



UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA
La Universidad Católica de Loja

ÁREA SOCIOHUMANÍSTICA

TÍTULO DE MAGÍSTER EN DERECHO CIVIL Y PROCESAL CIVIL

**La prueba en el sistema oral, en el marco del proyecto del Código Orgánico
General de Procesos.**

TRABAJO DE TITULACIÓN

AUTOR: Palomeque Vera, Camilo Patricio.

DIRECTORA: Pacheco Montoya, Emma Patricia, Mtra.

CENTRO UNIVERSITARIO PORTOVIEJO

2016



Esta versión digital, ha sido acreditada bajo la licencia Creative Commons 4.0, CC BY-NY-SA: Reconocimiento-No comercial-Compartir igual; la cual permite copiar, distribuir y comunicar públicamente la obra, mientras se reconozca la autoría original, no se utilice con fines comerciales y se permiten obras derivadas, siempre que mantenga la misma licencia al ser divulgada. <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/deed.es>

2016

APROBACIÓN DE LA DIRECTORA DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

Mtra.

Emma Patricia Pacheco Montoya

DOCENTE DE LA TITULACIÓN

El presente trabajo de titulación, denominado **La prueba en el sistema oral, en el marco del proyecto del Código Orgánico General de Procesos**, realizado por el estudiante Palomeque Vera Camilo Patricio, ha sido orientado y revisado durante su ejecución, ajustándose a las normas establecidas por la Universidad Técnica Particular de Loja, por lo que se aprueba su presentación.

Loja, Enero de 2016

f)

Mtra. Emma Patricia Pacheco Montoya

DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS

Yo, Palomeque Vera Camilo Patricio, declaro ser autor del presente trabajo de titulación **La prueba en el sistema oral, en el marco del proyecto del Código Orgánico General de Procesos**, de la Titulación de Magíster en Derecho Civil y Procesal Civil, siendo la Maestra Emma Patricia Pacheco Montoya, Directora de este trabajo; y eximo expresamente a la Universidad Técnica Particular de Loja y a sus representantes legales de posibles reclamos o acciones legales.

Además certifico que las ideas, conceptos, procedimientos y resultados vertidos en el presente trabajo investigativo, son de mi exclusiva responsabilidad.

Adicionalmente declaro conocer y aceptar la disposición del Art. 88 del Estatuto Orgánico de la Universidad Técnica Particular de Loja que en su parte pertinente textualmente dice: "Forman parte del patrimonio de la Universidad la propiedad intelectual de investigaciones, trabajos científicos o técnicos y tesis de grado o trabajos de titulación que se realicen con el apoyo financiero, académico o institucional (operativo) de la Universidad".

f).....

Palomeque Vera Camilo Patricio

C.I. 130415318-0

DEDICATORIA

Dedico el presente trabajo a mi hijo, Camilo Patricio, a quien quiero demostrar con el ejemplo, que el hombre jamás deja de aprender y evolucionar en el tiempo y en el espacio. Con especial afecto.

Camilo Patricio Palomeque Vera

AGRADECIMIENTO

La gratitud es la memoria del corazón. Por eso, al culminar este posgrado, quiero dejar constancia de mi agradecimiento a Dios, principio y fin de mi existencia. A mis profesores de la Maestría de Derecho Civil y Derecho Procesal Civil, por las enseñanzas impartidas, que me han permitido evolucionar como profesional y como persona. De manera particular a la Maestra Emma Patricia Pacheco Montoya, Directora del presente trabajo investigativo, quien con paciencia y dedicación supo brindarme todo su apoyo en el desarrollo del mismo y sin cuyas directrices no hubiese sido posible alcanzar este noble objetivo. Al doctor Gerardo Caicedo Barragán y a la abogada Geovanna Flores Sánchez, compañeros de trabajo y amigos, por sus orientaciones y su valiosa ayuda en el perfeccionamiento de esta investigación. A mi familia, por su permanente apoyo. A todos, gracias.

Camilo Patricio Palomeque Vera

**“LA PRUEBA EN EL SISTEMA ORAL, EN EL MARCO DEL PROYECTO DEL
CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS”**

CAPITULO I

LA PRUEBA

Resumen.....	1
Abstract.....	2
Introducción.....	3
1.1. Definiciones de Prueba.....	9
1.2. La prueba judicial en general.....	10
1.3. Objetivo de la Prueba.....	12
1.4. Clasificación de las pruebas según la doctrina tradicional.....	14
1.4.1. De acuerdo con su estructura.....	15
1.4.2. Según la forma como se perciba el hecho objeto de la prueba.....	16
1.4.3. Según el valor de la prueba.....	16
1.4.4. Según la oportunidad en que se practique.....	17
1.4.5. De acuerdo con la contradicción.....	17
1.4.6. Según la fuente.....	18
1.4.7. Atendida su finalidad.....	18



Esta versión digital, ha sido acreditada bajo la licencia Creative Commons 4.0, CC BY-NY-SA: Reconocimiento-No comercial-Compartir igual; la cual permite copiar, distribuir y comunicar públicamente la obra, mientras se reconozca la autoría original, no se utilice con fines comerciales y se permiten obras derivadas, siempre que mantenga la misma licencia al ser divulgada. <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/deed.es>

2018

1.4.8.	Si constituyen requisito para la existencia del acto jurídico.....	19
1.4.9.	Según su función.....	20
1.4.10.	Según su categoría.....	20
1.4.11.	Según la forma como obre en el proceso.....	21
1.5.	Carga de la prueba.....	21
1.6.	Principios de la Prueba Judicial en el marco del Código de Procedimiento Civil en vigencia y del Código Orgánico General de Procesos.....	26
1.6.1.	Principios de la necesidad de la prueba y de la prohibición de aplicar el conocimiento privado del juez sobre los hechos.....	26
1.6.2.	Principios de la eficacia jurídica y legal de la prueba.....	28
1.6.3.	Principios del interés público de la función de la prueba.....	29
1.6.4.	Principio dispositivo y de aportación de parte.....	29
1.6.5.	Principio de la contradicción de la prueba.....	30
1.6.6.	Principio de la publicidad de la prueba.....	31
1.6.7.	Principio de la formalidad y legitimidad de la prueba.....	32
1.6.8.	Principio de la legitimación para la prueba.....	33

1.6.9.	Principio de la preclusión de la prueba.....	33
1.6.10.	Principio de la intermediación y de la dirección del juez en la producción de la prueba.....	34
1.6.11	Principio de la Imparcialidad del juez en la dirección y apreciación de la prueba.....	36
1.6.12.	Principio de la concentración de la prueba.....	37
1.6.13	Principio de la pertinencia, idoneidad o conducencia y utilidad de la prueba.....	38
1.6.14.	Principio de la evaluación o apreciación de la prueba.....	39
1.6.15.	Principio de la carga de la prueba y de la autorresponsabilidad de las partes por su inactividad.....	40
1.6.16.	Principio de la oralidad en la práctica de la prueba.....	41
1.6.17.	Principio de la lealtad y probidad o veracidad de la prueba.....	41

CAPITULO II

VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL MARCO DEL ACTUAL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL Y DEL PROYECTO DEL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS.

2.1.	La valoración de la prueba.....	45
------	---------------------------------	----

2.1.1.	La Sana Crítica.....	46
2.1.2.	La Libre Convicción.....	49
2.1.3.	La Prueba Tasada.....	50
2.2.	Valoración de la prueba en el marco del actual Código de Procedimiento Civil y del Proyecto del Código Orgánico General de Procesos.....	52
2.3.	Facultades de los jueces de instancia en la valoración de las pruebas.	53
2.4.	La valoración de la prueba y su control por el tribunal de casación.....	55

CAPITULO III

LA PRUEBA EN EL SISTEMA ORAL A LA LUZ DEL PROYECTO DEL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS

3.1.	Principios de la prueba.....	61
3.2.	Diligencias preparatorias.....	61
3.3.	Presentación de la prueba.....	63
3.4.	La carga de la prueba y “Prueba Dinámica”.....	64
3.5.	La prueba de oficio.....	69
3.6.	Medios de prueba.....	71

3.6.1. Confesión judicial.....	72
3.6.2. Declaración de testigos.....	76
3.6.3. Prueba documental.....	80
3.6.4. Prueba pericial.....	83
3.6.5. Inspección judicial.....	86

CAPITULO IV

INVESTIGACIÓN DE CAMPO Y CONTRASTACIÓN DE RESULTADOS

4.1. Entrevistas y encuestas a informantes dirigidos.....	91
4.1.1. Entrevista a 25 juezas y jueces.....	91
4.1.2. Encuestas a 10 abogados asesores de entidades públicas y privadas y a 20 abogados en libre ejercicio de la profesión.....	92
4.2. Procesamiento de la información y contrastación de hipótesis.....	93
4.2.1 Entrevistas a 25 juezas y jueces.....	93
4.2.2. Encuestas a 10 abogados asesores de entidades públicas y privadas, y a 20 abogados en libre ejercicio de la profesión.....	95
4.3. Elaboración del informe de resultados en porcentajes.....	97

CAPITULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1	Conclusiones.....	111
5.2.	Recomendaciones.....	113

BIBLIOGRAFÍA

Anexos

RESUMEN

El próximo 22 de mayo del 2016 entrará en vigencia el Código Orgánico General de Procesos. Este texto legal propone una nueva concepción en cuanto a la presentación y práctica de la prueba en todos los procesos que regula. El presente trabajo analiza lo concerniente a la prueba en el sistema oral en el marco de esta nueva normativa, destacando sus ventajas frente al ya obsoleto Código de Procedimiento Civil; entre ellas, posiblemente la más importante, es que de manera definitiva hará cumplir el precepto contenido en el artículo 168.6 de la Constitución de la República, en el sentido de que la sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral. El principal aporte de esta investigación radica en que, sobre la base del estudio, el análisis, las entrevistas y encuestas a los informantes seleccionados, demuestra de manera contundente que el nuevo modelo procesal simplificará considerablemente lo concerniente a la presentación y práctica de la prueba, y permitirá superar el viejo sistema escrito.

PALABRAS CLAVE:

Prueba, clases, oportunidad, práctica.

ABSTRACT

Next May 22, 2016, the General Organic Code of Processes will take effect. This legal text proposes a new concept in terms of presentation and practice of evidence in all processes it regulates. This paper focuses analysis on the oral proof in the system under this new regulation, highlighting its advantages over the now obsolete Code of Civil Procedure; including possibly the most important aspect, that it will definitely enforce the provision contained in Article 168.6 of the Constitution of the Republic, in the sense that the conduct of the proceedings in all subjects, bodies, steps and procedures will take place through the oral system. The main contribution of this research is that, on the basis of the study, analysis, interviews and surveys of selected respondents, it demonstrates conclusively that the new process model will simplify the presentation of evidence considerably and will provide an improvement over the old written system.

KEYWORDS:

Proof, types, opportunities, practice.

INTRODUCCIÓN

“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”. Carnelutti¹

La prueba es considerada como una de las etapas más importantes del proceso, y lo es porque en ella las partes están obligadas a justificar, conforme a derecho, todas sus aseveraciones. A través de la actividad probatoria se lleva al juez la certeza de la existencia de los hechos que alegan las partes. Sin ella, el juez estaría a merced de un panorama totalmente oscuro, en tinieblas, como bien lo afirma el maestro Carnelutti.

Probar significa demostrar la certeza de una proposición. Expresa una operación mental de comprobación. Prueba es la demostración legal de un hecho. En ese orden, las partes procesales están avocadas a demostrar sus aseveraciones y lo hacen a través de la prueba; etapa de singular importancia porque en ella cada parte tiene la posibilidad de demostrar la certeza de todos los hechos que alega. Si no lo hace, es evidente que como consecuencia de aquello no logrará un resultado satisfactorio en el juicio.

Hay un juez supremo que todo lo entiende, que todo lo sabe; a él no es preciso demostrarle nada. La prueba corresponde entonces a los jueces terrenales, quienes se guían a partir de la luz que irradian las partes en el proceso. La prueba puede hacer de lo negro, blanco; y de lo redondo, cuadrado, según sea el interés de quien la propone. Si no logras justificar la verdad de tus afirmaciones, por mucho que sea real y legítimo tu derecho, perderás el juicio. He ahí la importancia de la prueba.

Como es de conocimiento público, el Código Orgánico General de Procesos (COGEP), fue aprobado por la Asamblea Nacional y entrará en vigencia luego de doce meses contados a partir de su publicación en el Registro Oficial el 22 de mayo del 2015, con excepción de las normas que reforman el Código Orgánico de la Función Judicial, la Ley Notarial y la Ley de Arbitraje y Mediación y aquellas que regulan períodos de abandono, copias certificadas, registro de contratos de inquilinato y citación, que

¹ Carnelutti, Francesco; (1955), *La prueba Civil*, Buenos Aires-Argentina; Ediciones Ayarú. pág. 18.

entraron en vigencia a partir de la fecha de publicación de esta Ley, conforme se indica en su Disposición Final Segunda.

Este cuerpo legal no sólo sustituirá al ya obsoleto Código de Procedimiento Civil (CPC) en actual vigencia, entre otras leyes, sino que regulará el sistema oral en materias no penales, como lo dispone el artículo 168.6 de la Constitución de la República.

Se estima que el Código Orgánico General de Procesos será una herramienta indispensable para superar y dejar de lado el viejo sistema escrito y procesal, obsoleto, lento y lleno de trampas. En este nuevo diseño procesal, innovador y acorde con las necesidades del ciudadano, el juez tendrá la obligación de administrar justicia delante del pueblo, de manera transparente y pública, dejando atrás un sistema que ocultaba, problematizaba, demoraba, atascaba, el debido proceso.

Es necesario aclarar que el tema del presente trabajo es sobre la prueba judicial en el marco del “Proyecto” del COGEP, el mismo que al inicio y durante el desarrollo de esta investigación se encontraba en la Asamblea Nacional para ser aprobado en segundo debate; por esa razón, en algunos capítulos de este trabajo por el tiempo de su aprobación se hace referencia al Proyecto del COGEP, pero se cita también al Código Orgánico General de Procesos, toda vez que éste ya fue aprobado y publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 506, de fecha 22 de mayo de 2015.

El Código Orgánico General de Procesos, en lo que respecta a la práctica de la prueba, propone un modelo mucho más ágil y oportuno, que significará un gran avance en materia procesal y estará acorde a lo que proclaman los principios de inmediación, concentración, celeridad, economía procesal, tutela judicial efectiva de los derechos, seguridad jurídica y de la verdad procesal, que consagra la Carta Fundamental y el Código Orgánico de la Función Judicial. Su aplicación garantizará el cumplimiento de estos principios en todo proceso judicial y hará que la justicia sea verdaderamente un servicio público que se presta de manera óptima, eficaz y oportuna.

Esta nueva normativa replantea la concepción de la prueba, con ajustes teóricos novedosos. Contempla cambios sustanciales en cuanto a la concepción de la prueba, que con seguridad agilizará y mejorará la administración de justicia. En este nuevo

ordenamiento legal, es requisito esencial que la prueba reúna los presupuestos de conducencia, pertinencia y utilidad.

El presente trabajo realiza un análisis comparativo de lo que consta en el actual Código de Procedimiento Civil referente a la prueba, con relación a lo que propone el Código Orgánico General de Procesos sobre este tema; destacando el avance que significa la práctica de la prueba en el proceso oral de acuerdo al COGEP.

Por otro lado, este trabajo reconoce y compara de modo objetivo los cambios propuestos en el COGEP sobre los modos de adquirir y practicar la prueba; y realiza una interpretación jurídica de estos cambios, determinando las ventajas que representa la vigencia del COGEP en la práctica y aplicación de la prueba. Recoge, además, comentarios y opiniones de juezas y jueces de la provincia de Manabí; de abogados asesores de entidades públicas y privadas; y, de abogados en libre ejercicio de la profesión, que se pronunciaron sobre este respecto.

CAPITULO I

LA PRUEBA

1.1. Definiciones de prueba

Etimológicamente la palabra prueba proviene del latín Probus, que significa bueno, correcto, recto, honrado. Lo probado es auténtico y correcto. Probar equivale a demostrar autenticidad.

En su acepción lógica, probar significa demostrar la certeza de una proposición. Expresa una operación mental de comprobación. Prueba es la demostración legal de un hecho.

Chiovenda, dice que “probar significa crear el convencimiento del juez sobre la existencia o la no existencia de hechos de importancia en el proceso”.²

Para el tratadista Palacio, Prueba “es la actividad procesal, realizada con el auxilio de los medios previstos o autorizados por la ley, y encaminada a crear la convicción judicial acerca de la existencia o inexistencia de los hechos afirmados por las partes en sus alegaciones”³.

Según Francesco Carrara, “Se llama prueba todo lo que sirva para darnos certeza acerca de la verdad de los hechos. Aquella nace cuando uno cree que conoce ésta; más por la fiabilidad humana, puede haber certeza donde no haya verdad, y viceversa. Únicamente en Dios se identifican la una y la otra, y la certeza deja de ser completamente objetiva y la verdad subjetiva del todo”.⁴

La prueba, son instrumentos o actividades procesales que tienden a demostrar la verdad o falsedad de un hecho.

Se la puede concebir como la razón o argumento mediante el cual se pretende demostrar y hacer patente la verdad o falsedad de un hecho. Carnelutti considera la prueba no sólo al objeto que sirve para el conocimiento del hecho, sino también la certeza o convicción que aquel proporciona.

² Chiovenda, José; (1954), *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Madrid; Edit. Rev. De Derecho Privado, Tomo III. pág.205.

³ De Santo, Víctor; (1991), *Diccionario de Derecho Procesal*, Buenos Aires-Argentina; Editorial Universidad. Pág. 289.

⁴ Carrara, Francesco; (1993), *Programa de Derecho Criminal, Parte General, Sección III, Volumen III*, Bogotá-Colombia; Editorial Temis.

Pietro Castro, citado por el profesor Francisco Iturralde Albán, sostiene que la prueba “es la actividad que desarrollan las partes con el tribunal para llevar al juez la convicción de la verdad de una afirmación o para fijarla a los efectos del proceso”.⁵

En consecuencia, podemos afirmar que la prueba, siendo la demostración legal de un acontecimiento, es el medio más adecuado para que el juez conozca la realidad de los hechos que se discuten en el proceso. Esta actividad la cumplen y practican el juez y las partes procesales.

1.2. La Prueba Judicial en general

Se define a la prueba judicial como “el acto procesal por el cual se le lleva al juez el convencimiento de los hechos materia u objeto del proceso”⁶.

De esto se colige:

- a.- Que la prueba judicial es un acto, porque proviene de la voluntad de quienes la producen;
- b.- Es de carácter procesal, puesto que solo obra en el proceso, donde encuentra su razón de ser; y,
- c.- Su finalidad es llevarle al juez el conocimiento o certeza de los hechos.

Por prueba judicial se entiende, naturalmente, la que es admisible en juicio según la ley, es decir, la que la ley señala como medio probatorio admisible –ya sea taxativamente o autorizando la inclusión de otros, a criterio del juez- en oposición a la prueba libre, que importaría el dejar a las partes en libertad absoluta para elegir los medios que consideren necesarios para llevar al juez la convicción sobre los hechos del proceso.

⁵ Iturralde Albán, Francisco; (2013), *Teoría de la Prueba*, Texto Guía, Universidad Técnica Particular de Loja, Loja-Ecuador; EDILOJA, pág. 32

⁶ Azula Camacho, Jaime; (2008), *Manual de Derecho Procesal, Tomo VI, Pruebas Judiciales*, Tercera Edición, Bogotá-Colombia; Editorial Temis S. A. página 4.

Para Carnelutti, son “el conjunto de las normas jurídicas que regulan el proceso de fijación de los hechos controvertidos”.⁷

Vishinski, define a las pruebas judiciales como “el conjunto de normas o reglas que regulan el modo de reunión, presentación, utilización y calificación de las pruebas”.⁸

“La prueba judicial puede entenderse como las demostraciones o motivos que son consecuencia de las fuentes o medios de conocimiento, que utilizan las partes o quienes intervienen en un proceso, a fin de formar la convicción del juez sobre los hechos que son los presupuestos de sus intereses perseguidos”.⁹

Para el maestro Hernando Devis Echandía, la prueba judicial “es todo medio que sirve para conocer cualquier cosa o hecho, con lo cual se incluyen los “hechos”, los “objetos” y también actividades como la inspección judicial, el dictamen de peritos, la declaración de terceros, la confesión, esto es, la totalidad de los medios que pueden servir de conducto al conocimiento por el juez de la cuestión debatida o planteada sin litigio, en cada proceso”¹⁰.

El tratadista Silva Melero, sostiene que prueba judicial “procesalmente equivale a justificar, manifestar, demostrar o hacer patente un hecho, corroborar, confirmar, verificar, aclarar, establecer, averiguar o cerciorarse de tal hecho, y por lo tanto significa buscar la certeza en el proceso, para convencer de ella al juez, que es el fin de la prueba procesal.”¹¹

En el juicio, concebido como la contienda legal sometida a la resolución de los jueces, las partes procesales están obligadas a justificar sus alegaciones, y lo hacen a través de la prueba judicial. Quienes intervienen en los juicios, como actor o demandado, no pueden únicamente enunciar un hecho o una verdad, es necesario probar todas estas aseveraciones y esta finalidad se cumple por medio de la prueba judicial.

⁷ Carnelutti, Francesco; (1955), *La prueba Civil*, Buenos Aires-Argentina; Ediciones Ayarú, pág. 44.

⁸ Vishinski; (1951), *La Teoría de la Prueba en el Derecho Soviético*, Buenos Aires-Argentina; Editora Nuevo Derecho. pág. 252.

⁹ Iturralde Albán, Francisco; (2013), *Teoría de la Prueba*, Texto Guía, Universidad Técnica Particular de Loja, Loja-Ecuador; EDILOJA, página 19.

¹⁰ Devis Echandia, Hernando; (1998), *Teoría General de la prueba*, Tomo I, Buenos Aires-Argentina; Víctor P. de Zavalía. Editor.

¹¹ Silva, Melero; (1963), *La Prueba Procesal*, Madrid; Edit. Rev. De Derecho Privado, Tomo I, pág.31

No es posible considerar como verdad la sola afirmación de un hecho. En derecho, es necesario probar esta verdad, pues de otro modo quedaría como una simple aseveración o un simple enunciado que no tiene ningún sustento, puesto que no ha sido probado.

En esto radica la importancia de la prueba judicial, en que las partes a través de ella logran justificar sus aseveraciones y pueden llevarle al juez el convencimiento de los hechos que alegan, tanto en la demanda como en la contestación de la demanda.

1.3. Objetivo de la prueba

En su acepción corriente se entiende por objeto o finalidad de la prueba todo lo que es susceptible de probarse. Puede definirse el objeto de la prueba judicial como lo que puede ser demostrado en el proceso jurisdiccional.

El objeto de la prueba judicial puede analizarse desde dos puntos de vista: Abstracto y concreto.

a.- Es abstracto, pues puede establecerse en cualquier proceso, sin consideración a una rama determinada de la jurisdicción, vale decir, que obra en materia civil, penal, laboral, contencioso administrativo, etc.

b.- Es concreto, en cuanto puede probarse en un proceso determinado, por lo que su ámbito es reducido y limitado a una cuestión litigiosa determinada. Así, por ejemplo, el matrimonio es un acto y, como tal, objeto de prueba en un proceso de divorcio. En cambio, ese mismo acto en un proceso en el que se ventila la reivindicación no es pertinente, por ser ajeno a lo que se discute o a las premisas en que se funda esa pretensión.

Es todo aquello que es susceptible de probarse. Puede definirse al objeto de la prueba judicial como lo que puede ser demostrado en el proceso jurisdiccional.

En este caso es obvio que se refiere a los hechos alegados por las partes, a quienes les corresponde justificar o demostrar sus asertos a través de la prueba judicial.

“Por Objeto de la prueba debe entenderse lo que, en general, se puede probar, es decir, aquello sobre lo que puede recaer la prueba”.¹²

En virtud del principio dispositivo, la actividad probatoria incumbe primordialmente a las partes; sobre ellas pesan diversas cargas procesales cuyo incumplimiento las expone al riesgo de no lograr la demostración de los hechos afirmados en sus alegaciones.

En efecto, actor y demandado están obligados a probar los hechos que alegan. En ese orden, el objeto de la prueba consiste en que cada parte debe aportar con la mayor cantidad de elementos probatorios que consideren pertinentes con el propósito de justificar sus asertos.

Para Chiovenda, objeto de la prueba “son los hechos no admitidos y no notorios, puesto que los hechos que no pueden negarse *sine tergiversatione* no exigen prueba”.¹³

La finalidad de la prueba judicial es la producción de la verdad, es demostrar la verdad real o material para alcanzar el convencimiento psicológico del órgano judicial (juez), puesto que la prueba es el medio más confiable para descubrir la verdad real y a la vez la mayor garantía contra la arbitrariedad de las decisiones judiciales.

Además, conforme al sistema jurídico vigente, en las resoluciones judiciales solo se podrá admitir como ocurridos los hechos o circunstancias que hayan sido acreditados mediante pruebas objetivas, lo cual impide que aquellas sean fundadas en elementos puramente subjetivos.

En el sentido estrictamente procesal, el objeto de la prueba es probar los hechos que ha propuesto afirmativamente el actor en su demanda o el demandado en la contestación de la misma. En los procesos, cada parte introduce o alega hechos que deberán ser probados en la etapa de justificación. La finalidad u objeto de la prueba consiste en justificar, conforme a derecho, tales hechos o afirmaciones.

¹²De Santo, Víctor; (1991), *Diccionario de Derecho Procesal*, Buenos Aires-Argentina; Editorial Universidad. página 237.

¹³ Citado por De Santo, Víctor; (1991), *Diccionario de Derecho Procesal*, Buenos Aires-Argentina; Editorial Universidad, página 238

Como hemos visto, la finalidad de la prueba es determinar si puede decirse que las afirmaciones sobre determinados hechos son, a la luz de las razones que tenemos, probablemente verdaderas. Es decir, que la prueba es un procedimiento cuya finalidad es averiguar la verdad sobre ciertos hechos, si ocurrieron de una u otra manera.

La prueba judicial tiene como propósito acreditar los hechos alegados, convencer al juez sobre la existencia de esos hechos y a partir de esa convicción, servir de fundamento al sentenciador para aplicar la norma cuyo supuesto normativo subsume a tales hechos comprobados.

Podemos decir que la finalidad de la prueba en los procesos está dirigida a llevarle al juez el conocimiento de la realidad de los hechos que se discuten en el juicio.

Lo dicho tiene relación con el contenido del Artículo 153 del Código Orgánico General de Procesos, que prescribe: “**Finalidad de la prueba.**- La prueba tiene por finalidad llevar a la o al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias expuestas por las partes respecto de los puntos controvertidos”.

El citado artículo nos proporciona una definición de lo que es “la finalidad o el propósito de la prueba”, lo que no estaba definido en el Código de Procedimiento Civil en actual vigencia.

Pese a las varias teorías que se han formulado al respecto, no nos queda ninguna duda acerca de que el fin de la prueba consiste en llevarle al juez el convencimiento sobre los hechos a que debe aplicar las normas jurídicas que los regulan; o, dicho de otra manera, la certeza de que conoce la verdad sobre ellos.

1.4. Clasificación de las Pruebas según la doctrina tradicional

Podría definirse la doctrina como un sistema de opiniones o postulados más o menos científicos, frecuentemente con la pretensión de posesión de validez general. En el ámbito jurídico, doctrina significa el conjunto de opiniones efectuadas en la interpretación de normas por los conocedores del derecho y forma parte de las fuentes del derecho, aunque en un lugar muy secundario.

La doctrina tradicional comprende las opiniones y teorías sustentadas por reconocidos autores que exponen su criterio acerca de una determinada materia. No tiene fuerza legal obligatoria y su trascendencia dependerá del reconocimiento otorgado al autor o en la mayor o menor fundamentación de las teorías que sustenta. Se recurre habitualmente a la doctrina de los autores para la interpretación o aclaración de los preceptos legales a fin de lograr su aplicación al caso concreto, pero como se dijo, no gozan de fuerza obligatoria.

Varias son las clasificaciones que suelen hacerse de las pruebas, según sea el criterio que se tome como referencia. En consecuencia, hay tantas clasificaciones como cuantos autores han abordado este tema. En esta ocasión, vamos a valernos de la clasificación que hace el tratadista Jaime Azula Camacho en su obra “Manual de Derecho Procesal”¹⁴, considerando su enorme valor didáctico y su versatilidad. Así tenemos:

1.4.1. De acuerdo con su estructura

De acuerdo con su estructura, las pruebas pueden ser personales y reales.

Pruebas personales.- Como se desprende de su designación, son aquellas en que el medio de información lo constituye una persona. En otras palabras, estas pruebas son suministradas por personas. Se presenta en el interrogatorio de parte o confesión judicial, el testimonio o la declaración de testigos y el dictamen pericial. En este punto, conviene destacar que toda persona al declarar está obligada a decir la verdad y solo la verdad en todo cuanto fuere preguntado, caso contrario estaría incurriendo en un delito, conforme lo establece el Art. 270 del Código Orgánico Integral Penal, que se refiere al perjurio y al falso testimonio, y que en su parte pertinente señala: “La persona que, al declarar, confesar, informar o traducir ante o a autoridad competente, falte a la verdad bajo juramento, cometa perjurio, será sancionada con pena privativa de libertad de tres

¹⁴ Azula Camacho, Jaime; (2008), *Manual de Derecho Procesal, Tomo VI, Pruebas Judiciales*, Tercera Edición, Bogotá-Colombia; Editorial Temis S. A., páginas 85 a 90.

a cinco años; cuando lo hace sin juramento, cometa falso testimonio, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años”.

Pruebas reales.- Son aquellas en que el medio es una cosa u objeto, como ocurre con los documentos, planos, dibujos, fotografías, etc.

1.4.2. Según la forma como se perciba el hecho objeto de la prueba

Según la forma como se perciba el hecho objeto de la prueba, ésta puede ser directa o indirecta.

Prueba directa.- Se caracteriza porque en ella existe un vínculo inmediato entre el juzgador y el hecho que es objeto de la prueba. En otras palabras, el juez tiene contacto directo con el hecho que se pretende justificar. Como lo indica Carnelutti¹⁵, aquí obra la percepción del juez, como ocurre en la inspección judicial.

Prueba indirecta.- Se caracteriza porque la información o el conocimiento de los hechos los obtiene el juzgador por conducto de una persona o un objeto. En esta modalidad, según el mismo Carnelutti, obra la deducción. En este caso, debe distinguirse el objeto de la prueba del objeto de la percepción. En efecto, el juez no aprecia directamente el hecho, como acontece con la inspección (cuando se produce el derrumbe de una edificación), sino que percibe con sus sentidos la información que le suministra la persona que tiene el conocimiento efectivo de los hechos (caso de la declaración del testigo que narra situaciones acaecidas en el pasado).

1.4.3. Según el valor de la prueba

Según el valor de la prueba, ésta se divide en prueba plena, perfecta o completa; y prueba semiplena, imperfecta o incompleta.

¹⁵ Carnelutti, Francesco; (1955), *La prueba Civil*, Buenos Aires-Argentina; Ediciones Ayarú, págs. 53 a 55.

Prueba plena, perfecta o completa.- Produce en el juzgador la absoluta convicción o certeza de que los hechos acontecieron en la forma que se infiere de los medios allegados al proceso. Con fundamento en esta clase de prueba, el juez puede acoger la pretensión formulada por el demandante o las excepciones invocadas por el demandado.

Prueba semiplena, imperfecta o incompleta.- Esta prueba no produce en el juzgador el conocimiento de los hechos o, lo que es lo mismo, este no obtiene con los medios empleados la convicción necesaria para darlos por demostrados. Cuando se presenta esta clase de prueba, el juez no puede despachar favorablemente las peticiones de la demanda ni condenar a quien se le imputa la comisión de un delito, porque estas pruebas resultan insuficientes.

1.4.4. Según la oportunidad en que se practique

Según la oportunidad en que se practique, la prueba puede ser procesal o extraprocesal.

Prueba procesal.- Es la que se practica en el curso del proceso, es decir dentro del proceso y en la oportunidad destinada para ello, cumpliendo los requisitos exigidos para que el juzgador pueda apreciarla al proferir su decisión.

Prueba extraprocesal.- Es la que se practica fuera del proceso, sea para hacerla valer en un futuro, en cuyo caso se la denomina también prueba anticipada, o en otra actuación, como la necesaria para establecer determinadas calidades con el fin de saber si puede tomar posesión de un cargo. Esta prueba extraprocesal, por su parte, de acuerdo al funcionario que la practique, puede ser judicial o extrajudicial. Judicial es la que se practica por un funcionario que pertenece a esa rama del poder público y constituye la regla general; y, extrajudicial, es la que se practica por un funcionario que no pertenece a la función jurisdiccional, como ocurre cuando un comisario de policía recepta la declaración de un testigo.

1.4.5. De acuerdo con la contradicción

De acuerdo con la contradicción, se divide en controvertida y no controvertida.

Prueba controvertida.- Es aquella que se practica con intervención de la parte contra quien se hace valer. Ocurre con todas las que se surten en el proceso, por cuanto en él están presentes las partes que intervienen en la controversia. Así mismo con las practicadas extraproceso, cuando la actuación se realiza con citación de la futura contraparte, requisito que, como regla general, consagra el Código de Procedimiento Civil con respecto a todos los medios probatorios, aplicable a los demás ordenamientos que siguen sus lineamientos, como el laboral y el contencioso administrativo.

Prueba no controvertida o sumaria.- Es la que se recibe sin que medie citación de la parte contra quien se hace valer. Esa prueba se obtiene antes del proceso y sin la intervención de la futura contraparte.

1.4.6. Según la fuente

Según la fuente, la prueba puede ser simple o compleja. Esta concepción es obra de Carnelutti, para quien fuente es el hecho del cual el juez obtiene o extrae la conclusión.¹⁶

Prueba simple.- La prueba es simple, cuando la fuente proviene de un solo medio probatorio al cual la norma le otorga poder de convicción, como sucede con la escritura pública respecto a la comparecencia de las partes y lo manifestado por ellas.

Prueba compleja.- La prueba es compleja cuando la fuente emana de varios medios probatorios, como es lo usual. Tiene ocurrencia cuando el juez acepta los hechos que se desprenden de las declaraciones de los testigos, del interrogatorio de las partes, etc.

1.4.7. Atendida su finalidad

Atendida su finalidad, es decir aquello que persiga quien propone la prueba, éstas pueden ser acusatorias o de cargo y absolutorias o de descargo.

¹⁶ Francesco Carnelutti, obra citada, pág. 196.

Prueba acusatoria o de cargo.- Es aquella que tiende a demostrar la existencia de los hechos para que pueda acogerse la pretensión.

El término acusatorio tiene aplicación en el campo penal y específicamente se contrae a demostrar el hecho constitutivo del delito y su autor, para que el juez reconozca la responsabilidad y aplique la correspondiente sanción.

El vocablo de cargo opera en materia civil y las ramas que siguen su orientación, como la laboral y la contencioso administrativa, en las que obra la carga de la prueba con respecto a la parte que desee obtener determinado pronunciamiento, correspondiéndole demostrar los supuestos de hecho que fundan la aplicación o reconocimiento del derecho reclamado.

Prueba absolutoria o de descargo.- Es la que se dirige a establecer la existencia o inexistencia de hechos que funden una decisión favorable al acusado u opositor. De la misma manera que la anterior, se utiliza el término absolutoria para los asuntos penales y con relación al sindicado o acusado; y, el vocablo descargo, para los asuntos civiles y con relación al demandado, en el sentido de establecer hechos que dejen sin fundamento las pretensiones del demandante.

1.4.8. Si constituyen requisito para la existencia del acto jurídico

Si constituyen requisito para la existencia del acto jurídico, las pruebas pueden ser sustanciales o *ad solemnitatem* o *ad substantiam actus*; y formales o *ad probationem*.

La doctrina suele tomar como referencia para esta modalidad la finalidad de la prueba, pero preferimos dejarla exclusivamente para las de cargo y descargo.

Prueba sustancial, *ad solemnitatem* o *ad substantiam actus*.- Es aquella que está sujeta a determinadas formalidades para que el acto sustancial surja a la vida jurídica. La formalidad cumple una doble función: es, por un lado, requisito para el acto jurídico; y, por otro, medio para establecerlo. Se presenta en la compra venta de inmuebles, de la servidumbre y los derechos herenciales, así como en la constitución de hipoteca, que requieren de escritura pública.

Prueba formal, preconstituida o *ad probationem*.- Es el documento que dejan las partes para establecer un acto jurídico que no requiere cumplir con ese requisito, pero que se observa con el objeto de establecer la prueba de su existencia para un futuro proceso. Así, por ejemplo, el contrato de arrendamiento es esencialmente consensual y queda perfeccionado, por tanto, una vez las partes acuerdan el objeto y la renta, que son sus dos elementos esenciales, pero se hace constar en un documento con el objeto de probar su existencia.

1.4.9. Según su función

Según su función, pueden ser históricas o críticas.

Prueba histórica.- Es la que consiste en la narración de los hechos. En esta clase de prueba el conocimiento de los hechos le llega al juzgador mediante el relato que de ellos hacen las personas, como son los testigos y peritos, o por conducto del objeto que los contiene, como ocurre con los documentos.

Prueba crítica.- Es cuando el contacto entre el juzgador y el hecho objeto de la prueba es directo, lo cual le permite llegar a determinadas conclusiones o juicios mediante el empleo de las reglas de experiencia, como acontece con la inspección judicial.

1.4.10. Según su categoría

Según su categoría, las pruebas pueden ser principales o supletorias.

Prueba principal.- Es la llamada en primer lugar a establecer o probar el hecho.

Las pruebas supletorias.- Son aquellas que sirven para probar el hecho a falta de la principal.

1.4.11. Según la forma como obre en el proceso

Según la forma como obre en el proceso, la prueba puede ser originaria o independiente y trasladada o prestada.

Prueba originaria o independiente.- Como la denomina Bentham¹⁷, es la que se practica y hace valer en el mismo proceso, que es la regla general.

Prueba trasladada o prestada.- Es la que se practica en un proceso y se hace también valer en otro. En esta clase de prueba, el juez conserva la facultad de apreciarla, valorarla y darle el mérito probatorio que en su juicio merezca. Para el traslado de la prueba, es necesario reunir los siguientes requisitos:

- Que en el primer proceso se hayan practicado válidamente.
- Que el traslado al segundo proceso sea pedido y solicitado en tiempo oportuno. Sea expedida en copia auténtica.
- Que en el proceso originario hayan sido practicadas a petición de parte contra quien se aduce o con audiencia de ella.

Sobre el traslado de la prueba, el Artículo 167 del Código Orgánico General de Procesos señala lo siguiente:

“Artículo 167.- Traslado de la prueba. Por regla general, las pruebas practicadas válidamente en un proceso se podrán trasladar a otro, en copia certificada, y para su apreciación será necesario que en el proceso original se haya practicado a pedido de la parte contra quien se la quiere hacer valer o que esta haya ejercido su derecho de contradicción.

Se exceptúan los casos que la ley expresamente deniega este traslado”.

1.5. Carga de la Prueba

Guillermo Cabanellas, define a la Carga de la Prueba como “la obligación de probar lo alegado, que corresponde a la parte que afirma, en virtud del principio latino: *“actori*

¹⁷ Bentham, Jeremías; (1825), *Tratado de las Pruebas*, Tomo I, París, pág. 35.

incumbit onus probandi" (al actor le incumbe la carga de la prueba), mientras al demandado sólo le corresponde la prueba de las excepciones por él opuestas".¹⁸

En términos generales, es obligación del actor probar los hechos que alega y que ha negado el demandado. No obstante, cada parte está obligada a probar los hechos que alega. Esto significa que tanto actor como demandado pueden presentar las pruebas que consideren pertinentes para justificar sus asertos.

El ***onus probandi*** (o **carga de la prueba**) es una expresión latina del principio jurídico que señala quién está obligado a probar un determinado hecho ante los tribunales.

El fundamento del *onus probandi* radica en un viejo aforismo de derecho que expresa que "lo normal se presume, lo anormal se prueba". Por tanto, quien invoca algo que rompe el estado de normalidad, debe probarlo ("*affirmanti incumbit probatio*": a quien afirma, incumbe la prueba). Básicamente, lo que se quiere decir con este aforismo es que la carga o el trabajo de probar un enunciado debe recaer en aquel que rompe el estado de normalidad (el que afirma poseer una *nueva* verdad sobre un tema).

En el **Derecho procesal**, se dice que quien tiene la titularidad de la carga de la prueba es la parte que persigue los efectos jurídicos en función de los hechos que sustentan su pretensión (Teoría de Michelli - Teoría de la Carga de la Prueba según el efecto jurídico perseguido por las partes); asimismo, dichos presupuestos deben estar contemplados en la norma con la finalidad de que sean de aplicación en el proceso mismo. En caso contrario, la misma no se le aplicará, quedando sin sustento su pretensión o defensa (Teoría de Rosemberg - Teoría Normativa). La carga de la prueba durante el litigio tiene una doble dimensión: una carga de prueba formal, al corresponder a las partes probar los hechos introducidos en sus alegaciones y una carga de prueba material, al ofrecer al tribunal un criterio para resolver dudas sobre medios probatorios desestimando las pretensiones según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos inciertos.

¹⁸ Cabanellas, Guillermo; (1998), *Diccionario Jurídico Elemental*, Buenos Aires Argentina; Editorial Heliasta, pág. 63.

Según Percy Chocano Núñez, la carga de la prueba no puede ser predeterminada por la ley, sino que su distribución se debe basar en dos principios: el *principio ontológico* y el *principio lógico*.

El principio ontológico determina la carga de la prueba sobre la base de la naturaleza de las cosas de modo tal que se presumen determinados hechos sobre la base de las cualidades que generalmente tienen las personas, cosas o fenómenos y en consecuencia debe probarse lo contrario; por ejemplo, si se presume la inocencia de las personas es porque estas generalmente no cometen delitos y en consecuencia lo extraordinario será que sí los cometan, siendo lo extraordinario lo que debe probarse frente a lo ordinario, que es lo que se presume.

El principio lógico, por su parte, considera que es más fácil probar las afirmaciones positivas que las afirmaciones negativas, de modo tal que quien hace una afirmación positiva tiene que probar frente al que hace una afirmación negativa (proponer lo contrario es lo que se denomina prueba inquisitorial o prueba diabólica). Ello implica que en realidad la carga de la prueba no le corresponde a quien afirma un hecho, sino a quien se encuentra en mejor capacidad para probar.

Por último, la doctrina considera que, de haber una contradicción entre el principio ontológico y el principio lógico, debe preferirse el primero.

El principio general es que las partes intervinientes en el proceso deben probar los hechos que alegan como fundamento de sus pretendidos derechos, esto no significa que estén obligados a ello, puesto que la parte que incurre en negligencia probatoria solo se perjudica a sí misma. Por eso se habla de carga y no de obligación de la prueba. Distinta situación es la que ocurre en el proceso penal en el que un funcionario, el fiscal, tiene la obligación de probar los hechos que sustentan la acusación, siendo responsable por su negligencia.

El derecho procesal argentino, siguiendo a Rosemberg, sienta un moderno principio rector: “incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o tribunal no tenga el deber de conocer (por ejemplo, el derecho comparado en los casos en que corresponde su

aplicación). Cada una de las partes debe probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión o excepción”¹⁹.

No obstante, es necesario considerar que por el principio de adquisición de la prueba, como hemos visto, cuando hay prueba, no importa si la trajo el que estaba con el peso de la prueba sobre sí o la trajo el adversario.

La carga de la prueba, entonces, no significa que la parte gravada con ella deba necesariamente ser quien suministre o solicite la prueba del hecho que sirve de base a su pretensión o excepción, sino que tan sólo indica a quién interesa la prueba de ese hecho en el proceso.

La prueba surte todos sus efectos independientemente de quien la haya pedido o aportado (parte o inclusive el juez): la exigencia es de que aparezca en el proceso, sin que interese quién la haya llevado.

La carga de la prueba indica a cuál de las partes le interesa demostrar los hechos que constituyen el fundamento de sus pretensiones o excepciones, según se trate de demandante o demandado, mientras que con respecto al juez constituye una manera de evitar la sentencia inhibitoria o el *non liquet* de que hablaban los romanos, indicándole que el pronunciamiento es en contra de la parte sobre la cual ella gravita.

“La carga de la prueba se considera como una *regla de conducta* para las partes, por concretarse a observarla mediante la realización de todas las actuaciones necesarias para establecer los hechos que apoyan su derecho en el proceso, sean las pretensiones o excepciones; mientras que para el juzgador es una regla de juicio, por indicarle la forma como le corresponde pronunciarse y, concretamente, decidir en contra de la parte sobre la cual gravita”.²⁰

Sobre la carga de la prueba, el Artículo 113 del Código de Procedimiento Civil, señala:

¹⁹ De Santo, Víctor; (1991), *Diccionario de Derecho Procesal*, Buenos Aires-Argentina; Editorial Universidad, página 54.

²⁰ Azula Camacho, Jaime; (2008), *Manual de Derecho Procesal, Tomo VI, Pruebas Judiciales*, Tercera Edición, Bogotá-Colombia; Editorial Temis S. A., páginas 85 a 90.

Art. 113.- “Es obligación del Actor probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en el juicio, y que ha negado el reo. El demandado no está obligado a producir pruebas, si su contestación ha sido simple o absolutamente negativa.

El reo deberá probar su negativa, si contiene afirmación explícita o implícita sobre el hecho, el derecho o la calidad de la cosa litigada. Impugnados en juicio una letra de cambio o un pagaré a la orden, por vía de falsedad, la prueba de ésta corresponderá a quien la hubiere alegado”.

Por su parte, el Art. 114 ibídem manifiesta: “Cada parte está obligada a probar los hechos que alega, excepto los que se presumen conforme a la ley. Cualquiera de los litigantes puede rendir pruebas contra los hechos propuestos por su adversario.”

Anteriormente, la doctrina consideraba que la obligación de probar correspondía al actor y en general a quien afirmaba un hecho. En la actualidad, la obligación de probar es una necesidad si se quiere lograr una sentencia favorable; es decir que tanto actor como demandado deben probar los hechos que alegan, cada uno con el propósito de triunfar en la contienda.

Bentham, opinaba al respecto: “No obstante es preciso convenir que el demandante es la parte principalmente interesada en suministrar la prueba. ¿Y por qué es principalmente interesada? Porque en el caso de que su alegación no obtuviese crédito, recaerían sobre él todas las consecuencias perjudiciales”.²¹

En ese orden, corresponde al actor proponer y producir las pruebas con las que pueda justificar las afirmaciones que constan en su demanda. Si el demandado únicamente ha negado los hechos alegados por el accionante, no le corresponderá actuar ninguna prueba, aunque puede proponer contraprueba. Consecuentemente, si el actor justifica los asertos de su demanda, sus pretensiones serán acogidas, caso contrario el juez las rechazará.

Sobre este respecto, el Artículo 157 del Código Orgánico General de Procesos, señala:

²¹ Bentham, Jeremías; (2000), *Tratado de las Pruebas Judiciales*, Tomo II, Santa Fe-Bogotá; Ediciones Nueva Jurídica, pág. 99.

“Necesidad de la prueba. Deben probarse todos los hechos alegados por las partes en la demanda, contestación a la demanda, reconvención y, contestación a la reconvención, salvo los que no requieren ser probados”.

Por su parte, el Artículo 166 ibídem, manifiesta:

“Artículo 166.- Carga de la prueba. Es obligación de la parte actora probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en la demanda y que ha negado la parte demandada.

La parte demandada no está obligada a producir pruebas, pero sí deberá hacerlo si hace afirmaciones explícitas o implícitas sobre el hecho, el derecho o la calidad de la cosa litigada.

La carga de la prueba en materia ambiental sobre la inexistencia de daño potencial o real recaerá sobre el gestor de la actividad o el demandado”.

1.6. Principios de La Prueba Judicial en el marco del Código de Procedimiento Civil en vigencia y del Código Orgánico General de Procesos

A continuación, enunciaremos y analizaremos algunos de los principios de la Prueba Judicial, en el marco del Código de Procedimiento Civil en vigencia y del Código Orgánico General de Procesos.

1.6.1. Principio de la necesidad de la prueba y de la prohibición de aplicar el conocimiento privado del juez sobre los hechos

Este principio tiene relación con la necesidad de que los hechos sobre los cuales debe fundarse la sentencia, se hallen acreditados con pruebas suministradas por cualquiera de los litigantes o por el órgano jurisdiccional, sin que el magistrado pueda suplirlas con el conocimiento personal privado que tenga sobre ellos.

El funcionario jurisdiccional tiene el deber de decidir el proceso y hacerlo de acuerdo con el ordenamiento positivo. Para poder aplicar la disposición es necesario que los hechos que la sustentan estén debidamente probados. La prueba, entonces, es esencial o fundamental, porque el funcionario jurisdiccional solo puede obtener el conocimiento de los hechos por conducto de los medios legalmente allegados al proceso, excluyéndose por consiguiente el conocimiento privado que tenga como persona.

En los procesos, existe la necesidad de fundar la decisión de la causa en base a las pruebas aportadas por las partes.

El Artículo 157 del Código Orgánico General de Procesos, ordena:

“Necesidad de la prueba. *Deben probarse todos los hechos alegados por las partes en la demanda, contestación a la demanda, reconvencción y, contestación a la reconvencción, salvo los que no requieren ser probados”.* Además, indica que “el juez o tribunal no podrá aplicar como prueba su conocimiento propio sobre los hechos materia de la resolución”.

La prohibición de utilizar en el proceso el conocimiento que de los hechos tenga el juez se justifica, fundamentalmente, por la incompatibilidad psicológica que innegablemente existe entre la función del juez y la del testigo.

Para el profesor Carnelutti, “la prohibición de que el juez utilice para el conocimiento del hecho controvertido percepciones que haya obtenido fuera del proceso, o como suele decirse, de valerse de su *saber privado*, puede llevar siempre el resultado de que permanezca desconocido en el proceso un hecho cuyo conocimiento únicamente podría ser suministrado por medios que no están a disposición del juez en el proceso, y por tanto, en aplicación de las reglas sobre carga de la prueba, que sirven precisamente para regular la fijación de los hechos controvertidos *desconocidos* para el juez (no *fijables por ninguno de los medios determinados por la ley*), que el hecho mismo sea

considerado de modo distinto a la verdad. Es decir se le repute existente cuando no existe, o viceversa”.²²

Chiovenda niega también al juez la facultad de servirse, en el ejercicio de su función, del conocimiento que tenga de los hechos en virtud de circunstancias personales. Las partes —dice— no deben presumir este conocimiento; y, en todo caso, no estarían en posibilidad de comprobar la exactitud. El Juez debería comprobar en este caso, por sí mismo, la propia observación, lo que es a juicio de Chiovenda, como de otros procesalistas, “psicológicamente incompatible con su cometido de Juez, pues como tal, debe formarse un convencimiento comprobando imparcialmente las observaciones ajenas (de los testigos, de los peritos, etcétera). El juez ha de obtener la convicción sobre los hechos objeto de prueba, por la práctica de ésta en el proceso, sin que le sea permitido utilizar su conocimiento privado acerca de los mismos”.²³

El profesor De Pina, conocedor del derecho mexicano, opina: ***“No existe en el Derecho vigente, mexicano y extranjero, disposición alguna que autorice al juez para utilizar en el proceso el conocimiento que particularmente tenga acerca de los hechos alegados por las partes”***.²⁴

1.6.2. Principio de la eficacia jurídica y legal de la prueba

Este principio significa 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 modalidades de los hechos afirmados. Postula que si la prueba es necesaria para el proceso, en consecuencia debe tener eficacia jurídica, de manera que lleve al juez al conocimiento real de los hechos en que se funda la pretensión del actor y las excepciones del demandado.

²² Carnelutti, Francesco; (1955), *La prueba civil*, apéndice de Giacomo P. Augenti. Buenos Aires; Ediciones Arayú, pág. 5.

²³ Chiovenda, José; (198), *Principios de derecho procesal civil*, México; Cárdenas Editor y Distribuidor, t. II, pag. 143.

²⁴ De Pina, Rafael; (1942), *Tratado de las pruebas civiles*, México; Editorial Porrúa, p. 95.

Este principio se relaciona con lo que es el objeto o finalidad de la prueba, que consiste en darle al juez la certeza de los hechos a través de las pruebas que las partes aportan en el proceso, es decir que estas pruebas deben tener eficacia jurídica y legal.

1.6.3. Principio del interés público de la función de la prueba

El fin de la prueba es producir la certeza en la mente del juzgador para que pueda decidir la litis conforme a derecho y en base a los elementos que constan en el proceso; de ahí que haya un interés público en la función que desempeña la prueba en el juicio.

Es evidente que existe un interés público manifiesto en la función que desempeñan las pruebas en el proceso, a pesar de que cada parte persigue su propio beneficio. No obstante que son los particulares los que ponen en movimiento los procesos, es claro que existe paralelamente un interés público en su resolución.

En el proceso en general y en la prueba en particular existe, sin lugar a dudas, un interés público, que radica en la administración de justicia, como medio de mantener la paz y armonía social. Además, está consagrado en la Constitución y en el Código Orgánico de la Función Judicial, que la justicia es un servicio público, como lo es la salud o la educación. Existe entonces en la prestación de este servicio un interés público, representado por el ciudadano común, que anhela alcanzar de la justicia una rápida solución a sus conflictos.

1.6.4. Principio dispositivo y de aportación de parte

En base a este principio el juez y las partes actúan en el proceso. En la actualidad, según el Código Orgánico de la Función Judicial y en base a lo que contempla el Código Orgánico General de Procesos, la función del juez es comprometida con la búsqueda de la verdad para adoptar decisiones justas, de tal modo que no puede limitarse a los elementos que le son suministrados por las partes y debe hallarse en permanente disposición de aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente; pero no podrá ir más

allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes de evaluar y someter a crítica las pruebas allegadas al proceso y de evitar, con los mecanismos a su alcance, las hipótesis procesales que dificulten o hagan imposible el fallo.

El Art. 168.6 de la Constitución, señala que “La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios: (...) La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo”.

Esto tiene relación con lo establecido en el Art. 19 del Código Orgánico de la Función Judicial, que señala: “**Principios dispositivo, de intermediación y concentración.**- Todo proceso judicial se promueve por iniciativa de parte legitimada. Las juezas y jueces resolverán de conformidad con lo fijado por las partes como objeto del proceso y en mérito de las pruebas pedidas, ordenadas y actuadas de conformidad con la ley.”

Por su parte, el Art. 4 del Código Orgánico General de Procesos, señala: “**Iniciativa procesal.** La iniciativa en el proceso corresponde a las partes legitimadas, quienes comparecerán con sujeción a las normas que regulan la capacidad procesal. Los órganos jurisdiccionales no podrán iniciar de oficio ningún proceso”.

1.6.5. Principio de la contradicción de la prueba

Consiste en que los distintos medios probatorios se surtan con intervención de la contraparte de quien lo solicitó. Así, por ejemplo, si la prueba la pide el demandante, la contradicción es en favor de la demandada y viceversa. Cuando la prueba se decreta de oficio o por la iniciativa del funcionario jurisdiccional, la contradicción obra en favor de todas las partes.

El principio de contradicción está consagrado en el Art. 76, numeral 7, literal h) de la Carta Fundamental, que manifiesta: “En todo proceso en el que se determinen

derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

(...) 7.- El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

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

Sobre este principio, el Artículo 160 del Código Orgánico General de Procesos, establece: “**Derecho de contradicción de la prueba.**- La parte contra quien se propone una prueba tendrá el derecho de conocerla, discutirla y contradecirla en todo tiempo, hasta que concluya la audiencia de juicio”. Por su parte, el Código Orgánico Integral Penal también contempla este principio en sus artículos 5 numeral 13; y 454 numeral 3.

1.6.6. Principio de la publicidad de la prueba

Consiste en que no puede haber pruebas ocultas, sino que deben ser conocidas por las partes.

Este principio involucra tres aspectos:

a.- Cada parte tiene derecho a enterarse de las pruebas pedidas por la otra. Esto se cumple a través de la notificación de la providencia que las decreta u ordena tener como tales.

b.- Todas las partes tienen derecho a conocer el valor o poder de convicción que el juzgador le da a cada prueba y a todas en su unidad o conjunto. Se aprecia en la motivación que el juez hace al tomar una decisión de fondo.

c.- Cualquier persona tiene la oportunidad de asistir a la práctica de las pruebas, con las excepciones que la ley prevé.

La Carta Fundamental, en su Art. 168, numeral 5, consagra el principio de publicidad y señala: “En todas sus etapas, los juicios y sus decisiones serán públicos, salvo los casos expresamente señalados en la ley.”

Este principio también está establecido en el Art. 76, numeral 7, literal d), de la misma Constitución, cuando manifiesta: “Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento.”

Sobre el principio de publicidad, el artículo 5 numeral 16 del Código Orgánico Integral Penal, señala: “Todo proceso penal es público salvo los casos de excepción previstos en este Código”.

Por su parte, el artículo 13 del Código Orgánico de la Función Judicial, manifiesta: “Las actuaciones o diligencias judiciales serán públicas, salvo los casos en que la ley prescriba que sean reservadas. De acuerdo a las circunstancias de cada causa, los miembros de los tribunales colegiados podrán decidir que las deliberaciones para la adopción de resoluciones se lleven a cabo privadamente (...)”.

1.6.7. Principio de la formalidad y legitimidad de la prueba

La prueba debe estar revestida de requisitos extrínsecos: circunstancias de tiempo, modo y lugar; e intrínsecos: ausencia de vicios (dolo, error, violencia), y de inmoralidad en el medio mismo. La prueba debe provenir de quien se halle revestido de legitimidad para ofrecerla.

Al respecto, el Art. 76, numeral 4 de la Constitución establece: “Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria.” Por su parte, el Art. 117 del Código de Procedimiento Civil, señala: “Sólo la prueba debidamente actuada, esto es aquella que se ha pedido, presentado y practicado de acuerdo con la ley, hace fe en juicio.”

Sobre este tema, el artículo 155 del Código Orgánico General de Procesos señala que “La o el juez o tribunal declarará la improcedencia de los medios probatorios cuando se

hayan obtenido con violación de la Constitución y la ley o cuando carezcan de idoneidad, pertinencia y utilidad”; y, el Artículo 159 íbidem, manifiesta: “Para que las pruebas sean apreciadas por la o el juez o tribunal deberán solicitarse, practicarse e incorporarse dentro de los términos y oportunidades señaladas en este Código”.

1.6.8. Principio de la legitimación para la prueba

Este principio exige que la prueba provenga de un sujeto legitimado para solicitarla o en su caso disponerlas; es decir, las partes o el juez. Solo las partes legitimadas –actor y demandado- pueden actuar en el proceso y están facultadas para solicitar y presentar pruebas.

La prueba debe ser aportada por quien se halle revestido de legitimidad para ofrecerla. El Art. 4 del Código Orgánico General de Procesos, se refiere a la Iniciativa Procesal y señala que ésta corresponde a las partes legitimadas.

1.6.9. Principio de preclusión de la prueba

Significa que el medio probatorio y las distintas etapas que lo integran, como la proposición o petición, ordenación o decreto y práctica, se surtan en la oportunidad señalada por el respectivo ordenamiento procesal.

Por regla general, para que las pruebas sean apreciadas por el juez, deberán solicitarse, practicarse e incorporarse al proceso dentro de los términos y oportunidades que señala la ley.

El principio de preclusión de la prueba, obliga a la parte interesada en aportarla, para que la proponga y presente dentro de los términos establecidos en la ley, a fin de que éstas surtan los efectos legales pertinentes. De otro modo, la prueba no podrá ser considerada por el juez, por haber sido presentada de manera extemporánea.

La prueba debe ser actuada en el momento procesal pertinente. Así, el artículo 159 del Código Orgánico General de Procesos, señala: “*Para que las pruebas sean apreciadas*

por la o el juez o tribunal deberán solicitarse, practicarse e incorporarse dentro de los términos y oportunidades señaladas en este Código (...)”.

Por su parte, el artículo 161 *ibídem*, manifiesta: “**Oportunidad para la recepción de la prueba.**- La prueba que sirva de base para la sentencia deberá producirse durante la audiencia de juicio, salvo las excepciones expresamente previstas en la ley”.

1.6.10. Principio de la intermediación y de la dirección del juez en la producción de la prueba

Este principio procura evitar que el debate se convierta en una lucha privada. Permite al juez la apreciación de la prueba; debe estar provisto de facultades para intervenir activamente en las propuestas por los litigantes.

En el ámbito de la prueba como acto procesal, al hablar del principio de inmediatez nos estamos refiriendo a la relación que media entre el juzgador y el medio probatorio. Este principio se cumple de manera particular en cierto tipo de pruebas, como el testimonio y la inspección judicial, con la intervención personal del funcionario jurisdiccional en su práctica. Sin duda, en esto radica la importancia del principio de inmediatez, ya que el juzgador tiene la posibilidad de practicar personalmente la prueba testimonial y la inspección judicial solicitada por las partes dentro del proceso; de suerte que la convicción de éste sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con los medios aportados a tal fin por las partes.

Carnelutti, nos dice: “El conocimiento de un hecho por parte del juez no se puede tener sin que el mismo perciba algo con los propios sentidos; y para ello es inevitable el contacto entre el juez y la realidad acerca de la cual debe juzgar. Ahora bien, ese algo que el juez percibe con los propios sentidos, puede ser el hecho mismo que se debe probar o un hecho distinto”.²⁵

Por el principio de inmediatez, el juez, mediante el contacto directo con los litigantes, la prueba y demás circunstancias de la causa, forma su convicción respecto a la verdad de los hechos, con mayor certeza. Debe entenderse que por el principio de

²⁵ Carnelutti, Francesco; (1955), *La prueba Civil*, Buenos Aires-Argentina; Ediciones Ayarú.

inmediación, el juez al actuar de manera personal en la práctica de las pruebas, logra formarse una idea clara sobre los hechos que se discuten, en base a la valoración de dichos elementos probatorios.

Este principio está consagrado también en la Constitución, en el Art. 75, que señala: “Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de **inmediación** y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley”.

Entiendo que por el principio de inmediación, la Constitución garantiza que las partes participen activamente en los procesos, conjuntamente con el juez, no solo en la etapa probatoria sino en todos los estadios del juicio.

Por su parte, el Art. 4 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, señala: “**Art. 4.- Principios procesales.-** La justicia constitucional se sustenta en los siguientes principios procesales:

(...) **6. Dirección del proceso.-** La jueza o juez deberá dirigir los procesos de forma activa, controlará la actividad de los participantes y evitará las dilaciones innecesarias. En función de este principio, la jueza o juez podrá interrumpir a los intervinientes para solicitar aclaraciones o repreguntar, determinar el objeto de las acciones, encauzar el debate y demás acciones correctivas, prolongar o acortar la duración de la audiencia (...)”.

El principio de inmediación también está consagrado en el Art. 19 del Código Orgánico de la Función Judicial, en cuya parte pertinente, manifiesta:

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

En todos los procesos, el principio de inmediación es la regla general en la medida en que evidencia y justifica la presencia del juez, pues es quien directamente aprehende el conocimiento proporcionado por las pruebas, también es dable que el juez de la causa, para efectos de la práctica de las mismas, comisione a jueces y magistrados con jurisdicción en el lugar, por haberlo solicitado así alguna de las partes que actúan en el proceso.

Sobre este tema, el artículo 6 del Código Orgánico General de Procesos, señala: **“Principio de inmediación.-** Los actos procesales se realizarán ante la o el juez competente. Solo podrán delegar las diligencias que deban celebrarse en territorio distinto al de su competencia”.

En este punto cabe destacar que el Código Orgánico General de Procesos, contempla la posibilidad de que el juez, en la audiencia preliminar, de oficio o a petición de parte pueda rechazar la prueba que por inconducente, impertinente, inútil, repetitiva, irrelevante, o prohibida por la ley, es inadmisibles. Este principio de inmediación en la práctica de la prueba, está consagrado también en el artículo 454 numeral 2 del Código Orgánico Integral Penal.

En los procesos penal y laboral de la generalidad de los países, se consagra satisfactoriamente el principio de la dirección del debate probatorio por el juez.

1.6.11. Principio de la imparcialidad del juez en la dirección y apreciación de la prueba

La imparcialidad de los funcionarios judiciales es un principio fundamental del derecho procesal. Este principio está directamente relacionado con la garantía de imparcialidad del juzgador, garantía que se encuentra de manera expresa en nuestra Constitución, se deduce implícitamente del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, reconocido en el artículo 75 de la Carta Fundamental, dentro de la cual se reconoce el derecho a un Juez independiente e imparcial. El derecho a ser juzgado por un Juez imparcial constituye un elemento del debido proceso, reconocido expresamente en el artículo 8

inciso 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como el artículo 14, inciso 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Aquellas facultades que el órgano jurisdiccional puede ejercer de oficio, cuando ninguna de las partes se lo hubiese requerido e incluso aún, en contra de la voluntad de las mismas; la realización de tareas investigadoras a cargo de un juez, pone en crisis el principio de imparcialidad, porque quiebra la igualdad de las partes, toda vez que el Juez desciende del estrado a desempeñar un papel propio de las partes, ajeno por completo a su función de administrar justicia con imparcialidad.

Muchos opinan que la imparcialidad está íntimamente relacionada con la calidad de actividad que desarrolle el juez. Cuando se conceden facultades de disposición de pruebas de oficio, se están menoscabando los derechos de las partes de someterse a un proceso en igualdad de condiciones; surge así una situación de desigualdad.

Sobre el principio de imparcialidad, el Art. 9 del Código Orgánico de la Función Judicial, determina: “**PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD.-** La actuación de las juezas y jueces de la Función Judicial será imparcial, respetando la igualdad ante la ley. En todos los procesos a su cargo, las juezas y jueces deberán resolver siempre las pretensiones y excepciones que hayan deducido los litigantes, sobre la única base de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado, la ley y los elementos probatorios aportados por las partes”.

1.6.12. Principio de la concentración de la prueba

Por aplicación de este principio, el juez debe procurar reunir la mayor cantidad de cuestiones debatidas, en el menor número posible de actuaciones y providencias; deberá atender simultáneamente la mayor cantidad de etapas procesales.

La prueba, como regla, debe practicarse de una vez, en una misma etapa del proceso, pues la practicada por partes o repetida pone en peligro el debido cotejo y apreciación.

El principio de concentración facilita la economía procesal, ya que persigue que en la audiencia de pruebas se reúnan los medios en un solo acto.

Sobre el principio de concentración, la Constitución de la República en el Art. 168 numeral 6, señala: “La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo.”

De manera coherente con lo dicho en la Carta Fundamental, este principio de concentración también se halla consagrado en el artículo 19 del Código Orgánico de la Función Judicial y en el artículo 5 numeral 12 del Código Orgánico Integral Penal.

1.6.13. Principio de la pertinencia, idoneidad o conducencia y utilidad de la prueba

El tiempo y la labor de los funcionarios judiciales y de los litigantes, en esta etapa de la causa, no debe perderse en recibir medios probatorios que por sí mismos o por su contenido de ninguna manera sirvan para los fines propuestos y resulten manifiestamente improcedentes o no idóneos. Se contribuye así a la eficacia procesal de la prueba.

Los principios de admisibilidad, idoneidad y pertinencia de la prueba, se enuncian en los artículos 155 y 156 del Código Orgánico General de Procesos; y se relacionan con los principios de buena fe y lealtad procesal, y de la verdad procesal que consagran los artículos 26 y 27 del Código Orgánico de la Función Judicial.

Sobre este tema, el artículo 156 del Código Orgánico General de Procesos, señala: **“Idoneidad y pertinencia de la prueba.-** La idoneidad de la prueba consiste en la aptitud del contenido intrínseco y particular del medio probatorio para demostrar los hechos que se alegan en cada caso”.

Por su parte, el artículo 155 ibídem, establece que “Para ser admitida, la prueba debe reunir los requisitos de pertinencia, idoneidad, utilidad y ha de practicarse conforme con la ley con lealtad y veracidad”. Esta disposición faculta al juez para que en la audiencia

preliminar, de oficio o a petición de parte pueda rechazar la prueba que no reúna estos requisitos, es decir que sea inadmisibile.

1.6.14. Principio de la evaluación o apreciación de la prueba

La prueba debe ser objeto de valoración en cuanto a su mérito para llevar al órgano jurisdiccional el convencimiento acerca de los hechos que interesan al proceso. No se concibe un proceso moderno, sin que el magistrado tenga libertad para evaluar las pruebas allegadas conforme a las reglas de la sana crítica y facultades inquisitivas para obtenerlas.

El Art. 115 del Código de Procedimiento Civil, dispone: “La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos.

El juez tendrá obligación de expresar en su resolución la valoración de todas las pruebas producidas”.

La jurisprudencia considera que la “apreciación conjunta de la prueba consiste en la actividad intelectual que debe realizar el juzgador de instancia analizando y conjugando los diversos elementos probatorios, y a través de la cual llega al convencimiento homogéneo, sobre el cual habrá de edificar su fallo estimatorio o desestimatorio: que son ciertas las alegaciones de hecho en que el demandante basa sus pretensiones o el demandado sus defensas; o que no lo son”.²⁶

Es normal que las partes soliciten varios medios probatorios para demostrar los hechos que alegan, porque generalmente un solo medio resulta insuficiente. Cuando hay pluralidad de medios, el juez tiene que analizarlos en su conjunto, sin considerar la parte que haya tomado la iniciativa para que se practiquen. En esto consiste el principio de unidad de la prueba, cuya importancia radica en que al juez le corresponde dar por

²⁶ Sent., 14 junio de 1982, citado por Azula Camacho, Jaime; (2008), *Manual de Derecho Procesal, Tomo VI, Pruebas Judiciales*, Tercera Edición, Bogotá-Colombia; Editorial Temis S. A., pág 7

establecidos los hechos en relación con los cuales exista armonía o concordancia entre los distintos medios probatorios.

Por el principio de unidad de la prueba, la apreciación o valoración de la prueba comprende su estudio crítico de conjunto, ya sea de los diversos medios suministrados por una parte para demostrar sus alegaciones de hecho y de los que la otra aportó para desvirtuarlas u oponer otros hechos, así como también de los que el juez decretó oficiosamente.

Sobre este punto, el artículo 159 del Código Orgánico General de Procesos, en su parte pertinente, manifiesta: *“(...) La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia y validez de ciertos actos.*

La o el juez o tribunal tendrá obligación de expresar en su resolución la valoración de todas las pruebas producidas”.

1.6.15. Principio de la carga de la prueba y de la autorresponsabilidad de las partes por su inactividad

Este principio significa que la necesidad de aportar la prueba de ciertos hechos recae sobre una de las partes, sea porque los invoca a su favor o porque de ellos se infiere lo que solicita, o porque el opuesto goza de presunción o de notoriedad o es una negación indefinida.

De esto resulta el principio de la carga de la prueba, que contiene una regla de conducta para el órgano jurisdiccional, en virtud de la cual, cuando falta la prueba del hecho que sirve de presupuesto a la norma jurídica que una parte invoca a su favor, debe dictar sentencia en contra de esa parte.

Implica autorresponsabilidad de las partes por su conducta en el proceso, al disponer que si no aparece en este la prueba de los hechos que las benefician y la contraprueba de los que, comprobados a su vez por el adversario, pueden perjudicarlas, recibirán una resolución desfavorable.

1.6.16. Principio de la oralidad en la práctica de la prueba

El sistema oral, incuestionablemente, favorece la inmediación, la contradicción y la mayor eficiencia de la prueba, por lo que debe aplicarse para recepción, en audiencia, de las pruebas personales.

La Constitución de la República, en el Art. 168, numeral 6, señala que: “La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo.” Lo cual es corroborado con lo prescrito en el artículo 5 numeral 11 del Código Orgánico Integral Penal.

Sobre la oralidad, el artículo 3 del Código Orgánico General de Procesos, señala: **“Proceso oral por audiencias.-** El proceso se cumple en forma oral a través de audiencias, salvo las actuaciones que expresamente deban realizarse por escrito o estén amparadas por reserva”.

Respecto a la oralidad de los procesos, el Código Orgánico de la Función Judicial establece en el Art. 18 lo siguiente: **“Sistema-medio de administración de justicia.-** El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, oralidad, dispositivo, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades”.

1.6.17. Principio de la lealtad y probidad o veracidad de la prueba

La prueba no debe utilizarse para deformar u ocultar la realidad. Este principio contiene aspectos que rigen también para el proceso en general, conocidos más bien como el principio de la buena fe y la lealtad procesal.

Nuestra legislación considera que producir pruebas para engañar al juzgador, se convierte en fraude procesal.

La mala fe, la deslealtad procesal y la presentación de pruebas deformadas, está expresamente prohibido a los abogados patrocinadores, conforme lo señala el Artículo 335 numeral 9 del Código Orgánico de la Función Judicial.

El artículo 26 del Código Orgánico de la Función Judicial, que se refiere al principio de buena fe y lealtad procesal, señala:

“En los procesos judiciales las juezas y jueces exigirán a las partes y a sus abogadas o abogados que observen una conducta de respeto recíproco e intervención ética, teniendo el deber de actuar con buena fe y lealtad. Se sancionará especialmente la prueba deformada, todo modo de abuso del derecho, el empleo de artimañas y procedimientos de mala fe para retardar indebidamente el progreso de la litis.

La parte procesal y su defensora o defensor que indujeren a engaño al juzgador serán sancionados de conformidad con la ley”.

Sobre este respecto, la ex Corte Suprema de Justicia, en uno de sus fallos, manifiesta: “En relación a éste tema, Benigno Cabrera dice: “El juez es sin duda el principal sujeto del proceso, pues le corresponde dirigirlo e impulsarlo para que atraviese por las distintas etapas del procedimiento con la mayor celeridad; tiene también la obligación de controlar la conducta de las partes para evitar la mala fe, el fraude procesal, la temeridad y cualquier otro acto contrario a la dignidad de la justicia o a la lealtad y probidad, y derecho concernientes a esa valoración, y si tal violación ha conducido indirectamente a la violación de normas sustantivas en la sentencia”.²⁷

²⁷ Primera Sala, Corte Suprema de Justicia: Resolución No. 48-2003 de 17-II-2003, Registro Oficial No. 66 de 22-IV-2003.

CAPITULO II

VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL MARCO DEL ACTUAL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL Y DEL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS

2.1. La valoración de la prueba

Como regla general puede decirse que la valoración o apreciación de la prueba corresponde al momento procesal en que debe adoptarse alguna decisión sobre los hechos de la causa o de ciertos problemas incidentales.

La ex Corte Suprema de Justicia, en varios fallos ha señalado:

“La valoración de la prueba es una operación mental o intelectual, y en esta operación el juzgador debe examinar separadamente los elementos de prueba aportados por las partes con que pretenden demostrar los hechos afirmados, ya sea en la demanda ya sea en la contestación de la misma. Luego, el juzgador debe estudiarlas comparativamente, en forma tal que la conclusión a que llegue sea el producto de una verdadera síntesis de la totalidad de los elementos de prueba y los hechos que en ellos se contiene. En este proceso mental el Juez ha de aplicar las reglas de la sana crítica, las cuales no constan en normas de derecho positivo, sino son reglas de lógica y de experiencia humana, suministradas por la psicología, la sociología y la técnica, que permiten al juzgador distinguir lo que es verdadero y lo que es falso.”²⁸

Por su parte, el maestro Couture afirma: “Ya no se trata de saber que es en sí misma la prueba, ni sobre que debe recaer, ni por quien o como debe ser producida. Se trata de señalar con la mayor exactitud posible, como gravitan y qué influencia ejercen los diversos medios de prueba, sobre la decisión que el magistrado debe expedir”²⁹.

Es de entender que en el Derecho Probatorio, no solo se reglamenta a través de normas procedimentales sino que también en algunas normas sustanciales y que en ambas reglamentaciones encontraremos las pruebas que están ahí para resolver con certeza la controversia y 2 sistemas por los cuales se les da una valoración que como veremos podrá ser objetiva o subjetiva, es decir, “*si el juez debe y puede libremente valorar la prueba, estamos frente al sistema de la libre valoración (o libre convicción)*;

²⁸ Primera Sala, Corte Suprema de Justicia, Resolución No. 69 de 15-IV-2004, Registro Oficial No. 424 de 20-IX-2004.

²⁹ Couture, Eduardo J; (1981), *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires-Argentina; Ediciones Depalma.

cuando el legislador señala el valor de la prueba estamos frente al sistema de la tarifa legal.³⁰

Ahora bien, a estas formas de valorar la prueba es a lo que la doctrina llama sistemas de valoración de la prueba; y que son: sistema de la sana crítica, sistema de la libre convicción y sistema de la prueba legal o tarifa legal.

2.1.1. La Sana Crítica

Las reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba, con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas.

Las reglas de la sana crítica, entendidas como normas de criterio fundadas en la lógica y en la experiencia, no constituyen un sistema intermedio entre el de las pruebas legales y el de las libres convicciones (Alsina, Sentis Melendo), sino un modo particular de designar al sistema de la libre apreciación de la prueba.

Sistema de la SANA CRITICA. (o de la "sana lógica"). Conforme a este sistema, el Juez tiene *libertad* para apreciar el valor o grado de eficacia de las pruebas producidas.

Pero, el sistema no autoriza al Juez a valorar arbitrariamente, sino que por el contrario, le exige que determine el valor de las pruebas haciendo *un análisis razonado de ellas*, siguiendo las reglas de la lógica, de lo que le dicta su experiencia, el buen sentido y el entendimiento humano. Y como consecuencia de esto, le exige al Juez que funde sus sentencias y exprese las razones por las cuales concede o no eficacia probatoria a una prueba.

Sobre este tema, la Corte Suprema de Justicia ha pronunciado:

“Al determinar la ley que el juez apreciará la prueba con las reglas de la sana crítica, se consagra en definitiva su libertad para examinarla, ponderarla, comparar las

³⁰ Parra Quijano, Jairo; (2000), *Manual de Derecho Probatorio*. Capítulo IX, Sistemas para la valoración de la prueba, Bogotá; Editora Temis. Pág. 109.

pruebas producidas unas con otras, y preferir aquellas que su juicio tienen mayor credibilidad en relación al asunto que se discute en el proceso. Operación intelectual que el juez realiza con todo el acervo de su experiencia humana, que es variable y contingente, pues depende de circunstancias locales y temporales, pero que deberá hacerlo dentro de la racionalidad y aplicando las reglas de la lógica, que son estables y permanentes. Es por eso que la sana crítica no le permitirá hacer una valoración absurda, o que contraría las reglas de la experiencia humana, pues si tal situación se detectara en una sentencia, el tribunal de casación sí tendría atribución para corregirla.”³¹

Cabe mencionar que la sana crítica no está definida en ningún código y tampoco se podrán encontrar sus reglas en ningún texto legal.

Sobre este punto, la Corte Suprema de Justicia ha señalado:

“Como lo dijo esta Sala en la Resolución No. 127 de 14 de junio del 2002, publicada en el Registro Oficial No. 360 de 31 de julio del mismo año, "la sana crítica no está definida en ningún Código y que tampoco se podrán encontrar sus reglas en ningún texto legal. Tal cosa sería imposible, pues no son sino las reglas del correcto entendimiento humano, en el que se juntan la lógica del raciocinio y la experiencia personal del juez; son como las describe Friedrich Stein: "Definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos" (El conocimiento privado del juez, TEMIS, Santa Fe de Bogotá, 1999, página 27)".³²

El juez, después de haber recolectado todas las pruebas, determina qué valor le debe dar a cada una y a todas en conjunto, para proferir su fallo: declarar con lugar o sin lugar la demanda.

³¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- PRIMERA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL.- Quito, 26 de mayo de 2003; las 10h:30. Gaceta Judicial. Año CIV. Serie XVII. No. 13. Página 4110.

³² Gaceta Judicial. Año CIV. Serie XVII. No. 13. Página 4110.

Para tal efecto, opera la “Sana Crítica”, como sistema de valoración probatoria por la cual, el legislador faculta al juzgador para establecer su convencimiento a través de la certeza inferida de la masa de pruebas, de acuerdo a su libre criterio, regulado tan solo por la sana razón, las formas procesales, el objeto y tema de la prueba y exigiéndole la motivación de sus providencias. Esta valoración se da gracias al convencimiento del juez, al sentimiento de certeza que logre al haber adquirido todo el conocimiento sobre el caso.

Este sistema está consagrado en el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, que ordena a los jueces valorar la prueba en conjunto, en base a las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley.

Por su parte, el artículo 159 del COGEP, que se refiere a la valoración de la prueba, en su parte pertinente señala textualmente lo mismo, es decir también contempla el sistema de la sana crítica en la valoración de la prueba.

De lo anterior, se establece que la sana crítica tiene las siguientes características:

- a.- La libre apreciación debe ser razonada, no arbitraria;
- b.- El resultado de la apreciación razonada de la prueba debe ser explicado en el fallo, en su motivación;
- c.- Las formalidades exigidas para los actos procesales probatorios y en general para el proceso, no constituyen limitación a la sana crítica;
- d.- Tiene como fin la búsqueda de la verdad;
- e.- Requiere de la iniciativa oficiosa del juez en la producción de la prueba.

“Consecuentemente, hay entonces libertad de apreciación para el sujeto protagonista de esta etapa –juez- lo que genera un fallo basado en su íntima convicción y demanda una gran preparación de su parte, pues a diferencia de la tarifa legal, el juez no tiene parámetros rígidos determinados por el legislador que le otorgan valor a cada prueba”.³³

³³ Manual de Talleres. *VII Seminario Taller Internacional de Derecho Multidisciplinario*. Santo Domingo de los Tsáchilas, del 27 al 31 de mayo del 2013. Págs. 110 y 111.

Al respecto, la jurisprudencia señala:

“Las reglas de la sana crítica son reglas de lógica y de la experiencia humana suministradas por la psicología, la sociología, otras ciencias y la técnica, que son las que dan al juez conocimiento de la vida y de los hombres y le permiten distinguir lo que es verdadero y lo que es falso. Este artículo no contiene, entonces, una regla sobre valoración de la prueba sino un método para que el juzgador valore la prueba. El juzgador de instancia para llegar al convencimiento sobre la verdad o falsedad de las afirmaciones de las partes concernientes a la existencia de una cosa o a la realidad de un hecho, puede libremente acoger elementos de prueba aportados por el actor y, asimismo, desestimar elementos de prueba aportados por el demandado. El Tribunal de Casación no tiene atribuciones para rehacer la valoración de la prueba realizada por el tribunal de instancia ni para pedirle cuenta del método que ha utilizado para llegar a esa valoración que es una operación netamente mental”³⁴.

2.1.2. La Libre Convicción

En cuanto a la libre convicción, debe entenderse por tal aquel modo de razonar que no se apoya necesariamente en la prueba que el proceso exhibe al juez, ni en medios de información que pueden ser fiscalizados por las partes. Basta que él afirme que tiene la convicción moral de que los hechos han ocurrido de tal manera, por medio de un convencimiento libre, conocimiento intuitivo, saber privado del juez respecto de los hechos que debe apreciar.

Dentro de este método el magistrado adquiere el conocimiento de la verdad con la prueba de autos, fuera de la prueba de autos y aun contra la prueba de autos.

Prueba libre es aquella actividad procesal de parte mediante la que se pretende convencer al juez de la existencia o inexistencia de aquellos datos lógicos que habrá de tenerse en cuenta a la hora de dictar el fallo.

³⁴ Gaceta Judicial. Año CII. Serie XVII. No. 5. Página 1244. (Quito, 31 de enero de 2001).

En el sistema de valoración, el juez es plenamente libre a la hora de dar determinado valor al resultado de una prueba de cara a la sentencia que dicte. Esta prueba presenta un importante límite, esto es, el hecho de que el juez debe motivar la resolución en base a la ley.

Es la potestad conferida al juez para determinar sobre las pruebas, de modo libre, su propio convencimiento, esto es, para definir por sí mismo el valor de ellas. El juez debe examinar y apreciar las pruebas de conformidad con su raciocinio y su conciencia

Ejemplos: Prueba testifical, peritos o la inspección ocular del juez.

En este sistema se otorga absoluta libertad al juez, éste puede apreciar con entera libertad las pruebas e incluso apartarse de ellas, dictando la sentencia conforme a lo que le dicta su conciencia o íntima convicción. Como consecuencia de esto, el sistema no exige al juez que exprese las razones por las cuales concede o no eficacia a una prueba.

2.1.3. La Prueba Tasada

La Prueba Tasada, conocida también como Prueba Legal o Tarifa Legal, es la que persigue aquella actividad tendente a fijar como dados los hechos necesitados de prueba en virtud de unas reglas de valoración legal.

Couture afirma: "Pruebas legales son aquellas en las cuales la ley señala por anticipado al Juez el grado de eficacia que debe atribuir a determinado medio probatorio"³⁵.

Conocido también como sistema de valoración legal, significa que cuando se aplica una norma de prueba legal supone que la ley automáticamente hace derivar unos determinados efectos jurídicos del resultado de la prueba, de manera que la ley impone a juez el valor que a cada medio de prueba habrá de dar. Este sistema en ningún caso supone una valoración arbitraria.

Gozaíni afirma que *"la tarifa legal está sujeta a fórmulas preconcebidas, propias de un sistema donde el legislador todo lo puede, hasta decir cuánto vale el proceso por conseguir la justicia."*³⁶

³⁵ Eduardo Couture, Obra citada, pág.117.

Por su parte, el profesor Hernando Devis Echandía, señala: "Este sistema sujeta al juez a reglas abstractas preestablecidas, que le señalan la conclusión que forzosamente debe aceptar en presencia o por la ausencia de determinados medios de prueba".³⁷

En este sistema interviene la ley, en el sentido de que ella aprecia y estima previamente las pruebas, y de este modo fija las reglas para la formación del convencimiento del juez, imperando no la lógica común, sino la que ha sido definida como lógica oficial y prestada.

Ejemplos: Prueba documental y la prueba de confesión judicial.

Es aquel sistema de valoración de la prueba en donde el juzgador en el momento de apreciar los elementos de prueba, queda sometido a una serie de reglas abstractas preestablecidas por el legislador.

En este sistema es el legislador el que, partiendo de supuestos determinados, fija de modo abstracto la manera de apreciar determinados elementos de decisión, separando esta operación lógica de aquellas que el juez debía realizar libremente por su cuenta.

El sistema de la prueba tasada presenta las siguientes características:

- Se logra uniformidad en las decisiones judiciales en lo que respecta a la prueba.
- El valor de cada medio de prueba se encuentra establecido por la ley, en forma permanente, invariable e inalterable.
- Suple la falta de experiencia e ignorancia de los jueces.
- Impide el rechazo injustificado o arbitrario de medios de prueba aportados al proceso.

Las diferencias entre el sistema de las "pruebas tasadas o legales" y el de la "sana crítica" son claras: en el primero, la valoración de las pruebas es hecha por el legislador

³⁶ GOZAINI, Alfredo Osvaldo; (1995), *La prueba en el proceso civil peruano*, Lima-Perú; Editora Normas Legales. Pág.37.

³⁷ Devis Echandía, Hernando; (1984), *Teoría general del proceso*, Buenos Aires; Editorial Universidad, Tomo I, pág.

en la ley y el juez carece de libertad para valorar; en el segundo, la valoración la hace el juez, éste tiene libertad para valorar pero –como hemos visto– con limitaciones.

2.2. Valoración de la prueba en el marco del actual Código de Procedimiento Civil y del Código Orgánico General de Procesos

“Valorar, en su acepción corriente, es establecer el grado de utilidad o aptitud de una cosa para un determinado objetivo. Referido a la prueba, es el grado de convicción o credibilidad que produce en el juzgador. Mediante la valoración el juez concluye si los hechos materia de la controversia están o no demostrados. La valoración es la etapa final en la actividad probatoria y, por tanto, el resultado de todas las anteriores”.³⁸

“La apreciación o valoración de la prueba es el acto mediante el cual el órgano judicial, en oportunidad de dictar sentencia definitiva, se pronuncia acerca de la eficacia o atendibilidad de aquélla para formar su convicción sobre la existencia de los hechos controvertidos en el proceso (Palacio); o, expresado de otra forma, es la operación mental que tiene por fin conocer el mérito o valor de convicción que puede deducirse de su contenido (Devis Echandía); o la actividad intelectual que realiza el juez para determinar la fuerza probatoria relativa que tiene cada uno de los medios de prueba en su comparación con los demás para llegar al resultado de la correspondencia que en su conjunto debe atribuirles respecto de la versión fáctica suministrada por las partes (Colombo).”³⁹

Sobre la valoración de la prueba, el Artículo 159 del Código Orgánico General de Procesos, establece:

“Valoración de la prueba.- Para que las pruebas sean apreciadas por la o el juez o tribunal deberán solicitarse, practicarse e incorporarse dentro de los términos y oportunidades señaladas en este Código.

³⁸ Azula Camacho, Jaime; (2008), *Manual de Derecho Procesal, Tomo VI, Pruebas Judiciales*, Tercera Edición, Bogotá-Colombia; Editorial Temis S. A, pág. 64.

³⁹ De Santo, Víctor; (1991), *Diccionario de Derecho Procesal*, Buenos Aires-Argentina; Editorial Universidad, pág. 35.

La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos.

La o el juez o tribunal tendrá la obligación de expresar en su resolución la valoración de todas las pruebas producidas”.

La norma transcrita, guarda consonancia con lo que establecen los artículos 115 y 117 del Código de Procedimiento Civil en vigencia.

La disposición constante en el Art. 115 del Código de Procedimiento Civil, tiene armonía con lo previsto en el Art. 207 del mismo cuerpo legal, que textualmente manifiesta:

“Los jueces y tribunales apreciarán la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos conforme a las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta la razón que éstos hayan dado de sus dichos y las circunstancias que en ellos concurren.”

Sobre este respecto, el artículo 192 del Código Orgánico General de Procesos, señala: **“Valoración de la prueba testimonial.-** La o el juez o tribunal, valorará el testimonio en el contexto de toda la declaración rendida y en relación con las otras pruebas presentadas”.

Por su parte, el artículo 117 del Código de Procedimiento Civil manifiesta que “sólo la prueba debidamente actuada, esto es aquella que se ha pedido, presentado y practicado de acuerdo con la Ley, hace fe en juicio”.

2.3. Facultades de los jueces de instancia en la valoración de las pruebas

Por mandato constitucional, la administración de justicia corresponde a los jueces y tribunales establecidos en la Constitución y la ley.

Los jueces tienen la potestad de administrar justicia, es decir de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Al respecto, el artículo 1 del Código de Procedimiento Civil en su inciso primero, dice: “La jurisdicción, esto es, el poder de administrar justicia, consiste en la

potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en una materia determinada, potestad que corresponde a los tribunales y jueces establecidos por las leyes”.

Por su parte, el artículo 150 del Código Orgánico de la Función Judicial, expresa: “**Art. 150.- JURISDICCION.-** La jurisdicción consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. potestad que corresponde a las juezas y jueces establecidos por la Constitución y las leyes, y que se ejerce según las reglas de la competencia”.

En ese orden, la valoración de las pruebas es una facultad que corresponde a los jueces y tribunales de instancia.

Como lo señala el maestro Devis Echandía, el fin de la valoración de la prueba se relaciona con el fin de la prueba misma. No hay duda alguna que el fin consiste en llevarle al juez el convencimiento sobre los hechos a que debe aplicar las normas jurídicas que los regulan; o, dicho de otra manera, la certeza de que conoce la verdad sobre ellos. Se busca la comprobación de los hechos, que será real o formal, según el sistema que la rija; pero una y otra se consigue cuando el juez adquiere el convencimiento sobre ellos.

Se concluye que la doctrina tanto nacional como extranjera es uniforme al precisar que la valoración de la prueba implica explicar las razones por las cuales dichos medios probatorios reafirman o contradicen la pretensión planteada.

En consecuencia, NO HABRÁ ADECUADA VALORACION cuando el juez se limite simplemente a expresar "si se ha acreditado, o no se ha acreditado" sino que esta valoración también incluye una motivación.

El Art. 115 del Código de Procedimiento Civil, señala: “La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos”.

En base a la norma transcrita, se debe entender que el juez está en la obligación de valorar todos los medios de prueba que forman parte del proceso, en virtud del principio

de unidad de la prueba, luego debe sopesarlos o equipararlos contrastándolos y haciendo un examen coherente , finalmente en el momento de expedir su resolución tiene la facultad de mencionar solo los medios de pruebas importantes y relevantes que él necesite para sustentar su decisión, pero debe señalar el por qué le genera convicción, y también necesariamente, a nuestro entender, debe pronunciarse el por qué desvirtúa la pretensión de la parte. El sistema que adopta nuestro Código de Procedimiento Civil así como el COGEP es el de **la valoración razonada de la prueba**.

La ex Corte Suprema de Justicia, en múltiples fallos ha señalado que la facultad de valorar las pruebas corresponde a los jueces y tribunales de instancia. Al respecto, manifiesta:

“la valoración de la prueba es una operación mental en virtud de la cual el juzgador determina la fuerza de convicción, en conjunto, de los elementos de prueba aportados por las partes, para inferir si son ciertas o no las afirmaciones hechas tanto por el actor como por el demandado, en la demanda y la contestación a la demanda, respectivamente. Esta operación mental de valoración o apreciación de la prueba es potestad exclusiva de los jueces y tribunales de instancia y deben hacerlo aplicando, como dice la ley, las reglas de la sana crítica, o sea aquellos conocimientos que acumulados por la experiencia y que, en conformidad con los principios de la lógica, le permiten al Juez considerar a ciertos hechos como probados. El Tribunal de Casación no tiene atribuciones para hacer una nueva valoración de la prueba, sino únicamente para comprobar si en la valoración de la prueba se han violado o no las normas de derecho concernientes a esa valoración, y si tal violación ha conducido indirectamente a la violación de normas sustantivas en la sentencia”.⁴⁰

2.4. La valoración de la prueba y su control por el Tribunal de Casación

Hemos dicho que la valoración de las pruebas es potestad exclusiva de los jueces y tribunales de instancia. En consecuencia, por el recurso de casación los jueces de la

⁴⁰ Primera Sala, Corte Suprema de Justicia: Resolución No. 48-2003 de 17-II-2003, Registro Oficial No. 66 de 22-IV-2003.

Corte Nacional de Justicia no pueden reexaminar o revalorar las pruebas que constan en el proceso.

Sobre este tema, el profesor Santiago Andrade Ubidia, manifiesta:

“La doctrina de Casación Civil atribuye a la soberanía del Tribunal de instancia la apreciación de la fuerza probatoria de los distintos medios que no estén sujetos a tarifa legal. Esta soberanía significa que el mérito valorativo que de tales medios desprenda el Tribunal de Instancia o su desestimación al considerarlos insuficientes para adquirir su convicción, pertenecen al criterio soberano del juzgador de instancia y no puede ser modificado por la Corte de Casación a menos que se desconozca la evidencia manifiesta que de ellos aparezca.

El Art. 119 del Código de Procedimiento Civil dispone que la prueba debe ser apreciada en conjunto de acuerdo a las reglas de la sana crítica. La doctrina de la casación lógicamente determina que no puede servir de fundamento para el recurso de casación la antedicha disposición porque lejos de contener preceptos sobre apreciación de la prueba, faculta a los tribunales para apreciarla conforme a las reglas de la sana crítica racional. Las reglas de la sana crítica no se hallan consignadas en ningún precepto legal concreto y taxativo que haya podido citarse como infringido y, por lo tanto, tal expresión no obliga a la Sala de instancia a seguir un criterio determinado.”⁴¹

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de Perú, ha manifestado:

“Atribuir un sentido determinado a un hecho conforme al mérito probatorio que se extraiga de una determinada prueba, constituye una facultad del juzgador prevista en la ley procesal que se hace de acuerdo al sistema de valoración conjunta y razonada de la prueba (sana crítica o de libre valoración) que ha sido adoptado por nuestro ordenamiento procesal, por lo que la conclusión fáctica a que arriba el juzgador sobre los hechos no puede ser reexaminada en esta sede por no ser actividad constitutiva del Recurso de Casación, de ahí que también son excluidos aquellos hechos que los impugnantes estiman probados, salvo que se denuncie en la forma técnicamente apropiada, la infracción del proceso de formación del

⁴¹ Andrade Ubidia, Santiago; (2005), *La casación Civil en el Ecuador*, Quito-Ecuador; Fondo Editorial.

razonamiento judicial llamada también errores in cogitando; lo que sí constituye una cuestión de derecho pasible de control casatorio (...).”⁴²

Al Tribunal de Casación le corresponde controlar o fiscalizar que la valoración de la prueba realizada por el juez o tribunal de instancia no haya violado las normas de derecho positivo que regulan la valoración de la prueba. En ese sentido es fundamental que el recurrente señale las normas de derecho de valoración de la prueba que, a su juicio, han sido transgredidas.

El Art. 3 numeral 3 de la Ley de Casación, contempla una de las causales en las que podrá fundarse el recurso de casación, y señala: “Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho en la sentencia o auto.”

Del contenido de la norma transcrita, se puede colegir que al momento en que el Juez de instancia aplique indebidamente las normas de derecho, normas procesales y preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba o las interprete erróneamente o simplemente no las aplique, el Juez de Instancia estará violando las normas sustantivas de derecho, por lo que la parte que se considere afectada podrá interponer el recurso de casación ante la Corte Nacional de Justicia por la causal tercera del Art. 3 de la Ley de Casación. Debiendo además el recurrente demostrar que en el proceso de valoración de la prueba se ha tomado un camino ilógico o contradictorio que condujo a los jueces a tomar una decisión absurda o arbitraria.

Al respecto, la Ex Corte Suprema de Justicia, señaló:

“La causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, que se refiere a la aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, plantea una de las cuestiones más debatidas en el ámbito de la casación, puesto que uno de los principios básicos que rigen este recurso es dejar a la soberanía de los jueces de instancia el examen de los hechos, limitando de esta manera la capacidad jurisdiccional de los tribunales de Casación.

⁴² Caso. N° 13-2000-Uma, Sala Civil Permanente, Corte Suprema de Justicia de Perú, Hinostroza Mínguez, Alberto. Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica 2000, pp. 414-415.

Sin embargo, también la doctrina admite, y la ley ha recogido este criterio precisamente en esta causal, que el Tribunal de Casación sí puede revisar la apreciación que los jueces de instancia hayan hecho de la prueba, si al hacerlo han violado los preceptos jurídicos que rigen esta actividad valorativa. Así ocurre, por ejemplo, cuando los jueces han fundado su resolución en pruebas incorporadas o actuadas en contravención de normas expresas, o han dado valor a pruebas no admitidas en nuestra legislación, o no han aplicado disposiciones que en forma explícita conceden determinada eficacia probatoria a ciertas pruebas o las niegan a otras, etcétera. Igualmente los tribunales de Casación corregirán a los jueces de instancia cuando estos han cometido los errores de suposición o preterición de prueba; es decir, en el primer supuesto, cuando se da por acreditado un hecho sin que exista prueba legalmente válida de tal hecho; o, en el segundo supuesto, cuando no se da por acreditado un hecho a pesar de constar en el proceso prueba idónea de su existencia.”⁴³

En conclusión, podemos señalar que el Tribunal de Casación podrá valorar nuevamente la prueba, únicamente cuando la valoración de la prueba realizada por el juez o tribunal de instancia haya violado las normas de derecho positivo que regulan la valoración de la prueba, es decir cuando se verifique que a un determinado medio de prueba no se le haya reconocido el valor probatorio que la ley le reconoce, o bien que se le haya atribuido una eficacia probatoria que la ley no le ha concedido, debiendo en ambos casos citarse las normas de valoración de prueba aplicables a aquella de que se trata.

⁴³ Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, Resolución No. 165 de 17 junio de 2003, R.O. 147, 14-de agosto de 2003

CAPITULO III

LA PRUEBA EN EL SISTEMA ORAL A LA LUZ DEL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS

3.1. Principios de la prueba

Se entiende por principios los criterios que rigen la prueba judicial. Son muchos, por cuanto cada aspecto que distingue o caracteriza la prueba en general constituye un principio. El Código Orgánico General de Procesos, en sus Artículos 6 y 7 se refiere a los principios de inmediación y de intimidad, respectivamente. En general, podemos citar los siguientes principios rectores de la prueba judicial: eficacia jurídica, adquisición, contradicción, inmediación, preclusión, unidad, veracidad, publicidad, igualdad de oportunidades, libertad, interés público, necesidad, licitud y originalidad. Sobre varios de estos principios nos hemos referido en el Capítulo I, 1.6 del presente trabajo.

3.2. Diligencias preparatorias

Las diligencias preparatorias se encuentran establecidas en el Libro II, Título II del Proyecto del COGEP. En este Título se determina la aplicación de las diligencias preparatorias a todos los procesos, regulando su presentación, calificación, diligencias como tales, competencia y procedimiento y las costas que genera.

Las disposiciones constantes en el Art. 109 numerales 2 y 3; y en el Art. 111 numerales 1, 4, 8 y 9, del Código Orgánico General de Procesos, se refieren a una fase preliminar del juicio y a las diligencias preparatorias; algunas de estas diligencias preparatorias ya estaban contempladas en los artículos 64 y 65 del CPC en vigencia. No obstante, es preciso destacar que en la actualidad, en materia contenciosa administrativa no cabe la confesión judicial del funcionario representante de la administración sino únicamente del actor, que generalmente es un particular. El Art. 372 del COGEP señala que en los procesos contenciosos administrativos y contenciosos tributarios son admitidos todos los medios de prueba, excepto la confesión judicial; lo que significa que definitivamente no habrá Confesión Judicial en esta clase de juicios. El Art. 109 del COGEP, en su inciso final, señala que el juez que conozca de la fase preliminar será también competente para conocer la demanda principal, lo que significa que desde la fase preliminar ya se está asegurando la competencia del juez que conozca la demanda principal. El COGEP, en su Art. 112, contempla el procedimiento para la práctica de

estas diligencias preparatorias, el mismo que se hará de manera rápida y diligente a diferencia del procedimiento constante en el Código de Procedimiento Civil en actual vigencia.

Es evidente que hasta las diligencias preparatorias practicadas como fase preliminar de los procesos, también se someten al esquema de celeridad que pretende imprimir a todos los actos y diligencias procesales el COGEP, como nuevo paradigma en el sistema procesal ecuatoriano.

El artículo 111 del Código Orgánico General de Procesos, establece cuáles son las diligencias preparatorias según este nuevo ordenamiento procesal. Así tenemos:

- 1.- La confesión de la persona a quien se propone demandar;
- 2.- La exhibición de la cosa mueble que será objeto del proceso;
- 3.- La exhibición de los títulos u otros instrumentos referentes a la cosa vendida;
- 4.- La exhibición de documentos;
- 5.- La citación para reconocer un documento privado;
- 6.- El nombramiento de tutora o tutor o curadora o curador;
- 7.- La apertura de cajas o casilleros de seguridad en las instituciones del sistema financiero;
- 8.- La inspección preparatoria si la cosa pueda alterarse o perderse; y,
- 9.- La recepción de las declaraciones urgentes de las personas que, por su avanzada edad o grave enfermedad se tema fundadamente puedan fallecer o de quienes estén próximos a ausentarse del país en forma permanente o por un largo período.

El artículo 112 ibídem, establece el procedimiento para llevar a efecto estas diligencias preparatorias y señala que “La competencia para conocer y ordenar la práctica de las diligencias preparatorias, se radica por sorteo de acuerdo con la materia del proceso en

que se pretendan hacer valer y determinar la competencia de la o el juez para conocer el proceso principal, sin perjuicio de lo dispuesto en la ley”.

3.3. Presentación de la prueba

En el sistema actual, la demanda contiene las pretensiones del actor y debe satisfacer requerimientos de orden formal. En el nuevo procedimiento se suma a las pretensiones del actor el anuncio de las pruebas en la misma demanda, precisando datos e información, como se puede apreciar en el Art. 135 No. 6 y 7, y en el Art. 136 No. 5 y 6 del COGEP. Este punto es importante porque las partes van a conocer de antemano las pruebas que se van a actuar en la audiencia y permiten que el juzgador también las conozca con antelación y se vaya formando una idea de lo que se discute y en base a qué litigan las partes.

Contempla también la posibilidad de que la parte que no tenga en su poder una determinada prueba, describa su contenido y el lugar en que se encuentre y solicite las medidas pertinentes para su incorporación al proceso. Se establece además que el juez no podrá actuar pruebas en contravención a esta norma y si lo hiciera estas pruebas carecerán de valor probatorio.

En cuanto a la contestación a la demanda y a las excepciones, el procedimiento actual contempla las típicas y tradicionales, que muchas veces únicamente son anunciadas por el demandado. En el nuevo procedimiento las excepciones deben ser sustentadas por el demandado mediante un pronunciamiento concreto sobre cada una de las pretensiones del actor.

De igual manera, el demandado al contestar la demanda deberá acompañar todos los medios probatorios destinados a sustentar su contradicción, precisando los datos y la información necesaria para su actuación. (Art. 146 COGEP).

El Art. 154 del Código Orgánico General de Procesos, en lo que respecta a la oportunidad de la prueba, señala:

“Oportunidad. Los medios probatorios con los que cuenten las partes o fue posible su obtención deben ser adjuntados en la demanda, contestación a la demanda, reconvencción y contestación a la reconvencción, salvo disposición expresa en contrario de este Código.

Las pruebas a las que sea imposible tener acceso deberán ser anunciadas y aquellas que no se anuncien no podrán introducirse en la audiencia, con las excepciones previstas en este Código.

Sin perjuicio de lo previsto en la ley todo documento o información que no esté en poder de las partes y que para ser obtenida requiera del auxilio del órgano jurisdiccional, facultará para solicitar a la o al juez o tribunal que ordene a la otra parte o a terceros que la entreguen o faciliten de acuerdo a las normas de Código”.

Por su parte, el Artículo 161 del COGEP, manifiesta:

“Oportunidad para la recepción de la prueba. La prueba que sirva de base para la sentencia deberá producirse durante la audiencia de juicio, salvo las excepciones expresamente previstas en la ley”.

El nuevo ordenamiento procesal simplificará considerablemente lo concerniente a la presentación de la prueba, pues el hecho de que tanto actor como demandado deban anunciarlas en el primer escrito que presenten, permitirá al juzgador conocer con la suficiente anticipación lo que las partes pretenden hacer valer como prueba y al despachar las mismas podrá de antemano ir formándose una idea o concepto de lo principal del juicio, hasta qué punto la demanda está sustentada y hasta qué punto el demandado puede sustentar sus excepciones. El juez tendrá de manera anticipada un panorama claro de lo que se discute en el juicio.

3.4. La Carga de la Prueba y “Prueba Dinámica”

La carga de la prueba indica a cuál de las partes le interesa demostrar los hechos que constituyen el fundamento de sus pretensiones o excepciones, según se trate de demandante o demandado. Se considera como una regla de conducta para las partes,

por concretarse a observarla mediante la realización de todas las actuaciones necesarias para establecer los hechos que apoyan su derecho en el proceso, sean las pretensiones o excepciones; mientras que para el juzgador es una regla de juicio, por indicarle la forma como le corresponde pronunciarse y, concretamente, decidir en contra de la parte sobre la cual gravita.

Como regla general, el artículo 157 del COGEP establece que “Deben probarse todos los hechos alegados por las partes en la demanda, contestación a la demanda, reconvencción y, contestación a la reconvencción, salvo los que no requieren ser probados”.

Sobre la carga de la prueba, el artículo 166 del mismo texto legal manifiesta:

“Carga de la prueba. Es obligación de la parte actora probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en la demanda y que ha negado la parte demandada.

La parte demandada no está obligada a producir pruebas, pero sí deberá hacerlo si hace afirmaciones explícitas o implícitas sobre el hecho, el derecho o la calidad de la cosa litigada.

La carga de la prueba en materia ambiental sobre la inexistencia de daño potencial o real recaerá sobre el gestor de la actividad o el demandado”.

En lo que respecta a la carga de la prueba, tanto el Código de Procedimiento Civil como el Proyecto del COGEP se refieren a que ésta corresponde al actor, con la única diferencia que el art. 166 del Proyecto adicionalmente hace referencia a la carga de la prueba en materia ambiental sobre la inexistencia de daño potencial o real y señala que ésta recaerá sobre el gestor de la actividad o el demandado. Este aspecto no estaba contemplado en el Código de Procedimiento Civil vigente. El Art. 114 del CPC, establece que cada parte está obligada a probar los hechos que alega. El Proyecto del COGEP establece que tanto actor como demandado pueden anunciar su prueba en la demanda y en la contestación a la demanda, en su orden; lo que le corresponderá probar a cada parte, conforme las pruebas anunciadas. Además, como se ha indicado, el artículo 157 del Proyecto es claro al señalar que deben probarse todos los hechos

alegados por las partes en la demanda, contestación a la demanda, reconvencción y contestación a la reconvencción.

Independientemente de los preceptos legales que establecen a quién corresponde la carga de la prueba, corresponde al juzgador apreciarla en su conjunto, en base a las reglas de la sana crítica. Sobre la carga de la prueba, no se aprecia mayor cambio o avance, porque se mantiene el mismo concepto que sobre este respecto contempla el CPC, de que la carga de la prueba corresponde al actor y que cada parte está obligada a probar los hechos que alega; pues así lo recogen también los artículos 157 y 166 del Proyecto del COGEP.

Lo cierto es que ambos textos establecen que las partes procesales deben aportar pruebas sobre los hechos controvertidos; el actor debe probar sus asertos y el demandado sus excepciones.

La única gran diferencia está en que el Proyecto del COGEP considera a la prueba como algo fundamental en el juicio y que debe ser evacuada con la mayor prontitud.

El nuevo sistema establece una audiencia de prueba o de juzgamiento que viene a ser la parte esencial del juicio; en donde se harán valer las pruebas anunciadas por las partes y las mandadas a actuar fuera del juicio; y en donde se oirá a los testigos, peritos y a las partes, y se analizarán documentos.

En el Proyecto, es imprescindible que la prueba reúna los requisitos de conducencia, pertinencia y utilidad.

Es importante destacar que el nuevo ordenamiento legal hace énfasis en el principio de contradicción de la prueba, como se aprecia en el Art. 167 del COGEP, acorde a lo dispuesto en el Art. 76 numeral 7 literales c) y h) de la Constitución de la República; es decir que garantiza la intervención de la contraparte en la contradicción de las pruebas que presente tanto el actor como el demandado.

Con respecto a la prueba dinámica, por regla general nuestra legislación establece la doctrina de la carga (obligación) de la prueba, que recae en quien alega los hechos, que debe demostrarlos, excepto cuando se presumen conforme a la ley. De ahí que, la

falta de prueba de quien afirma un hecho haría que, incluso, sea condenado en las costas. Esto, independientemente de la contraprueba y de que quien propone la demanda debe probar lo que el demandado simplemente ha negado.

En muchos casos, suele ocurrir que las pruebas o las evidencias, las tiene en su poder o las puede presentar con más comodidad no quien las pide, sino la contraparte. Y es ante esta aplicación limitada del derecho probatorio que la doctrina ha inspirado modificaciones y decisiones judiciales para centrar la obligación de producir la prueba en la persona que la tiene o que más cómodamente la puede presentar. En su momento (más de 30 años atrás), ya enunció el tema el colombiano Hernando Devis Echandía en su obra Teoría general de la prueba judicial y le dio forma el argentino Jorge Walter Peyrano, con la teoría de la prueba dinámica, no conocida y nunca aplicada por los jueces ecuatorianos.

El tema cobra especial importancia en tratándose de acciones contra los médicos, los cirujanos o los hospitales, que son los que tienen los reportes, la historia clínica y la información de lo que pueda haber ocurrido en una sala de cirugía; o cuando empresas como las de comunicaciones son las que tienen en su poder la información; en estos casos la jurisprudencia argentina, española y colombiana han aplicado esta teoría para resolver los juicios.

Hay casos concretos como cuando se investiga la responsabilidad médica, la carga de la prueba se invierte, de tal suerte que corresponde al demandado, para exonerarse de la responsabilidad, probar que actuó con diligencia y cuidado en la prestación del servicio, sin que el actor quede relevado de su carga probatoria, pues debe acreditar los otros elementos de aquella (existencia del daño y falla del servicio).

En síntesis, la carga dinámica de la prueba consiste en que debe probar un hecho la parte que se encuentra en mejores condiciones de hacerlo. En Colombia, esta teoría ha sido adoptada por el consejo de estado para los casos de responsabilidad médica (culpa, falta o falla en el servicio presunta) en la que solo la clínica u hospital debe probar ciertas cosas ya que tiene ciertos medios probatorios que el paciente no puede acceder ni aportar, en ese sentido se ha pronunciado en varios fallos la Corte Suprema de Justicia de Colombia

Sobre la Prueba Dinámica, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia, ha manifestado:

“El fallador entendió que el petitum de la demanda está orientado a reclamar la declaración de “la responsabilidad médica por la muerte del paciente en el procedimiento quirúrgico”, con fundamento en la responsabilidad civil extracontractual; así mismo, precisó que los hechos relacionados con la ocurrencia del accidente, el lugar donde se prestó la urgencia, el diagnóstico efectuado por el cirujano maxilofacial y la realización de la cirugía sin complicaciones, están relevados de prueba dado el asentimiento de las partes, mas no los relacionados con los acontecimientos ocurridos “durante y después” de la intervención quirúrgica. Estimó que ese marco fáctico fijaba las pautas del juzgamiento, en cuanto que, según la jurisprudencia del Consejo de Estado, tratándose de responsabilidad médica, la carga de la prueba se invierte, de tal suerte que corresponde al demandado, para exonerarse de la responsabilidad, probar que actuó con diligencia y cuidado en la prestación del servicio, sin que el actor quede relevado de su carga probatoria, pues debe acreditar los otros elementos de aquella (existencia del daño y falla del servicio); no obstante, para la Corte Suprema de Justicia el asunto está gobernado por el principio de “la carga dinámica de la prueba”, vale decir, que ésta la asume el sujeto a quien le quede más fácil probar el hecho, de ahí que en el caso planteado a los demandados les corresponde probar el cuidado y diligencia que tuvieron en el desarrollo del menester quirúrgico y a los demandantes el daño y el nexo de causalidad”⁴⁴.

En otro fallo, la misma Corte ha señalado:

“(...) introduce explícitamente el concepto de carga dinámica de la prueba en los siguientes términos: “No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias

⁴⁴ Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, Resolución P.O.M.C. Exp. 2000 00042 01, 22 de julio del 2010.

técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares. (...) Cuando el juez adopte esta decisión, que será susceptible de recurso, otorgará a la parte correspondiente el término necesario para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual se someterá a las reglas de contradicción previstas en este código.”⁴⁵

Es curioso, pero aunque este tema de la prueba dinámica resulte relativamente nuevo, el maestro Jeremías Bentham ya lo había abordado en 1830, cuando afirmó:

“la obligación de la prueba debe en cada caso individual imponerse a aquella parte que puede practicarla con menos inconvenientes, es decir, con menos dilaciones, vejaciones y gastos”.⁴⁶

3.5. La Prueba de Oficio

Los jueces, para mejor proveer y resolver, pueden ordenar de oficio las pruebas que consideren necesarias para esclarecer los hechos sometidos al juicio.

“No obstante que la vigencia estricta del principio dispositivo requeriría que se confiase exclusivamente a la iniciativa de las partes la posibilidad de suministrar la prueba indispensable para demostrar la existencia o inexistencia de los hechos controvertidos, la generalidad de las leyes procesales, inclusive las más firmemente adheridas a dicho principio, admiten, en mayor o menor medida, que el material probatorio incorporado al proceso por los litigantes sea complementado o integrado por propia iniciativa del órgano jurisdiccional”.⁴⁷

Sobre este respecto, el artículo 164 del Código Orgánico General de Procesos, señala:

⁴⁵ Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, Resolución A.S.R. Exp. 2005 00025 01, 05 de noviembre del 2013.

⁴⁶ Bentham, Jeremías; (2000), *Tratado de las Pruebas Judiciales*. Tomo II, Santa Fe-Bogotá; Ediciones Nova Jurídica, pág. 98.

⁴⁷ De Santo, Víctor; (1991), *Diccionario de Derecho Procesal*, Buenos Aires-Argentina; Editorial Universidad, pág. 227.

“Pruebas para mejor resolver. Antes de resolver el tema controvertido y sin que esto pueda considerarse prejuzgamiento sobre el fondo del asunto, la o el juez o tribunal podrá excepcionalmente, ordenar de oficio y dejando expresa constancia de las razones de su decisión, la práctica de las pruebas que juzgue necesarias para el esclarecimiento de la verdad, que se cumplirá observando las disposiciones generales sobre la prueba, previstas en este Código.

Por este motivo, se podrá diferir o suspender hasta por quince días la audiencia y en tal tiempo las partes podrán contradecir la prueba ordenada de oficio solicitando incluso otras pruebas relacionadas a la ordenada por la o el juez o tribunal que se cumplirán en la audiencia.

La o el juez o tribunal podrán ordenar la actuación de medios probatorios cuando se trate de derechos indisponibles o presuma dolo o fraude procesal.

La o el juez o tribunal no podrán ser acusados de prevaricato ni de la comisión de otra infracción penal, por haber dispuesto la práctica de pruebas para esclarecer la verdad”.

El Art. 118 del Código de Procedimiento Civil ya contempla la posibilidad de que el juez ordene las Pruebas de Oficio; todas excepto la declaración de testigos. El juez solo puede repreguntar y/o pedir explicaciones a los testigos. Según esta disposición, el juez puede ordenar de oficio la práctica de pruebas en todas las instancias antes de sentencia o auto definitivo, sea cual fuere la naturaleza de la causa.

Según el artículo 164 del COGEP, el juez puede ordenar de oficio todas las pruebas sin limitación; excepto la confesión judicial, en procesos contencioso Tributario y Contencioso Administrativo (Art. 372 del COGEP). Esta prueba de oficio para mejor resolver es considerada una prueba excepcional, que debe contar previamente con la debida motivación del juzgador, cuyas razones y motivos deben constar expresamente en el proceso. Según la citada norma, las partes pueden contradecir la prueba de oficio y pedir otras relacionadas. El juez puede solicitarlas sólo si se tratan de derechos indisponibles o presuma dolo o fraude procesal. No se puede acusar al juez de prevaricato. Estas pruebas se deben cumplir en la audiencia.

Es importante destacar que incluir la prueba testimonial como parte de las facultades del juez para solicitarlas de oficio puede ser peligroso, debido a que el juez no va a tener la información necesaria como para determinar qué personas pueden ser consideradas como testigos.

Resulta importante e interesante que los procesos judiciales se simplifiquen; sin embargo, es indispensable hacer notar que, con la carga procesal que actualmente tienen los jueces, resultaría una tarea casi imposible cumplir al mismo tiempo con los procesos y los tiempos previstos tanto por el COGEP como por el Código de Procedimiento Civil en vigencia.

3.6. Medios de Prueba

Se entiende por medio de prueba la actividad del juez o de las partes, que suministra al primero el conocimiento de los hechos del proceso y, por lo tanto, las fuentes de donde se extraen los motivos o argumentos para lograr su convicción sobre los hechos del proceso. Desde un segundo punto de vista se entienden por medio de prueba los instrumentos y órganos que suministran al juez ese conocimiento y esas fuentes de prueba. Constituyen medios de prueba, consecuentemente, los modos u operaciones que, referidos a cosas o personas, son susceptibles de proporcionar un dato demostrativo de la existencia o inexistencia de uno o más hechos.

El artículo 165 del Código Orgánico General de Procesos, contempla los siguientes medios de prueba y manifiesta:

“Medios de prueba. Son medios de prueba la confesión judicial, la de testigos, los documentos, las pericias, la inspección judicial, los mensajes de datos, documentos electrónicos y los certificados electrónicos nacionales o extranjeros emitidos de conformidad con la ley de Comercio Electrónico.

Si para la práctica de una prueba se necesita el soporte mecánico o de cualquier instrumento, la parte que la solicite, lo proporcionará.

Para ordenar la práctica de prueba, la o el juez o tribunal observará inexcusablemente las disposiciones de este Código sobre la admisibilidad de la prueba”.

El artículo 121 del Código de Procedimiento Civil en vigencia, establece los siguientes medios de prueba:

Confesión de parte, Instrumentos públicos o privados, Declaraciones de testigos, Inspección judicial, Dictamen de peritos e intérpretes, Grabaciones magnetofónicas, Radiografías, Fotografías, Cintas cinematográficas, Documentos obtenidos por medios técnicos, electrónicos, informáticos, telemáticos o de nueva tecnología; y, Exámenes morfológicos, sanguíneos o de otra naturaleza técnica o científica.

Como se puede apreciar, en el Proyecto se ha simplificado la enumeración de los medios de prueba, los mismos que se encuentran de conformidad con el avance de la tecnología, por el momento histórico. Además, la práctica de la prueba va a estar recopilada en una sola diligencia.

En procesos contenciosos administrativos y contenciosos tributarios, la prueba documental es voluminosa, por lo que sería imposible analizarla en la misma diligencia, por más que las partes hagan resúmenes, los mismos que no se podrán corroborar en la diligencia para determinar su exactitud. En este contexto, hay que tomar en cuenta muy particularmente los procesos de contratación pública.

De igual manera, es necesario considerar que la cantidad de preguntas y el tiempo que se debe conceder a las partes para preguntar y repreguntar a los testigos deben ser muy limitados, caso contrario estas audiencias se tornarían largas y tediosas.

3.6.1. Confesión Judicial

La confesión es una declaración de parte, considerada ésta en un aspecto formal procesal, es decir, como sujeto de la relación jurídica procesal (demandante, demandado o tercero interviniente). Usualmente se denomina “confesión” a la declaración de las partes y “testimonio” a la declaración de los terceros.

El vocablo confesión proviene del latín *confessio*, que significa reconocimiento personal de un hecho propio. Alude –como lo observa Arellano-⁴⁸ a una conducta que entraña la aceptación personal de haber sido actor de un acontecimiento o la admisión de saber algo.

“Atendiendo a su naturaleza y a los requisitos para su existencia, validez y eficacia, la confesión puede definirse, siguiendo a Devis Echandía, como “un medio de prueba judicial, que consiste en una declaración de ciencia o conocimiento, expresa, terminante y seria, hecha conscientemente, sin coacciones que destruyan la voluntariedad del acto, por quien es parte en el proceso en que ocurre o es aducida, sobre hechos personales o sobre el conocimiento de otros hechos perjudiciales a quien la hace o a su representado, según el caso, o simplemente favorables a su contraparte en ese proceso”.⁴⁹

La confesión, como medio probatorio, tiene las siguientes características:

- a.- Es personal, por cuanto el juez tiene conocimiento de ella por conducto de una persona.
- b.- Es indirecta, porque el juez se informe de los hechos por el relato que le hace una persona.
- c.- Es histórica, por contraerse a la narración de ciertos hechos acaecidos con antelación.

La Confesión difiere del testimonio, por cuanto este proviene de un tercero ajeno a la relación jurídica objeto del proceso, mientras la confesión emana de quien es titular de ella.

El artículo 122 del Código de Procedimiento Civil en vigencia, la define de la siguiente manera: “Confesión judicial es la declaración o reconocimiento que hace una persona, contra sí misma, de la verdad de un hecho o de la existencia de un derecho”.

⁴⁸ Arellano García, Carlos; (1981), *Derecho Procesal Civil*, México; Edit. Porrúa, pág. 172.

⁴⁹ De Santo, Víctor; (1991), *Diccionario de Derecho Procesal*, Buenos Aires-Argentina; Editorial Universidad, pág. 311.

Adicionalmente, el artículo 123 ibídem contempla los requisitos para que la Confesión Judicial constituya prueba y señala: “Para que la confesión constituya prueba es necesario que sea rendida ante el juez competente, que se haga de una manera explícita y que contenga la contestación pura y llana del hecho o hechos preguntados”.

Entrando ya en el análisis, es necesario precisar que al amparo de la disposición constante en el Art. 121 del código adjetivo civil, la confesión judicial es considerada un medio probatorio; que, partiendo de su propio concepto, consiste en la declaración que hace una persona, contra sí misma, de la verdad de un hecho o de la existencia de un derecho.

Ya hemos dicho que la confesión es una declaración de parte, considerada ésta en un aspecto formal procesal, es decir, como sujeto de la relación jurídica procesal (demandante, demandado o tercero interviniente). Toda confesión, por consiguiente, debe provenir necesariamente de quien es parte en el proceso, sea que se reconozca esta calidad inicialmente o en su transcurso.

Se establecen los siguientes requisitos para la confesión:

- a.- Debe consistir en una declaración de parte;
- b.- Debe tratarse, en principio, de una declaración personal;
- c.- Debe tener por objeto hechos;
- d.- Los hechos debe ser favorables a la otra parte;
- e.- Debe referirse a hechos personales del confesante o a su conocimiento de hechos ajenos;
- f.- La declaración debe tener siempre una significación probatoria;
- g.- Debe ser consciente, expresa, terminante;
- h.- Debe ser prestada por persona jurídicamente capaz;

i.- Debe estar libre de procedimientos violentos o artificiales que destruyan la voluntariedad del acto.

El artículo 168 del Código Orgánico General de Procesos, contempla textualmente el mismo concepto proporcionado por el Código de Procedimiento Civil y además agrega: “La confesión es indivisible, debe hacerse uso de toda la confesión o de ninguna de sus partes, excepto cuando existan otra prueba contra la parte favorable del confesante”. A este carácter de indivisible de la confesión judicial ya se refiere el artículo 142 del CPC vigente.

Comparando lo que contempla el CPC en lo referente a la práctica de la Confesión Judicial, con relación a lo que sobre este respecto establece el COGEP, es preciso destacar lo siguiente:

a.- Sobre la oportunidad de la confesión judicial, el artículo 126 del CPC señala que ésta podrá pedirse como diligencia preparatoria o dentro de primera o segunda instancia, antes de vencerse el término de pronunciar sentencia o auto definitivo. El artículo 169 del COGEP, manifiesta que la Confesión Judicial será practicada en la audiencia de juicio, salvo que se trate de una diligencia preparatoria.

b.- En el CPC vigente, las preguntas deben ser presentadas por escrito y deben ser calificadas por el juez. Se limita el número de preguntas a treinta. Es potestad del juez calificar las preguntas. En el COGEP, corresponde a las partes preguntar directamente al confesante. El propio abogado patrocinador del confesante tiene derecho para preguntar a su cliente. No se limita el número de preguntas y repreguntas. En caso de que las partes formulen al confesante preguntas que contengan más de un hecho, se puede solicitar que reformulen las preguntas. Sólo a petición de parte el juez puede aceptar objeciones a las preguntas formuladas.

c.- Según el CPC, la falta de comparecencia del confesante acarrea la declaratoria de confeso por parte del juez. La declaratoria de confeso es apreciada por el juez con su sana crítica. El llamado por la fuerza pública al confesante se lo puede dar cuando al menos haya existido dos llamados previos. En el COGEP, el confesante está obligado a asistir a la audiencia, si no lo hace se diferirá la misma y se señalará otra fecha. Si no

asiste a este segundo señalamiento, a partir del interrogatorio que formule la contraparte se entenderá que el confesante ha reconocido la verdad de los hechos preguntados o la existencia del hecho reclamado. Lo novedoso del Proyecto es que se puede requerir la confesión judicial de una persona jurídica a través de su representante. El COGEP también contempla que el Presidente de la República y otras altas autoridades pueden rendir confesión judicial, para tal efecto emitirán un informe con juramento (Art. 172.7).

d.- El artículo 143 del CPC señala que la confesión legítimamente hecha sobre la verdad de la demanda, termina el juicio civil. El Art. 173 del COGEP prescribe textualmente lo mismo.

Cabe destacar que en base al COGEP, en una audiencia se tienen que evacuar todas las pruebas solicitadas, que únicamente por circunstancias excepcionales puede ser diferida. El protagonismo de las partes es innegable y positivo. Si el juez no logra controlar adecuadamente la audiencia puede dilatarse innecesariamente.

No está claro en el COGEP, la forma como se procederá para la declaratoria de confeso, por cuanto todo el trámite de la confesión que se encuentra previsto en la nueva norma es oral.

La vigencia del COGEP constituye un reto importante para los jueces, que se verán obligados a prepararse en otros temas y otras destrezas como en la capacidad para mediar y negociar por ejemplo.

En este nuevo procedimiento, la implementación de medios tecnológicos que permitan guardar el registro de las audiencias es de vital importancia.

3.6.2. Declaración de Testigos

El testimonio, en sentido estrictamente jurídico, es un acto procesal mediante el cual una persona informa a un juez lo que sabe respecto de determinados hechos. Está dirigido siempre al juez y forma parte del proceso o de diligencias procesales previas,

sin que para ello sea impedimento que emane de personas que no son parte en el proceso donde deben producir sus efectos probatorios.

El artículo 207 del Código de Procedimiento Civil en vigencia, señala:

“Los jueces y tribunales apreciarán la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos conforme a las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta la razón que éstos hayan dado de sus dichos y las circunstancias que en ellos concurran”.

Lo novedoso del COGEP es que define lo que es un testigo, situación que no estaba determinada en el CPC. Al respecto, el Art. 176 del COGEP, manifiesta:

“Art. 176.- Testigo. Es toda persona que haya percibido a través de sus sentidos directa y personalmente hechos relacionados con la controversia”.

Esta definición nos permite conocer que el testigo, en esencia, es una persona que de alguna manera conoce directamente los hechos que se discuten en el proceso y su contingente será de suma importancia para que el juez pueda orientar su decisión. Por ello Bentham sostenía que *“los testigos son los ojos y los oídos de la justicia”*⁵⁰.

La concepción que nos brinda el Proyecto deja de lado a los testigos meramente referenciales, pues destaca como un requisito implícito que el testigo debe conocer de manera personal y directa los hechos que son materia de la controversia.

También es novedoso lo que establece el Art. 177 del COGEP, acerca de la exención del deber de rendir testimonio, situación que no estaba contemplada en el Código Adjetivo en actual vigencia. La citada norma dispone:

“Artículo 177.- Exención del deber de rendir testimonio. Nadie podrá ser forzada a declarar en contra de sí mismo, sobre asuntos que puedan ocasionar su responsabilidad penal.

Nadie podrá ser obligado a dar testimonio contra su cónyuge, o conviviente en unión de hecho o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, salvo en lo que se refiera a cuestiones de estado civil o de familia.

⁵⁰ Citado por De Santo, Víctor; (1991), *Diccionario de Derecho Procesal*, Buenos Aires-Argentina; Editorial Universidad, pág. 323.

Las o los testigos, pueden rehusarse a contestar preguntas que violen su deber de guardar reserva, esto es, aquellos que están amparados por el secreto profesional o que por disposición de la ley, deban guardar secreto en razón de su estado, arte, empleo u oficio”.

Sobre la idoneidad de los testigos, el COGEP sintetiza quienes no pueden ser testigos y como regla general establece que cualquier persona que tenga conocimiento directo de los hechos sometidos al proceso podrá declarar. Al respecto, el Art. 179 manifiesta:

“Idoneidad de las y los testigos. Podrá declarar como testigo cualquier persona que tenga conocimiento directo sobre los hechos sometidos a proceso, salvo los siguientes casos:

1. Los absolutamente incapaces.
2. Quienes padezcan enfermedad mental, que les prive la capacidad de percibir o comunicar objetivamente la realidad.
3. Quienes al momento de ocurridos los hechos sobre los cuales deben rendir testimonio o al momento de rendir su testimonio, se encuentren en estado de embriaguez o bajo el efecto de sustancias estupefacientes o psicotrópicas.”

Es evidente que la citada norma sintetiza lo que estaba establecido en los artículos 208, 209, 210, 211, 212, 213, 216 y 217 del Código de Procedimiento Civil.

El artículo 191 del COGEP establece que la declaración de los testigos será rendida en la audiencia, lo que no estaba contemplado en el Procedimiento en actual vigencia. Esta disposición que se refiere a la práctica de la declaración, no determina el número de preguntas y repreguntas que se podrán formular a los testigos, lo cual sí estaba claramente determinado en el CPC vigente. Esta situación preocupa, porque entonces el juez tendrá que determinarlo en la audiencia, en base a su sana crítica, procurando no entorpecer ni dilatar el normal trámite de la diligencia.

La citada norma contempla las reglas que deben cumplirse en la diligencia de recepción de la declaración, como se aprecia a continuación:

“Artículo 191.- Práctica de la declaración. La declaración de las o los testigos se realizará en la audiencia, de conformidad con las siguientes reglas:

1.- La o el juez o tribunal interrogarán a la o el testigo en primer lugar, acerca de sus nombres y apellidos, edad, estado civil, dirección domiciliaria, nacionalidad, profesión u ocupación, estudios que haya cursado.

2.- La o el juez o tribunal procederá a tomarle juramento y le advertirá sobre las penas de perjurio, indicándole la obligación de declarar con verdad y exactitud en todo lo que sepa y se le ha preguntado. Además la o el juez o tribunal le instruirá sobre los derechos que le asiste.

3.- A continuación, las partes podrán preguntar libremente a la o el testigo por intermedio de sus defensores públicos o privados, en el siguiente orden: primero la parte solicitante y después la contraparte.

4.- En su declaración, la o el testigo no podrá leer notas ni apuntes, a menos que la o el juez o tribunal lo autorice cuando se trate de preguntas referidas a cifras, fechas o en los demás casos que se consideren justificados. Las o los testigos permanecerán en un lugar aislado, declararán en forma individual y por separado, de modo que no puedan escuchar sus declaraciones.

5.- La o el juez o tribunal a petición de parte podrá rechazar cualquier pregunta que juzgue impertinente, sugestiva, capciosa o violatoria a los derechos de la o del declarante. La o el juez o tribunal únicamente podrá interrogar a las o los testigos con el objeto de dar mayor claridad a sus testimonios”.

Respecto a la recepción del testimonio anticipado, el Código de Procedimiento Civil ya lo preveía en el Art. 237 y lo acoge también el COGEP en su artículo 186.

A pesar de que los testimonios pueden constituirse en una prueba importante, en los actuales momentos es la prueba cuya credibilidad ha sido más menoscabada.

Lo más rescatable de la nueva normativa en este aspecto es la facultad que tienen las partes para examinar y contra examinar a los testigos. Esto permitirá al juez conocer de primera mano sobre la idoneidad de los testigos y la veracidad de sus declaraciones.

De igual manera otro aporte es la posibilidad del debate de los peritos, que también permitirá esclarecer los informes periciales de manera oportuna.

La validación de los testimonios en un mismo momento será importante para el juez, en especial cuando no cuente con otras pruebas que le permitan el esclarecimiento de la verdad. Permitirá contener a los testigos conocidos como “jureros”, ya que será más difícil sostener una mentira.

Esta nueva normativa constituye un reto para los jueces, que son los llamados a controlar este tipo de diligencias y evitar que se dilaten innecesariamente.

3.6.3. Prueba Documental

La palabra documento, de acuerdo con el tratadista Víctor de Santo⁵¹, proviene de *dekos*, de uso corriente en los círculos religiosos, que significa el gesto de las manos extendidas, tanto para ofrecer como para recibir. En su acepción corriente o general, según su etimología, puede decirse que documento es todo aquello que enseña algo.

Si tratamos de concretar las características que distinguen el documento, puede decirse que es todo objeto producto, directo o indirecto, de la voluntad humana y que contiene una declaración o representación de un hecho. Aunque el documento contiene una idea, pensamiento u objeto, preferimos usar el vocablo hecho, por cuanto esto constituye el objeto de todo medio probatorio y engloba, por tanto, todos los aspectos antes enunciados.

“Prueba documental es la formada por los documentos que las partes tengan en su poder y que presenten en el juicio dentro del plazo procesal oportuno; o que, estando en poder de la parte contraria, se intime a ésta para su presentación cuando por otros elementos de juicio resulta verosímil su existencia y contenido.

Comprende también los documentos que se hallen en poder de tercero, el que podrá ser requerido para su presentación, sin perjuicio del derecho de ésta a una negativa si

⁵¹ De Santo, Víctor; (1991), *Diccionario de Derecho Procesal*, Buenos Aires-Argentina; Editorial Universidad, pág. 108.

el documento fuere de su exclusiva propiedad y la exhibición pudiera ocasionarle perjuicio”⁵².

Sobre esta clase de prueba, el Código de Procedimiento Civil la preceptúa como Instrumentos Públicos e Instrumentos Privados, y contempla todo lo concerniente a la práctica de esta prueba a partir del artículo 164 hasta el artículo 206.

El artículo 193 del COGEP, empieza definiendo lo que es la Prueba Documental, que no estaba definida en el CPC vigente. En efecto, señala:

“Artículo 193.- Prueba documental. Es todo objeto que recoja, contenga o represente algún hecho o declare, constituya o incorpore un derecho”.

Por su parte, el artículo 194 *ibídem*, clasifica a los documentos en públicos y privados, y nos brinda la definición de los mismos. Al respecto, manifiesta:

“Art. 194. - Clasificación de los documentos. Los documentos son públicos o privados.

Documento o instrumento público es el autorizado con las solemnidades legales. Si es otorgado ante notario e incorporado en un protocolo o registro público, se llamará escritura pública. Se consideran también instrumentos públicos los mensajes de datos otorgados, conferidos, autorizados o expedidos por y ante autoridad competente y firmada electrónicamente.

Documento privado es el que ha sido hecho por personas particulares, sin intervención de notario ni de otra persona legalmente autorizada”.

Sobre los efectos de los instrumentos públicos, el artículo 195 expresa:

“El documento o instrumento público agregado al proceso, con orden judicial y notificación a la parte contraria, constituye prueba legalmente actuada, aunque las copias se las haya obtenido fuera de dicho proceso”.

⁵² Víctor de Santo, Obra citada. Pág. 332.

El artículo 169 del Código de Procedimiento Civil, se refiere a las partes esenciales de los instrumentos públicos. El artículo 196 del COGEP, recoge exactamente las mismas y señala:

“Artículo 196.- Partes esenciales de un instrumento público. Son partes esenciales del instrumento:

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

Sobre la nulidad de los instrumentos públicos, tanto el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil como el artículo 197 del COGEP establecen lo mismo y señalan que estos instrumentos *“son nulos cuando no se han observado las solemnidades prescritas por la ley, o las ordenanzas y reglamentos respectivos”*.

Es importante destacar lo que establece el artículo 202 del COGEP, con relación a los requisitos para que hagan fe las copias y las compulsas:

“Artículo 202.- Requisitos para que hagan fe las copias y las compulsas. Las compulsas de las copias de una actuación judicial o administrativa y en general toda copia con valor de instrumento público, no harán fe si no se dan por orden judicial y con citación o notificación en persona o por una boleta a la parte contraria, o sea a aquella contra quien se quiere hacer valer la compulsas.

Los poderes no están sujetos a esta disposición.

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

3.6.4. Prueba Pericial

En muchos casos la comprobación de un hecho controvertido, o la determinación de sus causas o efectos, exige la posesión de conocimientos técnicos ajenos al saber específicamente jurídico del juez.

Esta circunstancia determina la necesidad de que sea auxiliado, en la apreciación de ese tipo de hechos, por personas especializadas en alguna ciencia, arte, industria o actividad técnica, y a quienes se denomina peritos.

La pericia, por ende, se trata de una actividad humana, mediante la cual se verifican hechos y se determinan sus características y modalidades, sus calidades, sus relaciones con otros hechos, las causas que lo produjeron y sus efectos.

“El fundamento del mérito probatorio del peritaje estriba, como sucede con el testimonio, en una presunción concreta, para el caso particular, de que el perito es sincero, veraz y su dictamen con toda probabilidad acertado”.⁵³

El Código de Procedimiento Civil, a partir del artículo 250 hasta el artículo 263 se refiere a todo lo concerniente a los peritos, su nombramiento, posesión y la presentación de sus informes.

El Código Orgánico General de Procesos, en su artículo 228 nos proporciona una definición de Perito y manifiesta:

“Artículo 228.- Perito. Es aquella persona natural o jurídica que por razón de sus conocimientos científicos, técnicos, artísticos, prácticos, profesionales, esté en condiciones de informar a la o el juez o tribunal, sobre algún hecho o circunstancia relacionado con la materia de la controversia.

Únicamente aquellas personas debidamente acreditadas por el Consejo de la Judicatura estarán autorizadas para emitir informes periciales, intervenir y declarar en el proceso en calidad de auxiliares de la o el juez o tribunal que conoce la causa. En el caso de personas jurídicas la declaración en el proceso será realizada por el perito acreditado que realizará la pericia.

⁵³ De Santo, Víctor; (1991), *Diccionario de Derecho Procesal*, Buenos Aires-Argentina; Editorial Universidad pág. 342.

En caso de que no existan expertos acreditados en una materia específica, la o el juez o tribunal solicitará al Consejo de la Judicatura que requiera a la institución pública, de acuerdo a la naturaleza de los conocimientos requeridos específicamente en la causa, para que envíen una terna de profesionales que pudieran acreditarse como peritos para ese proceso en particular”.

Como hemos dicho, esta norma nos brinda una definición de lo que es Perito, situación que no estaba contemplada en el Código de Procedimiento Civil. Lo novedoso del Proyecto sobre este tema es que el Perito puede ser una persona natural o jurídica. Además, establece como requisito que el perito debe estar acreditado por el Consejo de la Judicatura, lo que tampoco estaba normado por el CPC.

Otra novedad que contempla el COGEP, es que define la finalidad y contenido de la prueba pericial, lo que tampoco está definido en el Código de Procedimiento Civil. En efecto, señala:

“Artículo 229.- Finalidad y contenido de la prueba pericial. La prueba pericial tiene como propósito que expertos debidamente acreditados puedan verificar los hechos y objetos que son materia del proceso.

Las partes procesales, podrán sobre un mismo hecho o materia, presentar un informe elaborado por una o un perito acreditado.

La persona que demuestre tener escasos recursos económicos podrá pedir al Consejo de la Judicatura que cancele los valores de la pericia que requiera para el proceso”.

Cabe destacar que esta disposición contempla como novedad la posibilidad de que el costo de la pericia sea asumido por el Consejo de la Judicatura, cuando el interesado demuestre tener escasos recursos económicos. Sin duda, esto se constituye en un gran aporte para la justicia, porque muchas veces las personas que intervienen en los juicios no poseen suficientes recursos económicos para afrontar los gastos que demanda la práctica de la prueba pericial.

Otra novedad es que el actor que posea un informe pericial puede presentarlo junto a la demanda; y el demandado que pretenda valerse del mismo derecho, lo anunciará en la contestación a la demanda. En efecto, el artículo 230 del COGEP, manifiesta:

“Artículo 230.- Informe aportado por una de las partes. La o el actor que pretenda valerse de un informe pericial deberá acompañarlo a su demanda.

La o el demandado que pretenda ejercer el mismo derecho, anunciará en la contestación a la demanda que ha solicitado una pericia que podrá presentarla dentro del término que la o el juez o tribunal le conceda para el efecto, en atención a la complejidad del examen, pero siempre antes de la audiencia y que inmediatamente será puesta en conocimiento de las partes. En este evento, la o el juez o tribunal hará los requerimientos pertinentes a las partes y a terceros que deban colaborar con la práctica de la prueba, previniéndoles sobre las consecuencias de su renuencia.

Esta norma se aplicará también en los casos de reconvencción y contestación a la misma.

La o él perito deberá estar previamente calificado en el Consejo de la Judicatura”.

Otra de las novedades sobre este tema, es que el artículo 232 del COGEP contempla la posibilidad del debate entre dos peritos, cuando dos informes periciales sean contradictorios o divergentes. En caso de que persista la duda, el juez nombrará otro perito en la misma audiencia, dando a conocer el objeto de la pericia y concediéndole término para que presente su informe.

Por otro lado, el artículo 233 ibídem establece el contenido del informe pericial, lo que no estaba contemplado en el CPC en vigencia. Al efecto, manifiesta:

“Artículo 233.- Contenido del informe pericial. Todo informe pericial deberá contener, como mínimo, los siguientes elementos:

1. Nombres y apellidos completos, número de cédula de ciudadanía o identidad, dirección domiciliaria, número de teléfono, correo electrónico y los demás datos que faciliten la localización del perito.
2. La profesión, oficio, arte o actividad especial ejercida por quien rinde el informe.
3. El número de acreditación otorgado por el Consejo de la Judicatura y la declaración de la o del perito de que la misma se encuentra vigente.

4. Explicar cuáles son los hechos u objetos sometidos a análisis.
5. Los exámenes, métodos, prácticas e investigaciones a las cuales ha sometido dichos hechos u objetos.
6. Los razonamientos y deducciones efectuadas para llegar a las conclusiones que presenta ante la o el juez o tribunal.

Las conclusiones deben ser claras, únicas y precisas”.

En otro orden, el artículo 234 del COGEP, establece que todo perito está obligado a comparecer a la audiencia de juicio para sustentar su informe, en caso de inasistencia, su informe no tendrá eficacia probatoria, circunstancia que será causal suficiente para la pérdida de su acreditación en el registro del Consejo de la Judicatura.

Cabe destacar que en base a la citada disposición, los peritos podrán ser interrogados por el juez y por las partes bajo juramento en la audiencia. Establece además que en ningún caso habrá lugar a trámite especial de objeción del informe por error esencial, que únicamente podrá alegarse y probarse en la audiencia.

Esto constituye un gran aporte a la celeridad procesal, puesto que bajo el CPC en vigencia, a pretexto de probar el error esencial en los informes periciales se dilatan exageradamente los procesos.

3.6.5. Inspección Judicial

La inspección judicial puede definirse como una actuación procesal que realiza el funcionario, mediante el examen y observación, por sus propios sentidos, de hechos que interesan al proceso.

Utilizamos el vocablo funcionario y no el de juez, por cuanto no siempre es este quien practica la inspección judicial. En efecto, el juez es el encargado de practicar la inspección en la fase del juicio en el procedimiento penal, en el civil y en los restantes ordenamientos que llenan con este sus vacíos, mientras que le corresponde a la policía judicial y a la Fiscalía en la etapa de investigación del proceso penal.

Hablamos de hechos, término genérico, porque comprende todo lo que es susceptible de ser percibido: personas, lugares, cosas o documentos, etc., que constituyen la cosa litigiosa.

La Inspección Judicial tiene las siguientes características:

- a.- Es personal, por cuanto el funcionario es quien obtiene la información de los objetos sobre los cuales recae.
- b.- Es directa, porque el conocimiento de los hechos le llega al funcionario por percepción o por relación inmediata con el objeto.
- c.- Es crítica o lógica, por carecer de función representativa y obtener el juez el conocimiento de la propia cosa examinada.
- d.- Es simple, por cuanto por sí sola le suministra al juez el conocimiento de los hechos.

El Artículo 242 del Código de Procedimiento Civil, define a la Inspección Judicial de la siguiente forma:

“Art. 242.- Inspección judicial es el examen o reconocimiento que el juez hace de la cosa litigiosa o controvertida, para juzgar de su estado y circunstancia”.

El citado texto legal contiene todo lo concerniente a este medio de prueba, a partir del artículo 242 hasta el artículo 248.

El artículo 237 del COGEP, se refiere a la Inspección Judicial y manifiesta:

“Artículo 237.- Inspección judicial. La o el juez 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 personas, lugares, cosas o documentos”.

A diferencia de lo que establece el Código de Procedimiento Civil con respecto a la práctica de la inspección judicial, la citada disposición señala que esta diligencia puede ser ordenada de oficio por el juez o solicitada por las partes. Además, el artículo 238 del COGEP señala que ésta se podrá solicitar con la demanda, contestación a la demanda,

reconvención o contestación a la reconvención, precisando los motivos por los cuales es necesario que el juez perciba y examine directamente a la cosa que va a ser objeto de la inspección.

Respecto a la Inspección Judicial como medio de prueba, comparando lo dispuesto por el Código de Procedimiento Civil en relación a lo que contempla el COGEP, podemos puntualizar lo siguiente:

a.- Según el COGEP, la Inspección puede ser ordenada de oficio o a petición de parte, para examinar directamente personas, lugares, cosas o documentos.

b.- En los artículos del 237 al 241 de esta norma, se habla de la inspección judicial, en cuanto a la iniciativa, al objeto de la inspección, colaboración interdisciplinaria y honorarios de la pericia; así como aplicar el principio de inmediación.

c.- La definición, las clases y la fuerza probatoria, se sustenta hasta en presunciones o circunstancias conocidas y que son los antecedentes que motivan a las presunciones legales, las mismas que según la doctrina, admite prueba en contrario.

d.- La inspección judicial sigue siendo dispuesta por el juez, quien maneja y ordena desde la concesión el desarrollo y la participación de otros expertos o peritos que permiten el esclarecimiento de la verdad y formar elementos de convicción directos al juzgador como se prevé en los artículos 238 a 241 del COGEP.

CAPITULO IV

INVESTIGACIÓN DE CAMPO Y CONTRASTACIÓN DE RESULTADOS

La investigación de campo se circunscribió a tratar de averiguar el impacto y los cambios propuestos en el Código Orgánico General de Procesos, con relación a la práctica de los medios probatorios que contempla el Código de Procedimiento Civil en actual vigencia.

Es importante aclarar que esta investigación se realizó antes de que el COGEP fuera aprobado por la Asamblea Nacional y publicado en el Registro Oficial.

4.1. Entrevistas y encuestas a informantes dirigidos

Luego de haberse aplicado las entrevistas y encuestas a los informantes seleccionados, quienes son personas entendidas en la materia, particularmente a jueces, analistas jurídicos, abogados asesores de entidades públicas y privadas, y abogados en libre ejercicio profesional; se puede establecer que existe consenso en las respuestas y conclusiones; así como en los comentarios vertidos, que sin duda ayudan al desarrollo y orientan este trabajo investigativo, lo que permitirá sacar conclusiones valederas y criterios uniformes sobre la temática, en pro de determinar los objetivos generales y específicos planteados, puesto que los mismos son factibles de conseguir.

4.1.1. Entrevistas a 25 juezas y jueces

La entrevista se centró básicamente en las siguientes preguntas:

- 1.- Conoce usted el Proyecto del Código Orgánico General de Procesos?
- 2.- De su conocimiento, cuáles son los medios de prueba que contempla el Proyecto del Código Orgánico General de Procesos?
- 3.- A su criterio qué avances representa la vigencia del Proyecto del Código Orgánico General de Procesos en la práctica y valoración de la prueba, con relación al Código de Procedimiento Civil en actual vigencia?

4.- Los cambios propuestos sobre la práctica y valoración de la prueba en el procedimiento oral, contemplados en el Proyecto del Código Orgánico General de Procesos, son positivos o negativos?

5.- De su experiencia profesional, qué aspectos negativos considera usted que podrían surgir con la vigencia del Proyecto del Código Orgánico General de Procesos, con relación a la práctica y valoración de la prueba?

4.1.2. Encuestas a 10 abogados asesores de entidades públicas y privadas, y a 20 abogados en libre ejercicio de la profesión

La encuesta se fundó en el cuestionario previamente elaborado, dirigido a encuestados preseleccionados; abogados asesores de entidades públicas y privadas, y abogados en libre ejercicio profesional.

1.- Conoce usted de la existencia del Proyecto del Código Orgánico General de Procesos?

2.- Si la respuesta es positiva, en qué medida cree usted que el Proyecto contempla cambios sustanciales en la práctica y valoración de la prueba?

3.- El Proyecto del Código Orgánico General de Procesos contempla que la prueba debe ser anunciada de manera previa con la demanda y en la contestación a la demanda, usted considera este aspecto positivo o negativo?

4.- El Proyecto del Código Orgánico General de Procesos contempla la aplicación de la oralidad en el trámite de los juicios y en la práctica de las pruebas, considera usted que con esta nueva modalidad los jueces podrán cumplir con el principio de celeridad, dentro de los términos previstos en la ley para la resolución de las causas?

5.- En la práctica, la aplicación de este sistema descongestionará la administración de justicia? Indique la razón de su respuesta.

6.- En la valoración de la prueba dentro del marco del Proyecto del Código Orgánico General de Procesos, el Juez tiene la facultad de escoger o disponer la práctica de la prueba que estime pertinente. Considera usted positivo o negativo este aspecto?

4.2. Procesamiento de la información y contrastación de hipótesis

La información fue revisada en forma crítica, realizando las correcciones pertinentes para depurar la información, para efecto de un procesamiento rápido e idóneo se procedió a codificar los datos.

La información fue tabulada a través de tablas estadísticas y será representada en gráficos de pasteles, que permitan una visualización concreta de los resultados.

Los resultados se describieron, analizaron e interpretaron con el sustento del Marco Teórico.

De la revisión y análisis del material recolectado, el mismo que al haber sido procesado, arroja los siguientes resultados:

4.2.1. Entrevistas a 25 juezas y jueces

1.- Conoce usted el Proyecto del Código Orgánico General de Procesos?

Resultado:

Los 25 jueces contestaron que sí lo conocen.

2.- De su conocimiento, cuáles son los medios de prueba que contempla el Proyecto del Código Orgánico General de Procesos?

Resultado:

20 Jueces contestaron que básicamente son los mismos medios de prueba que contempla el Código de Procedimiento Civil en vigencia, a diferencia de que el Proyecto

los sintetiza; y, 5 jueces contestaron que no conocen lo concerniente a los medios de prueba que establece el Proyecto;

3.- A su criterio qué avances representa la vigencia del Proyecto del Código Orgánico General de Procesos en la práctica y valoración de la prueba, con relación al Código de Procedimiento Civil en actual vigencia?

Resultado:

Los 25 jueces contestaron que el Proyecto contempla avances muy significativos en lo que respecta a la práctica y valoración de la prueba, con relación al Código de Procedimiento Civil vigente.

4.- Los cambios propuestos sobre la práctica y valoración de la prueba en el procedimiento oral, contemplados en el Proyecto del Código Orgánico General de Procesos, son positivos o negativos?

Resultado:

Los 25 jueces contestaron que los cambios propuestos en el Proyecto son positivos.

5.- De su experiencia profesional, qué aspectos negativos considera usted que podrían surgir con la vigencia del Proyecto del Código Orgánico General de Procesos, con relación a la práctica y valoración de la prueba?

Resultado:

20 jueces dijeron que ningún aspecto negativo puede surgir; y, 5 jueces se pronunciaron en el sentido de que si no se determina el número de preguntas y repreguntas para los testigos; y el tiempo concedido para formularlas y contestarlas, las audiencias de prueba pueden resultar interminables.

4.2.2. Encuestas a 10 abogados asesores de entidades públicas y privadas, y a 20 abogados en libre ejercicio de la profesión

1.- Conoce usted de la existencia del Proyecto del Código Orgánico General de Procesos?

Resultado:

20 abogados dijeron que sí conocen y 10 abogados manifestaron no conocerlo.

2.- Si la respuesta es positiva, en qué medida cree usted que el Proyecto contempla cambios sustanciales en la práctica y valoración de la prueba?

Resultado:

15 abogados manifestaron que el Proyecto contempla cambios sustanciales en alta medida; 5 escogieron la opción Medio; y, 10 abogados manifestaron no conocerlo.

3.- El Proyecto del Código Orgánico General de Procesos contempla que la prueba debe ser anunciada de manera previa con la demanda y en la contestación a la demanda, usted considera este aspecto positivo o negativo?

Resultado:

30 abogados manifestaron que consideran positivo este aspecto.

4.- El Proyecto del Código Orgánico General de Procesos contempla la aplicación de la oralidad en el trámite de los juicios y en la práctica de las pruebas, considera usted que con esta nueva modalidad los jueces podrán cumplir con el principio de celeridad, dentro de los términos previstos en la ley para la resolución de las causas?

Resultado:

26 abogados dijeron que sí y 4 abogados dijeron que no.

5.- En la práctica, la aplicación de este sistema descongestionará la administración de justicia? Indique la razón de su respuesta.

Resultado:

24 abogados dijeron que sí, porque el Proyecto propone un sistema mucho más ágil; y, 6 abogados dijeron que no, porque la lentitud de la justicia no depende del procedimiento ni del sistema sino de los jueces, por la enorme carga laboral que tienen.

6.- En la valoración de la prueba dentro del marco del Proyecto del Código Orgánico General de Procesos, el Juez tiene la facultad de escoger o disponer la práctica de la prueba que estime pertinente. Considera usted positivo o negativo este aspecto?

Resultado:

Los 30 abogados manifestaron que consideran positivo este aspecto.

4.3. Elaboración del informe de resultados en porcentajes

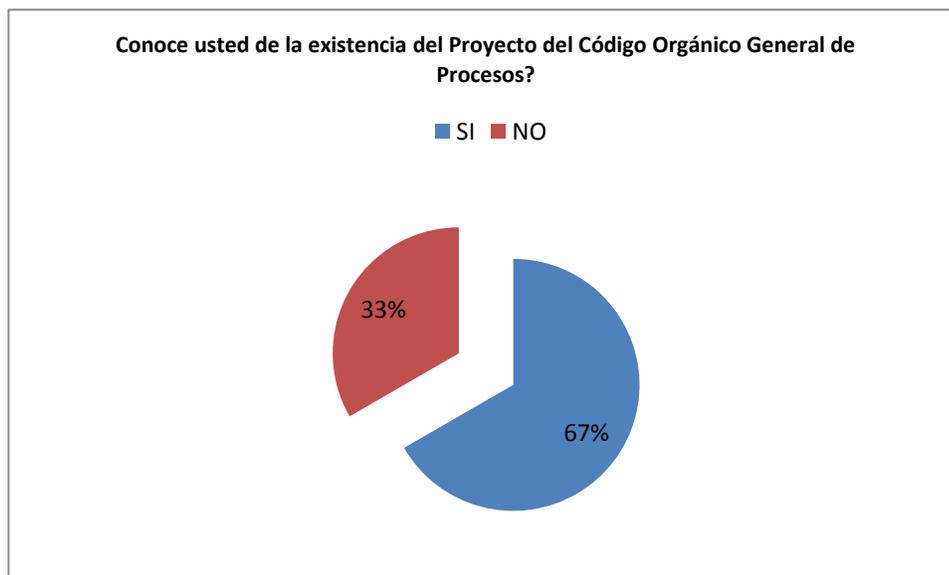
Encuestas a 10 abogados asesores de entidades públicas y privadas, y a 20 abogados en libre ejercicio de la profesión.

1.- Conoce usted de la existencia del Proyecto del Código Orgánico General de Procesos?

CUADRO NO. 1

1.- Conoce usted de la existencia del Proyecto del Código Orgánico General de Procesos?		
SI	20	67%
NO	10	33%
TOTAL	30	100%

GRÁFICO NO. 1



FUENTE: CAMILO PALOMEQUE VERA (Encuestas a 10 abogados asesores de entidades públicas y privadas, y a 20 abogados en libre ejercicio de la profesión).

Resultado:

20 abogados dijeron que sí conocen y 10 abogados manifestaron no conocerlo.

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DEL CUADRO Y GRÁFICO No. 1

ANÁLISIS

En el cuadro y gráfico No. 1.- Conoce usted de la existencia del Proyecto del Código Orgánico General de Procesos?, un 67% respondió que Sí, y el 33% dijo que No.

INTERPRETACIÓN

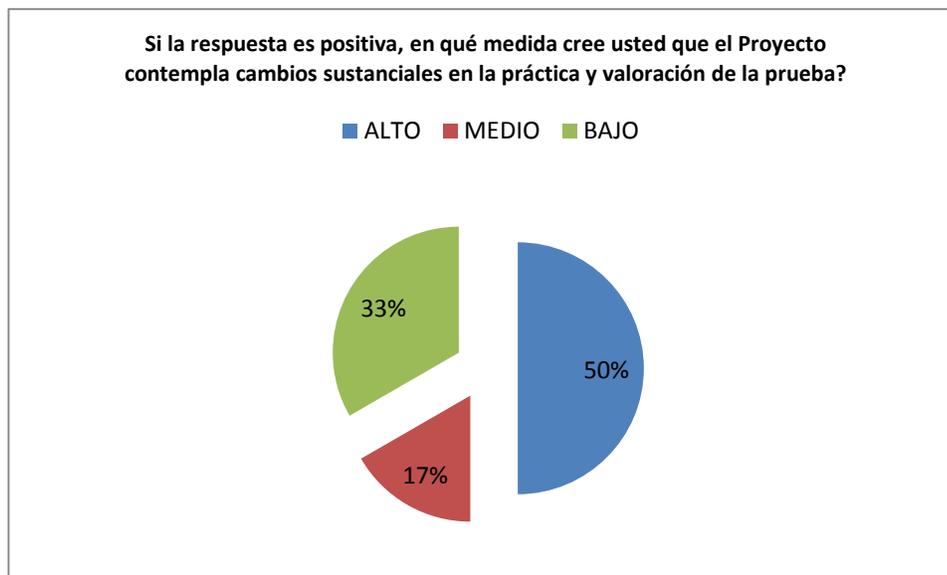
Este resultado permite deducir que un elevado porcentaje de encuestados sí conoce de la existencia del Proyecto del Código Orgánico General de Procesos.

2.- Si la respuesta es positiva, en qué medida cree usted que el Proyecto contempla cambios sustanciales en la práctica y valoración de la prueba?

CUADRO NO. 2

2.- Si la respuesta es positiva, en qué medida cree usted que el Proyecto contempla cambios sustanciales en la práctica y valoración de la prueba?		
ALTO	15	50%
MEDIO	5	17%
BAJO	10	33%
TOTAL	30	100%

GRÁFICO NO. 2



FUENTE: CAMILO PALOMEQUE VERA (Encuestas a 10 abogados asesores de entidades públicas y privadas, y a 20 abogados en libre ejercicio de la profesión.

Resultado:

15 abogados manifestaron que el Proyecto contempla cambios sustanciales en alta medida; 5 escogieron la opción Medio; y, 10 abogados manifestaron no conocerlo.

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DEL CUADRO Y GRÁFICO No. 2

ANÁLISIS

En el cuadro y gráfico No. 2.- Si la respuesta es positiva, en qué medida cree usted que el Proyecto contempla cambios sustanciales en la práctica y valoración de la prueba?, un 50% de los encuestados manifestaron que el Proyecto contempla cambios sustanciales en alta medida; un 17% escogieron la opción Medio; y, un 33% manifestaron no conocerlo.

INTERPRETACIÓN

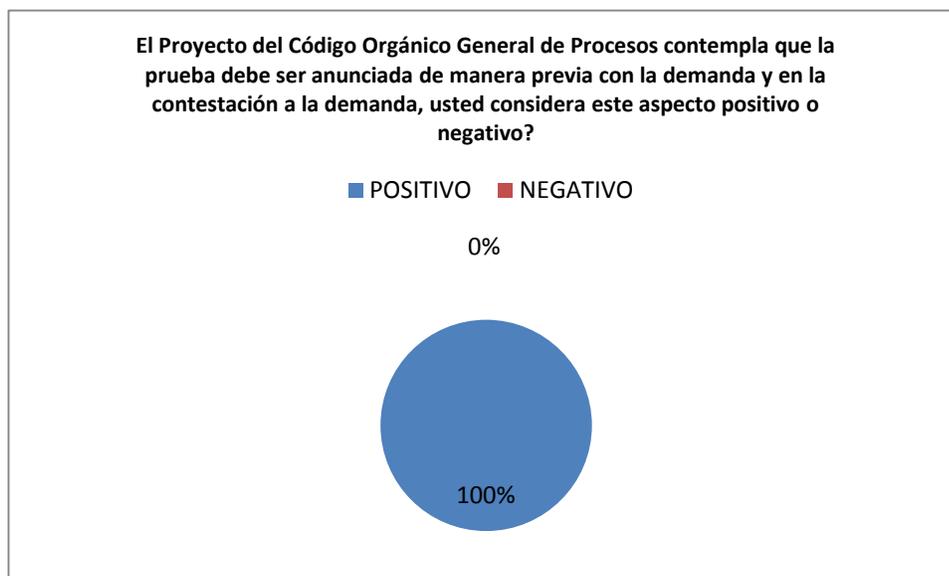
Este resultado permite deducir que un elevado porcentaje de encuestados reconoce que el Proyecto del Código Orgánico General de Procesos contempla cambios sustanciales.

3.- El Proyecto del Código Orgánico General de Procesos contempla que la prueba debe ser anunciada de manera previa con la demanda y en la contestación a la demanda, usted considera este aspecto positivo o negativo?

CUADRO NO. 3

3.- El Proyecto del Código Orgánico General de Procesos contempla que la prueba debe ser anunciada de manera previa con la demanda y en la contestación a la demanda, usted considera este aspecto positivo o negativo?		
POSITIVO	30	100%
NEGATIVO	0	0%
TOTAL	30	100%

GRÁFICO NO. 3



FUENTE: CAMILO PALOMEQUE VERA (Encuestas a 10 abogados asesores de entidades públicas y privadas, y a 20 abogados en libre ejercicio de la profesión.

Resultado:

30 abogados manifestaron que consideran positivo este aspecto.

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DEL CUADRO Y GRÁFICO No. 3

ANÁLISIS

En el cuadro y gráfico No. 3.- El Proyecto del Código Orgánico General de Procesos contempla que la prueba debe ser anunciada de manera previa con la demanda y en la contestación a la demanda, usted considera este aspecto positivo o negativo?, el 100% de los encuestados manifestaron que este aspecto es positivo.

INTERPRETACIÓN

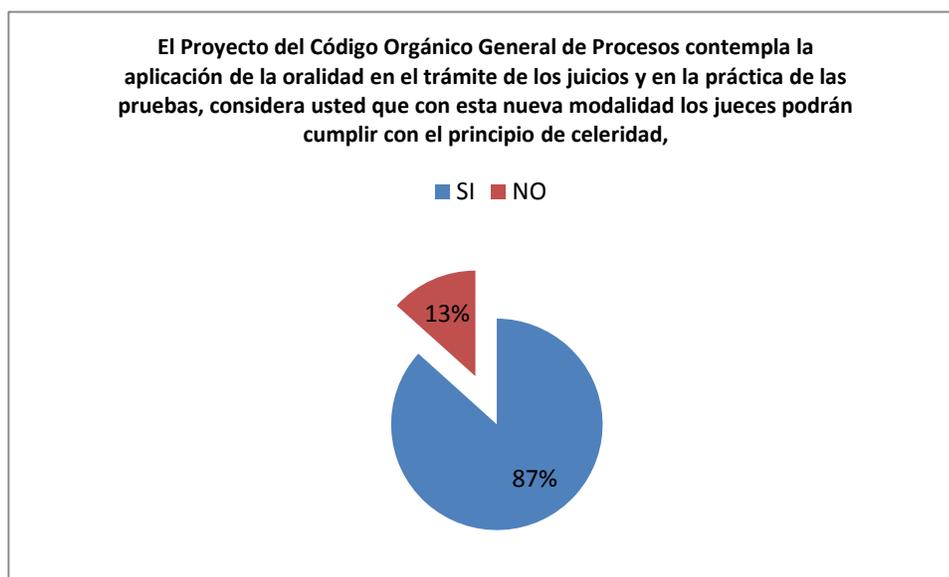
Este resultado permite deducir que la totalidad de encuestados considera como aspecto positivo que el Proyecto del Código Orgánico General de Procesos contemple que la prueba debe ser anunciada de manera previa con la demanda y en la contestación a la demanda.

4.- El Proyecto del Código Orgánico General de Procesos contempla la aplicación de la oralidad en el trámite de los juicios y en la práctica de las pruebas, considera usted que con esta nueva modalidad los jueces podrán cumplir con el principio de celeridad, dentro de los términos previstos en la ley para la resolución de las causas?

CUADRO NO. 4

4.- El Proyecto del Código Orgánico General de Procesos contempla la aplicación de la oralidad en el trámite de los juicios y en la práctica de las pruebas, considera usted que con esta nueva modalidad los jueces podrán cumplir con el principio de celeridad, dentro de los términos previstos en la ley para la resolución de las causas?		
SI	26	87%
NO	4	13%
TOTAL	30	100%

GRÁFICO NO. 4



FUENTE: CAMILO PALOMEQUE VERA (Encuestas a 10 abogados asesores de entidades públicas y privadas, y a 20 abogados en libre ejercicio de la profesión.

Resultado:

26 abogados dijeron que sí y 4 abogados dijeron que no.

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DEL CUADRO Y GRÁFICO No. 4

ANÁLISIS

En el cuadro y gráfico No. 4.- El Proyecto del Código Orgánico General de Procesos contempla la aplicación de la oralidad en el trámite de los juicios y en la práctica de las pruebas, considera usted que con esta nueva modalidad los jueces podrán cumplir con el principio de celeridad, dentro de los términos previstos en la ley para la resolución de las causas?, un 87% de los encuestados manifestaron que Sí, y un 13% manifestó que No.

INTERPRETACIÓN

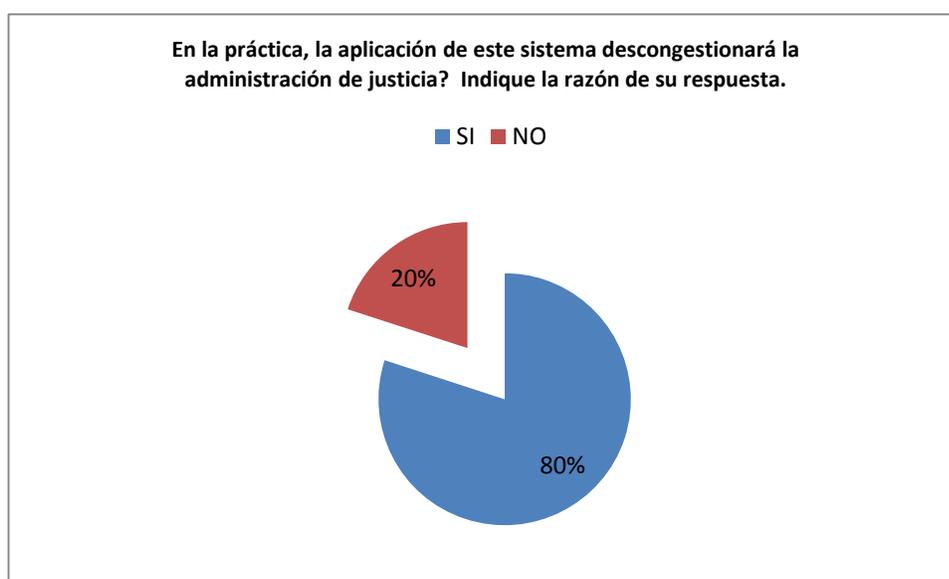
Este resultado permite deducir que un gran porcentaje de encuestados considera que con la aplicación de la oralidad en el trámite de los juicios y en la práctica de las pruebas que contempla el Proyecto del Código Orgánico General de Procesos, los jueces podrán cumplir con el principio de celeridad, dentro de los términos previstos en la ley para la resolución de las causas.

5.- En la práctica, la aplicación de este sistema descongestionará la administración de justicia? Indique la razón de su respuesta.

CUADRO NO. 5

En la práctica, la aplicación de este sistema descongestionará la administración de justicia? Indique la razón de su respuesta.		
SI	24	80%
NO	6	20%
TOTAL	30	100%

GRÁFICO NO. 5



FUENTE: CAMILO PALOMEQUE VERA (Encuestas a 10 abogados asesores de entidades públicas y privadas, y a 20 abogados en libre ejercicio de la profesión.

Resultado:

24 abogados dijeron que sí, porque el Proyecto propone un sistema mucho más ágil; y, 6 abogados dijeron que no, porque la lentitud de la justicia no depende del procedimiento ni del sistema sino de los jueces, por la enorme carga laboral que tienen.

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DEL CUADRO Y GRÁFICO No. 5

ANÁLISIS

En el cuadro y gráfico No. 5.- En la práctica, la aplicación de este sistema descongestionará la administración de justicia? Indique la razón de su respuesta, un 80% de los encuestados dijeron que sí, porque el Proyecto propone un sistema mucho más ágil; y, un 20% dijeron que no, porque la lentitud de la justicia no depende del procedimiento ni del sistema sino de los jueces, por la enorme carga laboral que tienen.

INTERPRETACIÓN

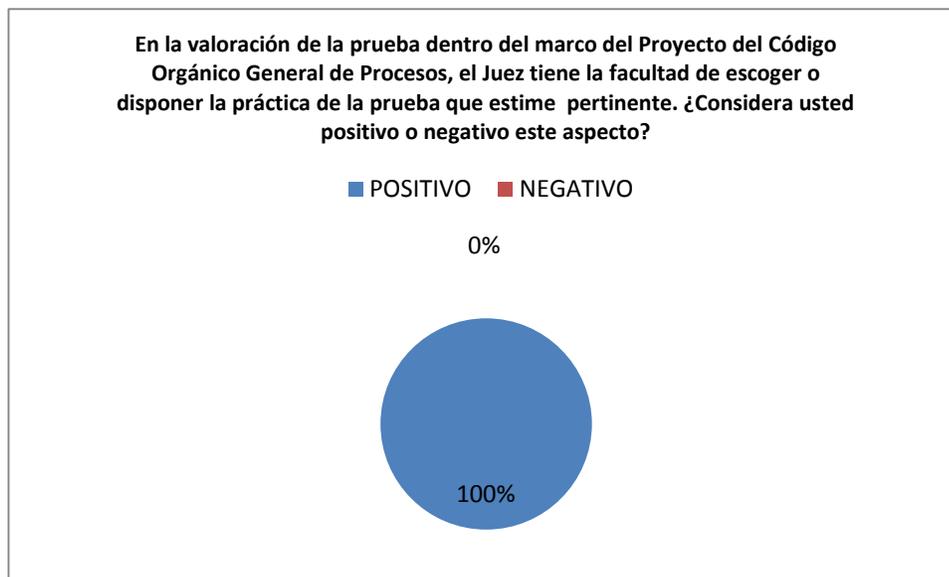
Este resultado permite deducir que un elevado porcentaje de encuestados considera que la aplicación de este nuevo sistema descongestionará la administración de justicia, porque el Proyecto propone un sistema mucho más ágil que el actual.

6.- En la valoración de la prueba dentro del marco del Proyecto del Código Orgánico General de Procesos, el Juez tiene la facultad de escoger o disponer la práctica de la prueba que estime pertinente. Considera usted positivo o negativo este aspecto?

CUADRO NO. 6

6.- En la valoración de la prueba dentro del marco del Proyecto del Código Orgánico General de Procesos, el Juez tiene la facultad de escoger o disponer la práctica de la prueba que estime pertinente. Considera usted positivo o negativo este aspecto?		
POSITIVO	30	100%
NEGATIVO	0	0%
TOTAL	30	100%

GRÁFICO NO. 6



FUENTE: CAMILO PALOMEQUE VERA (Encuestas a 10 abogados asesores de entidades públicas y privadas, y a 20 abogados en libre ejercicio de la profesión.

Resultado:

Los 30 abogados manifestaron que consideran positivo este aspecto.

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DEL CUADRO Y GRÁFICO No. 6

ANÁLISIS

En el cuadro y gráfico No. 6.- En la valoración de la prueba dentro del marco del Proyecto del Código Orgánico General de Procesos, el Juez tiene la facultad de escoger o disponer la práctica de la prueba que estime pertinente. Considera usted positivo o negativo este aspecto?, el 100% de los encuestados dijeron que consideran positivo este aspecto.

INTERPRETACIÓN

Este resultado permite deducir que la totalidad de los encuestados consideran positivo que en la valoración de la prueba dentro del marco del Proyecto del Código Orgánico General de Procesos, el Juez tenga la facultad de escoger o disponer la práctica de la prueba que estime pertinente.

CAPITULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1. Conclusiones

1.- El objetivo general planteado ha permitido comparar los medios probatorios del Código de Procedimiento Civil vigente con relación a los medios propuestos en el Código Orgánico General de Procesos, de lo cual se concluye que los medios de prueba contemplados en el artículo 121 del Código de Procedimiento Civil se mantienen; y, que estos medios de prueba se han sintetizado en el Artículo 165 del COGEP;

2.- De la comparación entre el artículo 121 del CPC y el artículo 165 del COGEP que contempla los medios de prueba, se colige que se han incorporado literalmente al COGEP como medios de prueba “los certificados electrónicos nacionales o extranjeros emitidos de conformidad con la Ley de Comercio Electrónico”; los mismos que tácitamente ya estaban contemplados dentro de los “documentos obtenidos por medios técnicos, electrónicos, informáticos, telemáticos o de nueva tecnología” a los que hace referencia el citado artículo 121;

3.- En cuanto a las clases de prueba se puede interpretar jurídicamente que en los cambios introducidos en el COGEP se sintetizan las pruebas, las mismas que deben ser anunciadas y solicitadas en la demanda, en la contestación a la demanda, en la reconvencción y en la contestación a la reconvencción; pruebas que serán calificadas y actuadas en la audiencia del juicio, las que permitirán esclarecer el caso, orientar y dar la certeza al juzgador sobre los hechos principales del juicio para resolver; a la vez deberán cumplir con los principios de la teoría general de la prueba, como son: adquisición, contradicción, inmediación, preclusión, unidad, veracidad, publicidad, igualdad de oportunidades, libertad, interés público, necesidad, licitud y originalidad;

4.- En el Código Orgánico General de Procesos, en lo que respecta a la prueba, indiscutiblemente existen modificaciones y avances en cuanto a la determinación, medios de prueba y modos de practicarlas; puesto que aplica un procedimiento híbrido, esto es: Principios de la sana crítica, prueba tasada y libre convicción, donde se evidencia que el juez tiene la suficiente facultad para seleccionar, disponer y aplicar las pruebas que a su juicio y sana crítica, considere las más pertinentes y convincentes que le permitan emitir su decisión o resolución en derecho; dado que es quien analiza y

determina la pertinencia y admisibilidad para aceptar y valorar las pruebas, conforme lo reza el artículo 155 del COGEP. En efecto, en base a dicha disposición, en la audiencia el juez está facultado para rechazar de oficio o a petición de parte, la prueba que por inconducente, impertinente, inútil, repetitiva, irrelevante, o prohibida por la ley, es inadmisibles;

5.- Uno de los cambios sustanciales es que en el sistema actual, la demanda contiene las pretensiones del actor y debe satisfacer requerimientos de orden formal; en el nuevo procedimiento se suma a las pretensiones del actor el anuncio de las pruebas en la misma demanda, precisando datos e información, como se puede apreciar en el Art. 135 No. 6 y 7, y en el Art. 136 No. 5 y 6 del COGEP. Este punto es importante porque las partes van a conocer de antemano las pruebas que se van a actuar en la audiencia y permiten que el juzgador también las conozca con antelación y se vaya formando una idea de lo que se discute y en base a qué litigan las partes. El Proyecto también contempla la posibilidad de que la parte que no tenga en su poder una determinada prueba, describa su contenido y el lugar en que se encuentre y solicite las medidas pertinentes para su incorporación al proceso. Se establece además que el juez no podrá actuar pruebas en contravención a esta norma y si lo hiciere estas pruebas carecerán de valor probatorio.

De igual manera, el demandado al contestar la demanda deberá acompañar todos los medios probatorios destinados a sustentar su contradicción, precisando los datos y la información necesaria para su actuación. (Art. 146 COGEP).

El nuevo ordenamiento procesal simplificará considerablemente lo concerniente a la presentación de la prueba, pues el hecho de que tanto actor como demandado deban anunciarlas en el primer escrito que presenten, permitirá al juzgador conocer con la suficiente anticipación lo que las partes pretenden hacer valer como prueba y al despachar las mismas podrá de antemano ir formándose una idea o concepto de lo principal del juicio, hasta qué punto la demanda está sustentada y hasta qué punto el demandado puede sustentar sus excepciones. El juez tendrá de manera anticipada un panorama claro de lo que se discute en el juicio.

En conclusión, el sistema que contempla el COGEP en cuanto a la práctica de la prueba nos trae un modelo mucho más ágil y abreviado, que sin duda aportará a la celeridad y economía procesal en el trámite de las causas; hará que los procesos se tramiten en forma mucho más ágil y que la justicia deje de ser un camino tortuoso y agobiante.

5.2. Recomendaciones

1.- Sería deseable que en el COGEP se señale las pautas y técnicas de valoración de la prueba, a fin de que exista uniformidad en los fallos, para así evitar falta de argumentación o motivación en las resoluciones y sentencias;

2.- El COGEP debería ser más concreto y objetivo, tanto en la determinación, en los medios de prueba y en la valoración de las mismas, a fin de no extender ni dar oportunidad a que se soliciten y practiquen pruebas innecesarias e impertinentes, que lo único que hacen es dilatar el proceso;

3.- En el COGEP debe determinarse y restringirse el número de preguntas y repreguntas en la declaración de testigos, así como el tiempo conferido a las partes para formularlas, pues de lo contrario la audiencia en la que se practican las pruebas pueden resultar interminables y extenuantes; lo que significará dilatar los procesos y complicar el tiempo de los jueces por la enorme carga laboral que tienen. Esto sería perjudicial y contrario al principio de celeridad y economía procesal que auspicia el propio COGEP;

4.- Es deseable que el COGEP sea ampliamente socializado en los distintos sectores antes de su aplicación y vigencia, capaz de conseguir la uniformidad de criterios, principalmente en el ámbito de los jueces, abogados en libre ejercicio y usuarios de la administración de justicia, no olvidemos que la justicia es un servicio público, igual que la educación y la salud, y debe brindarse en base a los principios que consagra la Constitución y el Código Orgánico de la Función Judicial. No basta la presunción de que la ley es conocida una vez que ha sido publicada en el Registro Oficial, es preciso

difundir los cambios cuya tarea corresponde al Consejo de la Judicatura, a los Colegios de Abogados y Escuelas de Derecho;

5.- Es deseable que en el futuro, en base a la aplicación de las normas pertinentes a la práctica de la prueba que contempla el COGEP, los Jueces de la Corte Nacional supervisen que los Jueces de Instancia realmente motiven las sentencias, y dentro de la motivación valoren las pruebas en conjunto, realizando un análisis lógico, de acuerdo a la sana crítica de todas las pruebas producidas, y no únicamente al momento de que encuentren que hay aplicación indebida, o falta de aplicación, o errónea interpretación de alguna norma.

BIBLIOGRAFÍA

Andrade Ubidia, Santiago; (2005), *La casación Civil en el Ecuador*, Quito-Ecuador; Fondo Editorial.

Arellano García, Carlos; (1981), *Derecho Procesal Civil*, México; Editorial Porrúa.

Azula Camacho, Jaime; (2008), *Manual de Derecho Procesal, Tomo VI, Pruebas Judiciales*, Tercera Edición, Bogotá-Colombia; Editorial Temis S. A.

Bentham, Jeremías; (1825), *Tratado de las Pruebas*, Tomo I, París.

Bentham, Jeremías; (2000), *Tratado de las Pruebas Judiciales*, Tomo II, Santa Fe-Bogotá; Ediciones Nueva Jurídica.

Cabanellas, Guillermo; (1998), *Diccionario Jurídico Elemental*, Buenos Aires-Argentina; Editorial Heliasta.

Cabrera Acosta, Benigno Humberto; (1985), *Teoría general del proceso y de la prueba*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Sexta Edición.

Carnelutti, Francesco; (1955), *La prueba Civil*, Buenos Aires-Argentina; Ediciones Ayarú.

Carnelutti, Francesco; (1955), *La prueba civil*, apéndice de Giacomo P. Augenti. Buenos Aires; Ediciones Arayú.

Carrara, Francesco; (1993), *Programa de Derecho Criminal, Parte General, Sección III, Volumen III*, Bogotá-Colombia; Editorial Temis.

Couture, Eduardo J; (1951), *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Segunda Edición. Buenos Aires; Editorial Depalma.

Couture, Eduardo J; (1981), *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires; Ediciones Depalma.

Chiovenda, José; (1954), *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Madrid; Edit. Rev. De Derecho Privado, Tomo III.

Chiovenda, José; (1980), *Principios de derecho procesal civil*, México; Cárdenas Editor y Distribuidor.

Devis Echandía, Hernando; (1984), *Teoría General del Proceso*, Buenos Aires-Argentina; Editorial Universidad, Tomo I.

Devis Echandía, Hernando; (1993), *Teoría General de la Prueba Judicial*, Cuarta edición, Tomo I, Medellín-Colombia; Editorial Biblioteca Jurídica Dike.

Devis Echandia, Hernando; (1998), *Teoría General de la prueba*, Tomo I, Buenos Aires-Argentina; Víctor P. de Zavalía. Editor.

Devis Echandia, Hernando; (2002), *Teoría General de la Prueba Judicial*, Tomos I y II, Quinta Edición, Bogotá – Colombia; Editorial Temis S.A.

De La Rúa, Fernando; (1991), *Teoría General del Proceso*, Buenos Aires-Argentina; Ediciones Depalma.

De Pina, Rafael; (1942), *Tratado de las pruebas civiles*, México; Editorial Porrúa.

De Santo, Víctor; (1991), *Diccionario de Derecho Procesal*, Buenos Aires-Argentina; Editorial Universidad.

Fueyo, Fernando; (1979), *Interpretación y Juez*, Santiago-Chile.

Fábrega P., Jorge; (1997), *Teoría general de la prueba*, Santa Fe de Bogotá; Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

Falcón Enrique M.; (2003), *Tratado de la prueba*, Tomo I, Buenos Aires; Editorial Astrea.

Gozaini, Alfredo Osvaldo; (1995), *La prueba en el proceso civil peruano*, Lima-Perú; Editora Normas Legales.

Guash Fernández, Sergi; (1998), *El Hecho y el Derecho en la Casación Civil*, Barcelona; J. M. Bosch Editor.

Iturralde Albán, Francisco; (2013), *Teoría de la Prueba*, Texto Guía, Universidad Técnica Particular de Loja, Loja-Ecuador; EDILOJA.

Manual de Talleres. *VII Seminario Taller Internacional de Derecho Multidisciplinario*. Santo Domingo de los Tsáchilas, del 27 al 31 de mayo del 2013. Págs. 110 y 111.

Morello, Augusto Mario; (2001), *El Proceso Civil Moderno*, La Plata-Argentina; Librería Editora Platense.

Parra Quijano, Jairo; (2000), *Manual de Derecho Probatorio*, Capítulo IX, Sistemas para la valoración de la prueba, Bogotá; Editora Temis.

Parra Quijano, Jairo; (2004), *Racionalidad e Ideología en las pruebas de oficio*, Bogotá; Editora Temis.

Quiceno Alvarez, Fernando; (2000), *Valoración judicial de las pruebas*, Primera Edición, Bogotá- Caracas- Panamá- Quito; Editorial Jurídica Bolivariana.

Rioseco, Emilio; (1982), *La Prueba ante la Jurisprudencia*, Chile; Editorial Jurídica de Chile.

Silva, Melero; (1963), *La Prueba Procesal*, Madrid; Edit. Rev. De Derecho Privado, Tomo I.

Vishinski; (1951), *La Teoría de la Prueba en el Derecho Soviético*, Buenos Aires-Argentina; Editora Nuevo Derecho.

Zavala Baquerizo, Jorge; (2002), *El debido proceso penal*, Guayaquil-Ecuador; Edino.

LEYES

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2008.

CODIFICACIÓN DEL CODIGO CIVIL ECUATORIANO, Suplemento Registro Oficial No. 46 del viernes 24 de Junio del 2005.

CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, Suplemento Registro Oficial No. 58 del martes 12 de Julio del 2005.

PROYECTO DEL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS. (Asamblea Nacional del Ecuador. Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado)

CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS, Registro Oficial Suplemento No. 506, de 22 de mayo de 2015.

JURISPRUDENCIA

Caso. N° 13-2000-Uma, Sala Civil Permanente, Corte Suprema de Justicia, Hinostroza Mínguez, Alberto. Jurisprudencia en Derecho Probatorio, Gaceta Jurídica 2000, pp. 414-415.

Corte Suprema de Justicia.- Primera Sala de lo Civil y Mercantil.- Quito, 26 de mayo de 2003; las 10h:30. Gaceta Judicial. Año CIV. Serie XVII. No. 13. Página 4110.

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, Resolución P.O.M.C. Exp. 2000 00042 01, 22 de julio del 2010.

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, Resolución A.S.R. Exp. 2005 00025 01, 05 de noviembre del 2013.

Gaceta Judicial. Año CIV. Serie XVII. No. 13. Página 4110.

Gaceta Judicial. Año CII. Serie XVII. No. 5. Página 1244. (Quito, 31 de enero de 2001).

Primera Sala, Corte Suprema de Justicia: Resolución No. 48-2003 de 17-II-2003, Registro Oficial No. 66 de 22-IV-2003.

Primera Sala, Corte Suprema de Justicia, Resolución No. 69 de 15-IV-2004, Registro Oficial No. 424 de 20-IX-2004.

Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, Resolución No. 165 de 17 junio de 2003, R.O. 147, 14-de agosto de 2003

ANEXOS

**La Prueba en el Sistema Oral
(Análisis Comparativo)**

	Código Orgánico General de Procesos (COGEP) (Primer Debate, Asamblea Nacional)	Código de Procedimiento Civil (Registro Oficial Suplemento 58 de 12 de julio de 2005)	Análisis Comparativo (Lo que hay ahora vs. lo que se viene con el COGEP)	(El avance que significa la práctica de la prueba en el proceso oral)
Principios de la Prueba	Arts. 6, 9; Arts. 153-164	Arts. 115-117; Art. 120	<p>Los Arts. 6 y 9 del COGEP referentes al principio de inmediación y al derecho al debido proceso, en su orden, concuerdan con los artículos 19 y 25 del COFJ, y el Art. 83 de la Constitución. El Art. 153 del COGEP nos proporciona una definición de lo que es “la finalidad o el propósito de la prueba”, lo que no estaba definido en el CPC. Pese a las varias teorías que se han formulado al respecto, no nos queda ninguna duda acerca de que el fin de la prueba consiste en llevarle al juez el convencimiento sobre los hechos a que debe aplicar las normas jurídicas que los regulan; o, dicho de otra manera, la certeza de que conoce la verdad sobre ellos. La prueba judicial tiene como propósito acreditar los hechos alegados, convencer al juez sobre la existencia de esos hechos y a partir de esa convicción, servir de fundamento al sentenciador para aplicar la norma cuyo supuesto normativo subsume a tales hechos comprobados.</p> <p>El Art. 154 del COGEP se refiere a la oportunidad de la prueba, situación que ya estaba prevista en el Art. 117 del actual CPC. Sin embargo, sobre este respecto, aquí se aprecia el cambio radical que contempla el nuevo procedimiento sobre la forma de presentar la prueba. El nuevo código ordena que las pruebas con las que cuenten las partes deben ser presentadas junto con la demanda, en la contestación a la demanda, en la reconvenición o en la contestación a la reconvenición. Algo parecido se practica ya en los juicios por prestación de alimentos y en los laborales. No obstante,</p>	<p>El Proyecto del COGEP, en lo que respecta a la práctica de la prueba, propone un modelo mucho más ágil y oportuno, que significará un gran avance en materia procesal y estará acorde a lo que proclaman los principios de inmediación, concentración, celeridad, economía procesal, tutela judicial efectiva de los derechos, seguridad jurídica y de la verdad procesal, que consagra la Carta Fundamental y el COFJ. Su aplicación garantizará el cumplimiento de estos principios en todo proceso judicial y hará que la justicia sea verdaderamente un servicio público que se presta de manera óptima, eficaz y oportuna.</p> <p>El Proyecto replantea la concepción de la prueba, con ajustes teóricos novedosos. En el nuevo código, es requisito esencial que la prueba reúna los requisitos de conducencia, pertinencia y utilidad.</p>

			<p>el artículo 154 del Proyecto lo contempla como algo realmente novedoso que apunta a dar mayor agilidad al proceso en el sistema oral, sin pérdida de tiempo en la obtención de las pruebas, a pesar de que también contempla la posibilidad de recabar aquellas pruebas que no están en manos de las partes, anunciándolas para luego hacerlas valer en la audiencia. A mi criterio, esto sí representa un gran paso adelante en el sistema procesal oral, porque el tiempo para solicitar la pruebas, practicarlas y recabarlas se estaría reduciendo considerablemente. En el caso de los juicios contenciosos administrativos, en la actualidad se emplea mucho tiempo para recabar las pruebas actuadas por las partes. La forma de practicar las pruebas en el nuevo procedimiento, permitirá actuar con mayor celeridad en lo que respecta a la obtención y presentación de la prueba, así como en el análisis de las mismas por el juzgador. Asimismo, permite la posibilidad de que el juzgador, en la audiencia preliminar pueda de oficio o a petición de parte rechazar la prueba que considere impertinente, inútil, repetitiva, irrelevante o prohibida por la ley. Hace énfasis sobre esta facultad del juez en el Art. 165 del COGEP. El Art. 156 del Proyecto define lo que es la idoneidad y pertinencia de la prueba, lo que no estaba claramente definido en el actual CPC. Por otro lado, el Art. 160 del COGEP contempla de manera expresa el derecho de contradicción de la prueba, lo que tampoco estaba claramente definido en el actual CPC. Algo nuevo también es que el Art. 163 del COGP se refiere a las pruebas en el extranjero, lo</p>	
--	--	--	---	--

			<p>que no estaba contemplado expresamente en el CPV, en lo que respecta a la prueba propiamente dicha. Ambos textos contemplan la posibilidad de que los jueces, antes de resolver, pueden ordenar de oficio la práctica de las pruebas que consideren pertinentes y necesarias para su mejor resolver (Art. 164 del COGEP y Art. 118 del CPC). Como algo novedoso también vale destacar que el Art. 158 de COGEP determina cuáles son los hechos que no requieren ser probados, lo que no contempla el actual CPC, en las disposiciones concernientes a la prueba, no así el Art. 27 del COFJ, que se refiere a varios de estos hechos.</p> <p>El Art. 161 del COGEP hace énfasis también de que la prueba que sirva de base para la sentencia, deberá producirse durante la audiencia del juicio (oportunidad de la prueba). Sobre la oportunidad de la prueba, el Art. 117 del CPC ya hacía referencia.</p>	

	Código Orgánico General de Procesos (COGP) (Primer Debate, Asamblea Nacional)	Código de Procedimiento Civil (Registro Oficial Suplemento 58 de 12 de julio de 2005)	Análisis Comparativo (Lo que hay ahora vs. lo que se viene con el COGEP)	¿Cuál es el cambio de paradigma? (El avance que significa la práctica de la prueba en el proceso oral)
Diligencias Preparatorias	Art. 109 #2 y 3; Art. 111 #1-4 y 8-9	Arts. 64, 65, 126, 135	<p>Las disposiciones constantes en el Art. 109 numerales 2 y 3; y en el Art. 111 numerales 1,4, 8 y 9, del COGEP, se refieren a una fase preliminar del juicio y a las diligencias preparatorias; algunas de estas diligencias preparatorias ya estaban contempladas en los artículos 64 y 65 del CPC. No obstante, es preciso destacar que en la actualidad, en materia contenciosa administrativa no cabe la confesión judicial del funcionario representante de la administración sino únicamente del actor, que generalmente es un particular. El Art. 372 del COGP señala que en los procesos contenciosos administrativos y contenciosos tributarios son admitidos todos los medios de prueba que contempla este Código, excepto la confesión judicial; lo que significa que definitivamente no habrá Confesión Judicial en esta clase de juicios. El Art. 109 del COGEP, en su inciso final, señala que el juez que conozca de la fase preliminar será también competente para conocer la demanda principal, lo que significa que desde la fase preliminar ya se está asegurando la competencia del juez que conozca la demanda principal. El nuevo COGEP, en su Art. 112, contempla el procedimiento para la práctica de estas diligencias preparatorias, el mismo que se hará de manera rápida y diligente a diferencia del procedimiento constante en el actual CPC .</p>	<p>Es evidente que hasta las diligencias preparatorias practicadas como fase preliminar de los procesos, también se someten al esquema de celeridad que pretende imprimir a todos los actos y diligencias procesales el proyecto del COGEP, como nuevo paradigma en el sistema procesal ecuatoriano.</p>

	Código Orgánico General de Procesos (COGP) (Primer Debate, Asamblea Nacional)	Código de Procedimiento Civil (Registro Oficial Suplemento 58 de 12 de julio de 2005)	Análisis Comparativo (Lo que hay ahora vs. lo que se viene con el COGEP)	¿Cuál es el cambio de paradigma? (El avance que significa la práctica de la prueba en el proceso oral)
Presentación de la Prueba	Art. 135 #6 y 7; Art. 136 #5 y 6 (inciso final); Art. 146	Arts. 117, 119, 405, 407 (primer y segundo incisos); 433, 836	<p>En el sistema actual, la demanda contiene las pretensiones del actor y debe satisfacer requerimientos de orden formal. En el nuevo procedimiento se suma a las pretensiones del actor el anuncio de las pruebas en la misma demanda, precisando datos e información, como se puede apreciar en el Art. 135 No. 6 y 7, y en el Art. 136 No. 5 y 6 del COGEP. Este punto es importante porque las partes van a conocer de antemano las pruebas que se van a actuar en la audiencia y permiten que el juzgador también las conozca con antelación y se vaya formando una idea de lo que se discute y en base a qué litigan las partes.</p> <p>Contempla también la posibilidad de que la parte que no tenga en su poder una determinada prueba, describa su contenido y el lugar en que se encuentre y solicite las medidas pertinentes para su incorporación al proceso. Se establece además que si el juez no podrá actuar pruebas en contravención a esta norma y si lo hiciera estas pruebas carecerán de valor probatorio.</p> <p>En cuanto a la contestación a la demanda y a las excepciones, el procedimiento actual contempla las típicas y tradicionales, que muchas veces únicamente son anunciadas por el demandado. En el nuevo procedimiento las excepciones deben ser sustentadas por el demandado mediante un pronunciamiento concreto sobre cada una de las pretensiones del actor.</p> <p>De igual manera, el demandado al contestar la demanda deberá acompañar</p>	<p>El nuevo ordenamiento procesal simplificará considerablemente lo concerniente a la presentación de la prueba, pues el hecho de que tanto actor como demandado deban anunciarlas en el primer escrito que presenten, permitirá al juzgador conocer con la suficiente anticipación lo que las partes pretenden hacer valer como prueba y al despachar las mismas podrá de antemano ir formándose una idea o concepto de lo principal del juicio, hasta qué punto la demanda está sustentada y hasta qué punto el demandado puede sustentar sus excepciones. El juez tendrá de manera anticipada un panorama claro de lo que se discute en el juicio.</p>

			<p>todos los medios probatorios destinados a sustentar su contradicción, precisando los datos y la información necesaria para su actuación. (Art. 146 COGEP).</p>	
--	--	--	---	--

	Código Orgánico General de Procesos (COGP) (Primer Debate, Asamblea Nacional)	Código de Procedimiento Civil (Registro Oficial Suplemento 58 de 12 de julio de 2005)	Análisis Comparativo (Lo que hay ahora vs. lo que se viene con el COGEP)	¿Cuál es el cambio de paradigma? (El avance que significa la práctica de la prueba en el proceso oral)
Carga de la Prueba y “Prueba Dinámica” ¹	Art. 166	Arts. 113 y 114	<p>En lo que respecta a la carga de la prueba, ambos textos se refieren a que ésta corresponde al actor, con la única diferencia que el Art. 166 del COGEP adicionalmente hace referencia a la carga de la prueba en materia ambiental sobre la inexistencia de daño potencial o real y señala que ésta recaerá sobre el gestor de la actividad o el demandado. Este aspecto no estaba contemplado en el actual CPC. El Art. 114 del actual CPC, establece que cada parte está obligada a probar los hechos que alega. El nuevo código establece que tanto actor como demandado pueden anunciar su prueba en la demanda y en la contestación a la demanda, en su orden; lo que le corresponderá probar a cada parte, conforme las pruebas anunciadas. Además, el artículo 157 del COGEP es claro al señalar que deben probarse todos los hechos alegados por las partes en la demanda, contestación a la demanda, reconvencción y contestación a la reconvencción.</p>	<p>Independientemente de los preceptos legales que establecen a quién corresponde la carga de la prueba, corresponde al juzgador apreciarla en su conjunto, en base a las reglas de la sana crítica. Sobre la carga de la prueba, no se aprecia mayor cambio o avance, porque se mantiene el mismo concepto que sobre este respecto contempla el actual CPC, de que la carga de la prueba corresponde al actor y que cada parte está obligada a probar los hechos que alega; pues así lo recogen también los artículos 157 y 166 del COGEP.</p> <p>Lo cierto es que ambos textos establecen que las partes procesales deben aportar pruebas sobre los hechos controvertidos; el actor debe probar sus asertos y el demandado sus excepciones. La única gran diferencia está en que el nuevo código considera a la prueba como algo fundamental en el juicio y que debe ser evacuada con la mayor prontitud.</p> <p>El nuevo sistema establece una audiencia de prueba o de juzgamiento que viene a ser la parte esencial del juicio; en donde se harán valer las pruebas anunciadas por las partes y las mandadas a actuar fuera del juicio; y en donde se oirá a los testigos, peritos y a las partes, y se analizarán documentos.</p> <p>En el nuevo código, es imprescindible que la prueba reúna los requisitos de conducencia, pertinencia y utilidad.</p> <p>Es importante destacar que el nuevo ordenamiento legal hace énfasis en el principio de contradicción de la prueba, como se aprecia en el Art. 167 del COGEP, acorde a lo</p>

¹ En base a la doctrina y jurisprudencia colombiana

				<p>dispuesto en el Art. 76 numeral 7 literales c) y h) de la CRE; es decir que garantiza la intervención de la contraparte en la contradicción de las pruebas que presente tanto el actor como el demandado.</p>
--	--	--	--	--

	Código Orgánico General de Procesos (COGP) (Primer Debate, Asamblea Nacional)	Código de Procedimiento Civil (Registro Oficial Suplemento 58 de 12 de julio de 2005)	Análisis Comparativo (Lo que hay ahora vs. lo que se viene con el COGP)	¿Cuál es el cambio de paradigma? (El avance que significa la práctica de la prueba en el proceso oral)
Prueba de Oficio	<p>Art. 164 (Pruebas para mejor resolver)</p> <p>-Todas sin limitación. Excepto la confesión judicial, en procesos contencioso Tributario y Contencioso Administrativo (Art. 372 COGP)</p> <p>Prueba excepcional, previa debida motivación.</p> <p>Las partes pueden contradecir la prueba de oficio y pedir otras relacionadas.</p> <p>Juez puede solicitarlas sólo si se tratan de derechos indisponibles o presuma dolo o fraude procesal</p> <p>No se puede acusar al Juez de prevaricato.</p> <p>Se deben cumplir en la audiencia.</p>	<p>Art. 118 (Pruebas de Oficio)</p> <p>Todas excepto la declaración de testigos.</p> <p>Solo puede repreguntar y/o pedir explicaciones a testigos.</p> <p>Todas las instancias antes de sentencia o auto definitivo sea cual fuere la naturaleza de la causa.</p>	<p>Incluir la prueba testimonial como parte de las facultades del Juez para solicitarlas de oficio puede ser peligroso. El Juez, no va a tener la información necesaria como para determinar qué personas pueden ser consideradas como testigos.</p>	<p>Resulta importante e interesante que los procesos judiciales se simplifiquen; sin embargo, es indispensable hacer notar que, con la carga procesal que actualmente tienen los jueces, resultaría una tarea casi imposible cumplir al mismo tiempo con los procesos previstos tanto por el COGP y el CPC</p>

	Código Orgánico General de Procesos (COGP) (Primer Debate, Asamblea Nacional)	Código de Procedimiento Civil (Registro Oficial Suplemento 58 de 12 de julio de 2005)	Análisis Comparativo (Lo que hay ahora vs. lo que se viene con el COGP)	¿Cuál es el cambio de paradigma? (El avance que significa la práctica de la prueba en el proceso oral)
Medios de Prueba	<p>Art. 165</p> <p>Confesión judicial</p> <p>Testigos</p> <p>Documentos</p> <p>Pericias</p> <p>Inspección Judicial</p> <p>Mensajes de datos</p> <p>Documentos electrónicos</p> <p>Certificados electrónicos</p>	<p>Art. 121</p> <p>Confesión de parte</p> <p>Instrumentos públicos o privados,</p> <p>Declaraciones de testigos</p> <p>Inspección judicial</p> <p>Dictamen de peritos e intérpretes.</p> <p>Grabaciones magnetofónicas</p> <p>Radiografías</p> <p>Fotografías</p> <p>Cintas cinematográficas</p> <p>Documentos obtenidos por medios técnicos, electrónicos, informáticos, telemáticos o de nueva tecnología</p> <p>Exámenes morfológicos, sanguíneos o de otra naturaleza técnica o científica.</p>	<p>Se ha simplificado la enumeración de los medios de prueba, los mismos que se encuentran de conformidad con el avance de la tecnología, por el momento histórico.</p>	<p>La práctica de la prueba va a estar recopilada en una sola diligencia.</p> <p>En procesos contenciosos administrativos y contenciosos tributarios, la prueba documental es voluminosa, por lo que sería imposible analizarla en la misma diligencia, por más que las partes hagan resúmenes, los mismos que no se podrán corroborar en la diligencia para determinar su exactitud. En este contexto, hay que tomar en cuenta muy particularmente los procesos de contratación pública.</p> <p>DE igual manera, se debe considerar que el tiempo que se debe dar a las partes para preguntar y repreguntar a los testigos, caso contrario estas audiencias se tornarían en largas y tediosas.</p>

	Código Orgánico General de Procesos (COGEP) (Primer Debate, Asamblea Nacional)	Código de Procedimiento Civil (Registro Oficial Suplemento 58 de 12 de julio de 2005)	Análisis Comparativo (Lo que hay ahora vs. lo que se viene con el COGEP)	¿Cuál es el cambio de paradigma? (El avance que significa la práctica de la prueba en el proceso oral)
Confesión Judicial	<p>Arts. 168- 175 Esta diligencia se debe actuar en la audiencia de prueba. Corresponde a las partes preguntar directamente al confesante El propio abogado patrocinador del confesante tiene derecho para preguntar a su cliente No se limita el número de preguntas y repreguntas. En caso de que las partes formulen al confesante preguntas que contengan más de un hecho puede solicitar que reformulen las preguntas. Sólo a petición de parte el Juez puede aceptar objeciones a las preguntas formuladas. A partir del interrogatorio que formule la contraparte, si no comparece el confesante al segundo señalamiento se entenderá que el confesante ha reconocido la verdad de los hechos preguntados o la existencia del hecho reclamado Se puede requerir la confesión judicial de una persona jurídica a través de su representante El Presidente de la República y otras altas autoridades rendirán confesión judicial, emitirán informe con juramento</p>	<p>Arts. 122- 163 Las preguntas deben ser presentadas por escrito que deben ser calificadas por el Juez. Se limita el número de preguntas a treinta Es potestad del Juez calificar las preguntas. La falta de comparecencia del confesante acarrea la declaratoria de confeso por parte del Juez La declaratoria de confeso es apreciada por el Juez con su sana crítica El llamado por la fuerza pública al confesante se lo puede dar cuando al menos haya existido dos llamados previos</p>	<p>En una audiencia se tienen que evacuar todas las pruebas solicitadas, que únicamente por circunstancias excepcionales puede ser diferida. El protagonismo de las partes es innegable y positivo Si el Juez no logra controlar adecuadamente la audiencia puede dilatarse innecesariamente. No está claro en el COGEP, la forma como se procederá para la declaratoria de confeso, por cuanto todo el trámite de la confesión que se encuentra previsto en la nueva norma es oral</p>	<p>Reto importante para los jueces que se verán obligados a prepararse en otros temas como en la capacidad para mediar y negociar por ejemplo. La implementación de medios tecnológicos que permitan guardar el registro de las audiencias es de vital importancia.</p>

	<p>La confesión del confesante sobre la verdad de la demanda termina el proceso.</p>			
--	--	--	--	--

	Código Orgánico General de Procesos (COGEP) (Primer Debate, Asamblea Nacional)	Código de Procedimiento Civil (Registro Oficial Suplemento 58 de 12 de julio de 2005)	Análisis Comparativo (Lo que hay ahora vs. lo que se viene con el COGEP)	¿Cuál es el cambio de paradigma? (El avance que significa la práctica de la prueba en el proceso oral)
Declaración de Testigos	<p>Arts. 176- 192 Lo más rescatable de la nueva normativa en este aspecto es la facultad que tienen las partes para examinar y contra examinar a los testigos. Esto permitirá al Juez de primera mano conocer sobre la idoneidad de los testimonios</p> <p>De igual manera otro aporte es la posibilidad del debate de los peritos, que también posibilitará esclarecer los informes periciales de manera oportuna</p>	<p>Arts. 207- 241 A pesar de que los testimonios pueden constituirse en una prueba importante, en los actuales momentos es la prueba, cuya credibilidad ha sido más menoscabada</p>	<p>La validación de los testimonios en un mismo momento será importante para el Juez, en especial cuando no cuente con otras pruebas que le permitan el esclarecimiento de la verdad</p> <p>Permitirá contener a los testigos conocidos como “jureros”, ya que será más difícil sostener una mentira</p>	<p>Reto para los jueces para controlar este tipo de diligencias</p> <p>Debe tener mucho cuidado para que no se dilaten innecesariamente</p>

	Código Orgánico General de Procesos (COGEP) (Primer Debate, Asamblea Nacional)	Código de Procedimiento Civil (Registro Oficial Suplemento 58 de 12 de julio de 2005)	Análisis Comparativo (Lo que hay ahora vs. lo que se viene con el COGEP)	¿Cuál es el cambio de paradigma? (El avance que significa la práctica de la prueba en el proceso oral)
Prueba Documental	<p>Arts. 193- 227 Todo objeto</p> <p>Art. 195</p> <p>Art. 196</p> <p>Art. 197</p> <p>Arts. 198, 199 y 200</p> <p>Arts. 201 y 202</p> <p>Art. 203</p> <p>Arts. 204 a 207</p>	Arts. 164- 206	<p>No todo objeto, puede ser considerado como documento o instrumento público, ni aún autorizado con las solemnidades legales.</p> <p>- En todo caso, el Art. 193 del COGP, debería abarcar, el segundo inciso del Art. 194 del COGP y el Art. 194, debería definir a los documentos privados.</p> <p>De la prueba legalmente actuada, en el COGP, debería aumentarse la frase: hacen fe y constituyen prueba plena en juicio.</p> <p>Es una regla aceptable. Es claro, está bien</p> <p>Es aceptable, que se elimine la frase “en el Art 165 del CPC”.</p> <p>Los criterios, son aceptables.</p> <p>Con orden judicial, notificación a la parte contraria y, legalmente obtenidas, hacen fe en juicio y deben ser incorporadas al proceso.</p> <p>Los instrumentos, que consten en la escritura matriz y la copia, prevalece la matriz en caso de variación; así como de las copias auténticas sobre la compulsa.</p> <p>Se hace referencia al instrumento público falso. Los instrumentos públicos se presumen auténticos; es decir, (legítimos y legales)</p>	<p>El paradigma no ha variado, entre el CPC y el COGEP.</p> <p>El paradigma de nulidad ha sido asimilado por el de falsedad; y el de autenticidad, por (legitimidad y legalidad)</p>

	Código Orgánico General de Procesos (COGEP) (Primer Debate, Asamblea Nacional)	Código de Procedimiento Civil (Registro Oficial Suplemento 58 de 12 de julio de 2005)	Análisis Comparativo (Lo que hay ahora vs. lo que se viene con el COGEP)	¿Cuál es el cambio de paradigma? (El avance que significa la práctica de la prueba en el proceso oral)
Prueba Pericial	<p>Arts. 228- 236 Perito.- es aquella persona natural o jurídica</p> <p>Los peritos es decir: persona natural o jurídica, está obligado a comparecer a las audiencias de juicio para sustentar sus informes. Quien comparece como persona natural?</p>	Arts. 250- 268	<p>De los peritos, en el Código actual, consta la definición, el requerimiento, nombramiento y procedimiento para la aprobación de la experticia</p> <p>Dentro de la pericia se está dando la misma responsabilidad a las personas naturales y a las jurídicas; es decir responderán Administrativo, Civil y Penalmente?</p>	<p>El cambio de paradigma, es que: perito puede ser una persona natural o jurídica, la misma que esté en condiciones de informar sobre algún hecho o circunstancia materia de la controversia; es decir, el perito ya no es únicamente la persona natural</p> <p>Las personas jurídicas van a responder penalmente. Cómo?</p>

	Código Orgánico General de Procesos (COGEP) (Primer Debate, Asamblea Nacional)	Código de Procedimiento Civil (Registro Oficial Suplemento 58 de 12 de julio de 2005)	Análisis Comparativo (Lo que hay ahora vs. lo que se viene con el COGEP)	¿Cuál es el cambio de paradigma? (El avance que significa la práctica de la prueba en el proceso oral)
Inspección Judicial	<p>Arts. 237- 241 Puede ser ordenada de oficio o a petición de parte, para examinar directamente personas, lugares, cosas o documentos.</p> <p>En los artículos del 237 al 241, se habla de la inspección judicial, en cuanto a la iniciativa, al objeto de la inspección, colaboración interdisciplinaria y honorarios de la pericia; así como aplicar el principio de inmediación.</p>	Arts. 242- 249	<p>En cuanto a la inspección judicial, el nuevo Código prevé que puede ordenarse de oficio.</p> <p>La definición, las clases y la fuerza probatoria, se sustenta hasta en presunciones o circunstancias conocidas y que son los antecedentes que motivan a las presunciones legales, las mismas que según la doctrina, admite prueba en contrario.</p>	<p>El cambio de paradigma es que puede ser ordenada de oficio y no solo por iniciativa de las partes.</p> <p>Sigue siendo dispuesta por el Juez quien maneja y ordena desde la concesión el desarrollo y la participación de otros expertos o peritos que permiten el esclarecimiento de la verdad y formar elementos de convicción directos al juzgador como se prevé en los artículos 238 a 241 del COGEP.</p>

