspectos que el gran filósofo hizo de la prueba, “intrínseco y extrínseco”<sup>44</sup>, considerando que estas características otorgaron el carácter científico a la prueba, pensamiento aristotélico que sin duda influyó en la regulación

---

<sup>40</sup> Hernando Devis Echandía, “Teoría General de la Prueba Judicial”, p 56-57.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p 56.

<sup>42</sup> Manuel A, Borja Niño, La Prueba en el Derecho Colombiano: Generalidades del Derecho probatorio y Acción Probatória, editor, Sistemas & Sistemas Ltd., Tomo I, (Bucaramanga, Ediciones Sistemas & Sistemas Ltd., 1999), p 35.

<sup>43</sup> Hernando Devis Echandía, Teoría General de las pruebas

<sup>44</sup> *Ibidem*

de la prueba testifical.

Siguiendo, a Eduardo Couture, el carácter acreditado de la prueba alcanza su máxima expresión en el proceso, pues depende de la actividad probatoria de las partes, quienes suministran elementos de convencimiento o de convicción al juez, considera que más que un “método científico de investigación, la prueba civil se asemeja, a la prueba matemática: es una operación de verificación de la exactitud o el error de otra operación”<sup>45</sup>.

La contextualización analizada, en las diferentes teorías determinan que las cuatro primeras fases de la evolución del derecho probatorio en la historia, fueron etapas arcaicas regidas por la superstición y la subjetividad que suponen fueron superadas con la caída del imperio romano, además en esta época las pruebas según los teóricos señalados contextualizan que las pruebas, fueron simbólicas, que la verdad fue puramente subjetiva, que su valoración fue artificiosa y ficticia, simetrías que a mi modesto entender solo quedaron superadas con la vigencia de la prueba científica.

En lo atinente, al carácter científico de la prueba de entre las teorías analizadas se tomó a la que más resulta oportuna, esta supone que la libertad concedida al juez para valorar la prueba involucra una concepción técnico de la verificación de la verdad de los hechos, es decir, que el juez en la valoración de la prueba ya no solo aplique el silogismo lógico, sino que para alcanzar una real administración de justicia, el juzgador se ayude de otras disciplinas como la psicología, la técnica y nuevas ciencias para conseguir una adecuada valoración de la prueba.

El otro escenario analizado, en lo que respecta al derecho procesal interno, es el cauce que

---

<sup>45</sup> Couture Eduardo, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil* edición Depalma (Buenos Aires, Ediciones Depalma 1981), 219.

rige el sistema probatorio en Ecuador, el cual esta constitucionalizado como derivación inmediata de la evolución de la fase científica de la prueba, la que sustenta sus bases en los elementos constitucionales que rigen la administración de justicia, entre los que se encuentra Tutela Judicial efectiva, el debido Proceso y la seguridad Jurídica.

De las fases probatorias enunciadas en líneas anteriores cabe ejemplificar las siguientes:

**a) Fase primitiva**

En esta fase, según lo examinado, la prueba se encontraba entregada a la práctica de las impresiones personales o dicho de otro modo no cabía sistema probatorio objetivo como por ejemplo:

En esta etapa, la prueba no concebía una atmosfera trascendental, se destacaba por las arbitrariedades. Así se reconoce al derecho en el Código de Hammurabi Babilonia, en 1700 a.c, este cuerpo normativo concebía un sistema procesal rudimentario que regulaba la convivencia del pueblo de Babilonia, disponiendo en sus enunciados que si una persona con su conducta contravenía la norma que regía estaba condenado a ser ejecutado, además la carga de la prueba debía producirla el acusado, conforme se ejemplifica a continuación:

2 § Si un hombre le imputa a otro hombre actos de brujería pero no puede probarlo, el que ha sido acusado de magia tendrá que acudir al divino Río y echarse al divino Río y, si el divino Río se lo lleva, al acusador le será lícito quedarse con su patrimonio. Pero si el divino Río lo declara puro y sigue sano y salvo, quien le acusó de magia será ejecutado. El que se echó al divino Río se quedará con el patrimonio de su acusador.<sup>46</sup>

El contenido del enunciado en el párrafo anterior, confirma que en este sistema procesal

---

<sup>46</sup>Babilonia, Rey Hammurabi, “*Código de Hammurabi*”: véase en <http://www.ataun.net/BIBLIOTECAGRATUITA/C1%C3%A1sicos%20en%20Espa%C3%B1ol/An%C3%B3nimo/C%3%B3digo%20de%20Hammurabi.pdf>

primitivo la carga de la prueba recaía sobre el acusado.

Así mismo, el art. 7§, de este mismo Código consagra:

Si una persona, sin testigo o contrato, compra o recibe en depósito, de un hijo no emancipado o de un esclavo, plata, oro, un esclavo, o una esclava, un buey, un cordero, un asno o cualquier otra cosa, será equiparado a un ladrón y condenado a muerte<sup>47</sup>

El contexto anterior, exterioriza que la fase primitiva de la prueba imprime severidad, periodo histórico del sistema de administración de justicia que se regía por el régimen de la Ley del más fuerte, como una forma de supervivencia de la clase monarca y aristocrática, adquiere al mismo tiempo la forma del sistema inquisitivo, manifestada ampliamente en la Ley del Talión. En síntesis, este periodo fue propio del sistema procesal rudimentario porque la prueba estaba sujeta a las impresiones personales de la clase pudiente, como la identifican los estudiosos del tema denominada por ellos como fase primitiva.

#### **b) Fase Religiosa**

En relación a la fase religiosa, tesis sustentada en líneas anteriores, la misma supone el inicio del derecho canónico durante la cual se presume se utilizó sistemas probatorios arbitrarios y absurdos como los llamados juicios de dios, duelo, la prueba del fuego, etc.

Fase en que prevaleció la influencia del Derecho Canónico, por tal razón cabe hacer especial énfasis a las disposiciones concebidas en la legislación religiosa hebrea sobre la justicia.

Patrón que se ilustra con la interpretación efectuada a la legislación hebrea a continuación:

Las normas procesales en el derecho hebreo ordenaban que se castigue con la pena de lapidación y de hoguera para los casos de adulterio, incesto, falso testimonio, a los idólatras,

---

<sup>47</sup>Ibídem,

por violar la ley de culto. Los ciudadanos que transgredían la legislación divina eran castigados con crueles penas de muerte. Así se presume se aplicó el procedimiento para sancionar el cometimiento de faltas, contra las personas que trasgredieron la Ley de Dios a decir, de Goldstein en su obra de Derecho Hebreo citando el Talmud<sup>48</sup> (legislación hebrea).

La decapitación se consideraba en cambio otro procedimiento con diferentes causales, así por ejemplo, para quienes fueran culpables de un asesinato o de paganismo, la pena debía ser la decapitación, según lo afirmado por el mismo autor.<sup>49</sup>

Además, Goldstain, cita a Rabinowcz, en su obra, afirma, que en el derecho hebreo la Biblia establecía las reglas que suelen ser comunes a todas las legislaciones para castigar con las penas que corresponda siempre que el crimen sea debidamente comprobado.<sup>50</sup> Bajo estas concepciones incipientes, con métodos bárbaros de lapidación, hoguera y de decapitación para sancionar las transgresiones a la norma de la ley divina se desarrolla el sistema procesal en esa época.

Las conceptualizaciones doctrinarias y legales analizadas en líneas anteriores exteriorizan la diferencia del derecho primitivo y religioso, registran por una parte, que en la etapa primitiva la prueba se rige por el empirismo, por la superstición, por las impresiones personales. Las

---

<sup>48</sup> Mateo Goldstein, cita en su obra el “Derecho Hebreo”, Fundación Internacional Raoul Wallenberg Casa Argentina en Israel Tierra Santa: “Según el Tratado Sanedrín... Cualquier varón, de los hijos de Israel, o de los extranjeros que peregrinan en Israel, que diere de su simiente a Moloch, de seguro morirá: el pueblo de la tierra, lo apedreará con piedras; Y cualquiera que se echare con la mujer de su padre, la desnudez de su padre descubrió: ambos han de ser muertos; su sangre será sobre ellos<sup>6</sup>; Saca el blasfemo fuera del real, y todos los que le oyeron pongan sus manos sobre la cabeza de él, y apedréelo toda la congregación<sup>7</sup>; Y el que blasfemare el nombre de Jehová ha de ser muerto: toda la congregación lo apedreara”. ( Israel: 2010), p 3-10

<sup>49</sup> Derecho Hebreo ““He aquí los que son condenados a tener el cuello cortado: El asesino y los habitantes de la villa culpable de paganismo””

<sup>50</sup> Mateo Goldstaing: “Derecho Hebreo” “no se podía contener a la multitud; todo el mundo aportaba su piedra al edificio. Pero dijo Moisés: Que nadie lo toque (al condenado) antes de los testigos, es decir, antes de que éstos estén convencidos de que el crimen ha tenido lugar realmente; de lo contrario, un alboroto popular, que puede propagarse a propósito de nada, sería a menudo funesto para los inocentes... Si sobre cien testigos se descubriese un solo testimonio irregular, era suficiente para absolver al acusado, puesto que se debe buscar todos los motivos para evitar la pena de muerte (fol. 9). La Biblia establecía las reglas que suelen ser comunes a todas las legislaciones: que el crimen sea debidamente comprobado; que existan testigos oculares y que éstos reúnan determinadas condiciones de honestidad e imparcialidad; que el delito haya sido cometido; que el culpable haya sabido conscientemente que cometía un hecho punido por la ley.”: Primera parte, véase en [http://www.raoulwallenberg.net/wp-content/files\\_mf/6741.pdf](http://www.raoulwallenberg.net/wp-content/files_mf/6741.pdf), 73-75

pruebas fueron en esa época subjetivas y su valoración artificiosa, se las definía por la voluntad del monarca; y, por otra parte, en la etapa mística o religiosa la prueba estuvo sometida a rigurosos fanatismos, fue el convencimiento formal que resultaba de un proceso basado en la justicia de Dios o con su divina intervención, surgiendo el derecho canónico donde los jueces eclesiásticos fueron verdaderos magistrados.

### **c) Fase legal**

Siguiendo con la intención de ejemplificar las tesis examinadas, en esta fase, toda prueba supone sometimiento a una aprobación de normas sobre producción establecida por el legislador. Siguiendo la tesis de Rene Navarro, en su obra, *Bases para una Sana Critica*, la prueba tasada o legal.

Parfraseando al autor, tesis que resulta muy relevante, que sustenta la evolución del sistema tasado en la historia procesal como técnica de apreciación, la que llevo para civilizar las pruebas judiciales primitivas en la edad media, momento de gran auge para estas y de apoyo para el sistema inquisidor<sup>51</sup>. Así mismo, en palabras del autor, se precisa, que “a la ley de partidas, el sistema procesal le debe, la regulación normativa del sistema legal. Momento que inscribe el reconocimiento y propagación en todos los legislaciones posteriores del sistema tasado”<sup>52</sup>. Igualmente, continua aseverando el autor, que la Partida III, reconoce cualidades a la prueba “....Partiendo de su concepto de prueba. Estableció que ella podía ser plena o semiplena. Y a partir de allí, legisló acerca de cuáles eran los medios que las producían”<sup>53</sup>

Con lo expuesto, se precisa que en este período se elaboran instrucciones basadas

---

<sup>51</sup> René David Navarro Albiña, *Bases para una sana crítica: lógica, interpretación, argumentación, máximas de la experiencia, conocimiento científico*. (Chile: Ril editores, 2014), p 10.

<sup>52</sup> *Ibidem*.

<sup>53</sup> *Ibidem*.



enteramente en el derecho canónico y se presentan, reglas sobre pruebas con toda la influencia del derecho romano y del método escolástico<sup>54</sup>. En otras palabras, rige el principio de legalidad en este sistema, las pruebas deben valorarse con estricto apego a la intención del legislador o respetando la voluntad del constituyente. Un claro reconocimiento del principio de legalidad lo prescribe el Art. 76 numeral, 4 de la Constitución ecuatoriana. “Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria”<sup>55</sup>.

#### **d) Fase sentimental**

Esta fase, supone según el análisis a las tesis exploradas la íntima convicción moral, etapa que se origina como reacción a la prueba “tarifaria”<sup>56</sup>. Configura un conjunto de sentimientos, de impresiones o de otros estados emocionales y de conocimientos personales; para mejor ejemplificar cabe mencionar los países que lo aplican, de entre los cuales se resalta, la administración de justicia en Estados Unidos, pues, este sistema se ve reflejado en los juicios por jurados populares. Tal es el caso de lo prescrito en las enmiendas, Art. VII de la Constitución de Estados Unidos:

En litigios en derecho común, en que el valor en controversia exceda de veinte dólares, se mantendrá el derecho a juicio por jurado, y ningún hecho fallado por un jurado, será revisado por ningún tribunal de los Estados Unidos, sino de acuerdo con las reglas del derecho común<sup>57</sup>.

Lo expuesto permite concebir que en este sistema la Constitución le otorga al jurado las suficientes atribuciones para juzgar, sin que su decisión pueda ser revisada por ningún tribunal, este sistema supone que esta técnica permita dictar pronunciamientos sin expresar

---

<sup>54</sup> Peter Fredet, “*Compendio de historia moderna desde la venida de cristo y cambio de la republica romana en el imperio hasta el año de 1867( 1891)* ”, Librería Americana, editor (Bogotá, Librería Americana de J.V. Concha, 1915)

<sup>55</sup> Ecuador, Constitución Art. 76.

<sup>56</sup> Devis Echandia, *Teoría General de la Prueba Judicial*, p 64

<sup>57</sup> Estados Unidos Constitución Art. III y enmienda VII (1)

su motivación, restringiendo de esta manera las facultades de control legal y constitucional de las resoluciones jurisdiccionales inmotivadas. Presupone un sistema judicial libre que mira y atiende tan solo a criterios subjetivos del jurado.

**e) La fase “científica”**

Sobre la fase científica de la prueba, en la misma las teorías de, Ferrer, Gascón, González, citando a Michelle Taruffo, afirman que: “la ciencia no sólo es útil en el plano probatorio, sino que tiende incluso a ser considerada como un modelo óptimo de conocimiento al que también la comprobación procesal de los hechos debería aproximarse”<sup>58</sup>. De la misma manera, Taruffo, precisa en su obra “La prueba, Artículos y Conferencias”, que:

Un aspecto importante del problema referido al uso de la ciencia en el proceso es que la ciencia normalmente representa una fuente de conocimiento y de valoración de los hechos de la causa: por esta razón se suele hablar comúnmente de *prueba científica*<sup>59</sup>.

Bien, así las cosas se verifica que si la prueba ha de ser susceptible de ser sometida a comprobación es prueba científica, así por ejemplo los resultados obtenidos con muestras tecnológicas saliva o de sangre; marcadores genéticos que suponen logran:

Confiabilidad del 99,99% como mínimo en el caso de una inclusión de paternidad y de un 100% en caso de exclusión de la misma, la prueba estudia la posibilidad de que dos personas tengan una relación de parentesco biológico padre – hijo<sup>60</sup>.

Según las teorías analizadas en acápites anteriores, la fase científica de la prueba es un sistema en que se otorga primacía a los medios científicos porque se pretende que los hechos

---

58 Jordi Ferrer Beltrán, Marina Gascón Abellán, González Lagier, Daniel. Estudios sobre la prueba. (México: 2010 Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM), p 139.

59 Michele Taruffo, *La prueba, Artículos y Conferencias*, editorial Metropolitana, SF, Ob c p, 99-100.

60 Ecuador, Omnihospital, *Genetics*, (Guayaquil: 2015), véase en: [http://genetics.com.ec/genetics/PRUEBA\\_DE\\_PATERNIDAD.html](http://genetics.com.ec/genetics/PRUEBA_DE_PATERNIDAD.html)

tengan la posibilidad de ser verificados a través de la utilización de medios técnicos que lleven a la certeza o que sean susceptibles de comprobación, como lo son: el examen morfológico o de ADN. Resultados del proceso que no estarían en discusión, en el momento de contradecir u objetar la prueba, sino más bien en cuanto aludirían a la forma de obtención o de su actuación para la producción de efectos jurídicos y aporte a la respectiva valoración que se proporcione al operador judicial, elementos de convicción

los que deben reproducirse en el proceso bajo el sistema de oralidad.

### **1.3 Diversos medios de prueba reconocidos en la legislación ecuatoriana.**

La legislación procesal civil ecuatoriana establece varios medios de prueba, así el COGEP, en sus Artículos 174-232 reconoce a la prueba testifical, a la documental, a la inspección judicial y a la de peritos<sup>61</sup>, más amplia concepción sobre medios probatorios prevé el art. 121 del CPC, como, ‘‘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’’.<sup>62</sup>

Las partes procesales en ejercicio de su facultad tienen la libertad para solicitar se actúen o practiquen las pruebas que consideren necesarias para demostrar la verdad o falsedad de los hechos. Sin embargo, esta libertad probatoria se ve limitada por la pertinencia de las pruebas y el procedimiento para llevarlas a cabo. Para tal efecto, el operador judicial verificará que ellas guarden relación con los hechos u objetos que en su actuación u obtención se haya respetado las reglas del procedimiento o de tiempo para que produzcan eficacia jurídica a

---

<sup>61</sup>Ibíd.

<sup>62</sup>Código de procedimiento Civil, Art. 121.

través de los medios probatorios reconocidos por la legislación.

### 1.3.1 La Prueba testifical

El actual sistema procesal concibe según norma expresa a la prueba testifical como “la declaración que rinde una de las partes o un tercero”<sup>63</sup>. La doctrina por su parte propone varios parámetros para que la declaración sea considerada válida:

Ricci, afirma que la declaración:

"Es una declaración, la que para tener efecto jurídico, debe referirse siempre a la existencia de un hecho jurídico, de no ser así, se reduciría a una simple afirmación, incapaz de producir efectos jurídicos."<sup>64</sup>

Eduardo Couture, en su teoría a la cual me alinee precisa: “La doctrina acostumbra a distinguir en la declaración tres elementos esenciales: sujeto, objeto y forma”<sup>65</sup>.

El contexto procesal ecuatoriano, en el Art. 174 del COGEP, supone dos escenarios respecto de este tema; el uno recogido sobre la declaración de una de las partes dentro del proceso y la otra, de un tercero ajeno al proceso. Campo en que los declarantes tienen la obligación de responder a las preguntas que les formule el juez o las partes ya sea como interrogatorio o conainterrogatorio. Las declaraciones tienen lugar en audiencia o de forma anticipada según lo prescribe el COGEP.

Además, el actual sistema procesal como excepción dispone para ciertos casos el derecho del declarante a “negarse a responder preguntas que acarreen responsabilidad penal a su

---

<sup>63</sup>Ecuador, Código General de Procesos, Art, 174.

<sup>64</sup> Francesco Ricci, “*Tratado de las Pruebas*”, La España Moderna Tomo I, vol 2<sup>do</sup> (Madrid 1990), p 12.

<sup>65</sup> Eduardo Couture, *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Editor Ediar Soc. Anon. Tomo II, (Buenos Aires:) p 200.

cónyuge o conviviente en unión de hecho o a sus familiares comprendidos dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, excepto en los casos que se refieran a cuestiones de estado civil o de familia”<sup>66</sup>. Así mismo, cuando se viole “el deber del declarante a aguardar reserva o secreto por razón de su estado u oficio, empleo, profesión, arte o por disposición expresa de la ley”<sup>67</sup>.

### **Declaración de parte**

La disposición prevista en el Art. 118 del COGEP, expresa textualmente sobre lo que concibe la declaración de parte definiéndola como “el testimonio acerca de los hechos controvertidos, el derecho discutido o la existencia de un derecho rendido por una de las partes”<sup>68</sup>. A la luz de esta concepción legal queda determinada lo que la legislación ecuatoriana reconoce como declaración de parte. Es decir, que declaración de parte es la declaración que rinde una de las partes dentro de un proceso cualquiera sobre hechos o derechos en litigio.

### **Testigo**

La declaración del testigo, en cambio se la conoce como la declaración que rinde un tercero “que ha percibido a través de sus sentidos directos y personalmente hechos relacionados con la controversia”<sup>69</sup>. En consecuencia, según esta disposición se identifica a la declaración del testigo como la participación de un tercero que no es parte en el proceso pero que, sin embargo la intervención de esta persona en el juicio es relevante por el aporte del conocimiento de los hechos directos observados y que le conste que pueda servir de sustento

---

<sup>66</sup> Ecuador Código Orgánico General de Procesos, Art. 175,

<sup>67</sup> *Ibidem*.

<sup>68</sup> *Ibidem*. Art. 118.

<sup>69</sup> *Ibidem*. Arts. 187-189

al juez para fundamentar la motivación de la sentencia.

### **La forma de la prueba testifical en el COGEP**

El entorno doctrinario y conceptual analizado en los acápites anteriores concibe dos acepciones relevantes, la una se aproxima a conceptualizar el contenido y alcance de la declaración de parte y de terceros; la otra concibe al sistema procesal sobre las normas procesales establecidas en el COGEP, significa el procedimiento para la recepción de la declaración, el derecho de los declarantes para negarse a responder al interrogatorio o contrainterrogatorio, las obligaciones, la oportunidad y el efecto que se sobreviene en caso de que la declaración sea falsa.

En efecto, el contexto estudiado demuestra que la prueba testifical es la declaración que rinde una de las partes o un tercero. Las normas procesales clasifican a la declaración de parte y de testigos.

La declaración de parte está reconocida como el testimonio que rinde una de las partes dentro del proceso acerca de los hechos controvertidos, el derecho discutido o la existencia de un derecho. Esta declaración de parte es indivisible en todo su contenido excepto cuando exista otra prueba contra la parte favorable del declarante.

#### **1.3.2 Pruebas documentales**

Prueba documental a decir de la disposición del COGEP, en su Art. 193, es: “...todo documento público o privado que recoja, contenga o represente algún hecho o declare, constituya o incorpore un derecho”<sup>70</sup>. Se constituyen en “medios de prueba eficaces”<sup>71</sup>, cuando no se encuentren defectuosos o diminutos, excepcionando a los documentos

---

<sup>70</sup>Ibídem. Art. 193.

<sup>71</sup> Ibídem, art. 195.

defectuosos que reconozca el COGEP Art. 197.

## **Documento público**

El documento público no será válidos, sino cuando sea:

...el autorizado con las solemnidades legales. Si es otorgado ante notario e incorporado en un protocolo o registro público, se llamará escritura pública. Se considerarán también instrumentos públicos los mensajes de datos otorgados, conferidos, autorizados o expedidos por y ante autoridad competente y firmados electrónicamente.<sup>72</sup>. (Art. 205 COGEP)

Este tema enunciado alude además a las atribuciones exclusivas otorgadas a los notarios en la Ley Notarial a quienes se les reconoce entre otras facultades dispuesta en el Art. 118:

- “1.- Autorizar los actos y contratos a que fueren llamados y redactar las correspondientes escrituras, salvo que tuvieren razón o excusa legítima para no hacerlo;
- 2.- Protocolizar instrumentos públicos o privados por orden judicial o a solicitud de parte interesada patrocinada por abogado, salvo prohibición legal;
- 3.- Autenticar las firmas puestas ante el en documentos que no sean escrituras públicas”<sup>73</sup>

Del análisis realizado a las reglas procesales y notariales se deduce que el documento público está concebido con dos enfoques en la actualidad como escritura pública o instrumento público. Así se tiene que el documento otorgado autorizado e incorporado en el protocolo ante el Notario es una escritura pública. En cambio es instrumento público los mensajes de datos otorgados, conferidos, autorizados o expedidos por y ante autoridad competente y firmada electrónicamente.

---

<sup>72</sup> *Ibíd*em, Art 205.

<sup>73</sup> Ecuador, Decreto, Clemente Yerovi, *Ley Notarial*, Registro Oficial No. 158 de 11 de noviembre 1966, última modificación, 22 de mayo 2015, (Quito 1966), Art. 18.

Cabe resaltar que el documento público que reúna los requisitos legales hace fe en juicio, el alcance probatorio de esta acepción de fe es relevante, será verificada por el Juzgador en lo atinente “...a su otorgamiento, fecha y declaraciones que en estos documentos consten y que reconozca el servidor público que los autoriza, pero no en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él hayan hecho las o los interesados”<sup>74</sup>. En este sentido, el documento público que no reúna “...las solemnidades prescritas por la ley, las ordenanzas y los reglamentos...”<sup>75</sup>, corre el riesgo de ser declarado nulo.

En otras palabras según el contexto de la regla procesal actual para que los documentos públicos agregados al proceso constituyan prueba legalmente actuada y produzca efectos jurídicos debe mediar “la orden judicial y la notificación a la parte contraria”<sup>76</sup>.

### **Documento privado**

Los documentos privados son actos o contratos que en su elaboración no precisan de solemnidades. Así tenemos, la concepción recogida en el COGEP, “Documento privado. Es 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”<sup>77</sup>. Conceptualizado así tenemos que es documento privado el escrito o manuscrito realizados por cualquier persona particular, además es el escrito elaborado por servidores públicos que no necesariamente son notarios o sin intervención de un notario conforme lo prescribe el Art. 216 del COGEP.

Según el estudio realizado al sistema procesal actual los documentos privados harán prueba plena en juicio y serán capaces de producir efectos jurídicos cuando se solicite la

---

<sup>74</sup> Ecuador Código General de Procesos, Art. 208.

<sup>75</sup> Ibídem, Art. 215.

<sup>76</sup> Ibídem, Art. 207.

<sup>77</sup> Ibídem, Art. 216



comparecencia del que se presume autor ante el juez para que bajo juramento declare y reconozca o no su autoría ya sea que se lo solicite como diligencia preparatoria o en la audiencia de juicio; siempre y cuando fuera anunciado en la demanda, contestación y reconvencción. El proceso de reconocimiento de firma, certificación, protocolización no implica que el documento privado sea considerado como documento público, es decir, este es inmutable conforme lo precisa la regla procesal en los Artículos, 121, No. 3; 217 y 218.

### **1.3.3. La prueba pericial**

La prueba pericial se dará cuando el Juez observe la necesidad de obtener un criterio técnico sobre alguna materia determinada, así la doctrina contextualiza a esta institución jurídica de la siguiente manera:

Jeremías Bentham, concibe que los peritos son testigos instruidos:

Sea que el perito lo nombre el juez o las partes, es evidente que nada puede ser más favorable a la justicia que el poner a unos testigos de esta especie, a unos testigos instruidos, en estado de expresarse con todo el grado de exactitud que permite el asunto<sup>78</sup>

Eduardo Couture, por su parte afirma que la constancia de la prueba surge de la ilustración de los peritos:

...es el intento del legislador, según los antecedentes históricos, que la referencia a cuanto han declarado los testigos o a cuanto han ilustrado los peritos. Son transcripciones o referencias de cuanto surge de los medios de prueba, esto es, la constancia misma de la prueba y no un alegato o comentario sobre ella.<sup>79</sup>

---

<sup>78</sup> *Ibídem Las pruebas Judiciales*, p 118

<sup>79</sup> Eduardo Couture *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Ediar Soc. Anon, editor Tomo I (Buenos Aires: Ediar Soc. Anon, 1948), p 530.

Para Chiovenda, “...los peritos deben poseer determinados conocimientos teóricos o prácticos o aptitudes en especiales esferas...”<sup>80</sup>, continua aseverando que:

Cuanta más técnica sea la cuestión de hecho sometida al juez tanto mayor es la utilidad de la pericia (2). En ningún caso, la apreciación de los peritos puede sustituir a la apreciación del juez, esto es, vincular jurídicamente' la convicción de éste'<sup>81</sup>

En el mismo sentido el reconocimiento que la legislación concibe sobre la prueba pericial dispuesta en el Código Orgánico General de Procesos, en su contexto hace referencia a la finalidad a quienes son los peritos y la importancia de sus informes como medio de prueba en relación a la primera acepción, la prueba pericial “...tiene como propósito que expertos debidamente acreditados puedan verificar los hechos y objetos que son materia del proceso”<sup>82</sup>.

Aludiendo, a quienes son los peritos, según los supuestos analizados son: “Aquellas personas debidamente acreditadas por el Consejo de la Judicatura estarán autorizadas para emitir informes periciales, intervenir y declarar en el proceso...”<sup>83</sup>. En cuanto a la importancia del peritaje el juez nombra peritos como auxilio a su conocimiento técnico en derecho; es decir, el peritaje es el apoyo de otra ciencia arte u oficio de conocimiento limitado del juez<sup>84</sup>.

En la actualidad según el sistema procesal actual en su Art. 222, dispone que la comparecencia del perito a la audiencia de juicio es obligatoria para sustentar su informe. La no asistencia injustificada produce dos efectos jurídicos: su informe ‘no tendrá eficacia

---

<sup>80</sup> José Chiovenda, *Principios de Derecho Procesal Civil*, Editorial Reus, Tomo II Librería Argentina (Madrid 1925), p 322.

<sup>81</sup> *Ibíd.*

<sup>82</sup> *Ibíd.*, Art. 227.

<sup>83</sup> *Ibíd.*, Art, 221-223.

<sup>84</sup> Ecuador, Código de Procedimiento Civil, 250.

probatoria”<sup>85</sup>, y la otra, será “la pérdida de acreditación en el registro del Consejo de la Judicatura”<sup>86</sup>. Además, su actuación está subordinado a las normas que regulan la declaración jurada de los testigos. Esto significa que las partes pueden en la audiencia de juicio interrogarlo respecto a su idoneidad, imparcialidad y sobre todo en lo relativo al contenido del informe.

De las conceptualizaciones analizadas se deduce que el peritaje es realizado por personas especializadas en razón de sus conocimientos científicos, técnicos, artísticos, prácticos o profesionales que están en condiciones de suministrar al juez argumentos o razones para la formación de su conocimiento respecto de ciertos hechos<sup>87</sup>, de tal suerte que esta percepción o entendimiento sea técnica imparcial. Por el derecho de las partes para interrogarlos bajo juramento según lo prescribe el inciso 4to del art. 222, del COGEP, acerca de la idoneidad e imparcialidad del perito y sobre todo del contenido del informe. La comparecencia de éste a la audiencia es obligatoria, no es discrecional.

El peritaje es una actividad procesal que se da en virtud del encargo judicial. Puede solicitarse como medio de prueba de oficio o petición de parte. Esta diligencia trata necesariamente de una actividad humana mediante la cual se verifican hechos y se determinan sus características, modalidades, sus calidades, sus relaciones con otros hechos, las causas que los produjeron y sus efectos.

La importancia y necesidad del peritaje es per se indispensable, a la luz de que el Juez es un técnico en derecho, sin embargo carece generalmente de conocimientos sobre otras ciencias y sobre cuestiones de arte, de técnica, de mecánica, de numerosas actividades prácticas, que

---

<sup>85</sup> Ecuador Código General de Procesos Art. 222

<sup>86</sup> *Ibidem*.

<sup>87</sup> *Ibidem*

requieren estudios especialmente o larga experiencia.

#### **1.3.4 La inspección judicial**

Este medio de prueba aproxima al Juez a la realidad de los hechos, es el auxilio más eficaz a sus sentidos, es la forma objetiva de examinar la cosa litigiosa.<sup>88</sup>

Parafraseando al procesalista, Devis Echandia, la inspección judicial es una diligencia procesal practicada por el juez acompañado de un secretario titular o a doc.<sup>89</sup>, además tiene el objeto de obtener tesis de prueba para la formación de la convicción del juzgador mediante el examen y la observación con sus propios sentidos de hechos ocurridos durante la diligencia o antes pero que subsisten rastros o huellas de los hechos sucedidos y en algunas ocasiones de su reconstrucción.

El examen y la percepción de los hechos o de sus huellas o rastros lo realiza el Juez, principalmente con su vista pero en ocasiones también con su oído, su olfato, su tacto e incluso su gusto, es decir, la “inspección judicial o examen directo de los hechos por el juez”<sup>90</sup>, tesis a la cual me adhiero a decir, de Devis Echandia, en su obra Tratado de las Pruebas Judiciales. Para que exista la inspección o el reconocimiento judicial debe ser obra de un funcionario judicial.

Veamos, algunas definiciones doctrinarias y legales:

Arturo Alessandri, concibe a la inspección judicial como: "... el reconocimiento o examen de la cosa litigiosa o del lugar del suceso, realizado por el mismo Tribunal con el fin de

---

<sup>88</sup> Ecuador Código de Procedimiento Civil, Art. 242

<sup>89</sup> Hernando Devis Echandia, "Compendio de la Prueba Judicial" Adolfo Alvarado Velloso, (Buenos Aires: Editores Rubinzal - Culzoni 2000), p 137.

<sup>90</sup> Devis Echandia "Teoría General de la Prueba Judicial", P 178

aclarar los hechos controvertidos"<sup>91</sup>. Es decir, que en la diligencia de la inspección, el Juez examina directamente la cosa en controversia o lugar indaga la verdad. Entorno que no ofrecen los otros medios de prueba como es el caso de los testigos jureros.

En cuanto al contexto procesal que registra el COGEP, Art. 228, concede a las partes o al juez para mejor proveer: “cuando lo considere conveniente o necesario para la verificación o esclarecimiento del hecho o materia del proceso, podrá de oficio o a petición de parte, examinar directamente lugares, cosas o documentos”<sup>92</sup>. La interpretación efectuada a la regla procesal del COGEP, manifiesta que si la petición de la inspección lo realicen las partes, estos deberán cubrir los honorarios del perito si el examen es requerido por el juez, los honorarios deberá financiar el Consejo de la Judicatura<sup>93</sup>

Lo anotado verifica que el examen ocular del Juez, tiende a constatar las condiciones particulares que al momento de la inspección constata el juzgador en la cosa o lugar inspeccionado. Esto es, el operador judicial verifica por medio de su propia observación la verdad de los hechos o cosas.

La inspección judicial tiene un radio de acción, por ejemplo, en los juicios posesorios en la constitución de servidumbres, en la construcción de obra nueva, en la demarcación de linderos, sobre adquisición y goce de aguas y más juicios prácticos. Para que la inspección Judicial tenga fuerza probatoria es necesario que sea decretada judicialmente, puede ser pedida por cualquiera de las partes o de oficio, siempre que se considere necesario, esta diligencia aun cuando las partes la consideren innecesarias deberá realizarse ya que dicha

---

<sup>91</sup> Arturo Alessandri y Manuel Somarriva Undurraga “*Curso de Derecho Civil: Obligaciones*” Nascimento, editor Tomo III (Santiago: Editorial Nascimento 1957), p 517.

<sup>92</sup> Ecuador Código General de Procesos. 228.

<sup>93</sup> *Ibidem*, Arts.232

resolución no es susceptible de apelación.

#### **1.4 Los elementos de la prueba a la luz de la Constitución**

La perspectiva constitucional actual corresponde a una conceptualización garantista de la prueba, que supera las expectativas brindadas por el Derecho Procesal al concebir el derecho al debido proceso, en particular uno de los elementos constitucionales de la prueba, la protección o amparo como derecho y garantía, dimensión constitucional que pretende superar la noción clásica de lo concebido en el proceso civil, de tal manera que se constituye en un mecanismo idóneo y eficaz en la defensa de los derechos de las personas; dicho de otra manera, el derecho a la protección en la Constitución ecuatoriana, esta elevada a la categoría de garantía, en un proceso cuando se demanden derechos y obligaciones de cualquier orden.

Así, el mandato constitucional consagra en el Art. 76 numeral 4to, entre las garantías básicas del debido proceso a la validez de la prueba determinando los presupuestos que no producen eficacia probatoria<sup>94</sup>. Así las cosas, las pruebas “obtenidas o actuadas con quebrantamiento de la Constitución o la ley”<sup>95</sup>, no producen efectos jurídicos. En el mismo sentido, otra de las garantías del debido proceso, ofrece el numeral 7, literal h y c, ibídem, de la misma norma, confiere, el derecho que tienen las partes a ‘...presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra’<sup>96</sup>. Este momento procesal demanda que las partes sean escuchadas en el tiempo oportuno y en igualdad de condiciones.

#### **Los elementos de la prueba a nivel internacional**

---

<sup>94</sup> Ecuador, Constitución, Art. 76.

<sup>95</sup> Ibídem.

<sup>96</sup> Ibídem.

Otra dimensión de la prueba en el sistema procesal ecuatoriano, es el reconocimiento de la prueba en el contexto internacional, por la obligación contraída por el Estado en la Convención Interamericana de Derechos Humanos, Art. 8 letra f, hace referencia, al deber adquirido por el Estado para garantizar el “derecho a la prueba de toda persona a través de su defensor, a interrogar testigos, a solicitar al juez, a que se haga comparecer a testigos o peritos que puedan aportar con sus declaraciones o testimonios sobre los hechos”<sup>97</sup>.

La suscripción y ratificación de la Convención Americana de Derechos Humanos en 1969, ha tenido tanta relevancia que mantiene su vigencia hasta la actualidad. Este instrumento Internacional, ha contribuido en los derechos humanos de las personas, considerando que el ideal, es ser libre y que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos y garantías. Los Estados que lo ratificaron se comprometieron a adoptar e incorporar en el Derecho Interno de cada Estado, mecanismos para garantizar los derechos y garantías: como el derecho a la vida, a la integridad, libertad personal, a la prohibición de la esclavitud, y, el más relevante en el tema que me ocupa a prestar las garantías judiciales a las personas que se encuentren sometidas a cualquier proceso.

De esta manera, se puede precisar que la obligación adquirida por el Estado Ecuatoriano, en el Ordenamiento Jurídico fija los lineamientos que ofrecen el derecho de Protección y la prestación de garantías judiciales. Registrando en los Artículos 75 y 76, postulados de la tutela judicial efectiva como el acceso a la justicia; el derecho al debido proceso, el cual, contiene las garantías básicas y mínimas para su efectiva materialización. Entre estas garantías cabe resaltar la validez de la prueba en el contexto procesal lo que se observa además, que el ejercicio del derecho a la prueba radica en la obtención, admisión, actuación,

---

<sup>97</sup> Costa Rica “Convención Interamericana de derechos humanos” en donde se consagra el Derecho de las personas para en defensa de sus derechos pueda: “... interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos” Art. 8 literal f,

valoración y cómo estas conjeturas inciden en la reconstrucción histórica de los hechos, circunstancias, actos y en la decisión judicial en un litigio.

### **1.5 Los jueces frente a la Constitución y la ley para la práctica probatoria y su valoración**

La vigencia de la Constitución actual plantea nuevos escenarios jurídicos para la aplicación del derecho, base sobre la cual se germina el rol del juzgador. El mandato constitucional obliga al operador judicial aplicar las normas que tutelen los derechos y garantías constitucionales vigentes, pero para cumplir con esta facultad el juez debe adecuar las normas contempladas en la legislación a la Constitución. Art. 11 numeral 5.

Bajo este contexto la Constitución inscribe en su texto normativo un sistema mixto de administración de justicia, reconoce por una parte, el derecho positivo basado en un sistema de reglas que contienen una estructura y por otra, el derecho material consistente en la aplicación de principios y valores, conforme lo expresan los Artículos. 427 y 11, numeral 3, inciso final.



### 1.5.1. Reglas Vs principios

En lo concerniente al análisis del alcance y contenido del Art. 427 de la Constitución vigente, sistema que mantiene una estructura de subsunción:

Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos<sup>98</sup>.

El enunciado mencionado dispone dos prescripciones: la una obliga al juzgador a aplicar estrictamente la ley, lo que determina el reconocimiento del sistema *ius positivista*, la segunda, permite una interpretación y aplicación flexible. Presupuesto que abre la posibilidad de una interpretación extensiva del derecho, debiendo buscar las normas que más se ajusten a los hechos y necesidades de las partes procesales para dictar una sentencia, lo que dictamina el *ius materialismo*. Sistema mixto que rige el vigente constitucionalismo adoptado por el Estado ecuatoriano tratado más adelante.

#### **Ius positivismo**

En la estructura de un sistema positivista el juez es mecánico, responde a un modelo de reglas, no reconoce principios; las normas que correlacionan la descripción concreta de un caso con una solución normativa. Es decir, es un mecanismo que reconoce la subsunción o adecuación de los hechos y actos a una norma jurídica la cual determina una consecuencia jurídica.

Bobbio, siguiendo a Kelsen, defiende la tesis positivista, al considerar que el Derecho se subordina a “la obediencia a las normas jurídicas, es un deber moral, entendiéndose por

---

<sup>98</sup>Ibidem., 427

deber moral una obligación interna o de conciencia<sup>99</sup>, en otros términos la obligación debida por respeto a las leyes .

Parafraseando, a Zagrebelsky, tesis a la que me alinee, en contraposición a las teorías de los defensores del positivismo, el autor mantiene la concepción de que el positivismo jurídico es propio del Estado de derecho, del principio de legalidad y de la propia Ley. Además, defiende la idea de que este mecanismo solo concentra la producción jurídica en el órgano legislativo<sup>100</sup>.

La crítica, de Dworking, surge como antítesis, también al positivismo, en su obra *los Derechos en serio*, lanza sátiras al modelo normativo mecánico, cita como ejemplo a Austin, sostiene que este autor establece una serie de definiciones y distinciones entre las que define “la obligación como el hecho de estar sometido a una norma”, concluye que:

... En ausencia de tal norma jurídica valida no hay obligación jurídica; de ello se sigue que cuando el juez siguiendo su discreción, no está imponiendo un derecho jurídico en lo referente a ese conflicto. Esto no es más que el armazón del positivismo...<sup>101</sup>.

El contexto analizado se constituye en lo que en palabras de Zagrebelsky diría “...el gobierno de las leyes en lugar del gobierno de los hombres”<sup>102</sup>.

En síntesis, sobre la base de estas concepciones, la obligación de aplicar las normas al tenor literal es el reconocimiento que hace la Constitución ecuatoriana del positivismo mecánico, mecanismo que reconoce la adecuación de una conducta o acto (hecho) a una norma jurídica,

---

<sup>99</sup> Norberto Bobbio *Problema del positivismo jurídico* O. p. Cit., p 47

<sup>100</sup> Gustavo Zagrebelsky *Derecho Dúctil*, Marina Gascón Traducción (Madrid: Editorial Trota Traducción Marin1995), p 33

<sup>101</sup> Ronald Dworking *Los Derechos en Serio*, Ariel editor (Barcelona: Editorial Ariel 2004). P 66

<sup>102</sup> Gustavo Zagrebelsky *Derecho dúctil*, p 34.

situación que determinará una consecuencia jurídica.

A partir de la Constitución de 1998, en este sistema el operador judicial en calidad de juez garantista juega un papel mecanizado para valorar la prueba, ciñe su quehacer jurisdiccional e impulso al principio de legalidad, sobre la base de las diferentes etapas del procedimiento, debe garantizar el estricto y omnipotente valor legalista como medio para lograr una sentencia. Régimen simétrico que únicamente concibe la producción jurídica del órgano legislativo reconociendo únicamente al legislador positivo, negando la posibilidad de que el legislador negativo, (juez) pueda arrogarse la facultad de producir derecho a través de las sentencias o con la interpretación extensiva del derecho en caso de duda.

### **1.5.2. Principios Vs reglas**

El Ordenamiento Jurídico ecuatoriano actual reconoce entre los principios que rigen para el ejercicio de los derechos, al derecho no escrito. Este precepto constitucional se aproxima al reconocimiento de lo que la doctrina identifica como derecho material. El contexto del inciso final, del numeral 3, del artículo 11, de la Constitución vigente, obliga al juez a desarrollar el derecho material, impone a éste, que en el ejercicio de su quehacer jurisdiccional no puede desechar una acción o negar su reconocimiento por falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento.

#### **Ius garantismo**

Este es otro canon de aplicación del Derecho Constitucional Ecuatoriano, reconoce la aplicación de principios o mejor conocidos como mandatos de optimización reconocidos además, como métodos de ponderación o medidas de peso. Surge en el derecho ecuatoriano, como un estándar de convivencia entre el sistema legalista y material, sustenta su teoría en el reconocimiento de patrones que no son necesariamente normas o principios, su actuar en

lo que denomina, Ferrajoli, la teoría de la divergencia entre “normatividad y realidad”<sup>103</sup>. Es decir, se traduce a la distinción de las normas existentes y la realidad existente. En palabras de Gascón el Garantismo:

Evita en este nivel discursivo, las falacias naturalista y normativista de reducción de valores a hechos y de los hechos a valores y se separa así tanto de la ideología jurídica normativista como de la realista: ni una norma válida es, solo por eso, vigente; ni una norma vigente o eficaz es, solo por eso, válida.<sup>104</sup>.

Dworking, en su obra los “Derechos en Serio”<sup>105</sup>, distingue a los principios como una clase de estándares aparte, diferentes de las normas jurídicas, resaltando su funcionalidad y mayor peso, que tiene su aplicación en los casos difíciles, cita el caso Riggs, acontecido en 1889, donde un Tribunal de Nueva York tuvo que decidir sobre: si un heredero designado en el testamento de su abuelo podía heredar en virtud de ese testamento aunque para hacerlo tuviera que asesinar a su abuelo<sup>106</sup>. Hace especial énfasis en la decisión del fallo, en la parte que el juez crea norma determinada; mediante la interpretación extensiva del derecho crea norma, de que el asesino no puede ser beneficiario del testamento de su víctima; pues la norma no existía antes de que el caso haya sido decidido<sup>107</sup>.

En el caso ecuatoriano, la Corte Constitucional, en su rol de máximo intérprete de la Constitución por su parte, en el caso 1116-10-EP de fecha 27 de 03 de 2012, reconoce al garantismo que propugna la Constitución ecuatoriana concibiendo lo siguiente en su sentencia:

---

<sup>103</sup> Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón - Teoría Del Garantismo Penal (1989)*, Andrés Ibáñez, Ruiz Miguel, J.C Bayón traductor, (Madrid: Ediciones Trota 1995), p 462.

<sup>104</sup> Marina Gascón Abellán *La Teoría General del Garantismo a propósito de la obra de L. Ferrajoli “Derecho y Razón, véase en <https://www.youtube.com/watch?v=SJcH5FeyJi0>, p 200*

<sup>105</sup> Ronald Dworking “*Los derechos en serio*”. p73

<sup>106</sup> *Ibídem*,

<sup>107</sup> *Ibídem*, p 78

... Los derechos constitucionales generalmente se expresan a través de principios, los mismos que pueden llegar a colisionar; frente a aquello se debe acudir a nuevos métodos de interpretación del constitucionalismo contemporáneo, y en la especie al método de interpretación denominado ponderación...para llevar adelante este acometido, el intérprete debe tomar en cuenta el principio conocido como "axiología móvil" de los derechos constitucionales mediante el cual los derechos se encuentran en una dinámica permanente, o como bien lo destaca Gustavo Zagrebelsky, el derecho es dúctil. En aquel sentido, si bien en el constitucionalismo ecuatoriano no existe una jerarquía de derechos, dentro de la interpretación se puede acudir para casos concretos a una o categoría denominada jerarquía axiológica móvil<sup>108</sup>.

En síntesis, a los jueces les corresponde garantizar la tutela judicial efectiva para la aplicación de las categorías que más se ajusten a los derechos vigentes en su integralidad; los operadores judiciales en su rol de jueces garantistas deberán subordinar su actuar jurisdiccional ya sea a los métodos de subsunción o a los mecanismos de ponderación, siempre observando en su resolución o sentencia las garantías del debido proceso para que estas sean motivadas.

De la misma manera, además, el papel de los jueces, está subordinado a la prescripción constitucional de su responsabilidad, frente a un error judicial, al retardo injustificado, a la inadecuada administración de justicia, a la violación del derecho, a la tutela judicial efectiva, así como las violaciones de los principios y reglas del debido proceso. En otras palabras, la obligación imprescindible del juzgador asumida en su función jurisdiccional, se resume a conceder a los sujetos procesales la Tutela Judicial efectiva, que afiance la validez de la prueba como garantía constitucional, que sustente dos criterios: la una, que permita el acceso

---

<sup>108</sup> Ecuador Corte Constitucional caso N° 1116-10-EP de fecha 27 de 03 2012

al sistema judicial, sin ninguna restricción y la otra que garantice la ejecución de la decisión.

Contexto procesal, que supone que los preceptos estudiados fijan, el alcance y contenido de los límites a las actuaciones judiciales, determinando, que el juez debe y puede hacer y no hacer en el proceso, de acuerdo a las facultades que le han sido otorgadas conforme lo dispone el Artículo 130 del Código Orgánico de la Función Judicial.

## **2. CAPÍTULO II:**

### **2.1 Análisis de los principios que rigen la prueba.**

#### **2.1.2. Principios de la prueba a nivel andino**

El contexto analizado en los acápites anteriores inicia la expectativa para realizar un análisis del contenido de los principios constitucionales que afianzan las garantías judiciales en un proceso, partiendo de los principios constitucionales que rigen la prueba en el Área Andina.

A pesar, de que los principios constitucionales que rigen la prueba son universales, para efectos de este trabajo se estudiara en particular los que el Área Andina ha concebido en sus legislaciones. Sin querer minimizar la importancia de otros principios se consideran para este análisis más relevante al principio dispositivo, necesidad y excepción de prueba. Concepciones que guardan coincidencia con el sistema procesal ecuatoriano, además, sus preceptos apuntan hacia una misma finalidad en el proceso es decir, para la realización de la Justicia de tal suerte que el procedimiento, así como el proceso se sustentan por los mismos principios. Tenemos entonces que los procedimientos de Uruguay, Bolivia, Venezuela, Colombia y Ecuador, fijan en sus normativas procesales parámetros de orden constitucional orientados a garantizar la tutela judicial efectiva imparcial y expedita, esto es, que exista en este escenario: el principio dispositivo, la necesidad y excepción la prueba.

#### **2.1.3. Principio dispositivo**

Este precepto reconocido en las legislaciones antes mencionadas, responde a un contexto que confiere un rol específico a las partes procesales. La naturaleza de este principio determina en su contenido fundamental el impulso procesal. Precisión que coincide con la tesis afirmada por Hugo Alsina, “El sistema dispositivo confiere a las partes el dominio del

procedimiento”<sup>109</sup>.

De la lectura efectuada a las legislaciones de Uruguay, Bolivia, Venezuela, Colombia y Ecuador se puede determinar que estos admiten en sus legislaciones procesales el principio dispositivo al expresar en sus textos legales:

EL Artículo 1º, de la legislación uruguaya reconoce el principio dispositivo: “La iniciación del proceso incumbe a los interesados. Las partes podrán disponer de sus derechos en el proceso...”<sup>110</sup>. Bolivia por su parte, manifiesta sobre el tema en el Art. 1 “el proceso se construye en función al poder de disposición de la pretensión de los sujetos implicados en la tutela jurisdiccional”<sup>111</sup>. En cambio, Colombia precisa en su legislación procesal, Art. 8 que: “Los procesos sólo podrán iniciarse a petición de parte, salvo los que la ley autoriza promover de oficio”<sup>112</sup>. Finalmente el Art. 5 del COGEP en Ecuador, expresa que “Corresponde a las partes procesales el impulso del proceso, conforme con el sistema dispositivo”<sup>113</sup>.

Mientras que el texto de la legislación venezolana permite precisar dos tipos de procedimientos, dispone por una parte, refiriéndose al dispositivo que: “En materia civil el juez no puede iniciar el proceso sino previa demanda de parte”<sup>114</sup>. Sin embargo, se activa el inquisidor al considerar que el proceso procede, “de oficio...o cuando en resguardo del orden público o de las buenas costumbres, sea necesario dictar alguna providencia legal aunque no la soliciten las partes”<sup>115</sup>. El supuesto de este último defiende en su máxima expresión al

---

<sup>109</sup> Hugo Alsina, “*Tratado Teórico Practico de Derecho Procesal Civil y Comercial*” Ediar Soc. Anon, Tomo I (Buenos Aires 21956) p, 101

<sup>110</sup> Uruguay Código General de Procesos, Art.1

<sup>111</sup> Bolivia Código Procesal Civil, Art.1

<sup>112</sup> Colombia, Código General de Procesos, Art. 8.

<sup>113</sup> Ecuador, Código Orgánico General de Procesos, Art. 5

<sup>114</sup> Venezuela, Código de Procedimiento Civil, Art. 1, 3

<sup>115</sup> *Ibidem*.



sistema inquisidor, considera que este es el supuesto custodio del orden público que dice defender.

El escenario examinado en las legislaciones de Uruguay, Bolivia, Colombia y Ecuador, coincide en el reconocimiento del principio dispositivo, en el sentido de que a las partes les incumbe aportar pruebas y no al juez, considerando que sin iniciativa de parte no hay demanda y en consecuencia proceso. Para asumir la iniciativa de impulso procesal esta se ha confiado a las partes. Presupuestos que aseguran una efectiva actividad procesal con las pruebas incorporadas al proceso. Sobre esta base germine el derecho de protección o no. Mientras que la legislación venezolana reconoce los dos procedimientos, dispositivo e inquisitivo, este último supone el amparo del orden público o resguardo de las buenas costumbres, cuando surja la necesidad de que el juez pueda dictar alguna providencia legal aunque no la soliciten las partes, configurándose de cierta forma un entorno de subjetividad judicial.

#### **2.1.4. La necesidad de prueba**

La necesidad de la prueba comporta en cambio siguiendo los ordenamientos procesales antes examinados que constituye la derivación inmediata del principio dispositivo. En este contexto, antes de entrar en el análisis de las legislaciones manifestadas es preciso aproximarse a una posible definición del tema. Echandía, hace referencia al respecto “se refiere este principio a la necesidad de que los hechos sobre los cuales debe fundarse la decisión judicial, estén demostrados con pruebas aportadas al proceso por cualquiera de los interesados o por el juez, si éste tiene facultades”<sup>116</sup>.

El marco normativo procesal uruguayo reconoce en su artículo 137, al principio de

---

<sup>116</sup> Devis Echandia “Teoría General de la prueba”, p 221

necesidad de prueba cuando manifiesta que: “corresponde probar los hechos que invoquen las partes y sean controvertidos. También requieren prueba los hechos, aun admitidos, si se tratare de cuestiones indisponibles”<sup>117</sup>. Así mismo, la legislación procesal civil boliviana dispone en el artículo 135 numeral I y II, que: “las afirmaciones de hecho efectuadas por una parte que fueren relevantes o controvertidas, deben ser probadas”. Además, considera que: “también requieren prueba los hechos expresa o tácitamente admitidos si así, lo dispone la Ley”<sup>118</sup>.

La Ley colombiana 1564 de fecha 12 de julio de 2012, Código General de Procesos, en cambio expresa, “Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso. Las pruebas obtenidas con violación del debido proceso son nulas de pleno derecho”<sup>119</sup>. Es decir, por un lado expresa la necesidad de que la prueba se funde en pruebas regulares y oportunamente allegadas al proceso para sustentar la decisión, por otro lado, prescribe que les incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen Artículo 164 y 167.

El Código Procesal venezolano emplaza como regla procesal probatoria a las partes, la obligación de probar sus respectivas afirmaciones de hecho. Esto significa que: “Quien pida la ejecución de una obligación debe probarla, y quien pretenda que ha sido liberto de ella, debe por su parte probar el pago o el hecho extintivo de la obligación”<sup>120</sup>; conforme lo establece el Art. 506 del (CPCV).

---

<sup>117</sup> Uruguay, Cámara de Senadores República Oriental del Uruguay Código General de Procesos, Ley 15.982 (Uruguay 2014) Art. 137.

<sup>118</sup> Bolivia, Asamblea Legislativa Plurinacional, Código Procesal Civil, Ley No. 439, 19 de noviembre (Sucre 2013), Art. 135.

<sup>119</sup> Colombia Congreso de la República Código General de Procesos, Ley 1564: (Bogotá 2012). 11.

<sup>120</sup> Venezuela, Congreso Nacional, Código de Procedimiento Civil, Gaceta Oficial N° 4.209 (Caracas 1990), Art. 506

En lo referente al marco legal ecuatoriano, el Código Orgánico General de Procesos en el Art.163, dispone, sobre la obligación de los sujetos procesales de “probarse todos los hechos alegados por las partes, salvo los que no lo requieran”<sup>121</sup>.

Los textos procesales analizados coinciden con los fines de los presupuestos de sus enunciados, en cuanto a la necesidad que tienen las partes que afirman hechos o los niegan de producir pruebas, así como, los hechos que no necesitan ser probados describiendo varias concepciones del tema en cuestión tratado más adelante.

### **2.1.5. Exención de prueba**

En los temas anteriores se trató de dos aspectos: sobre los legitimados con iniciativa para iniciar el proceso y lo relacionado al tema de la necesidad de producir pruebas. Para completar la idea en este acápite se tratará de las cuestiones fácticas que no necesitan ser probadas, conceptualizaciones abordadas en los siguientes apartados:

El Artículo 138 del Código General de procesos de Uruguay reconoce como exención de prueba, refiriéndose a los hechos que no requieren ser probados describiéndolos así:

- 1) Los hechos notorios, salvo si constituyen el fundamento de la pretensión y no son admitidos por las partes;
- 2) Los hechos evidentes;
- 3) Los hechos presumidos por la ley; contra tales presunciones es admisible la prueba en contrario, siempre que la ley no la excluya<sup>122</sup>.

De la misma manera, las normas procesales de Bolivia reconocidas en el Artículo 137 establecen que no requieren prueba:

1. Los hechos admitidos por la parte adversa, salvo las limitaciones señaladas por Ley.
2. Los hechos notorios, conocidos por la generalidad de las personas, salvo que constituyan el

---

<sup>121</sup> Ecuador Código Orgánico General de Procesos, Art. 162-163.

<sup>122</sup> Bolivia Código Procesal Civil, Art. 138

fundamento de la pretensión y no sean admitidos por las partes. 3. Los hechos evidentes cuya existencia se acredite por sí misma. Así como 4. Las presunciones establecidas por la Ley<sup>123</sup>.

El enunciado del Artículo 167, inciso 3ro del Código General de Procesos colombiano dispone que no demandan prueba “Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas...”<sup>124</sup>.

En el mismo sentido, el inciso 2do, artículo 506 del Código Procesal Civil venezolano, expresa que “los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba”<sup>125</sup>.

Finalmente el flamante Código Orgánico General de Procesos del Ecuador, determina hechos que no requieren ser probados, entre los que se encuentran:

1. Los hechos afirmados por una de las partes y admitidos por la parte contraria en la contestación de la demanda o de la reconvenición o los que se determinen en la audiencia preliminar.
2. Los hechos imposibles.
3. Los hechos notorios o públicamente evidentes.
4. Los hechos que la ley presume de derecho<sup>126</sup>.

El estudio comparado efectuado a las legislaciones del área Andina en su texto procesal, determina los parámetros que advierten los asuntos o cuestiones que no requieren ser probados. Las normas procesales coinciden una vez más en un punto de derecho, sus enunciados normativos disponen varios presupuestos notorios que no necesitan ser probados como principio universal en un proceso. El escenario planteado permite aproximarse a los lineamientos que orientan una adecuada práctica y valoración de la prueba, que afiance una

---

<sup>123</sup> Uruguay Código General de Procesos, Art. 138.

<sup>124</sup> Colombia, Código General de Procesos, Art. 167.

<sup>125</sup> Venezuela, Código Procesal Civil, Art. 506.

<sup>126</sup> Ecuador, Código General de Procesos, Art. 163.

verdadera tutela judicial efectiva como garantía del derecho al debido proceso, temas tratados más adelante.

## **2.2. Principios rectores para una correcta práctica y valoración de la prueba en la legislación ecuatoriana.**

Sin desmerecer la importancia de los otros principios procesales que rigen la prueba, la oralidad y la inmediación, son los principios principales en la práctica de la prueba por el principio legítimo a la contradicción. A tal punto que aseguran que se apliquen eficientemente los medios de prueba propuestos.

El sistema probatorio es un proceso que tiene como propósito regular la actividad probatoria para admitir o inadmitir pruebas aportadas al proceso. Para ello, se utilizan medios probatorios los cuales son definidos por el momento procesal o por el principio de legalidad. Reglas procesales que determinan la eficacia probatoria como garantía de validez de los medios aportados. Así se identifica en primer lugar a los siguientes principios:

### **2.2.1. Principio de inmediación**

Antes de conceptualizar el contenido de todos los principios rectores, cabe partir del alcance y contenido del principio de inmediación, el cual puede expresar múltiples concepciones, así por ejemplo: siguiendo la tesis de Xavier Luch, el principio de inmediación tiene un doble alcance a saber:

- a) En sentido amplio, se refiere a la presencia judicial en la práctica de las pruebas, como requisito de formalidad o seriedad; y b) en sentido estricto, alude al contacto directo del juez con las fuentes de prueba, de manera que el juez que ha presenciado la prueba sea el mismo

que dicte la sentencia<sup>127</sup>.

Para Picó es:

Presencia judicial en las declaraciones, pruebas y vistas, una de las características básicas del principio de inmediación, surge como consecuencia de la aplicación de la oralidad, además que los aspectos de una misma cosa se conjugan en una íntima correlación entre oralidad e inmediación<sup>128</sup>.

Interpretando a Framarino de Maletesta<sup>129</sup>, la inmediación significa la inmediata presentación de las pruebas ante el juzgador para su respectivo examen sin la intervención de terceras personas. Para Schonke, "la inmediación en la práctica de la prueba no requiere solamente que ésta se efectúe ante todo el tribunal, sino que también la apreciación de la prueba se haga inmediatamente después de su práctica."<sup>130</sup> Coincidiendo con la tesis de Eduardo Couture, se precisa que "El proceso debe ser un proceso idóneo para el ejercicio de los derechos: lo suficientemente ágil como para no agotar por desaliento al actor y lo suficientemente seguro como para no angustiar por restricción al demandado"<sup>131</sup>.

El contexto explorado recogido en la doctrina registra que esta ha sentado las bases conceptuales del principio de inmediación. A partir de esta concepción ideológica es menester aproximarse al contenido de este principio en la legislación procesal ecuatoriana Art. 169 de la Constitución del Ecuador. Ordenamiento Jurídico que de una manera breve se

---

<sup>127</sup> Xavier Abel Luch. "Derecho probatorio" editor (España, ediciones J.m. Bosch 2012), p 209.

<sup>128</sup> Joan Picó i Junoy "Principios y garantías procesales: Liber Amicorum en homenaje a la profesora María Victoria Berzosa Francos" (España, editor j.m. Bosch, 2013), 208.

<sup>129</sup> Framarino de Malatesta Ob. cit., t. 1. "para que la voz de las pruebas llegue sin alteración al ánimo del juez, es menester que ellas se presenten, en cuanto sea posible, de manera inmediata al juzgador, a fin de que éste pueda examinarlas directamente y no a través de la indecisa penumbra de las impresiones de otras personas, o de las equívocas expresiones de otras cosas ",101.

<sup>130</sup> Adolf Schonke "Derecho procesal civil" Bosch editor, (Barcelona, Editorial. Bosch, 1950), p210.

<sup>131</sup> Eduardo Couture, *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Editores Ediar Soc. Anón. Tomo I (Buenos Aires), p 23.véase en [forodelderecho.blogcindario.com](http://forodelderecho.blogcindario.com)

refiere al principio de inmediación para simplificar concibe que, “las normas procesales deben consagrar la inmediación para hacer efectivas las garantías del debido proceso con soporte en el sistema procesal como medio para realización de la justicia”<sup>132</sup>.

El Código de la Función Judicial, en su Art. 19, advierte nociones claras sobre el principio de inmediación al establecer que, “los procesos se sustanciarán con la intervención directa de las juezas y jueces que conozcan la causa.”<sup>133</sup>. De la misma manera, el Art. 6 del COGEP, reconoce a este principio como mecanismo de apoyo en las audiencias conminando a que: “La o el juzgador celebrará las audiencias en conjunto con las partes procesales que deberán estar presentes para la evacuación de la prueba y demás actos procesales que estructuran de manera fundamental el proceso”<sup>134</sup>. Así tenemos, que el sistema procesal ecuatoriano reconoce al proceso como medio con soporte en los principios constitucionales, entre ellos el de inmediación para la realización de la justicia.

El contexto doctrinario y legal analizado permite visualizar que este enunciado concibe una relevancia importante que debe ser aplicado. Estos postulados se manifiestan en las reflexiones recogidas en la sentencia de 14 de mayo del 2009, de la Corte Constitucional Ecuatoriana en el caso Nro. 0030-2008 de Acción Extraordinaria de Protección, a través de la que se cita a Devis Echandia, aludiendo al principio de inmediación:

...el principio de inmediación se traduce en la inmediata comunicación que debe existir entre el juez y las personas que obran en el proceso, los hechos que en él deban hacerse constar y los medios de prueba que se utilicen. En el caso concreto, esta Corte estima que se ha respetado el principio de inmediación en todas las fases procesales, pues la inmediata comunicación entre

---

<sup>132</sup>Ecuador Constitución, Art 169.

<sup>133</sup> Ecuador Asamblea Nacional “*Código Orgánico de la Función Judicial*”, Registro Oficial No.544, (Quito: 2009), Art, 19 ic, 3.

<sup>134</sup> Ecuador, Código General de Procesos, Art. 6

el juez y las partes se concretó eficazmente a través de la práctica de las citaciones, notificaciones, convocatorias y realización de las audiencias públicas, así como con la recepción de escritos y el correspondiente traslado a la otra parte, evacuación y valoración de prueba, etc.<sup>135</sup>

Las apreciaciones deducidas en líneas anteriores permiten conceptualizar que el principio de inmediación surge como consecuencia de la aplicación de la oralidad, y que los aspectos de una misma cosa se relacionan y se fusionan entre sí. Además, conceden al juez una apreciación directa de la prueba, la que le permite al operador judicial tomar un rol activo en la actividad de la sustanciación del proceso otorgándole la facultad de solicitar “pruebas de oficio”<sup>136</sup>, si llegara a considerarlas necesarias para el esclarecimiento de la verdad; disposición que aparece con los mismos términos en el Código General de Procesos Art. 118.

En este sentido, el sistema procesal actual vislumbra el alcance y contenido del principio de inmediación como mecanismo para asegurar la oralidad en audiencia, con la participación del director del proceso y de los sujetos procesales a la luz de la constitución del 2008.

### **2.2.2. Principio de oralidad**

Otro de los principios rectores de la administración de justicia ecuatoriana está reconocido en el Art. 168 del mandato constitucional, el cual dispone que en la sustanciación de todos los procesos se aplique el sistema oral como principio para el efectivo cumplimiento de la realización de la justicia constitucional. Si analizamos el procedimiento oral que actualmente existe tendremos una aproximación a la realidad procesal. Dos son las esferas

---

<sup>135</sup> Ecuador, Corte Constitucional, Sentencia Acción Extraordinaria de Protección, No. 004-09-SEP-CC, CASO: 0030-0S-EP (Quito.2011) p. 7. Véase en [http://www.alfonsozambrano.com/corte\\_constitucional\\_ec/cce-004-09-SEP-CC-accion\\_proteccion.pdf](http://www.alfonsozambrano.com/corte_constitucional_ec/cce-004-09-SEP-CC-accion_proteccion.pdf)

<sup>136</sup> Ecuador *Código Orgánico de la Función Judicial*, 130 No. 10.



del sistema procesal, la una en materia constitucional y la otra en el ámbito legal.

En cuanto al contexto de la justicia constitucional analizado en el Art. 86, numeral 2, literal a), registra que la sustanciación de los procesos para hacer efectivas las garantías jurisdiccionales deberá ser, “oral en todas sus fases e instancias”<sup>137</sup>

En lo concerniente al ámbito de la justicia legal, la Constitución reconoce en el Art. 168 numeral 4to, que la administración de justicia para la materialización de está, en la sustanciación de los procesos, se aplique el sistema oral en: “...todas las materias, instancias, etapas y diligencias...”<sup>138</sup>. De la misma manera, el Art. 118 del COFJ, exhorta a que las normas procesales ofrezcan entre otros principios el sistema de oralidad para hacer efectivas las garantías del debido proceso. Conminando a no sacrificar la justicia por la simple omisión de formalidades. Así tenemos, que se reconoce otros principios que son el soporte del sistema procesal, entre los más relevantes a la celeridad, a la eficacia y a la economía procesal.

### **La celeridad**

En relación a este enunciado concebido en el texto del COGEP, en su Art. 20. El contenido de este postulado es claro por lo que no necesita mayor análisis. Sin embargo, incita al debate por la prescripción que determina: “La administración de justicia será rápida y oportuna, tanto en la tramitación y resolución de la causa, como en la ejecución de lo decidido”<sup>139</sup>. Este texto procesal concibe la obligación de una vez aceptado el proceso sustanciar la causa, “...una vez iniciado un proceso, las juezas y jueces están obligados a proseguir el trámite dentro de los términos legales, sin esperar petición de parte, salvo los casos en que la ley

---

<sup>137</sup> Ecuador, Constitución, Art. 86 No. 2, a).

<sup>138</sup> Ecuador Constitución, 168, No. 4.

<sup>139</sup> Ecuador, Código General de Procesos, Art. 20

disponga lo contrario”<sup>140</sup>. Postulado que además advierte las prevenciones legales en caso de “retardo injustificado en la administración de justicia, imputable a las juezas, jueces y demás servidoras y servidores de la Función Judicial y auxiliares de la justicia, los cuales serán sancionados de acuerdo con la ley”<sup>141</sup>.

Los enunciados normativos procesales explorados regulan el procedimiento. En sus preceptos, se intenta garantizar la tutela judicial efectiva; promueven una administración de justicia oportuna, precisando que iniciado el proceso se sustancie por los jueces que llevan la causa previniendo que la demora en la sustanciación será sancionada.

### **Eficacia probatoria**

La eficacia en sentido general expresa el diccionario de la Real Academia de la Lengua, “es la capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera”<sup>142</sup>. Para intentar una aproximación a una posible definición en el sistema probatorio, tomando la definición del diccionario, la eficacia probatoria estará determinada por la capacidad que el juez tenga para verificar la verdad de los hechos propuestos en un mínimo tiempo para lograr el resultado que esperan las partes procesales.

La naturaleza jurídica de este principio constituye la necesidad vital del inmediato examen de la prueba para la verificación de los hechos en un litigio. Siguiendo este orden de ideas, en la tesis de Echandia, a la que me adhiero:

Si la prueba es necesaria para el proceso, debe tener eficacia jurídica para llevarle al juez el convencimiento o la certeza sobre los hechos.... No se concibe la institución de la prueba Judicial sin esa eficacia jurídica reconocida por la ley, cualquiera que sea el sistema de

---

<sup>140</sup> *Ibíd.*

<sup>141</sup> *Ibíd.*

<sup>142</sup> Diccionario de la Real Academia de la Lengua. Véase <http://lema.rae.es/drae/>

valoración y de aportación de los medios al proceso, pues este principio no significa que se regule su grado de persuasión si no que el juez, libre o vinculado por la norma, debe considerar la prueba como el medio aceptado por el legislador, para llegar a una conclusión sobre la existencia y las modalidades de los hechos afirmados o investigados.<sup>143</sup>

De tal suerte que si la prueba es relevante en un proceso, debe ser presentada de forma oportuna e inmediata conforme los momentos procesales para producir eficacia jurídica a través de los medios probatorios legalmente reconocidos y aportados por las partes, para llevarle al juez a la certeza sobre los hechos de las pretensiones propuestas. En este sentido, el Ordenamiento Jurídico ecuatoriano concibe al sistema procesal como medio para la realización de la justicia. Postulados corroborados por las Leyes de la materia.

Así, este precepto constitucional y legal consagra enunciados que no son, sino, el resultado del escrutinio de verificación realizada por el juez que produce efectos jurídicos o no, de la prueba legalmente presentada y practicada en el proceso. Presupuestos que contribuyen al proceso con la operación intelectual realizada por el juez. Si el resultado del examen ejecutado por el juzgador produce eficacia jurídica, advierte la existencia de validez de las pruebas allegadas al proceso. Así se manifiestan los postulados que determinan y suponen el efecto jurídico de las pruebas aportadas. Estos son lineamientos que permiten aproximarse hacia los elementos que conforman y orientan la materialización de la eficacia jurídica propiamente dicha, entre los más relevantes aparecen: la concentración y la imparcialidad.

### **La concentración**

La aplicación de este principio consiste en que los actos procesales o diligencias probatorias para mejor proveer se desarrollen en una única audiencia. Tesis que es defendida por el

---

<sup>143</sup> Hernando Devis Echandia, Compendio de la Prueba Judicial, p 33.

máximo exponente de la teoría Echandia, cita a Schonke, afirmando:

...que debe procurarse practicar la prueba de una vez, en una misma etapa del proceso, pues, como dice Schonke, la practicada por partes o repetida, "pone en peligro no pocas veces la averiguación de la verdad", impide el debido cotejo, la mejor apreciación."<sup>144</sup>, además, porque se evidencia la procura de la práctica de la prueba en primera instancia, restringiéndola en segunda a cuando no ha sido posible en aquella o se trate de hechos<sup>145</sup>

El debate de estos temas orienta a destacar la aplicación del sistema de oralidad reconocido a nivel constitucional, el cual fue examinado en acápites anteriores. Sin embargo, solo con el ánimo de ilustrar, se indican las características del principio de concentración: El procedimiento oral es opuesto al procedimiento escrito, no permite la concentración de actuaciones, la presentación de la prueba escrita, etc. Mientras el sistema oral permite la realización de los actos procesales, la contestación a la demanda, debates o diligencias probatorias se desarrollen en una única audiencia para mejor proveer.

---

<sup>144</sup> Hernando Devis Echandia, *Tratado de la Prueba Judicial*, p 41.

<sup>145</sup> *Ibíd*em

### 2.2.3. Principio de libertad probatoria

Parafraseando, a Ferreira y Rodríguez, en su obra *Manual de Derecho Procesal Civil*, la actividad probatoria es de importancia para el logro de los fines del proceso judicial. Por ello, es indispensable garantizar la libertad a fin de que las partes puedan producir todas las pruebas que creyeran convenir a sus pretensiones<sup>146</sup>.

Vásquez, matiza sobre el tema en cuestión precisando que la decisión del legislador fue adecuada al permitir, “la libertad probatoria para el uso de las pruebas anticipadas, así como las procesales”<sup>147</sup>; sin embargo acertadamente expresa que, “la libertad probatoria tiene sus restricciones puesto que no pueden utilizarse medios legalmente prohibidos o impertinentes”<sup>148</sup>.

Las fundamentaciones doctrinarias examinadas coinciden en sus posiciones al sostener que tendrá lugar el principio de libertad probatoria cuando las partes puedan producir todas las pruebas que creyeran convenientes para fundamentar sus pretensiones y alegaciones, siempre y cuando los medios aportados no sean impertinentes. El otro aspecto, lo precisa el proceso ecuatoriano, aquí prevalece el principio de libertad probatoria de tal manera que las partes en ejercicio de la garantía constitucional de defensa pueden disponer de la prueba valiéndose de todos los medios probatorios permitidos, sin que concurra en la actividad procesal mala fe, presupuesto que configura el límite a la libertad probatoria. Además, la legislación prevé reglas para el caso de registrarse en el proceso, “prueba deformada o abuso del derecho”<sup>149</sup>. En todo caso, de haberse configurado mala fe procesal, el juez estará

---

<sup>146</sup> Angelina, Ferreira de la Rúa, and Manuel Rodríguez Juárez, “*Manual de Derecho Procesal Civil I*”. (Argentina: Ediciones Alveroni 2014), 131.

<sup>147</sup> Mónica Patricia, Vásquez Alfaro, “*Temas actuales en derecho procesal y administración de justicia*” (Colombia: Ed. Universidad del Norte, Colección jurídica 2014) ,230.

<sup>148</sup> *Ibíd.*

<sup>149</sup> Ecuador, Código Orgánico de la Función Judicial, Art. 26

obligado a sancionar a la parte que incurrió en este supuesto conforme lo dispone el COFJ<sup>150</sup>.

#### **2.2.4. Principio de publicidad**

En relación, al principio de publicidad intentando dar una conceptualización, Xavier Luch, concibe en relación a la publicidad, quien citando a Montero, y la sentencia del Tribunal español de 8 de marzo de 1991, afirma: “El principio de publicidad permite que todas las diligencias de prueba se practiquen en audiencia pública”<sup>151</sup>. Resalta además:

La doble dimensión de la publicidad, la interna, en el sentido... que las actuaciones de prueba deben tener lugar con presencia e intervención de las partes y que algún sector doctrinal considera que forma parte de principio de contradicción, y como publicidad externa, en el sentido que terceras personas pueden acceder al proceso, incluyéndose el público en general y los medios de comunicación<sup>152</sup>.

Rengel Romberg, expresa que la publicidad asegura el desenvolvimiento del proceso en tal forma que cualquier persona, bien sea parte o extraño a la causa, pueda conocer de las actuaciones que se realicen o existan en los tribunales y hacerse presente en la realización de los actos<sup>153</sup>.

Echandía, considera que el acto de abrir a pruebas determina la oportunidad procesal para el debate probatorio, que es una de las etapas fundamentales de todo proceso:

En los procedimientos escritos es necesario generalmente que el juez abra a pruebas el juicio, oficiosamente o a petición de parte, para que pueda luego admitir u ordenar las que se le presenten o soliciten, o las que por propia iniciativa decrete, si tiene facultades para ello. Ese

---

<sup>150</sup> *Ibíd.*

<sup>151</sup> Xavier Luch, “Derecho probatorio”, 212

<sup>152</sup> *Ibíd.*...

<sup>153</sup> Arístides Rengel Romberger *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Tomo I. (Caracas: 2003, 179-180)

acto de abrir a pruebas determina la oportunidad procesal para el debate probatorio, que es una de las etapas fundamentales de todo proceso; si se procede a la admisión y práctica de pruebas sin llenar esa formalidad, se incurre en una grave pretermisión del procedimiento se viola la necesaria publicidad y contradicción de las mismas pruebas<sup>154</sup>.

El modelo constitucional actual dispone como garantía mínima al debido proceso que los “procedimientos sean públicos”<sup>155</sup>, además prevé, que las partes pueden acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento.<sup>156</sup>, salvo las excepciones previstas por la ley. En este mismo sentido, el COFJ concibe en su texto normativo que: “Las actuaciones o diligencias judiciales serán públicas, salvo los casos en que la ley prescriba que sean reservadas.”<sup>157</sup>. La publicidad en la doctrina en las tesis de varios doctrinarios:

La reflexiones contempladas en doctrina, las concepciones constitucionales y legislaciones verifican, tres enfoques: la primera, que la razón última del principio de publicidad reside en la trascendencia de la actividad jurisdiccional, particularmente en el caso de la participación en audiencias de las partes supuesto en donde se prevé y exige que las actuaciones procesales no se lleven a cabo secretamente por la infinidad de connotaciones negativas que de ello se derivan. Además, por la posibilidad de que un tercero ajeno al proceso se encuentre en la audiencia.

La otra idea tiene que ver con la permisión del acceso de las partes a todo documento y actuación en cualquier parte del procedimiento.

Finalmente se puede decir además, que el fin de la publicidad reside en el alcance de la actividad jurisdiccional, conminando a que dichas actuaciones no se lleven a cabo

---

<sup>154</sup> Devis Echandia, *Teoría General de las Pruebas*, 282.

<sup>155</sup> Ecuador Constitución, Art. 76, No. 7, L d).

<sup>156</sup> *Ibíd.*

<sup>157</sup> *Ibíd.*

clandestinamente por la inmensidad de connotaciones negativas que de ello surge. La publicidad registra la transparencia de todas las actuaciones en el proceso y la participación de todas las personas que tengan interés en él, así como la presencia en audiencias de las partes y todos los actos procesales, se traduce en una forma de control por parte de la sociedad civil a la administración judicial.

### **2.2.5. Principio de contradicción**

Manifiesta Picó, que el principio de contradicción, no funciona separado del derecho a la defensa, considera que constituye una exigencia del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías<sup>158</sup>. En la misma línea, Picó y Luch, coinciden en sus tesis, al manifestar al respecto:

Es inseparable del principio de defensa... que las pruebas se han de practicar con plena intervención de todas las partes... las cuales deben tener las mismas posibilidades de alegación, de prueba y de impugnación... y que las partes deben estar asistidas en el acto del juicio por su abogado y representadas por su procurador... debiendo ser citadas para el acto procesal en el que se lleven a efecto<sup>159</sup>.

En cambio, Echandía, sostiene que el principio de contradicción, no es sino:

El derecho a obtener la decisión justa del litigio que se le plantea al demandado o acerca de la imputación que se le formula al imputado o procesado, mediante la sentencia que debe dictarse en el proceso, luego de tener oportunidad de ser oído en igualdad de circunstancias, para defenderse, alegar, probar e interponer los recursos que la ley procesal consagre<sup>160</sup>.

La Constitución, por su parte decreta que la sustanciación de los procesos en todas las

---

<sup>158</sup> Joan Picó, “*Principios y garantías procesales*”, p 220.

<sup>159</sup> Xavier Luch “*Derecho probatorio*”, 211.

<sup>160</sup> Hernando Devís Echandía *Teoría general del proceso*: Editorial Universidad 2ª ed. (Buenos Aires: 1997), p. 206.



materias e instancias se adopte el sistema oral teniendo en cuenta el principio de contradicción, condicionando al juez al sistema dispositivo. Así mismo, reconoce el derecho de las partes para replicar los argumentos y contradecir las pruebas presentadas en su contra<sup>161</sup>. Por otro lado, con la vigencia del COGEP, este principio queda elevado a categoría de Derecho concibe que las partes tienen el derecho a conocer oportunamente las pruebas que se van actuar, por el principio legítimo a la contradicción que es la oportunidad de las partes para refutar argumentos u objetar las pruebas que se presenten al debate, en el caso de ser pruebas pertinentes o legales siempre y cuando se lo haga de manera fundamentada, según lo manifiesta el Art. 156 de la norma legal antes mencionada.

Esto significa que las partes procesales deben ser notificadas para acudir ante el tribunal para que se practiquen las pruebas en su presencia, momento procesal en el que pueden refutar y objetar las pruebas pertinentes o impertinentes. Actuación que tiene lugar con la mínima intervención del juez, por el principio dispositivo es decir, que las partes procesales están inmersas en la tarea de estimular la actividad judicial y aportar las pruebas al proceso.

El principio de contradicción garantiza a las partes procesales el ejercicio del derecho para objetar las pruebas adjuntadas a la pretensión, a la contestación, a la reconvenición y a la contestación de está en audiencia de juicio oral y pública. Para lo cual deberá comunicarse a la parte contraria con el fin de conceder oportunidad para que refute o ponga sus propias consideraciones sobre la obtención, actuación y procedencia o fundamentación de las pretensiones.

#### **2.2.6. Principio de independencia**

---

<sup>161</sup> Ecuador Constitución, Art. 76, No. 7, L h).

Abordar el tema de la independencia judicial es realizar una aproximación inmediata a la imparcialidad, supuestos que limitarían, en mayor o menor grado, “injerencias indebidas”<sup>162</sup>, en la actuación judicial según lo señala, Linares.

Ya en el ámbito de su aplicación las normas internacionales adoptadas por el Estado, profundizan en mayor medida los principios básicos de la garantía del poder judicial independiente, al señalar que: Los jueces resolverán los asuntos que conozcan con imparcialidad, basándose en los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas sean directas o indirectas, de cualquier sector o por cualquier motivo.<sup>163</sup> De la misma manera, la Corte Constitucional actual ha reconocido al principio de independencia como conexión entre la motivación y la independencia interna:

La conexión entre la motivación y la independencia interna está en que cada instancia y recurso existe con un fin determinado. Extralimitarse más allá de las barreras impuestas en ese sentido implica invadir el ámbito de competencia de los jueces de instancia, de manera ilegítima. Lo dicho se ve reforzado cuando la norma pertinente señala expresamente que el recurso de casación no debe fundarse en un pedido de nueva valoración de la prueba. Así, fallar *contra legem* en un intento por modificar las decisiones del juez inferior torna irrazonable la motivación que se haga con dicho objetivo<sup>164</sup>.

De esta manera, el ejercicio de este principio tiene un carácter de consistencia y por tanto autónomo, en cuanto se “ejerce” sin la intromisión o ministerio de alguien. Por ello, también puede decirse que los juzgadores no deben ni pueden, dejarse influenciar por intereses

---

<sup>162</sup>

<sup>163</sup> Naciones Unidas, Congreso Séptimo, *Principios Básicos en relación a la Judicatura*, Sistema de Protección de los Derechos Humanos, (Milán: 1985), n. 2.

<sup>164</sup> Ecuador, Corte Constitucional Acción Extraordinaria de Protección, sentencia0563-12-EP, caso 0563-12-EP ( Quito: Gaceta N003, 2013) p, 49

particulares o políticos o de cualquier modo, que sus decisiones se basen únicamente en criterios acerca de la aplicación de la ley o el derecho.

### **2.2.7. Principio de imparcialidad**

El tópico de la imparcialidad en este análisis advierte dos vertientes. La una, en lo tocante a varias precisiones doctrinarias. Así por ejemplo, reconocidos procesalistas precisan sobre la imparcialidad del juez:

González señala, que la independencia no es lo mismo que imparcialidad, sino que es un antecedente necesario para que la segunda sea posible si bien se ha señalado que en situaciones claras de ausencia de independencia institucional no han faltado jueces imparciales, y evidentemente también puede darse lo contrario: Jueces parciales en condiciones objetivas de independencia<sup>165</sup>.

Parafraseando, a Eduardo Couture, criterio al cual me alinee, la idoneidad de los miembros del Tribunal supone la idoneidad de los agentes que desempeñan los cometidos del quehacer jurisdiccional. Esa idoneidad exige ante todo la imparcialidad, posición que funda el entorno que permite reconocer al juez idóneo, al juez incapaz y al juez sospechoso. Una garantía mínima de la jurisdicción consiste en poder alejar mediante recusación al juez inidóneo.<sup>166</sup>

En 1825, Bentham, advierte sobre la inverosímil ventaja de la imparcialidad a la cual me adhiero:

Un agresor injusto tendría muchas veces dos ventajas de una naturaleza opresiva: la de un espíritu vigoroso sobre otro débil, y el de una clase elevada sobre otra inferior. En una causa

---

<sup>165</sup> Piedad González Granda, *Independencia del Juez y control de su actividad*, editorial Tirant lo Blanch, (Valencia, 1993),

<sup>166</sup> Eduardo Couture, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, p 41.

de naturaleza dudosa o complicada, a menos de suponer jueces inaccesibles a las flaquezas humanas, estas dos ventajas podrían ser de mucho perjuicio a la justicia; y aun en el caso de una perfecta imparcialidad, dejarían expuesto al juez á sospechas odiosas<sup>167</sup>.

La tesis sostenida por Echandía, concibe que:

La dirección del debate probatorio por el Juez impone necesariamente su imparcialidad, esto es, el estar siempre orientado por el criterio de averiguar la verdad, tanto cuando decreta pruebas oficiosamente o a solicitud de parte, como cuando valora los medios alegados al proceso. Este deber se cumple cuando no decreta de oficio las que sean necesarias para verificar los hechos alegados o investigados.<sup>168</sup>

La otra idea se refiere a normas referentes al derecho de todas las personas ya sea en procesos de ámbito penal, civil, laboral, fiscal o de cualquier otro, al respeto al debido proceso como “a ser oídas, con las suficientes garantías dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la Ley”<sup>169</sup>, prescripciones dispuestas en el Pacto de San José del cual el Estado es suscriptor.

De igual manera la Constitución Ecuatoriana acoge estos preceptos internacionales, consagrando en su texto normativo, enunciados con alcance más objetivo para pretender lograr la materialización de la justicia, entre los que reconoce: el derecho de las personas para acceder gratuitamente al sistema judicial, a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses<sup>170</sup>.

En síntesis, los criterios doctrinarios constitucionales y supraconstitucionales estudiados en

---

<sup>167</sup> Jeremy Bentham, *Tratado de las Pruebas*, p 247.

<sup>168</sup> Hernando Devis Echandía, *Compendio de la Prueba Judicial*, p 40.

<sup>169</sup> Costa Rica Convención Interamericana de Derechos Humanos, Art. 8

<sup>170</sup> Ecuador Constitución, Art. 75-76.

los apartados anteriores determinan por una parte, la obligación del juez para que en el proceso del examen de valoración de pruebas esté ofrezca su imparcialidad, de tal suerte, que en caso de existir alguna causal de excusa o de recusación para valorar las pruebas en el conocimiento del proceso lo obligue a declinar su competencia en el caso concreto. En relación a la otra idea, respecto al contenido del desarrollo del Derecho Internacional el sistema judicial ecuatoriano ha adoptado el sistema de garantías judiciales, único postulado que subordina la actividad jurisdiccional del juez a sus prescripciones.

El principio de imparcialidad presupone varios limitantes de la actividad judicial como: ninguna persona puede ser juez de su propia causa, no puede ser juez y perito al mismo tiempo, no puede juzgar sobre aquello en lo que tenga interés, no puede juzgar a quien quiere o a quien tiene por su enemigo.

Así, en un principio se concibe que por el principio de imparcialidad el juez debe excusarse o puede ser recusado, cuando ha conocido el proceso en calidad de asesor o en calidad de parte, no puede a la vez fungir como juez de haber dado consejo a una de las partes sobre lo debatido, no puede tener interés directo o indirecto en el resultado del proceso, o quien tiene relación directa de consanguinidad, afinidad, amistad o enemistad. Entendidas así las cosas, se estaría estableciendo la línea delgada entre la justicia y la injusticia. Los postulados antes indicados están prescritos en la regla procedimental que entrará en vigencia a partir del 2016<sup>171</sup>.

#### **2.2.8. Principio de favorabilidad**

Según la Constitución ecuatoriana, el principio de favorabilidad, es una de las garantías básicas del debido proceso y se activa cuando surgen contradicciones entre leyes de la misma

---

<sup>171</sup> Ecuador Código General de Procesos, Art. 22.

materia, que contienen sanciones diferentes para un mismo hecho. Disposición constitucional que manda se aplique la menos rigurosa aún su promulgación sea posterior a la infracción o cuando aparezca duda sobre normas de la misma materia que contiene sanciones diferentes, para que sea aplicada en el sentido más favorable a la persona infractora, conforme lo prescribe el Artículo 76, numeral, 5.<sup>172</sup> La aplicación de este principio es tarea que le compete al juzgador en cada caso concreto, pues solo a él le corresponde determinar cuál es la norma que más beneficia o favorece en cada caso o materia.

El texto constitucional ecuatoriano por su parte reconoce a este principio en dos vertientes; la primera: registra que en caso de existir conflicto entre dos normas que dispongan sanciones diferentes para un mismo supuesto factico, el juez deberá resolver la antinomia aplicando la pena menos rigurosa; la segunda: se refiere al caso de existir duda en una norma que contenga sanciones se la aplicara en el sentido que más favorezca a la persona infractora.

En lo que corresponde a la justicia constitucional este principio lo concibe la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, artículo 4, numeral 3, en el contenido del principio *Iura novit curia*, “La jueza o juez podrá aplicar una norma distinta a la invocada por los participantes en un proceso constitucional”.

En cuanto a la justicia de la dimensión legal, el ámbito administrativo se manifiesta sobre el principio de favorabilidad como garantía del debido proceso a favor del servidor público encausado, Art. 44 inciso 2, de la Ley Orgánica del Servicio Público “El sumario administrativo se ejecutará en aplicación de las garantías al debido proceso, respeto al derecho a la defensa y aplicación del principio de que en caso de duda prevalecerá lo más

---

<sup>172</sup> *Ibidem*

favorable a la servidora o servidor”<sup>173</sup>.

En cambio, en el área laboral existen dos dimensiones: la constitucional que dispone la aplicación del precepto más favorable cuando surja incertidumbre, “En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral, estas se aplicarán en el sentido más favorable a las personas trabajadoras.”. En cuanto a la aplicación legal Art. 7 del Código del Trabajo, “En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral, los funcionarios judiciales y administrativos las aplicarán en el sentido más favorable a los trabajadores”<sup>174</sup>.

En materia ambiental, para garantizar el derecho a la protección de la Pacha Mama, se activa el principio de favorabilidad cuando existe, “duda sobre el alcance de las disposiciones legales en materia ambiental, éstas se aplicarán en el sentido más favorable a la protección de la naturaleza”<sup>175</sup>, de acuerdo a lo dispuesto en el Art 395 numeral 4, de la Constitución de Ecuador.

La contextualización efectuada a las normas en el ámbito constitucional, administrativo, laboral, ambiental registra el reconocimiento del principio de favorabilidad, presupuestos que evidencian la aplicación de este enunciado en la esfera aún civil. El ámbito penal lo reconoce también. Sin embargo, cabe resaltar que el enunciado de la norma constitucional no ha sido desarrollada por el Código Civil o el COGEP: en los procesos ordinarios o de ejecución.

---

<sup>173</sup> Ecuador Asamblea Nacional Ley Orgánica del Servicio Público Registro Oficial Suplemento 294 (Quito 2010) 44

<sup>174</sup> Ecuador H. Congreso Nacional Código de Trabajo Registro Oficial Suplemento 167- 26-09-2012(Quito 2005) 7.

<sup>175</sup> *Ibíd.*

### **3. CAPÍTULO III:**

#### **3.1 Análisis sobre la influencia de elementos constitucionales que rigen la prueba en el proceso.**

Desde el punto de vista jurídico a partir de la constitucionalización del debido proceso, de la tutela judicial efectiva y sobre todo de la seguridad jurídica, desde la vigencia de la Constitución de 1998, permite demostrar que el desarrollo de las instituciones aludidas ha seguido un proceso lento de desarrollo. Sin embargo, cabe realizar especial énfasis al trabajo realizado por la Asamblea Nacional, en su ejercicio de producción normativa reflejado en el COGP, el mismo que entrara en vigencia en 2016.

Este cuerpo normativo contempla el desarrollo de elementos constitucionales que rige el sistema probatorio como garantía para la validez de la prueba, en materia procesal civil.

La actual estructura procesal surgió como respuesta de las consecuencias jurídicas del lento desarrollo de los principios reconocidos en la norma constitucional, en sus Artículos 82,75 y 76, numerales 4 y 7, contenidos textuales que aluden al principio de legalidad, pues identifican y describen los elementos constitucionales de la prueba vinculados con el proceso civil, que no son sino la tutela judicial efectiva que permite el derecho de protección; el debido proceso el cual contiene las garantías básicas y mínimas; la seguridad jurídica que supone la aplicación del Ordenamiento Jurídico para mantener el orden jurídico y la paz social. Sobre todo las solemnidades intrínsecas de la prueba, que afianzan la eficacia probatoria, supuestos que sustentan el fundamento de validez probatoria en dos dimensiones, el primero se sustenta en la obtención de la prueba y el segundo en las actuaciones procesales. El contexto del numeral 7, literal h del artículo 76, además establece otra de las garantías, el derecho a la defensa incluye, el de presentar argumentos y pruebas o el de



contradecir las que se presenten en su contra<sup>176</sup>.

El procedimiento probatorio actual pretende dejar atrás el sistema anterior, el cual reflejaba escasa efectividad en la administración de justicia. Así tenemos, que las actuaciones procesales y judiciales en el ámbito procesal constituían un problema. Entre los más relevantes se presenta la tardía y obsoleta administración de justicia la cual no permite al Estado ofrecer una plena tutela judicial efectiva, circunstancia que le ocasionaría ante la Corte Interamericana de Derechos humanos a ser condenado por no prestar una “pronta jurisdicción”<sup>177</sup>, considerando que la tutela judicial efectiva no solo permite el acceso al sistema judicial gratuito, sino además, plantea recibir una expedita e inmediata solución al problema jurídico.

Otra problemática podría implicar la “falta de independencia judicial”<sup>178</sup>, varias son las situaciones que contextualizan esta problemática. La doctrina internacional se pronunció al respecto en el fallo del caso Quintana Coello y otros, por la detención de los 27 magistrados de la Corte Suprema de Justicia Ecuatoriana, reconocidos juristas entre ellos el Dr. Agustín Grijalva se refieren sobre el tema en cuestión:

Grijalva (2007), en su artículo, Constitución sin Constitucionalismo. El autor precisa, que en esa época “los partidos políticos utilizan su poder de designación y remoción de los miembros del Tribunal para influir sobre sus procesos decisorios o incluso determinarlos”<sup>179</sup>. Escenario que no garantizaba un adecuado sistema de administración de justicia, este ambiente generaba inseguridad jurídica por falta de procedimientos claros. Para mejor

---

<sup>176</sup> Ecuador Constitución 2008, Art. 76.

<sup>177</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia 4 de julio de 2006 caso Ximenez López vs Brasil

<sup>178</sup> Agustín Grijalva, “Constitución sin Constitucionalismo: Urgencia de un Tribunal Independiente”, Foro: Revista de derecho, 7(II semestre 2007): 77.

<sup>179</sup> *Ibíd*em,

ejemplificar cabe ilustrar con el caso Quintana Coello y otros, decisión Corte Interamericana de Derechos Humanos por la destitución de los 27 magistrados de la Corte Suprema de justicia ecuatoriana:

En el presente caso, la Comisión Interamericana señaló que al no encontrarse los procedimientos respectivos claramente establecidos por la ley, se podría inferir que el Congreso Nacional no actuó con las garantías de independencia necesarias para cesar a las víctimas.... Además argumentaron que una vez que el Congreso asumió de manera “ad hoc” el rol de juzgador, debió considerar la obligación de garantizar el derecho de las personas a ser juzgado por un juez independiente. Al respecto, arguyeron que el Congreso Nacional difícilmente podía garantizar la independencia, al ser un órgano político por naturaleza, y mucho menos cuando responde al interés del gobierno y a mayorías parlamentarias<sup>180</sup>.

El contexto del resultado de la sentencia en este caso específico permite suponer dos reflexiones: el uno, que la falta de independencia judicial tiene gran influencia en la producción de arbitrariedades en el sistema procesal, y el otro, de que la dependencia del sistema judicial a partidos políticos, no permite la ejecución de procedimientos que contribuyan una adecuada administración de justicia. En este sentido, el imaginario planteado no estaría garantizando el cumplimiento del debido proceso para la materialidad de la tutela judicial efectiva en los procesos civiles, este ambiente crea inseguridad jurídica. Cabe resaltar, que estos supuestos están plenamente prescritos en los ámbitos constitucionales y legales que registran el deber del Estado en su rol de tutelar y garantizar el derecho a la protección a los usuarios del sistema judicial.

---

<sup>180</sup> Costa Rica Corte Interamericana de Derechos Humanos. caso Quintana Coello y otros, (2013,) p, 13 (V)

### **3.2 Elementos constitucionales relacionados con la prueba**

El cauce que rige la prueba en la actualidad es el garantismo constitucional, el cual ha alcanzado auge a partir de la vigencia de la actual Constitución. Tal postulado afianza a través de mecanismos abstractos la materialización de la justicia. Si el Estado, ha asumido en exclusiva, la titularidad de la potestad de resolver los conflictos de naturaleza jurídica, es preciso que establezca medios idóneos o concretos para alcanzar una efectiva administración de justicia, por tanto, su papel es garantizar la tutela judicial efectiva y la seguridad jurídica, instituciones que sustentan la estabilidad social del Estado y su sistema jurídico.

Sobre la base las prescripciones antes indicadas es necesario aproximarse a los elementos constitucionales que se relacionan con la prueba en un proceso civil que sirven de pilares al sistema probatorio.

Más allá del inconveniente que plantea el sistema garantista ecuatoriano puede acreditarse que sus derivaciones inmediatas son: El derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho al debido proceso y a la seguridad jurídica, postulados que se analizarán en los siguientes apartados.

#### **3.2.1. Tutela judicial efectiva**

El ámbito que registra el derecho a la tutela judicial efectiva supone el escenario que permite a los sujetos intervinientes en un proceso, por un lado, el deber del juzgador de tutelar derechos y garantías y por otro, permite el acceso gratuito al sistema judicial de los derechos y garantías. En este contexto parafraseando a Morello, el derecho a la tutela judicial efectiva se configura fundamentalmente como la garantía de las pretensiones de las

partes que intervienen en un proceso<sup>181</sup>. Esto significa que la tutela judicial efectiva afianza un sistema de garantías que asegura la obligación del juzgador para ofrecer protección al inicio del proceso y al final, tales como el acceso a la administración de justicia gratuita, a una pronta y expedita resolución de las controversias; el derecho a un Juez imparcial, a la igualdad material de las partes en el proceso, entre otros.

El texto del párrafo anterior conceptúa una aproximación al contenido de la Tutela judicial efectiva. El alcance de mayor relevancia sobre este principio universal lo prescribe la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sus pronunciamientos en ejercicio de su facultad de Tutela Internacional; Tratado del cual el Estado es suscriptor. Bases jurisprudenciales que prestablecen de forma amplia y concreta que uno de los elementos de la tutela judicial efectiva es el acceso al sistema judicial. Sin embargo, la relevancia de este precepto no solo significa el acceso a la justicia, sino, que este acceso constituya “el derecho de acceso a la justicia lato sensu presupone el entendimiento de que se trata del derecho a la pronta prestación jurisdiccional”<sup>182</sup>.

El Código Orgánico de la Función Judicial de manera expresa registra a esta institución jurídica en su texto normativo, que en su quehacer prescriptivo ha de hacer cumplir la obligación asumida por todos los jueces, conminándoles a garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos declarados en la Constitución, en las leyes, y, en instrumentos internacionales de derechos humanos. Contenido que además tiene alcance que supone garantía en el proceso. Constituyendo así la prevalencia cuando sea reclamado por los legitimados, cualquiera sea la materia, el derecho o la garantía exigida.<sup>183</sup>.

---

<sup>181</sup> Augusto Morello, “*El Proceso Justo. Del garantismo formal a la tutela efectiva de los Derechos*”, editor Abeledo-Perrot S.A., (Buenos Aires, 1994), pp. 286-287.

<sup>182</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia 4 de julio de 2006.

<sup>183</sup> Ecuador Código de la Función Judicial, Art. 23

La doctrina constitucional española por ejemplo, reconoce en su texto el «derecho de acción» o «derecho a la jurisdicción»<sup>184</sup>, es decir, la facultad de las personas para acudir a la vía jurisdiccional a solicitar protección del Estado.

La Corte Constitucional ecuatoriana, aborda el tema en la sentencia N°. 015-13-SEP-CC de Acción Extraordinaria de Protección. Ha desarrollado este derecho concibiéndolo de la siguiente manera: “La Tutela judicial efectiva que consagra la Constitución es el Derecho no solo de acudir a los órganos jurisdiccionales, sino que a través de los debidos cauces procesales y con mínimas garantías, obtenga una decisión fundada respecto de sus pretensiones”<sup>185</sup>.

El derecho a la tutela judicial efectiva conjetura en su máxima expresión que las personas en ejercicio de su derecho, no sólo puedan recurrir a los órganos jurisdiccionales solicitando tutela, sino que además, esa tutela afiance la pronta protección del Estado con imparcialidad, agilidad en la sustanciación del proceso o la resolución o sentencia, para que la administración de justicia en sujeción a su rol asumido, ofrezca una real y efectiva garantía a las situaciones jurídicas de las partes.

De esta manera, se conceptúa que la tutela judicial efectiva en el Derecho Procesal ecuatoriano, supone por un lado, el pilar primordial de todo proceso, además que es la potestad asumida por el Estado para resolver los conflictos de relevancia jurídica y por otro, que se encuentra en la esfera del ejercicio del derecho a la acción de las personas. Es decir, la facultad que tienen los ciudadanos frente al Estado para demandar su protección.

---

<sup>184</sup>España Cortes Generales 1978, Constitución BOE» núm. 311, <https://www.boe.es/buscar/pdf/1978/BOE-A-1978-31229-consolidado.pdf> véase en Art. 24 N°24

<sup>185</sup>Ecuador Corte Constitucional Sentencia N°. 015-13-SEP-CC, de Acción Extraordinaria de Protección, caso 0235-12-EP, (Quito: 2013), p9.

Por último, para realizar una aproximación a la materialización de la Tutela Judicial efectiva, canal que permitirá brindar seguridad jurídica. El precepto estudiado permite evidenciar que en su concepción prescriptiva yace en la norma constitucional la aplicación del tenor literal y el margen de interpretación, que el juzgador en su quehacer jurisdiccional efectúe. De tal manera, que en muchas situaciones puede llevar a decisiones manifiestamente justas o injustas, en otras a consecuencias jurídicas muy diferentes con supuestos de hecho, si no idénticos, manifiestamente similares.

Bien así las cosas, en cuanto que cualquier innovación en el sistema procesal parece confrontarse con el principio de separación de funciones o la independencia de los mismos. En todo caso, esta proposición afianza las atribuciones y facultades otorgadas a cada función dentro del ámbito de su competencia, axioma de interpretación literal expresado en la propia Constitución sobre la concepción mecánica de la labor judicial, para ofrecer un ambiente de Seguridad Jurídica y por lo tanto de paz social en el Marco Jurídico dirigidos a otorgar los cauce que guían los estándares de legalidad en contraposición a los de arbitrariedad.

### **La legalidad Vs la arbitrariedad**

La naturaleza y alcance del quehacer jurisdiccional de administrar justicia del juzgador revelan, el poder y los límites de sus actuaciones judiciales. Como primera idea supone por un lado, que la actuación del operador judicial no es discrecional, sino que responde a la aplicación del principio de legalidad reconocido en el COFJ Art.7, el que precisa: “La jurisdicción y la competencia nacen de la Constitución y la ley. Solo podrán ejercer la potestad jurisdiccional las juezas y jueces nombrados de conformidad con sus preceptos”<sup>186</sup>. Dicho así, esta atmósfera advierte la prescripción sobre la potestad pública concedida al juez

---

<sup>186</sup> Ecuador, Código Orgánico de la Función Judicial, Art, 7.

para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado que no es sino, la facultad de aplicar el derecho, competencia otorgada a los operadores judiciales por la Constitución o la Ley.

En cualquier caso este entorno supone preceptos que subordinan el actuar de los órganos judiciales a la Constitución y a la Ley. Para establecer una aproximación inmediata a la afirmación hecha sobre las restricciones de las actuaciones del juez, para ello es necesario analizar los límites de su actuar.

Además, el escenario planteado advierte que el juez no puede ir más allá de lo solicitado, ni puede omitir pronunciamiento respecto de las peticiones de las partes. Por ello, también puede decirse que el juez actúa en un campo restringido, es decir, que el material de conocimiento emane del resultado de la libre contradicción de los litigantes.

Entre, los elementos constitucionales que se suman al campo restringido del juez está el perímetro probatorio de las pruebas actuadas u obtenidas sin respetar la Ley o la Constitución. Concepción constitucional que pretende regular el actuar del operador judicial, sin embargo esta precisión aspira alcanzar además, límites a su actuar, precisando que las pruebas que comprendan una obtención ilegal o inconstitucional no producen efectos jurídicos y por lo tanto no serán objeto de valoración. Canales que seguramente ofrecen la materialidad de la seguridad jurídica.

### **3.2.2. Seguridad jurídica**

La interpretación efectuada a la norma constitucional registra que la seguridad jurídica constituye una de las obligaciones ineludibles del Estado ecuatoriano, del respeto a la aplicación y a la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por

autoridades competentes<sup>187</sup>. Institución jurídica que constituye una garantía reconocida constitucionalmente. Tesis que plantean dos vertientes la sumisión a la legalidad, o al entero orden constitucional. En este contexto cabe reflexionar con fundamentación doctrinaria.

Rosero, defiende la tesis de la seguridad jurídica<sup>188</sup>, desde la óptica legalista:

La seguridad jurídica no consiste sino en la certeza del imperio de la Ley; esto es, en la garantía de que el ordenamiento jurídico será aplicado de manera objetiva; es además, un principio fundamental del Estado de Derecho, que se traduce en el aval que éste ofrece a toda persona, de que serán respetados sus derechos consagrados en la Constitución y en las leyes, y que por tanto no serán alterados o vulnerados posteriormente, contraviniendo la norma jurídica en virtud de la cual han sido adquiridos<sup>189</sup>

La tesis de la sumisión al orden constitucional parafraseando a Zabala, la seguridad jurídica se acopla a la Legalidad pero no por su afinidad a esta institución, sino por su vinculación y función a los derechos que sustentan el entero mandato constitucional, campo que dispone la obligación prioritaria inexcusable de otorgar y establecer la vigencia de la seguridad jurídica y de los derechos públicos subjetivos de rango constitucional<sup>190</sup>.

Matizando estas concepciones la dimensión del garantismo constitucional apunta a precisar que el derecho al debido proceso como garantía para la obtención y actuación de las pruebas afianza y consolida a su vez la seguridad jurídica, que consagra el elemento esencial del Estado de derechos y justicia, garantiza la sujeción del juzgador a la Constitución y la ley. Es la fuente verosímil en el orden jurídico, este entorno precisa la certeza sobre el derecho

---

<sup>187</sup> Ecuador Constitución Art. 82.

<sup>188</sup> Ana María Rosero Rivas” *La Seguridad Jurídica en el Ecuador. Contribución de la Procuraduría General del Estado*” Instituto de Altos Estudios Nacionales, (Quito 2003)

<sup>189</sup> *ibídem*

<sup>190</sup> Jorge Zabala Egas “La Teoría de la seguridad jurídica” editor, vlex.ec/vid/seguridad-jura, volumen 14, (Quito 2012),. p 219 véase en



escrito vigente. La Constitución garantiza la seguridad jurídica a través de la aplicación de la legalidad sustentado en el debido proceso afianzando además el orden y la paz social.

### **Exclusión de Pruebas ilegales**

Para alcanzar un concepto de prueba ilegal en el proceso civil, es necesario enfatizar que el ámbito procesal civil, tiene una exploración precaria de los campos que revelen concepciones o modelos teóricos, explicativos sobre la prueba ilegal. Sin embargo, cabe resaltar que en materia penal existe abundante doctrina legal y constitucional que dan cuenta y determinan los fundamentos, la naturaleza y efectos de la prueba ilegal. Ahora bien, sin querer mezclar dos esferas distintas vale la pena aproximarse a posibles vertientes que sirvan de guía para determinar los fundamentos, la naturaleza y consecuencias de la prueba ilegal en materia procesal civil. Así en principio se aludirá a la prueba obtenida o actuada en contradicción a las normas, o en otros términos, a las reglas de exclusión.

La doctrina procesal en la tesis de Picó, reconoce a las pruebas ilegales como el fruto del árbol envenenado concibiéndola como: “aquella cuya fuente probatoria está contaminada por la vulneración de un derecho fundamental”<sup>191</sup>. De esta manera, se deduce que la prueba ilegal no concibe un derecho fundamental independiente sino que es una de las garantías básicas del derecho al debido proceso en el caso ecuatoriano.

La otra dimensión avizora las pruebas derivadas de vicios procesales ya sea por defectuosa o irregular práctica de pruebas o de diligencias que de ajustarse a la ley procesal alcanzarían valor probatorio al subsanarse ciertos vicios que no atacan al fondo, sino más bien a la forma. Dentro de este contexto cabe distinguir las consecuencias de las pruebas y los efectos de las pruebas derivadas por vicios procesales.

---

<sup>191</sup>Joan Picó Junoy Doctrina del Árbol envenenado, O.C S/F.

## **Pruebas inconstitucionales**

Antes de ahondar en el estudio de las consecuencias de las pruebas improcedentes, resulta necesario distinguir las pruebas que carecen de eficacia probatoria, así la regla procesal ecuatoriana que entrara en vigencia a partir de 2016, las reconoce como las obtenidas con dolo, fuerza física y moral<sup>192</sup>, a las que el juzgador deberá declarar improcedentes por haber sido obtenidas violando la ley y la Constitución. Enunciado que supone el contexto de las pruebas ilegales o en otros términos más amplios, pruebas inexistentes por habérselas obtenido o actuado contraviniendo los cauces legales y constitucionales que rigen la prueba.

La abundante doctrina constitucional producida por la CC colombiana da cuenta de la prueba prohibida, axioma concebido por la legislación ecuatoriana como prueba inconstitucional o ilegal. Además, esta premisa constitucional aporta con elementos que sustentan la tesis de las consecuencias de la prueba inconstitucional. La jurisprudencia invocada en líneas anteriores agrupa contenidos relevantes concibiendo que:

...en el relativo a los efectos que tiene dentro de cualquier proceso judicial, la prueba obtenida con violación del debido proceso, los cuales ha entendido la Corte, son en principio limitados, razón por la cual, la sola existencia de un medio probatorio obtenido ilícitamente, no implica la nulidad del proceso judicial que la contiene, sino de la prueba en sí misma”<sup>193</sup>.

---

<sup>192</sup> Ecuador Código General de Proceso, Art. 160.

<sup>193</sup> Síntesis del efecto de la prueba prohibida en la sentencia dictada por la CC de Colombia...CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales a la intimidad, debido proceso y acceso efectivo a la administración de justicia, dentro de la acción de tutela presentada por Cesar Augusto Henao Vásquez contra el Juzgado Once de Familia de Medellín. TERCERO.- ORDENAR a la Jueza Once de Familia de Medellín, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, deberá excluir del proceso de cesación de los efectos civiles de matrimonio católico,...los correos electrónicos allegados por el apoderado de la parte demandante, ...con el fin de que no sean apreciados al momento de adoptar la decisión correspondiente, debiendo guardar las reservas debidas, para garantizar el derecho a la privacidad de la información en ellos contenida. CUARTO.- ORDENAR a la Jueza Once de Familia de Medellín, que los demás correos electrónicos allegados al proceso de cesación de los efectos civiles de matrimonio católico, por parte del apoderado judicial..., deberán ser igualmente excluidos, así como los que en el futuro se alleguen, por tratarse de documentos que no tienen eficacia o validez probatoria, y por cuanto lesionan la garantía constitucional prevista en el artículo 15 Superior...QUINTO.- ORDENAR a la Jueza Once de Familia de Medellín, que una vez sean excluidos los documentos en mención, proceda inmediatamente a efectuar el levantamiento de la medida provisional dispuesta por esta

Para ejemplificar, los contenidos de los efectos de la prueba inconstitucional a continuación se indica parte de la decisión dictada por la CC Colombiana en la sentencia de acción de Tutela T-916/08, en la que resuelve conceder la Acción de tutela, por existir prueba ilícita, disponiendo que la jueza once de Familia de Medellín en 48 horas excluya del proceso los correos electrónicos que constituían prueba para que no sean apreciados al momento de adoptar la decisión correspondiente.

Otro de los casos paradigmáticos de la Jurisprudencia se ve reflejado en la justicia española, enunciados que ilustran la prueba ilegal, sentencia de Recurso de Amparo, dictado por el Tribunal Constitucional, Sala Primera. Siguiendo el razonamiento del Tribunal este precisó no valorar la prueba por su procedencia constitucionalmente ilícita, consideró que:

“Dicho indicio no habría podido obtenerse sin saber previamente que una menor iba a realizar el recorrido, transportando "algo", desde el domicilio de los imputados al suyo, hecho que se tuvo conocimiento a través de la vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones”<sup>194</sup>.

El TCE, estableció que este hecho fue la derivación inmediata de la prueba inconstitucionalmente obtenida, lo cual impidió, a decir del TC, constituir un indicio y por

---

Sala de Revisión, mediante Auto del 28 de abril de 2008...España Tribunal Condicional Recurso de Amparo, No. STC 085/1994 véase en <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Sentencia.aspx?cod=19228> Sentencia Corte Constitucional Colombia véase en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/t-916-08.htm>

<sup>194</sup> Sentencia de prueba ilícita de 14 de marzo de 1994 (BOE núm. 89, de 14 de abril de 1994. Sin embargo, al no poderse valorar, dada su procedencia constitucionalmente ilícita, los indicios considerados como tales por el órgano judicial, es evidente que dicho razonamiento lógico queda con ello afectado, pues, por sí sola, la ocupación de la droga en poder de la menor no puede estimarse prueba suficiente para acreditar el hecho de tráfico que se imputa a los recurrentes. Máxime cuando, como es el caso, dicho indicio no habría podido obtenerse sin saber previamente que la citada menor iba a realizar el recorrido indicado transportando "algo" desde el domicilio de los recurrentes al suyo propio, hecho éste del que se tuvo conocimiento a través de la vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. Esa derivación inmediata de la prueba inconstitucionalmente obtenida impide considerar a este indicio como prueba de carácter independiente, legalmente obtenida. En consecuencia, ha de concluirse que no ha habido actividad probatoria que pueda reputarse suficiente a los efectos de desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia inicialmente obrante a favor de los recurrentes. Esta conclusión hace innecesaria cualquier otra consideración sobre el resto de los derechos fundamentales invocados

España Tribunal Condicional Recurso de Amparo, No. STC 085/1994 véase en <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Sentencia.aspx?cod=19228>

lo tanto tenerlo como prueba de carácter independiente legalmente obtenida.

En consecuencia al concluir se razona que no existe actividad probatoria que pueda reputarse suficiente a los efectos de desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia a favor de los recurrentes.<sup>195</sup>

Cada uno de los contenidos indicados despliega a su vez importantes circunstancias que no necesariamente están establecidos en el procedimiento judicial. Son aspectos que surgen de la praxis, en este sentido surge un interrogante. ¿Cómo identificar a una prueba que debe ser excluida?.

Para dar respuesta al interrogante planteado con vista a las pruebas que suponen, deberán ser excluidas de un proceso es menester realizar una aproximación conceptual sobre como el procedimiento adjetivo ecuatoriano reconoce a las pruebas que no producirán eficacia probatoria, por su obtención o actuación con dolo, fuerza física o moral.

## **Dolo**

En el intento de alcanzar un concepto de Dolo en materia civil, sin querer reprochar la escasa doctrina existente. Vale la pena explorar la esfera conceptual normativa del derecho sustantivo, dicho así, cabe destacar la concepción que el texto vigente del Código Civil ecuatoriano tiene al respecto. Dolo no es sino, “la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro”<sup>196</sup>. Es decir, es la pretensión positiva de provocar daño en la persona o pertenencias de esta, ya sean en sus bienes muebles, inmuebles, usufructo, etc. Así, “el dolo perpetrado anula los actos o contratos y no produce ningún valor”<sup>197</sup>. Cabe

---

<sup>195</sup>ibídem

<sup>196</sup> Ecuador Congreso Nacional Código Civil, Art. 29.

<sup>197</sup> Ibídem. Art 9.

anotar que el fraude concebido como tal por la ley sustantiva, además se constituye en uno de los elementos de los “vicios del consentimiento”<sup>198</sup>

## **Fuerza**

Otro de los elementos que constituyen las pruebas inconstitucionales son las obtenidas y actuadas con fuerza, en caso de mediar cualquiera de los dos supuestos indicados estas no producirán efectos jurídicos pues se encuentran entre el grupo que integran los vicios del consentimiento.

Visto así, es necesario advertir la relevancia de esta forma. Como novedad, este postulado, se verifica en la actualidad en el COGEP, aprobado por la Asamblea Nacional, este marco normativo procesal reconoce a este precepto prescribiendo que las pruebas no tendrán eficacia probatoria cuando sea el resultado de la “fuerza física y la fuerza moral”<sup>199</sup>. Como vemos ya no se identifica a la fuerza en sentido general, sino que, se la ha dividido en Fuerza física y moral.

## **Fuerza física o moral**

Siguiendo las concepciones legales se intentará alcanzar una definición de la fuerza física y moral en la ineficacia probatoria para vislumbrar lo que intento expresar el legislador ecuatoriano en la norma antes descrita. Como primera idea, es necesario preguntar. ¿Cuándo se produce una prueba obtenida o actuada con fuerza física? y ¿Cuándo se produce una prueba obtenida o actuada con fuerza moral?

Ante tales interrogantes, se empezará tratando de dar respuesta al primero. La fuerza física,

---

<sup>198</sup> Ibídem. Art. 1467

<sup>199</sup> Ecuador Código Orgánico General de Procesos, Art. 160.

a entender de la legislación sustantiva esta se configura cuando "...Se mira como fuerza de este género todo acto que infunde a una persona justo temor de verse expuestos ella, su cónyuge o alguno de sus ascendientes o descendientes, a un mal irreparable y grave"<sup>200</sup>.

Dicho así, para ejemplificar con un caso hipotético, una prueba obtenida con fuerza física, se constituiría como tal, cuando por ejemplo: Una de las partes amenazando de muerte a un testigo lo obligue a prestar declaración a su favor.

En cuanto al segundo interrogante. La legislación civil no establece contenidos conceptuales claros al respecto. Sin embargo, por intentar llegar a una conceptualización doctrinaria, siguiendo la teoría de Echandía, la prueba obtenida o actuada con fuerza moral, serían todas aquellas obtenidas de manera ilegal, "*contra la moral y buenas costumbres*"<sup>201</sup>.

Así por ejemplo la sentencia argentina citada por el mismo autor en el caso de "grabaciones obtenidas, sin el consentimiento del interlocutor, que por la difusión de la grabación que contenía su voz, vulnera el derecho a su intimidad"<sup>202</sup>. Maniobra que se constituiría en el medio no adecuado para obtener una prueba y por lo tanto es una prueba inconstitucional o ilegal. En el mismo sentido, resalta Echandia, que:

Existen otros métodos científicos para determinar la sinceridad y veracidad de las confesiones y declaraciones, como los detectores de mentiras, los exámenes psiquiátricos o sicotécnicos, los test psicológicos y otros similares, cuya licitud no presenta problemas, porque no se usa de la fuerza o coacción, ni de drogas, ni se afecta la libertad de conciencia, y, por lo tanto, no constituyen atentado contra ningún derecho subjetivo del examinado y

---

<sup>200</sup> Ecuador, Código Civil, Art. 1472.

<sup>201</sup> Hernando Davis Echandia "Compendio de la Prueba Judicial", p 33.

<sup>202</sup> *Ibidem*.

mucho menos contra su dignidad personal<sup>203</sup>.

En consecuencia, este último sería un medio de prueba adecuado o práctica judicial de la que se debe valer una de las partes para obtener pruebas que produzcan eficacia probatoria.

Tratando de dar respuesta a la pregunta. ¿Cómo identificar a una prueba ilegal?. El contexto de la legislación ecuatoriana y doctrinario explorado registra las características y cualidades que posiblemente se constituirían en pruebas ilegales y por lo tanto en inconstitucionales. Escenario verosímil, que supone las manifestaciones de dolo, de fuerza física y moral, condicionando el caso de que se presenten estas dentro de la esfera probatoria no producirán efectos jurídicos. Por lo tanto, su consecuencia inmediata ha de ser declararlas pruebas improcedentes. Dicho así, el contexto analizado precisa que son pruebas inconstitucionales o ilegales las que han sido obtenidas de manera ilegal, contra la moral y las buenas costumbres o en un caso hipotético dentro de un proceso una de las partes, valiéndose de estrategias ha procedido a causar temor irreparable y grave a la otra o en algunos de sus familiares.

### **Pruebas derivadas de vicios procesales**

Una vez dilucidado la dimensión de la prueba inconstitucional o ilegal, resulta adecuado centrarse de una manera no profunda sino breve, tratando de ilustrar en el estudio de las pruebas derivadas de vicios procesales ya sea por defectuosa o irregular práctica de pruebas o de diligencia. Para instruir de una mejor manera el análisis de los vicios procesales se alude a los vicios de forma y a los vicios de fondo.

Respecto al primer criterio, la legislación Civil dispone que el juez no tiene potestad para valorar pruebas que adolezcan de vicios procesales de fondo, considerando que afecta al acto

---

<sup>203</sup>Ibídem, 236.

por lo que con diligencia a de declarar la nulidad expresamente consagrada. Así, por ejemplo: La nulidad del matrimonio de los ligados por vínculo matrimonial no disuelto<sup>204</sup>, o la nulidad del proceso por no haberse citado con la demanda al demandado y haberlo dejado en indefensión. A primera vista, este postulado revela al juez una solemnidad insubsanable, pues concibe en su contenido vicios de fondo.

En cuanto al segundo postulado, el juez debe evaluar si la forma o requisitos omitidos en el acto son o no esenciales para su validez. La Constitución Política en su texto dispone, “no se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades”<sup>205</sup>. Tenemos entonces como ejemplo: las demandas en los casos, sobre dominio o posesión de inmuebles o de muebles sujetos a registro. La legislación dispone por ejemplo: en asuntos sobre amparos posesorios que antes de que se cite con la demanda se realizará la inscripción en el registro de la propiedad, prescripción que se comprobará con el certificado respectivo. Dentro de este contexto, hace especial énfasis que la omisión de este requisito será subsanable.

### **Forma de producción de la prueba**

La producción de pruebas es un requisito sine qua non para la demostración de los hechos que se demandan o se defienden en un proceso, además, son fundamentales para llegar a lo que se llama “verdad procesal”<sup>206</sup>, la base de esta premisa del imperio de la supremacía constitucional conmina al juez a resolver las cuestiones controvertidas que conozca, “únicamente atendiendo los elementos aportados por las partes”<sup>207</sup> y consecuentemente al convencimiento del juzgador. Según el sistema procesal ecuatoriano para que la producción de la prueba tenga eficacia jurídica debe reproducirse en audiencia

---

<sup>204</sup> Ecuador, Código Civil, Art. 95 N° 3.

<sup>205</sup> Ecuador Constitución., Art. 169.

<sup>206</sup> Ecuador, Código Orgánico General de Procesos, Art. 27.

<sup>207</sup> *Ibíd.*



por el principio legítimo de las partes a la contradicción.

Es importante resaltar la trascendencia de la producción de la prueba en audiencia, no solo en la normativa procedimental del Ecuador sino a nivel andino, así por ejemplo: la normativa procesal civil boliviana, en su artículo 138 dispone que: “Las pruebas serán producidas en audiencia, conforme a lo dispuesto para cada proceso en particular, salvo disposición contraria.”<sup>208</sup>.

En la misma línea Uruguay en su legislación hace referencia a la producción de la prueba. “Todas las pruebas pertenecen al proceso y deben ser producidas en audiencia,...Las partes tienen el deber de prestar la colaboración del buen litigante para la efectiva y adecuada producción de la prueba...” Artículo 142.1 del Código Orgánico General de Procesos.

La producción de la prueba en el procedimiento oral venezolano de acuerdo a la disposición del Artículo 862 inciso segundo del Código de Procedimiento Civil considera que “Las pruebas se practicarán por los interesados en el debate oral, salvo que por su naturaleza deban practicarse fuera de la audiencia”.

Las legislaciones del Área Andina registran en sus enunciados la imperiosa necesidad de producir pruebas en audiencia, subordinando su eficacia al resultado del debate público y contradictorio, coincidiendo en unidad de criterio en un mismo punto de derecho.

Por otro lado, otra cuestión relevante en el procedimiento civil es la atinente a la actividad procesal, este entorno revela el rol de las partes y del juzgador en la producción de la prueba. El contexto normativo surge por un lado, como garantía de los litigantes el derecho de las partes procesales a presentar cualquier prueba pertinente que se encuentre disponible para

---

<sup>208</sup> Bolivia, Código de Procedimiento Civil, 138.

ellos. El actual sistema procesal ecuatoriano prevé un conjunto de garantías procesales a los litigantes en la esfera legal y a nivel constitucional. Garantías como el derecho a presentar argumentos, a presentar pruebas y a contradecir las que se presenten en su contra, el derecho a objetar las pruebas obtenidas y actuadas con violación a la Constitución y a la Ley, el derecho a un juicio justo y la "oportunidad de ser oído"; preceptos que se incluyen en el catálogo de derechos fundamentales. En otras palabras los sistemas judiciales actuales garantizan el derecho del demandante, del demandado, del administrado, del sumariado del procesado, para que dentro del momento procesal se pueda solicitar y presentar pruebas o a refutar acerca de la pertinencia y valor probatorio de las mismas.

No hay duda que las partes tienen el interés en presentar y solicitar toda prueba que se halle a su alcance, para cumplir con la obligación de probar los supuestos afirmados y negados que tienen relación con los hechos que han sentado en las pretensiones y excepciones de acuerdo a los requerimientos de la regla normativa procesal sobre la "carga de la prueba"<sup>209</sup>.

Por otro lado, el papel del juzgador tiene límites de producir prueba directamente, por el principio dispositivo previsto en la legislación ecuatoriana que regula la función judicial, Art. 19 del COFJ, "Las juezas y jueces resolverán de conformidad con lo fijado por las partes como objeto del proceso y en mérito de las pruebas pedidas,"<sup>210</sup>. Sin embargo, como mecanismo de apoyo para la materialización de la justicia en Ecuador, en caso de que exista oscuridad y para esclarecer el asunto como medida excepcional el juez está facultado para ordenar de oficio, con las salvedades señaladas en la ley, la práctica de las pruebas que juzgue necesarias para el esclarecimiento de la verdad, de acuerdo a lo que prevé el Art. 130, numeral 10 del cuerpo normativo antes citado.

---

<sup>209</sup> Ecuador Código Orgánico General de Procesos, 169.

<sup>210</sup><sup>210</sup> Ibidem.

En la actividad judicial, cuando el juez dispone de oficio la práctica de pruebas complementarias, el juez ha de tener especial cuidado ya que no puede por esta vía romper el equilibrio de las partes y convertirse en patrocinador de una de ellas. Por ejemplo, no puede subsanar la manifiesta incuria del abogado patrocinador de una de las partes<sup>211</sup>. En todo caso, las premisas enunciadas suponen el actuar probo e idóneo del juez dentro del respeto al marco jurídico tendiente a garantizar el derecho al debido proceso.

## **Otro de los elementos constitucionales de la prueba**

### **3.2.3 Derecho al Debido proceso**

El debido proceso es el derecho de toda persona también constitucionalizado, comporta varias garantías básicas destinadas a asegurar un resultado imparcial y de igualdad formal dentro del proceso, enunciados que permiten a las partes procesales tener oportunidad de ser oídas y hacer valer sus pretensiones legítimas frente a los operadores judiciales.

La Carta Magna de 1215, es pionera en concebir en su texto los principios de legalidad y de igualdad ante la Ley, de las garantías del derecho al debido proceso, pues así lo dispone el apéndice de la Constitución Inglesa en sus Artículos 38, 39, 40 y 52, de acuerdo a la siguiente ilustración:

Respecto al principio de legalidad como garantía, esta Carta Magna reconoció que no se podrá instaurar un juicio en contra de ninguna persona sin que se produzca pruebas de testigos fidedignos<sup>212</sup>.

En lo tocante al derecho de protección, concibió que a “nadie venderán, negarán, ni

---

<sup>211</sup> Ecuador, Corte Suprema de Justicia, Juicio Ordinario, No. 72-2004 Registro Oficial, 24-12( Quito ,2006)

<sup>212</sup> Inglaterra Rey Juan Sin Tierra, “Carta Magna (1215). “editor, Ana María Velásquez Rizo, Traductor, editor Instituto de Investigaciones UNAM, (México: Biblioteca jurídica UNAM 2011), Art. 38.

retardarán el derecho a la justicia”<sup>213</sup>.

En lo referente a las garantías del debido proceso reconoció el Habeas corpus, considerando que:

Ningún hombre libre podrá ser detenido o encarcelado o privado de sus derechos o de sus bienes, ni puesto fuera de la ley ni desterrado o privado de su rango de cualquier otra forma, ni usaremos de la fuerza contra él ni enviaremos a otros que lo hagan, sino en virtud de sentencia judicial de sus pares y con arreglo a la ley del reino. Si alguno, sin previo juicio legal de sus pares, ha sido desposeído o privado por Nos de sus tierras, castillos, libertades o derechos, se los restituiremos inmediatamente;... haremos que se administre plena justicia con ellos. Para la conservación de la paz (39-52)<sup>214</sup>

Otra de las Cartas políticas que estableció las reglas del debido proceso es la Constitución de Cádiz en 1812, así por ejemplo, la garantía normativa de competencia. En esa época se estableció límites a la autoridad del Rey y de las Cortes en relación a la administración de justicia. Principio de legalidad expresado en el Art. 242 de la Carta Magna española, la que manifiesta:” es potestad exclusiva de los tribunales aplicar las leyes en las causas civiles y criminales”<sup>215</sup>. De la misma manera, lo previsto en el Art. 243, el cual limita la jurisdicción de las Cortes y Tribunales “Ni las Cortes ni el Rey podrán ejercer las funciones judiciales, avocar causa pendientes, ni mandar abrir juicios fenecidos”<sup>216</sup>.

De la conceptualización efectuada a los Artículos 247 y 248 de la misma Constitución se verifica, por una parte, el derecho de los ciudadanos españoles para no ser juzgados, sino por

---

<sup>213</sup>Ibídem, Art. 40

<sup>214</sup> Ibídem, Art. 39-52.

<sup>215</sup> España, Cortes de la Monarquía, “Constitución de Cádiz, (1812), editor Manuel González Oropeza, José Alejandro Luna Ramos(México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2012) Art. 242-48)

<sup>216</sup>Ibídem, Art. 243.

un tribunal competente en causas civiles y criminales siempre y cuando este tribunal haya sido designado con anterioridad. Una segunda idea surge de los supuestos que fijan los lineamientos que determinan el fuero único para toda clase de personas. Este mandato constitucional de la monarquía española dispone como garantía del debido proceso que los ciudadanos españoles no puedan ser juzgados por una autoridad incompetente, imponiendo límites al poder de la monarquía, otorgando esta facultad a los jueces y tribunales de la época, según lo dispone el Art. 245 del mismo ordenamiento jurídico.

En el Ecuador el derecho al debido proceso empezó a plantearse a raíz del cambio operado en el sistema procesal penal, que se orientó a superar el sistema inquisitivo con el sistema acusatorio.

En la actualidad el debido proceso esta constitucionalizado en el Art. 76 del Ordenamiento jurídico Constitucional, disponiendo que: “En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden se asegurará el derecho al debido proceso...”. El respeto a este principio jurídico implica asumir facultades de carácter administrativo y judicial para garantizar el cumplimiento de normas, de derechos, de principios, de competencia, de supremacía constitucional y a la subordinación del conjunto de garantías mínimas establecidas en el numeral 7 del artículo citado.

En lo referente a las garantías judiciales en el sistema procesal ecuatoriano, el derecho al debido proceso se fundamenta en garantías divididas en dos fases:<sup>217</sup>

a) El Debido Proceso como garantía básica: Constituye un conjunto de reglas y procedimientos tradicionales que el legislador y el ejecutor de la Ley deben observar cuando

---

<sup>217</sup> Ecuador Constitución, Art. 76

en cumplimiento de las normas que condicionan su actividad, deben respeto a los principios jurídicos, además implica asumir facultades de carácter administrativo y judicial para garantizar el cumplimiento de normas, de derechos, de principios, de competencia y de supremacía constitucional.

b) El Debido Proceso como garantía mínima es un patrón de justicia para determinar que dentro de la facultad que le ha otorgado la Constitución y la Ley al operador judicial, su actuar está restringido, es decir, el ejercicio de su arbitrio está subordinado a la garantía mínima del derecho a la defensa prevista en el numeral 7 del artículo 76, considera entre otros, que nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa del procedimiento, a contar con un abogado o defensor público o con el tiempo y los medios adecuados para su defensa, a ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.

De los antecedentes doctrinarios y constitucionales esgrimidos se deduce por una parte, que el origen del Debido Proceso surge en el derecho Inglés, pues concibe una síntesis de los derechos y libertades otorgados a las colonias inglesas. Fue en Inglaterra en junio del año 1215<sup>218</sup>, cuando los nobles británicos forzaron al Rey Inglés Juan Sin Tierra I, a sancionar la Carta Magna, en la que se declaraba la igualdad de todos los hombres ante la ley, así como el derecho de estos a testificar y ser tomadas sus declaraciones como pruebas en cualquier tipo de proceso legal, independientemente de la cuna o riquezas de acusados y testigos. Mientras que la Constitución de Cádiz en 1812, reconoce debido proceso y la competencia de los tribunales para juzgar estableciendo límites al poder del Rey. Además, permitían establecer responsabilidades personales a los jueces que cometieran inobservancias a los

---

<sup>218</sup>Inglaterra Rey Juan Sin Tierra, “Constitución de 1812.

procesos, bien sean civiles o ya criminales, según lo expresan las disposiciones de Cádiz Art.254<sup>219</sup>.

El Derecho al debido proceso constitucionalizado en el Ordenamiento Jurídico del Ecuador, como fundamento ineludible del Estado, impone parámetros para la aplicación de los derechos. Así se identifica entre otros principios al concebido en el numeral 9 del Art. 11; el cual determina el deber inexcusable del orden constituido, para respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución el que además, prescribe la obligación que tienen los:

‘delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, a reparar las violaciones a los derechos de los particulares.... por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos....El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso’<sup>220</sup>

Conminando al Estado a la reparación inmediata por sentencias condenatorias o reformadas que hayan menoscabado o violado derechos de las personas procesadas, identificando al servidor público, administrativo o judicial que incurrió en la vulneración del derecho, para que se aplique en su contra la respectiva acción de repetición.

### **Derecho a la prueba**

La esfera del derecho a la prueba puntualiza la conceptualización en dos direcciones, la una subjetiva y la otra objetiva. En lo que corresponde a la forma subjetiva, desde la perspectiva general esta supone en el campo del derecho adjetivo, la facultad de las partes

---

<sup>219</sup> España Constitución de Cádiz. Art. 254

<sup>220</sup> Ecuador Constitución, No. 9, Art. 11.

procesales para invocar su ejercicio o no. Supuesto corroborado por la doctrina procesal, el derecho de las partes procesales consiste según lo afirma, Picó, precisión a la cual me adhiero que el, “derecho a la prueba, tiene también un aspecto subjetivo, en la medida en que, como todo derecho de contenido procesal, su ejercicio se atribuye a las partes, quienes libremente pueden o no ejercitarlo”<sup>221</sup>.

La conceptualización del Derecho a la prueba con aspecto objetivo surge sobre bases normativas constitucionales y legales. Así tenemos, a los Ordenamientos Jurídicos de España, Colombia y Ecuador en sus Artículos. 24, 29 y 76, numeral 7, literal h, respectivamente. En lo atinente al derecho español, su texto constitucional reconoce que la titularidad de este derecho corresponde a las partes consignando el uso de los medios probatorios para su defensa. En lo referente al derecho colombiano y ecuatoriano, en términos similares coinciden en disponer el derecho de las partes para presentar y contradecir las pruebas que se presenten en su contra.

En cuanto al reconocimiento que ofrecen acerca del derecho a la prueba las legislaciones de los tres países antes aludidos, es muy relevante en la actividad probatoria. La española por su parte, dispone textualmente que las pruebas deben practicarse respetando los principios de contradicción y publicidad. Declarando el derecho de las partes a objetarlas de inmediato en caso de que las pruebas admitidas evidencien en la obtención u origen violación de derechos fundamentales<sup>222</sup>. En lo que respecta a la legislación colombiana<sup>223</sup> y ecuatoriana, una, vez más, coinciden textualmente en sus postulados, al reconocer el derecho de las partes para objetar no solo la actividad probatoria, sino el resultado mismo de está, cuando las

---

<sup>221</sup> Javier Abel Luch y Joan Picó I Junoy, *El Derecho a la Prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento*, p. 37

<sup>222</sup> España, Cortes Generales, Ley de enjuiciamiento Civil, última actualización, 31 de julio 20015 (Madrid 2000), Art. 284-287.

<sup>223</sup> Colombia, Código General de Procesos, Art. 14- 168.



pruebas sean, impertinentes, inconducentes o inútiles.

Es decir, estos supuestos reconocen en el sentido expreso el derecho que posee, el actor, el demandado, el accionado, el accionante, el acusador, el procesado, para solicitar, presentar y contradecir las pruebas que se presenten en su contra. En líneas generales se puede precisar que los postulados del derecho a la prueba analizada en el apartado anterior, inmediatamente, advierte matizar el marco de los límites del derecho a la prueba, identificado una triple dimensión. Así tenemos a la admisibilidad, a la práctica y a la valoración de las pruebas.

### **Límites de la prueba: La admisibilidad, la práctica y a la valoración de las pruebas.**

#### **a) Admisibilidad de la prueba**

La primera dimensión del derecho a la prueba se concretiza por los límites que fija la legislación procesal ecuatoriana, en dos momentos. Por una parte advierte, la necesidad de que las partes respeten los requisitos intrínsecos de pertinencia, utilidad y conducencia de la prueba, legalmente dispuestos<sup>224</sup>. Y en el segundo momento concibe a los requisitos extrínsecos más conocidos como legitimidad y temporalidad.

Así contextualizada esta dimensión, se entendería que tales preceptos apuntan a establecer la admisibilidad o inadmisibilidad de la prueba, en otras palabras, las declaraciones legales expuestas precisan que si la prueba es solicitada en el momento procesal oportuno y es pertinente, conducente, útil y lícita deberá admitirse, caso contrario inadmitirse. Por el principio de eficacia probatoria como fundamento de validez.

#### **b) Práctica de la prueba**

---

<sup>224</sup> Ecuador *Código General de Procesos*. Art. 160.

La segunda idea dentro del mismo contexto del proceso verosímil de admisión que implica el derecho a la prueba, se presenta la actividad de la práctica probatoria. Este postulado supone la consecuencia inmediata de las pruebas que hayan sido admitidas respetando los requisitos intrínsecos y extrínsecos. Además conlleva la exigencia de la presencia de la contraparte en la práctica probatoria por el principio constitucional de contradicción<sup>225</sup>.

### **c) Valoración de la prueba**

El contexto explorado en las dos dimensiones anteriores, registra los efectos de admisión, inadmisión o práctica de la prueba, en la actividad probatoria. En la misma línea de lo anterior el texto procesal del COGP, dispone que solo serán valoradas las pruebas por el juzgador, cuando sean solicitadas, practicadas e incorporadas al proceso dentro de los términos señalados<sup>226</sup>.

Los resultados probatorios fundados en las razones suficientes de estas tres dimensiones que motivarán la decisión, debido a la constitucionalización del derecho a la prueba, puede deducirse que su derivación inmediata es el derecho a la motivación. Presupuesto que impone al juzgador la obligación de motivar los fallos, previniendo la nulidad de estos, en el caso de que no se indiquen las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho<sup>227</sup>.

## **3.3 Garantías constitucionales de la prueba y su incidencia en el proceso**

Dada la naturaleza del presente tema abordado, conviene realizar las siguientes precisiones.

---

<sup>225</sup>Ecuador Constitución Art. 76, N, 7, L, h.

<sup>226</sup> Ecuador, Código General de Procesos, Art. 164.

<sup>227</sup> Ibídem, L, l

Ya en apartados anteriores se ha conceptualizado y resaltado con especial énfasis las garantías constitucionales, que rigen el proceso probatorio en el proceso civil. Presupuesto que sentarían las bases de los elementos constitucionales que rigen la prueba en el sistema procesal y además orientan a plantar varios cuestionamientos, entre ellos por ejemplo: ¿Cómo influyen las garantías constitucionales?.

### **Incidencias de las Garantías constitucionales de la prueba en el proceso**

Antes de empezar a dar respuesta al interrogante planteado es necesario resaltar los dos perfiles que arroja el tema en cuestión. Por un lado reconoce a cada uno de los postulados que afianzan el derecho probatorio. En este sentido, el escrutinio efectuado al texto constitucional presentado en acápites anteriores, registra la tutela judicial efectiva, el debido proceso que incluye el derecho a la prueba, que de ser aplicadas constituye el fundamento de la Seguridad Jurídica. Y por otro lado, evidencia las incidencias que sobrevienen en caso de no respetarse las garantías básicas. Así lo evidencia el examen realizado al Art. 76. Numeral 4, de la Constitución. Mandato constitucional que bajo prevenciones fija los límites de la prueba, disponiendo que las pruebas solamente serán “válidas”<sup>228</sup>, cuando estas hayan sido solicitadas, ordenadas y practicadas sin violentar las disposiciones constitucionales y legales. Postulados que ya se trató en apartados anteriores.

Los perfiles de las garantías constitucionales de la prueba y sus incidencias identificados en el párrafo anterior, exigen una aproximación de alcance y contenido. Sobre el Derecho a la prueba, se presenta como un derecho fundamental constitucionalizado, así como la igualdad de los litigantes para solicitar, presentar, contradecir, pruebas en una contienda legal. Las garantías constitucionales así como reconocen el acceso gratuito a la justicia, también

---

<sup>228</sup> Constitución, Art. 76.4

demandan la oportuna protección del Estado a las partes en igualdad de condiciones; el derecho al debido proceso determina como garantía la prueba subordinada a producir efectos jurídicos previniendo caso contrario su nulidad. Estos presupuestos constituyen las incidencias de las garantías constitucionales en el proceso civil.

### **3.4 Valoración de la prueba**

Para determinar un estándar que permita una apreciación correcta de la prueba, cabe partir del análisis a los textos procesales del área andina. A partir de este supuesto atinente a la evaluación de pruebas, corresponde iniciar el ejercicio de examen al proceso de valoración probatoria, de las legislaciones procesales en los diferentes artículos de Uruguay 140; Bolivia 145; Colombia 176; Venezuela 507; y Ecuador 164, según la ilustración siguiente:

Uruguay, “Las pruebas se apreciarán tomando en cuenta cada una de las producidas y en su conjunto, racionalmente, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, salvo texto legal que expresamente disponga una regla de apreciación diversa”<sup>229</sup>. Por su parte Bolivia, de acuerdo a la interpretación efectuada a la norma procesal establece, en relación a la valoración de la prueba, que el Juez o la autoridad judicial al momento de pronunciar la resolución tiene la obligación de considerar todas y cada una de las pruebas producidas, individualizando cuales le ayudaron a formar convicción y cuales fueron desestimadas, fundamentando su criterio. Así mismo, estableciendo que las pruebas se apreciarán en conjunto tomando en cuenta la individualidad de cada una de las producidas y de acuerdo con las reglas de la sana crítica o prudente criterio.

Las normas procesales venezolanas prevén, “a menos que exista una regla legal expresa para valorar el mérito de la prueba, el Juez deberá apreciarla según las reglas de la sana

---

<sup>229</sup> Uruguay, Código General de Procesos, Art. 140.

crítica”<sup>230</sup>. La valoración de la prueba en el contexto colombiano dispone, “las pruebas deben ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de los requisitos determinados en la ley para la existencia o validez de ciertos actos.”<sup>231</sup>.

Finalmente, en el sistema procesal ecuatoriano para apreciar la prueba, “La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, dejando a salvo las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos...”<sup>232</sup>

Como elemento de aporte más oportuno en este tema se presenta la sentencia de fecha 14 de mayo del 2011, dictada por la Corte Constitucional ecuatoriana, caso 0030-2008 de Acción Extraordinaria de Protección, en la que se aprecia las siguientes precisiones:

el principio de valoración de la prueba manda a establecer cuáles son los principios que debe tener en cuenta el juez para apreciar las pruebas aportadas al proceso, y cuáles los efectos que puede sacar de cada uno de los medio de prueba. Se reconoce actualmente el sistema de libre apreciación que “otorga al juez la facultad de apreciar el valor o fuerza de convicción de las pruebas, fundado en una sana crítica”<sup>233</sup>.

El escenario examinado refleja por regla general, la coincidencia que las normas procesales del Área Andina ejecutan en los procesos para la valoración de la prueba, sostienen que este proceso se efectuara en base a los elementos aportados al proceso, con fundamento en las reglas de la sana crítica, con el apoyo de los sistemas de valoración, aspectos que configuran la decisión positiva o negativa a través de la sentencia la que pone fin a una determinada actuación. La valoración significa, que el juez realiza sobre el mérito de convicción de la prueba. Pero como se afirmó, el proceso de valoración comprende dos aspectos igualmente

---

<sup>230</sup> Venezuela Código Procesal Civil, Art. 507.

<sup>231</sup> Colombia, Código General de Procesos, Art. 176.

<sup>232</sup> *Ibíd.*

<sup>233</sup> Corte Constitucional, Acción Extraordinaria de Protección, Caso, 0030-2008-EP, p 9.

importantes para el ejercicio de verificación y son: la legalidad de la prueba, en la medida en que haya sido debidamente actuada y obtenida y la eficacia, conforme al mérito de convicción que ofrezca la prueba sobre la ocurrencia del hecho.

La eficacia puede derivar de la imposibilidad de desconocer el valor probatorio de ciertos actos, como lo dicho en documento público. Bajo este contexto se presenta la posibilidad para mejor ilustrar la de realizar un escrutinio a los sistemas de valoración usados en el proceso de examen que tiene como consecuencia la resolución o sentencia.

### **Sistemas de valoración de la prueba**

La doctrina destaca entre los sistemas de valoración de la prueba: el de la tarifa legal, el de la sana crítica racional y el de libre convicción. La diferencia entre el sistema de tarifa legal y la sana crítica racional, radica en que la primera hace referencia a un sistema que mecaniza la función del juez, quien tiene que aplicar a los casos, la misma valoración que se le imponen a cada medio probatorio en la apreciación de la prueba, mientras que el segundo, se refiere a un sistema basado en reglas de la lógica y del buen razonamiento aplicadas a la valoración de la prueba y la de libre convicción, que no es análogo al de la sana crítica, este sistema está vinculado a la voluntad discrecional o arbitraria del juzgador.

#### **3.4.1 Sistema legal**

En el Derecho canónico se contempla las primeras doctrinas referentes a la fase de la tarifa legal que le daba un sustento jurídico al proceso. Aunque el sistema de tarifa legal concibe reglas de valoración dadas por el legislador, según varios tratadistas señalan que este sistema otorga mayor confianza en la justicia, pues mantiene un divorcio con la subjetividad del juzgador lo que hace a este sistema más objetivo.

Lunch afirma que se suele “distinguirse entre un sistema de prueba legal o tasada y un sistema de libre valoración, que en los primeros se atribuye a la prueba un efecto

determinado; en los segundos se somete a las reglas de la sana crítica”; en el mismo sentido Taruffo, sostiene en cambio que “la técnica de la prueba legal consiste en la producción de reglas que predeterminan de forma general y abstracta el valor que debe atribuirse a cada tipo de prueba”. Por su parte Echandía, afirma que: “Es lógico presumir que la tarifa legal corresponde a civilizaciones organizadas jurídicamente, porque implica una regulación normativa más o menos minuciosa que no se concibe en sociedades primitivas.”<sup>234</sup>.

Bajo estas aseveraciones se puede considerar que el sistema de tarifa legal o tasado, por un lado, implica la regulación normativa en las legislaciones, y por otro, que es la Ley la que determina los parámetros para el efecto determinado cuya técnica producirá el valor que deba darse a cada medio probatorio con independencia del convencimiento del Juez, además le señala a éste la forma como ha de valorar las pruebas imponiendo el criterio legal fundado en razones de seguridad jurídica.

### **3.4.2. Sistema de íntima convicción**

Este sistema de íntima convicción consolida la antítesis del sistema tasado, dado que otorga facultades discrecionales al juzgador para apreciar la prueba libremente, sin estar atado a criterios legalmente preestablecidos. Sobre este sistema rudimentario la ex Corte Suprema de Justicia ecuatoriana, adoptando la tesis de Couture se pronunció en la Resolución No. 261 2003, argumentando que: “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.”. En consecuencia considera que las decisiones de los juzgadores no responden a su voluntad discrecional ni arbitraria, sino que deben sujetarse a las reglas del sistema de la sana crítica. Es decir, su decisión está obligada

---

<sup>234</sup> Devis Echandía, Tratado de las Pruebas Judiciales, p 236.

a someterse a la forma legalmente predeterminada en la legislación.

Afirma Román, en su obra la prueba de los hechos, “criterios racionales de la libre valoración no existen porque no se han elaborado”<sup>235</sup>. En este sistema el juez para decidir solo puede apoyarse en su íntima convicción en sus sentimientos, en sus intuiciones, de las impresiones o de otros estados emocionales y, también, de sus conocimientos personales. Varias son las críticas que se efectúan a este sistema; en especial si se llegara a aplicar podría afectar la forma constitucional de derechos y justicia del actual sistema procesal ecuatoriano.

### **3.4.3. Sistema de la sana crítica**

La sana crítica no es sino el método a través del cual el juzgador realiza una operación intelectual destinada a la correcta valoración de las pruebas judiciales aportadas al proceso por las partes, efectuada por éste con buena fe. Ha sido definida por la doctrina como la lógica interpretativa; criterio susceptible de estudio por su complejidad, además subsiste porque tiene consagración legal, concepción doctrinaria y varios elementos y límites; aspectos fundamentales para establecer si los operadores judiciales fallan “discrecionalmente” o simplemente “apegados a las reglas de la sana crítica”.

Para Hernando Devis Echandía, “La libertad del juez no lo exime de someterse a las reglas de la lógica, de la sicología y de la técnica, con un criterio objetivo y social”<sup>236</sup>. La sana crítica es un proceso mental del juez donde aplica las reglas de la lógica jurídica que no es sino la experiencia del juzgador, su conocimiento y técnica jurídica.

Eduardo Couture, sostiene que: “La sana crítica está integrada por reglas del correcto

---

<sup>235</sup> Román Rodríguez. Salón. La prueba de los hechos, una discusión jurídica y epistemológica. Revista Semestral de Filosofía Práctica. No. 25, 2010. Venezuela: Red Universidad de Los Andes, (2010. ProQuest ebrary. Web. 22 February 2016). P 140-142

<sup>236</sup> Devis Echandía, “*Teoría de la Prueba Judicial*”, p 98.



entendimiento humano, contingentes y variables, con relación a la experiencia del tiempo y lugar, pero que son estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia.<sup>237</sup> .

Matizando las concepciones de Couture y Echendia, se colige que en la operación intelectual del Juez interfieren las reglas de la lógica con las reglas de la experiencia. Sin embargo, ambas contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de los casos. El juez debe decidir con arreglo a las reglas de la sana crítica, resaltando que su actuar no es de libre voluntad o discrecional.

Por regla general la valoración de la prueba en Ecuador es conforme a las reglas de la sana crítica la cual deberá ser apreciada por el juez en conjunto de acuerdo con sus reglas, dejando a salvo las solemnidades prescritas en la ley sustantiva. Es decir, se reconoce la libertad de los jueces para valorar la prueba de acuerdo a su razonamiento, lógica y experiencia resoluciones que deberán ser motivadas para que tengan eficacia jurídica. Además, la ley reconoce cuales son los medios de prueba y las solemnidades que deben respetarse para su validez.

A pesar de ser los medios de prueba tales como documentos, grabaciones, testigos, informes periciales, entre otros, de vital importancia en el desarrollo del proceso civil, en la toma de decisiones o sentencia del juez, es necesario aplicar reglas de correcto entendimiento humano, es decir un sistema de valoración libre de las pruebas modelo que se define como sana crítica.

---

<sup>237</sup> Eduardo Couture, “*Fundamentos de Derecho Procesal Civil*”, p 270

En el sistema de la sana crítica el Juez tiene libertad para apreciar el valor o grado de eficacia de las pruebas producidas. Esto no significa que el Juez está autorizado para valorar arbitrariamente las pruebas, sino por el contrario, le exige que determine el valor de las pruebas razonando de ellas, siguiendo las reglas de la lógica que lo veremos a continuación:

### **Reglas de la sana crítica**

Entre las reglas de la sana crítica se identifica a la lógica formal que se refieren a los principios que la componen como el de identidad (una cosa solo puede ser igual a si misma); según lo evidencia en su tesis Couture, “las reglas de la sana crítica consisten en su sentido formal en una operación lógica...”<sup>238</sup>, el procesalista ejemplifica su teoría:

Nadie dudaría del error lógico de una sentencia en la cual se razonara de la siguiente manera: los testigos declaran que presenciaron un préstamo en monedas de oro; como las monedas de oro son iguales a las monedas de plata, condeno a devolver monedas de plata, Evidentemente, está infringido el principio lógico de identidad, según el cual una cosa sólo es igual a sí misma.<sup>239</sup>

Otro elemento del presente examen en las reglas de la sana crítica son las máximas de la experiencia del juez, parafraseando a Couture, las experiencias del juez son normas de valor general, independientes del caso específico pero como se extraen de la observación de lo que generalmente ocurre en numerosos casos, son susceptibles de aplicación en todos los otros casos de la misma especie, provienen de la experiencia propia del juez y no les rige la prohibición común de no admitir otros hechos que los probados en el juicio, así mismo afirma el autor en su obra que: “Las disposiciones relativas a presunciones judiciales,

---

<sup>238</sup> Eduardo Couture, Fundamentos de Derecho Procesal Civil, p 271

<sup>239</sup> *Ibidem*.

confiadas a las luces y a la prudencia del magistrado",<sup>240</sup> consagran la posibilidad de que éste supla las faltas de prueba de las partes con su normal conocimiento de las cosas y su experiencia de la vida.

Por último, se colige que la fundamentación de la sentencia es un elemento esencial de la sana crítica pues se considera un verdadero límite a la potestad del juez, enmarcándola dentro de un procedimiento racional suficiente para explicar su decisión judicial según reconoce la Constitución ecuatoriana. En la praxis este límite es justamente el que vela por el debido proceso, la imparcialidad del juez y la moralidad del debate.

La apreciación de la prueba fundada en el método de la sana crítica materializa su acción a través de las reglas de la sana crítica, el actual sistema procesal ayuda a llevar al juez a su rol natural de hombre, imparcial, basado en la lógica, la sabiduría, entregada por la experiencia y los conocimientos entregados por las ciencias exactas.

### **3.5 Momento procesal probatorio**

El principio de Oportunidad probatoria apunta hacia al momento procesal en el que debe presentar la prueba, así lo prevé la regla procesal ecuatoriana en el Art. 164, dispone "Para que las pruebas sean apreciadas por la o el juzgador deberán solicitarse, practicarse e incorporarse dentro de los términos señalados en este Código"<sup>241</sup>, es decir, son medios probatorios que deben ser incorporados al proceso dentro de los términos y oportunidades señalados, caso contrario corren el riesgo de ser inconducentes o inútiles por no producir efectos jurídicos y además por ser extemporáneos.

---

<sup>240</sup> *Ibidem*, p 229

<sup>241</sup> CPC 117

Con el flamante Código General del Procesos, la prueba debe anunciarse con el escrito de demanda y en la contestación a la demanda, es decir la oportunidad probatoria consiste en el momento procesal que concede la ley para presentar pruebas que han de considerarse y tenerse como integrantes del respectivo proceso, en cuanto no sean inadmisibles o inconducentes, puesto que las pruebas así aportadas cumplen con la solemnidad de ser públicas y controvertidas, esto es conocidas por la contra parte a la cual se alude, quien tiene la oportunidad y el derecho de objetarlas.

Las partes cuentan con los medios de prueba reconocidos por la legislación entre las más relevantes por ejemplo: la prueba documental, la prueba testifical, la confesión de parte, la inspección judicial, etc., que hubieren sido decretados, practicados e incorporados (a petición de parte o de oficio) dentro del término probatorio legal.

El flamante Código Orgánico General de Procesos ecuatoriano, se refiere así, al principio de oportunidad. “La prueba documental con que cuenten las partes o cuya obtención fue posible se adjuntará a la demanda, contestación a la demanda, reconvención y contestación a la reconvención, salvo disposición en contrario.

La prueba a la que sea imposible tener acceso deberá ser anunciada y aquella que no se anuncie no podrá introducirse en la audiencia, con las excepciones previstas en este Código”<sup>242</sup>.

De la misma manera Colombia, reconoce al principio de Oportunidad probatoria en su legislación procedimental Artículo 173. “Para que sean apreciadas por el juez las pruebas deberán solicitarse, practicarse e incorporarse al proceso dentro de los términos y

---

<sup>242</sup> Ecuador Código General de Procesos, Art. 159.

oportunidades señalados para ello en este código.”<sup>243</sup>. En el caso de no observar los supuestos anunciados en el acápite anterior la parte que incumplió pierde la facultad de presentarlas o de haber sido presentadas no serán objeto de valoración. Corresponde a las partes objetarlas por el principio de contradicción y solicitar en todo caso la exclusión de las mismas.

### **Preclusión**

La preclusión es un mecanismo para solicitar la exclusión de las pruebas incorporadas fuera de término, actuadas en contradicción a la Constitución y a la ley. Chiovenda afirma, que la preclusión “consiste en la pérdida de una facultad procesal por haberse llegado a los límites fijados por la ley para el ejercicio de esta facultad, en el juicio o en una fase del juicio”<sup>244</sup>.

Hablar de preclusión es hacer referencia a la pérdida de la facultad o potestad por no haber sido ejercida en el momento procesal oportuno. Esto significa que el actor demandado, sumariado, procesado no observo las solemnidades de tiempo y de oportunidad para solicitar la práctica, objetar las pruebas ilícitas; además se relaciona con los principios de contradicción y lealtad; la concepción de este principio persigue impedir que se sorprenda a la contraparte con pruebas de último momento que no alcance a controvertir o que se propongan cuestiones sobre las cuales no pueda ejercitar su defensa.

El contexto legal del área andina analizada, resume que la inoperancia dentro del momento procesal produce la pérdida, extinción o caducidad de una facultad procesal no ejercitada a tiempo.

En cambio la oportunidad probatoria se relaciona con la carga de la prueba, en cuanto impone

---

<sup>243</sup> Colombia Código General de Procesos, 173.

<sup>244</sup>Giuseppe Chiovenda, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Gómez Arboneja Traduc. E., 2ª Edic. Revista de Derecho Privado”, (Madrid, 1948, T. I). p, 385.

a las partes interesadas en proveer al juez de los medios de prueba reconocida, debiendo hacerlo en la época pertinente del proceso, dentro de los términos o plazos que establece la ley.

### **3.6 Motivación**

La necesidad de motivar las decisiones en el sistema judicial ecuatoriano, surge a partir de la constitucionalización del debido proceso, en el Ordenamiento Jurídico de 1998. Postulado que toma especial auge con la vigencia de la actual Constitución, sin querer ahondar en la naturaleza del debido proceso, es importante invocarlo, pues constituye varias facetas del sistema judicial: entre ellos, el acercamiento a la tutela judicial efectiva en el proceso. Además, incluye una de las garantías mínimas reconocidas en los preceptos constitucionales. Supuestos que merecen especial énfasis por corresponder a la cuestión abordada, en este tema. Tal es el caso, de las disposiciones constitucionales y legales del literal l, numeral 7, artículos 76 de la Constitución y 98 del COGEP, que ordena a los poderes públicos a motivar sus resoluciones advirtiendo nulidad, si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda la decisión y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes.

En lo tocante a la motivación, la naturaleza de motivar las resoluciones de los poderes públicos, proviene de los problemas que plantea la aplicación del derecho. En este sentido, encontramos la lógica, que está representada por los pilares constitucionales y jurisprudenciales del razonamiento silogístico y jurisprudencial, entre otros. Aspectos que interiorizan un escrudiño fundamental de los criterios antes expuestos y que serán tratados en apartados más adelante.

#### **3.6.1. Lógica jurídica.**

En sentido general la lógica fue el término utilizado por Aristóteles, para graficar a esta rama del conocimiento. El filósofo en su obra, *Tratado de la Lógica (Órganon)*, realizó el estudio de las “Analíticas”, o para mejor ilustrar, el análisis del razonamiento en las figuras del silogismo. Instrumento de la Ciencias, que sentó las bases del método y las reglas del silogismo dialectico y demostrativo. Según Aristóteles, habría cuatro formas básicas de proposiciones al afirmar que: “Todo A es B” (universal afirmativo). “Ningún A es B” (universal negativo). “Algunos A son B” (particular afirmativo). “Algunos A no son B” (particular negativo). Las letras sustituyen a palabras comunes como: Todos los hombres son blancos; Ningún hombre es blanco; Algunos hombres son blancos; No son Algunos hombres blancos<sup>245</sup>.

A partir de estas proposiciones afirmativas o negativas se construye el razonamiento como cuando la premisa mayor (todo), parte de lo general para identificar la premisa menor, que supondría al sujeto (A), llegando a la conclusión de su particularidad, (blanco). Constituyendo así el silogismo lógico demostrativo; conocida como la lógica formal o clásico, o en términos más reconocidos, como la lógica aristotélica.

Escenario que sirvió de fundamento guía hacia el proceso de la lógica moderna, supuesto que incluye la relación de la lógica jurídica con las normas y por consiguiente, con la aplicación del derecho. Dicho así, antes de explorar el alcance de la lógica jurídica es imprescindible aproximarse quizá a examinar una posible definición conceptual para entender que implica su aplicación. Desde dos dimensiones, en sentido general y en su aspecto específico. La primera idea más próxima en su aspecto general, siguiendo a Ornar, en su obra “la lógica jurídica, en la obra de Kalinowsky”, señala, que la lógica jurídica se

---

<sup>245</sup> Aristóteles, *Tratados de la Lógica (Organon)*, (Madrid: Gredos 1988) p, 44-47.

expresa en los siguientes términos: “La lógica jurídica, en sentido amplio, trata del modo cómo debieran razonar los juristas para llevar a buen término un proceso judicial”<sup>246</sup>.

Mientras que la tesis que concibe el sentido específico de la lógica jurídica, planteada desde la concepción ideológica de Bobbio, “es una especie de lógica aplicada, y como tal debe versar sobre las leyes lógicas que permiten efectuar las derivaciones deductivas en el pensamiento jurídico”<sup>247</sup>. Conceptualizado los términos de la lógica jurídica aquí es donde toma una dirección, la génesis de la aplicación de la lógica jurídica en el Derecho.

La lógica jurídica como método de investigación proporciona varios beneficios entre ellos, permite formar razonamientos casi exactos como los que nos puede proporcionar las ciencias matemáticas. Sin querer mezclar estas dos disciplinas, siguiendo la ideología de Jáñez, en su obra “Lógica Jurídica”, esta se transcribe, en la razonable conexión lógica la que permitirá sacar conclusiones<sup>248</sup>. Según la dirección de la ilación lógico, los razonamientos o argumentos pueden ser, “inductivos deductivos y análogos”<sup>249</sup> de acuerdo la caracterización que a continuación se indica:

1.- “El deductivo proporciona conclusiones ciertas (enunciados necesarios)”<sup>250</sup> Así, por ejemplo:

Si María es profesora entonces tiene algún alumno.

2.- “El inductivo proporciona conclusiones tanto ciertas como comprobables, dependiendo

---

<sup>246</sup> Juan Ornar Cofre, *La Lógica Jurídica En La Obra De Kalinowski*. Rev. derecho (Valdivia), dic. 1997, vol.8, no.1, p.77-89. ISSN 0718-0950.

<sup>247</sup> Norberto “Bobbio, *Derecho y lógica* ed.2da México: Instituto de Investigaciones Jurídicas” – (UNAM, 2010), p 24.

<sup>248</sup> Tarsicio Jáñez, Barrio, “*Lógica Jurídica: Argumentación e Interpretación*”, 5ta edición, (Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 1998), p 145.

<sup>249</sup> *Ibídem*. P, 148.

<sup>250</sup> *Ibídem*.



del tipo de inducción (no rigurosa, rigurosa, falsa)”<sup>251</sup>, tal es caso de los siguientes ejemplos:

-Simón Bolívar, tenía la nacionalidad venezolana.

-Se dice que Simón Bolívar murió de una peste por lo que se estima fue fiebre amarilla.

3.- “El Analógico procede, como la inducción argumentos tanto ciertos como probables...Procede por semejanza (de lo semejante a lo semejante, de lo menos a lo más y a la inversa, y de lo contrario a lo contrario)”<sup>252</sup>.

Concebidas así, la tesis de la división del argumento, es necesario aproximarse a los métodos que adviertan la validez o invalidez de estos.

### **3.6.2. Razonamiento fundado en Iuspositivismo**

De acuerdo a lo examinado no queda duda que la operación intelectual reconocida como razonamiento requiere de parámetros que sirvan de guía al juez al momento de resolver, para lograr un argumento verosímil. Bien así, anotados estos supuestos cabe reflexionar sobre los mecanismos que se suponen sirven de vehículo al juzgador para alcanzar una reconstrucción histórica de los hechos que fundamenten la ratio decidendi, mediante los métodos de interpretación. Son varios los métodos de interpretación que se pueden usar, para este fin. Tal es el caso, de los métodos reconocidos en la doctrina y en la legislación ecuatoriana.

La doctrina reconoce a la interpretación literal como uno de los métodos de aplicación del derecho expresada por una de las máximas exponentes del tema. Según Gascón, la “decisión o fallo judicial se presenta entonces como la conclusión de un silogismo cuya premisa mayor es una norma que atribuye a un supuesto de hecho una consecuencia jurídica y cuya premisa

---

<sup>251</sup> *Ibidem*.

<sup>252</sup> *Ibidem*.

menor es una relación de hechos probados”<sup>253</sup>.

La legislación ecuatoriana por su parte reconoce también como método, a la interpretación literal, pues concibe, que las normas constitucionales se deberán interpretar por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad<sup>254</sup>. En este sentido, los criterios doctrinarios y legales confluyen en que el ejercicio de la aplicación del derecho se utilice como herramienta o método a la interpretación literal. Presupuestos que expresan el silogismo lógico debiendo para ello interpretar el enunciado de la norma para subsumirla al supuesto de hecho.

Aspectos esquematizados por Gascón, lineamientos a los que me adhiero. Criterios, que representan la fórmula de construcción silogística, puesto que caracterizan a los términos del silogismo. Así como se ejemplifica a continuación:

“Premisa Mayor: Norma (Si H—C)

Premisa Menor: Hecho (H)

-----  
Conclusión                  Fallo”<sup>255</sup>

En la misma línea de Gascón, esquematizada así, la construcción silogística por la doctrina se podría afirmar que la subsunción configura el razonamiento judicial, que consiste en subsumir el supuesto de hecho concreto, esto es, los hechos instruidos y probados en el supuesto de hecho abstracto de la norma<sup>256</sup>.

### **3.6.3. Razonamiento judicial fundado en el Iusmaterialismo**

El Camon law se ha caracterizado por el uso del precedente y de la jurisprudencia. En la

---

<sup>253</sup> Marina Gascón, Abellán y Alfonso García Figueroa, “*Interpretación y Argumentación Jurídica*” editor Consejo de la Judicatura, (San Salvador: 2004), p. 51.

<sup>254</sup> Ecuador, Constitución, Art. 227.

<sup>255</sup> Marina Gascón, Abellán y Alfonso García Figueroa, “*Interpretación y Argumentación Jurídica*” p. 51.

<sup>256</sup> *Ibidem*.

actualidad, este sistema ha sido reconocido por varios ordenamientos, entre ellos el ecuatoriano, una forma mixta de aplicación del derecho pues sus enunciados expresan el derecho escrito y los precedentes. Concepciones constitucionales que reconocen la aplicación del derecho en dos dimensiones.

La primera dirigida al administrador de justicia previniendo su quehacer jurisdiccional en lo tocante a la fundamentación de su decisión, disponiendo que no podrá alegar falta de ley o de norma, para desechar una acción interpuesta o negar el reconocimiento de derechos<sup>257</sup>. Dichas así las cosas, cabe destacar los términos de este enunciado que no es sino, el mecanismo previsto por el mandato constitucional para remplazar al derecho escrito en su ausencia. Dicho de otra manera, a falta de normas o de ley, el juzgador ecuatoriano en el ámbito de la justicia constitucional para reivindicar los derechos vulnerados bien pudiera enmarcarse dentro del contexto de este contenido. Sin embargo, la aplicación de este enunciado en la justicia del ámbito legal podría estar vedado por el principio dispositivo, principio de seguridad jurídica e imparcialidad. Garantías que constituyen los pilares de la materialización de la justicia.

El modelo constitucional actual es un sistema garantista, sus pilares constitucionales se apoyan en el derecho material, según lo sustentan los enunciados analizados en el párrafo anterior. Esta segunda idea, conceptúa la otra dimensión de la aplicación del derecho. Esta fórmula acepta la interpretación extensiva del derecho. Tal es la concepción, que emana de la disposición constitucional, pues establece el principio in dubio. Postulado que prescribe, el momento en que ha de operar el principio de favorabilidad en materia laboral, transito, administrativa y penal estableciendo para tal efecto al caso de surgir “dudas”<sup>258</sup> en la

---

<sup>257</sup> Ecuador, Constitución, Art. 426.

<sup>258</sup> *Ibíd*em, Art. 427.

actividad jurisdiccional del juez como garantía subordinada al derecho.

#### **4. Conclusiones**

4.1 Sobre la evolución del sistema probatorio se concluye que éste, ha permitido distinguir las diferentes fases de la prueba. Además, sobre este escenario reconocidos procesalistas han realizado una construcción teórica doctrinaria altamente válida, que permitió dejar atrás, sistemas probatorios rudimentarios de fanatismo religioso, de convicción moral, plagadas de subjetividad. Permitiendo en la actualidad la valoración de la fase científica que actualmente impera en los códigos procesales modernos.

4.2. En relación a los elementos constitucionales de la prueba relacionados con el proceso civil en la legislación ecuatoriana y las legislaciones del área andina, se observa parámetros que aluden a la tutela judicial efectiva y al debido proceso. Canales que permiten un adecuado uso de los medios de prueba, en el contexto procesal y el ejercicio del derecho a la prueba. Entorno que deberá suponer la prestación efectiva de acceso a la justicia, el derecho al debido proceso como garantía constitucional para ofrecer seguridad jurídica en el sistema probatorio. Constituyéndose como elementos constitucionales de la prueba en relación al proceso civil cuyas características suponen el valor intrínseco y extrínseco de la misma: en relación al primero, alude a la pertinencia, conducencia y utilidad. Parámetros que son el fundamento de admisión o inadmisión en el proceso previo al inicio del juicio para que tenga lugar la *quastio facti* debatida en audiencia de juicio. En relación a la segunda idea se refiere al principio de legalidad, sobrevenidos en los actos procesales que en la actividad judicial de las actuaciones, valoración y motivación se apliquen. Sobre cómo estos supuestos y conjeturas inciden en la reconstrucción histórica de los hechos, circunstancias, actos y en la decisión judicial en un litigio. Enunciados constitucionales que afianzan la materialidad de la Seguridad Jurídica.

4.3. En lo atinente, específicamente a uno de los elementos constitucionales del texto

constitucional y legal analizado registra las bases que fundamentan la tutela judicial efectiva, entorno que conmina a los jueces a garantizar la protección y amparo al inicio del proceso con el acceso gratuito al sistema judicial y al final con la ejecución de la resolución, como resultado de la verdad procesal. El derecho al debido proceso supone el respeto y cumplimiento de sus garantías, afianzando con mayor influencia la garantía básica de la validez de la prueba como garantía en todo proceso. Los enunciados constitucionales que guían la materialidad de la seguridad jurídica, han superado las expectativas de la legislación procesal civil, sin embargo para la efectividad, permanencia y sustentabilidad de este elemento constitucional falta aún el reconocimiento y desarrollo del principio de independencia judicial, el cual ha sido reconocido por la doctrina internacional como un estándar que rige al sistema procesal independiente, que ofrezca a los sujetos procesales una administración de justicia efectiva; El Ius positivismo y materialismo subordina el actuar jurisdiccional de los juzgadores ya sea a los métodos de subsunción o a los mecanismos de ponderación, siempre observando en su resolución o sentencia las garantías del debido proceso con decisiones motivadas fundadas en derecho.

4.4. En lo tocante a la actual estructura procesal surgió como respuesta a las consecuencias jurídicas del lento desarrollo constitucional en el sistema procesal el cual ofrecía una obsoleta administración de justicia, supuestos que atentan contra la seguridad jurídica y la justicia material.

4.5. Se observa que los principios rectores que establecen el funcionamiento de los ordenamientos procesales en el área Andina, se articulan al sistema procesal ecuatoriano, pues coinciden en la finalidad del proceso para la realización del Derecho, de tal suerte que el procedimiento, así como el proceso, fijan en su normativa procesal los parámetros para la validez probatoria, esto es, que exista: la necesidad, las excepciones la valoración y la

producción de la prueba, para una efectiva eficacia probatoria.

4.6 El análisis efectuado al texto constitucional supone el entorno que fija los elementos constitucionales que rigen la prueba aludiendo a la tutela judicial efectiva, al derecho al debido proceso y a la seguridad jurídica; como sus derivaciones inmediatas reconoce a la independencia judicial, a la imparcialidad, a la eficacia probatoria, la motivación. Es decir, esta institución jurídica constituye un acercamiento inmediato a lo que se identificaría, como el soporte de la tutela judicial efectiva, propiamente entendidas como particularidades de la garantía del derecho al debido proceso. Sobre la base de estos postulados, el operador judicial ejecuta su operación intelectual para materializar la justicia objetiva.

Finalmente, en el contexto estudiado se concluye que las garantías constitucionales, en las legislaciones de Ecuador y el Área Andina, rigen el uso de la prueba, como actividad, medio y resultado, establecen los cauces que afianzan el derecho al debido proceso, que a pesar de fijar, los límites de la prueba. Advierte por una parte, la necesidad de que las partes, respeten los requisitos intrínsecos de pertinencia, utilidad y conducencia de la prueba, legalmente dispuestos. Y en la segunda idea, concibe a los requisitos extrínsecos, más conocidos como legitimidad y temporalidad.

El “derecho a la eficacia probatoria” como garantía de validez constitucional, conlleva exigencias entrelazadas. Entre ellas la ineficacia probatoria, que sirve como un mecanismo para evitar la violación de derechos constitucionales y al mismo tiempo resguarda la capacidad del Estado de contar con recursos justos, idóneos y eficaces para cesar y evitar la privación del **ejercicio** de un derecho con pruebas ilegales y así establecer los pilares fundamentales de un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, como garante además, de los derechos constitucionales.

## **5. Recomendaciones**

5.1 Que se implemente políticas dirigidas a especializar, capacitar y preparar a los jueces, considerando que la función judicial constituye un servicio público a favor de la colectividad, con la finalidad de fomentar la cultura jurídica tendiente a garantizar el derecho de protección, el debido proceso y por lo tanto la seguridad jurídica. También, es esencial que se les provea de herramientas, a fin de garantizar el derecho al debido proceso, para fortalecer entre las garantías básicas más relevantes la validez de la prueba, como garantía de todo proceso.

5.2 En el contexto planteado por la Constitución vigente del Estado constitucional de derechos y justicia los operadores judiciales y los profesionales del derecho deben asumir grandes desafíos y nuevas responsabilidades. Alcanzar la materialidad de la tutela judicial efectiva y del debido proceso en la realidad, implica un reto. Sin embargo, más que fomentar la cultura jurídica de los profesionales del derecho y jueces es preciso que el legislador asuma su rol de otorgar los medios indispensables para garantizar la efectividad del derecho probatorio como fundamento de la seguridad jurídico en el Ordenamiento Jurídico.

5.3. No se puede exigir a los juzgadores que admitan y valoren las pruebas, cuyo resultado sea la eficacia probatoria, si las disposiciones que regulan la obtención o actuación de la prueba, son obsoletas o no permiten ejercitar diversos mecanismos, que permitan el ejercicio del activismo que hoy exige la Constitución. Ya los canales para la transformación de la justicia han sido iniciados por la Constitución. Sin embargo, falta mucho por hacer y es de esperar que los cambios en las demás legislaciones sean pensados desde el enfoque del servicio público. Considerando que la función jurisdiccional está para otorgar respuestas motivadas, fundadas en pruebas eficaces, que sean el resultado de un debate público, oral, en el que se garantice la igualdad formal y material a las partes y se cumplan plenamente.



## 6. Bibliografía

- Alsina Hugo, “Tratado de derecho procesal civil”, Buenos Aires: Editorial. Ediar 1942, p 171.
- Alessandri Arturo, y Somarriva Undurraga Manuel, “Curso de Derecho Civil: Obligaciones” Nascimento, editor Tomo III Santiago: Editorial Nascimento 1957, p 517.
- Aristóteles, Tratados de la Lógica (Organon), Madrid: Gredos 1988, p, 44-47.
- Giuseppe Chiovenda, Instituciones de Derecho Procesal Civil, Gómez Arboneja Traduce. E., 2ª Edic. Revista de
- Bentham Jeremías, “Tratado de las pruebas judiciales”, Esteban Dumon, editor, vol., 1 Paris: Capilla Alfonsina, Biblioteca Universitaria, 1825, p 4.
- Bobbio Norberto “Derecho y lógica ed.2da México: Instituto de Investigaciones Jurídicas” – UNAM, 2010, p 24.
- Cañón Ramírez, Pedro Alejo, Práctica de la prueba judicial. Colombia: Ecoe Ediciones, 2009, p 2.
- Carnelutti Francesco, “La prueba civil, (1879),” Niceto Alcalá, Zamora y Castillo traductores, Buenos Aires Editora Arayú, 1955, p. 18.
- Carnelutti Francesco, Instituciones del proceso civil, Tomo I Buenos Aires: Ed. Ejea 1959, p 257.
- Cappelletti Mauro, "El movimiento Doctrinal y Legislativo a favor de la Oralidad", en el Proceso Civil en el Derecho Comparado: Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América 1973, 52-53
- Carnelutti Francesco “Instituciones del Proceso Civil” Ediciones Jurídicas Europa-América Tomo II Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa- América, 1959, 46.
- Couture Eduardo, Fundamentos del Derecho Procesal Civil: Buenos Aires, Ediciones Depalma 1981, 41- 274
- Couture Eduardo, Estudios de Derecho Procesal Civil, Ediar Soc. Anon, editor Tomo I, Buenos Aires: Ediar Soc. Anon, 1948, p 530.
- Chiovenda José, Principios de Derecho Procesal Civil, Editorial Reus, Tomo II Librería Argentina, Madrid 1925, p 322
- Devis Echandia, Hernando, “Teoría General de la Prueba Judicial, Tomo I”, Víctor P de

- Zabalía, editor, vol. 3, Buenos Aires: Alberti 835, 1974, 56-57.
- Devis Echandia, Hernando, "Compendio de la Prueba Judicial" Adolfo Alvarado Velloso, Buenos Aires: Editores Rubinzal - Culzoni 2000, p 137.
- Devis Echandia, Hernando, Teoría general del proceso: Editorial Universidad 2ª ed. Buenos Aires: 1997, p. 206.
- De la Oliva Santos, A., "Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración", Centro de Estudios Ramón Areces editor, Madrid: Universitaria Ramón Arances, 2000, p.291.
- De Vicente José y Caravantes, "Tratado Histórico Critico Filosófico de los Procedimientos Judiciales en Material Civil:" Según la Nueva Ley de Enjuiciamiento, Ed Imprenta Gaspar y Roig, Tomo II: (Madrid 1856), p 213-215
- Dworking Ronald Los Derechos en Serio, Ariel editor (Barcelona: Editorial Ariel 2004. P 66
- Escobar Gil, Rodrigo, La Modulación de las Sentencias de Control Constitucional, Tribunal Constitucional del Ecuador Jornadas
- Esparza Iñaki Leibar, El principio del proceso debido: España Editor J.M. Bosch 2008., 62.
- Fredet Peter, "Compendio de historia moderna desde la venida de cristo y cambio de la republica romana en el imperio hasta el año de 1867-1891", Librería Americana, editor, Bogotá, Librería Americana de J.V. Concha, 1915
- Ferrajoli Luigi, "*Derecho y Razón - Teoría Del Garantismo Penal 1989*", Andrés Ibáñez, Ruiz Miguel, J.C Bayón traductor, Madrid: Ediciones Trota 1995, 462.
- Ferrer Beltrán Jordi, Marina Gascón Abellán, González Lagier, Daniel. *Estudios sobre la prueba*. México: 2010 Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, p 139.
- Ferreira de la Rua Angelina, Rodríguez Juárez Manuel, Manual de Derecho Procesal Civil I: Ediciones Alveroni (Argentina 2014), p 127 -131
- Flores García Fernando, "Teoría General de la Prueba", Ministerio de Justicia pública, Boletín núms. 1572-1573-157, México, 149
- Framarino de Malatesta Ob. cit., t. 1
- Gascón Abellán María, "Los hechos..., de la misma autora, La racionalidad en la prueba: Sobre el razonamiento jurídico.": Revista de Ciencias Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 85 y 86 Edeval. Valparaíso: Universidad de Valparaíso, N°45, 2000 S/F cit., 612Mónica Patricia, Vásquez Alfaro, "Temas actuales en derecho procesal y administración de justicia" Colombia: Ed. Universidad del Norte, Colección jurídica 2014 ,230.

Gascón Abellán Marina, *La Teoría General del Garantismo* a propósito de la obra de Gascón Abellán, Marina y García Figueroa, Alfonso, “Interpretación y Argumentación Jurídica” editor Consejo de la Judicatura, San Salvador: 2004, p, 51.

Guasp Jaime Delgado “Derecho procesal civil” (Madrid: Instituto de Estudios Políticos 1967), p, 333.

Giuseppe Chiovenda, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Gómez Arboneja Traduce. E., 2ª Edic. *Revista de Derecho Privado*”, (Madrid, 1948, T. I). p, 385.

Jáñez, Barrio, Tarsicio, “Lógica Jurídica: Argumentación e Interpretación”, 5ta edición, Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 1998, p 145

Hart Herbert “El Concepto de Derecho” Alberto Perrot Editor. (Buenos Aires, p 230

Lessona Carlos, “Teoría General de la Prueba en Derecho Civil”, Enrique Aguilera de Paz Traductor. 3ª Edición Vol. 1 (Madrid: Editorial Reus S.A 1928), p 4-5.

Luch Xavier Abel, “Derecho probatorio”, España, editor J.m. Bosch 2012, p 209.

Luch Javier Abel y Picó I Junoy Joan, *El Derecho a la Prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento*, p, 37

Michel Taruffo, “La prueba de los hechos “Jordi Ferrer Beltrán traducción, editor. Trotta, Madrid, 200, p.387

Ornar Cofre, Juan, *La Lógico Jurídico En La Obra De Kalinowski*. *Rev. Derecho Valdivia*, dic. 1997,

Picó i Junoy Joan, “Principios y garantías procesales: Liber Amicorum en homenaje a la profesora María Victoria Berzosa Francos”, España, editor j.m. Bosch, 2013, 208.

Ricci Francesco, “Tratado de las Pruebas”, *La España Moderna* Tomo I, vol. 2do Madrid 1990, 12.

Romberger Rengel Arístides, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Tomo I. Caracas: 2003, 179-180

Rodríguez Salón Román, “La prueba de los hechos, una discusión jurídica y epistemológica”, *Revista Semestral de Filosofía Práctica Internacionales de Derecho Constitucional: Quito Ecuador*, P 241-255.

Silva Melero, “La prueba procesal”, Tomo I (Madrid: Edit. Re, de derecho privado 1963), p 32.

Silva Melero Valentín, “La Prueba Procesal”, *Diputación de Asturias, Instituto de Estudios Asturianos*, 196, editor Tomo II, segunda Edición, Madrid: Editorial *Revista de Derecho Privado*, 1963, 99.

Schonke Adolf “Derecho procesal civil” Bosch editor, Barcelona, Editorial. Bosch,

1950, p210.

Zagrebelsky Gustavo Derecho Dúctil, Marina Gascón Traducción, Madrid: Editorial Trota Traducción Marin1995, p 33

### **Jurisprudencia**

Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia 4 de julio de 2006 caso Ximenez López vs Brasil

Ecuador Corte Constitucional caso N° 1116-10-EP de fecha 27 de 03 2012.

Ecuador Asamblea Nacional Código Orgánico de la Función Judicial, en Registro Oficial Suplemento No. 544 de 03-2009 actualizado al 18-03-2014, Quito-2009 Art 131.

Ecuador Corte Suprema de Justicia libre convicción, Resolución No. 261- del 3-X-2003, Registro Oficial No. 262, Quito 2004.

Ecuador Asamblea Nacional Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Registro Oficial Suplemento 52 -22-05-2009(Quito2009), Art. 129.

### **Documentos Legales**

Costa Rica Convención Interamericana de Derechos Humanos, Art. 8

Ecuador Asamblea Nacional, Código Orgánico General de Procesos, publicado en Registro Oficial No. 506, Quito-2015) 161

Ecuador Congreso Nacional, Código de Procedimiento Civil Registro Oficial suplemento No 58-Quito: 2005, 117.

Ecuador Asamblea Nacional “Código Orgánico de la Función Judicial”, Registro Oficial No.544, Quito: 2009,19 ic, 3.

Ecuador Asamblea Nacional Ley Orgánica del Servicio Público Registro Oficial Suplemento 294, Quito 2010 44

Ecuador H. Congreso Nacional Código de Trabajo Registro Oficial Suplemento 167-26-09-2012, Quito 2005., 7.

Ecuador H. Congreso Nacional, Código de Procedimiento Civil Registro Oficial suplemento No 58- Quito: 2005, 117. España, Cortes de la Monarquía, “Constitución de Cádiz, (1812), editor Manuel González Oropeza, José Alejandro Luna Ramos México: Tribunal Electoral

España Corte General “Ley de Enjuiciamiento Civil” Referencia: Jefatura de Estado BOE-A-1/2000-323, última codificación 201), Art. 281-287

Bolivia Asamblea Constituyente Constitución Política del Estado Plurinacional. Oruro

2009 116-255

Colombia Asamblea Nacional Constituyente Constitución Política, Bogotá 1991., 29,53.

Colombia Congreso de la República Código General de Procesos, Ley 1564: Bogotá 2012. 11.

Inglaterra Rey Juan Sin Tierra, “Carta Magna (1215). “Editor, Ana María Velásquez Rizo, Traductor, editor Instituto de Investigaciones UNAM, (México: Biblioteca jurídica UNAM 2011), Art. 38.

Uruguay Cámara de Senadores República Oriental del Uruguay Código General de Procesos, Ley 15.982 Uruguay 2014. 14

### **Links**

Alcalá Zamora y Castillo Niceto, “Introducción al estudio de la prueba, en Estudios de Derecho probatorio, s/e, Concepción Chile 1965, pp. I ll, 120 y 121. Véase en [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S071800122008000200003#n6](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071800122008000200003#n6)

Derecho Hebreo, véase en

[http://www.raoulwallenberg.net/wp-content/files\\_mf/6741.pdf](http://www.raoulwallenberg.net/wp-content/files_mf/6741.pdf) , p 73-75

Diccionario de la Real Academia de la Lengua. Véase <http://lema.rae.es/drae/>

Xavier Abel Luch, Valoración de los medios de prueba en el Proceso Civil: véase en <http://itemsweb.esade.edu/research/ipdp/valoracion-de-los-medios.pdf.,P2>

Francisco Iturralde, Historia de la prueba judicial: véase en <http://es.slideshare.net/videoconferencias/1-historia-de-la-prueba-judicial>

Babilonia, Rey Hammurabi, “Código de Hammurabi”: véase en <http://www.ataun.net/BIBLIOTECAGRATUITA/CI%C3%A1sicos%20en%20Epa%C3%B1ol/An%C3%B3nimo/C%C3%B3digo%20de%20Hammurabi.pdf>

Luigui Ferrajoli “Derecho y Razón, véase en <https://www.youtube.com/watch?v=SJcH5FeyJi0>