

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

ESCUELA DE DERECHO

DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO

**Práctica de la prueba documental a partir de la vigencia del Código Orgánico
General de Procesos COGEP**

AUTOR

Pedro Paolo Galarza Basantes

DIRECTOR

Dr. Ernesto Guarderas Izquierdo

Quito, 2018

Quito, 9 de febrero de 2018

Señor doctor
Gonzalo Vaca Dueñas
Secretario
Facultad de Jurisprudencia
Pontificia Universidad Católica del Ecuador
Ciudad.-

Señor Secretario:

En respuesta a su oficio Nro. 149-SJG-2017 de 19 de diciembre de 2017, mediante el cual me designó profesor informante de la disertación intitulada "PRÁCTICA DE LA PRUEBA DOCUMENTAL A PARTIR DE LA VIGENCIA DEL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS COGEP", elaborada por el señor Pedro Galarza Basantes, presento a usted el informe correspondiente.

Sin lugar a dudas, el trabajo presentado corresponde a una aproximación de un tema de enorme actualidad dentro de la práctica procesal ecuatoriana. Así también, considero que la disertación demuestra un trabajo importante de investigación que cumple con los estándares exigidos para este tipo de trabajos.

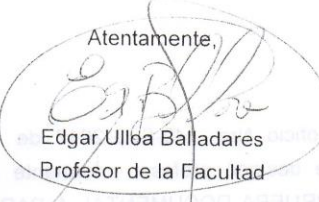
Sin embargo, hay varios acercamientos a diversos problemas jurídicos, respecto de los cuales, en mi calidad de profesor informante, tengo algunas dudas que serán planteadas durante la defensa oral. En particular, las cuestiones a las que me quiero referir en la defensa oral son, entre otras: i) la práctica de prueba documental con relación a las excepciones previas; ii) la naturaleza jurídica del anuncio de prueba regulado en la audiencia preliminar; iii) límites de la licitud de la prueba documental (caso Panama Papers y otros); iv) profundizar el concepto de medios probatorios versus elementos de prueba y la prueba como tal; v) documentos electrónicos versus documentos digitales; vi) requisitos de forma respecto de la viabilidad de documentos electrónicos; vii) la introducción del

21 FEB 2018

documento a través del testimonio; viii) profundizar el tema de originales, copias certificadas y compulsas; ix) capacidad de certificación de copias respecto de documentos propios (por ejemplo los contadores respecto de los documentos contables de una compañía); x) el concepto de desmaterialización, y las facultades de notarios y peritos con relación a documentos electrónicos y digitales; y, xi) el alcance del artículo 211 del COGEP, entre otros.

En virtud de lo anterior consigno la calificación de nueve sobre diez (9/10).

Atentamente,



Edgar Ulloa Balladares
Profesor de la Facultad

ANTONIO QUEVEDO (1900 - 1987)
ALEJANDRO PONCE Y CARBO (1918 - 1988)
JUAN M. QUEVEDO
ALEJANDRO PONCE MARTÍNEZ
ALFREDO GALLEGOS BANDERAS
ROQUE ALBUJA IZURIETA
SANTIAGO GUARDERAS IZQUIERDO
ERNESTO GUARDERAS IZQUIERDO
ALEJANDRO PONCE VILLACIS
LUIS PONCE PALACIOS
MONSERRAT BARRENO BRAVO
PEDRO LEIVA GALLEGOS
MARÍA DANIELA ROMÁN AGUINAGA
SANTIAGO PONCE ROSE
GALO TERÁN VARELA

QUEVEDO & PONCE
ESTUDIO JURIDICO
FUNDADO EN 1941

OFICINA PRINCIPAL
TORRE 1492 AV. 12 DE OCTUBRE Y LINCOLN 16TO. PISO
APARTADO: 17-01-600
TELÉFONOS: 593 2 2986-570
FAX: 593 2 2986-580
QUITO - ECUADOR

Web: www.quevedo-ponce.com
Correo E.: quepon@quevedo-ponce.com

GUAYAQUIL: VELEZ 220 Y CHILE OF. 1003
TELÉFONO: 593 4 2534 634
FAX: 593 4 2534 888
CORREO E.: quepongy@quevedo-ponce.com

CUENCA: AV. FLORENCIA ASTUDILLO
Y ALFONSO CORDERO
EDIF. CÁMARA DE INDUSTRIAS PISO 3 OF. 303
TELÉFONO: 593 7 4218 100
CORREO E.: santiago.ponce@quevedo-ponce.com

CUMBAYÁ: BERNAVÉ LOVATO 523-49
MIRAVALLE, CUMBAYÁ
TELÉFONOS: 593 2 2897 567
CORREO E.: poncev.alejandro@quevedo-ponce.net

IBARRA: OVIEDO 7-39 Y BOLÍVAR
EDIF. MUTUALISTA IMBABURA OF. 703
TELEFAX: 593 6 2952 226
CORREO E.: pedro.leiva@quevedo-ponce.net

TULCÁN: SUCRE N° 48-015
Y 9 DE OCTUBRE PISO 1
TELÉFONO: 593 6 2984 220
CORREO E.: galo.teran@quevedo-ponce.com

Quito D.M., a 6 de febrero de 2018

*Silvi: Por favor agregar a
cuenta al. Botolovici.
2018/02/06*

Señor Doctor
Gonzalo Vaca Dueñas
SECRETARIO DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR
Presente.

Señor Secretario:

De conformidad con el Reglamento de Grados me permito informar respecto de la disertación previa a la obtención del título de Abogado elaborada por el estudiante PEDRO PAOLO GALARZA BASANTES intitulada "PRÁCTICA DE LA PRUEBA DOCUMENTAL A PARTIR DE LA VIGENCIA DEL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS COGEP".

El trabajo se halla dividido en tres capítulos, de los cuales, el primero, trata los aspectos generales del derecho probatorio en los procesos no penales. En este capítulo, el disertante examina cuestiones tales como: objeto, carga y sistemas de valoración de la prueba, y concluye con una explicación sobre los criterios que se usan en la doctrina para distinguir entre prueba y medio de prueba.


El capítulo segundo tiene que ver con el régimen general de la prueba documental. En una primera parte, analiza los diversos tipos de documentos, su valor y eficacia; en un segundo acápite, las características de este tipo de prueba en el COGEP. Finalmente, investiga los documentos público y electrónico.

El tercer capítulo gira en torno a la práctica de la prueba documental en el Código Orgánico General de Procesos COGEP. En esta sección se hace un análisis del anuncio, acceso y admisión y práctica de la prueba.

Se trata de un trabajo académico de actualidad en el cual se nota responsabilidad y esfuerzo investigativo

Estimo, por consiguiente, que la disertación merece la calificación de 8/10.

Muy atentamente,


Dr. Santiago Guarderas Izquierdo
PROFESOR INFORMANTE DE LA DISERTACIÓN

DEDICADA A:

Mis amados padres:

Pedro Galarza Salcedo y Eva Basantes Vallejo.

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a Dios por bendecirme. Gracias a su infinito amor he podido llegar a culminar uno de mis más grandes sueños.

Gracias a mi padre, Pedro Galarza, y a mi madre, Eva Basantes, por ser mi ejemplo a seguir. Con su amor y sabiduría han iluminado mi camino, han sido mis ángeles durante este largo peregrinar. Juntos han forjado en mí un hombre de bien.

Quiero agradecer a mi hermana Paola quien desde pequeño me inculcó el amor por el estudio, gracias por ser mi segunda madre; a mi hermana Mishel por su paciencia y sabios consejos; y a mi hermano Serguey por ser mi fortaleza en los diversos escenarios de mi vida. En verdad los quiero.

Un gracias eterno a la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, por brindarme una excelente educación. En particular agradezco a todos y cada uno del personal docente y administrativo quienes de una u otra manera aportaron en mi formación académica y personal.

Al Doctor Ernesto Guarderas Izquierdo quien ha sido un pilar fundamental en la estructuración académica de la presente disertación. Gracias por bríndame su vasto conocimiento y experiencia.

Finalmente es un honor poder reconocer que Dios ha puesto ángeles en mi camino, personas que durante mi trayectoria, han coadyuvado en mi perfeccionamiento académico y personal. A todas ellas les extiendo mis más sinceros agradecimientos.

PRÁCTICA DE LA PRUEBA DOCUMENTAL A PARTIR DE LA VIGENCIA DEL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS COGEP

RESUMEN

Partiendo de la importancia que se concede a la prueba documental en el ámbito civil, se ha emprendido un estudio que tiene como sustento esencial al derecho procesal civil, en el que se examina al documento como todo objeto corporal, mueble, a través del cual se consigna un hecho, una declaración de voluntad o un pensamiento, para lograr su permanencia en el tiempo. Este medio de prueba, que se presenta con marcada frecuencia en todos los procesos no penales, no está exento de complejidad y polémica en su aplicación, razones que fundamentan su selección como objeto de estudio del presente trabajo, mediante el cual se aspira lograr un acercamiento a su tratamiento doctrinal y legislativo en el Ecuador.

Su practicidad se pretende enriquecer a través de la cita de un importante cúmulo de documentos que permitirá ilustrar la diversidad de criterios en torno a su anunciación, admisión, práctica y valoración probatoria. Bajo tales pretensiones, el objetivo quedó especificado en analizar las normas de la práctica de prueba documental desde las características y reglas de la oralidad presente en las audiencias establecidas en el COGEP, lo que se ha realizado mediante el empleo de un conjunto de métodos, como el histórico-lógico, inductivo-deductivo, análisis-síntesis; así como técnicas delimitadas en la revisión documental.

Palabras Claves: derecho a probar, documentos, representatividad, fuente de prueba, medios probatorios, prueba, prueba documental, anunciación, admisión, practica y valoración.

**PRACTICE OF THE DOCUMENTARY EVIDENCE FROM THE VALIDITY OF THE
COGEP PROCESS GENERAL ORGANIC CODE**

ABSTRACT

Based on the importance given to documentary evidence in the civil field, a study has been undertaken that has as its essential support to the civil procedural law, in which the document is examined as any corporal, movable object, through which Slogan a fact, a declaration of will or a thought, to achieve its permanence in time. This means of proof, which is presented with marked frequency in all non-criminal processes, is not exempt from complexity and controversy in its application, reasons that support its selection as an object of study of this work, through which it aims to achieve an approach to its doctrinal and legislative treatment in Ecuador.

Its practicality is intended to enrich through the appointment of an important body of documents that will illustrate the diversity of criteria around its practice, assessment and probative effectiveness. Under such pretensions, the objective was specified in analyzing the standards of the practice of documentary evidence established in the COGEP from the characteristics and rules of orality present in the hearings, which has been done through the use of a set of methods, such as the historical-logical, inductive-deductive, analysis-synthesis; as well as techniques delimited in the documentary review.

Key Words: Documentary Evidence, Right to Test, Principle of Orality, Documents, Probatory Efficiency.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

DEDICADA A:.....	vi
AGRADECIMIENTOS	vii
RESUMEN.....	viii
ABSTRACT.....	ix
ÍNDICE DE CONTENIDOS	x
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I.....	3
NOCIONES GENERALES DEL DERECHO PROBATORIO EN LOS PROCESOS NO PENALES	3
1.1 APROXIMACIÓN CONCEPTUAL A LA PRUEBA.....	3
1.2 EL DERECHO A PROBAR.....	8
1.2.1 El Derecho a Probar en el Ecuador	11
1.3 OBJETO DE LA PRUEBA	13
1.4 PRINCIPIOS GENERALES DE LA PRUEBA EN LOS PROCESOS NO PENALES.....	18
1.5 CARGA DE LA PRUEBA.....	24
1.6 SISTEMA DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA	27
1.6.1 Prueba Legal.	28
1.6.2 Libre Valoración.	29
1.6.3 La sana crítica y las máximas de la experiencia	30
1.7 DISTINCIÓN ENTRE PRUEBA Y MEDIOS PROBATORIOS	32
1.8 CLASIFICACIÓN DE LA PRUEBA	33
CAPÍTULO II.....	36
LA PRUEBA DOCUMENTAL.....	36
2.1 De los Documentos	36
2.1.1 Etimología y concepto de documento.	36
2.1.2 Naturaleza del documento.....	38

2.1.3	Sujetos del documento.	40
2.1.4	Clasificación de los documentos.	41
2.1.5	Aportación de los documentos al proceso.	43
2.1.6	Valor y eficacia probatoria de los documentos en el proceso.	44
2.2	Regulación de la prueba documental en el Código Orgánico General de Procesos (COGEP).....	46
2.2.1	Características de la prueba documental en el COGEP.....	46
2.2.1.1	Documentos públicos y privados	46
2.2.1.2	Originales y copias	46
2.2.1.3	Eficacia	47
2.2.1.4	Publicidad	47
2.2.1.5	Documentos defectuosos.....	48
2.2.1.6	Ineficacia	48
2.2.1.7	Indivisibilidad	49
2.2.1.8	Idioma.....	49
2.2.1.9	Documentos expedidos en el exterior	49
2.2.1.10	Documentos digitales.....	50
2.2.1.11	Finalidad	50
2.2.1.12	Oportunidad.....	51
2.2.2	Clasificación de los documentos según el COGEP.	51
2.2.2.1	Documento Público.	52
2.2.2.3	Documento Electrónico.	55
CAPÍTULO III.....		58
LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA DOCUMENTAL EN CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS (COGEP).....		58
3.1	Anuncio de la prueba documental.....	58
3.2	Acceso a la prueba documental	63
3.3	Admisión de la prueba documental en la audiencia PRELIMINAR o fase preliminar DE LA AUDIENCIA ÚNICA.....	65

3.4 Práctica de la prueba documental en la audiencia DE JUICIO o fase de juicio DE LA AUDIENCIA ÚNICA.....	68
3.6 Valoración de la prueba documental después de su práctica	71
CONCLUSIONES.....	74
RECOMENDACIONES	76
BIBLIOGRAFÍA.....	77

INTRODUCCIÓN

La forma escrita de expresión del pensamiento humano, es una de las más antiguas formas de comunicación existente en la historia humana. El documento es tan antiguo como la forma de expresarse. Por su trascendencia en el mundo, la palabra escrita o la idea representada llegó a constituirse como fuente de prueba, su utilidad y aplicabilidad descansa en la seguridad que ofrece como mecanismo probatorio.

La prueba documental es el prototipo de la prueba histórica o pre-constituida, pues por medio de los documentos o instrumentos se puede reconstruir una situación o circunstancia pasada, y demostrar la verdad de un hecho. A través de los documentos, se muestra a la humanidad las épocas claras y oscuras por las que ha atravesado el hombre. En los procesos no penales, se rinde reverencia a los documentos, y su aportación, en la mayoría de los casos, constituye un elemento fundamental de las resoluciones judiciales.

Como se verá, en la investigación presente, se examina al documento como el objeto corporal mueble donde se consigna un hecho, una declaración de voluntad o un pensamiento, para que tenga duración en el tiempo. Se trata pues de una fuente de prueba que asegura la permanencia del pensamiento humano.

El anuncio, la admisión, la práctica y la valoración de la prueba documental en los ámbitos no penales, requiere de la observancia de un procedimiento, cuyos requerimientos se explorarán en el presente trabajo tomando como referencia opiniones doctrinales y jurisprudenciales en torno a su formulación en los diferentes cuerpos legales, y por supuesto, como referencia legal, el Código Orgánico General de Procesos (COGEP).

Esta prueba, que se presenta con marcada frecuencia en todos los procesos no penales, no está exenta de críticas en torno a su anuncio, admisión, producción y valoración en las audiencias orales, por cuanto posee muchos rezagos del sistema escrito que imperaba y que fue desterrado en su mayoría con la promulgación del COGEP.

Ante esta realidad, el objetivo central de estudio del presente trabajo es determinar las cuestiones criticables que en torno a la prueba documental se encuentran reguladas en el COGEP y que se manifiestan en la realidad judicial ecuatoriana. Así podremos conocer los puntos débiles o reprochables en torno a esta prueba en aras de perfeccionar tanto el anuncio, la admisión, la práctica y la valoración de la misma.

El diseño metodológico ha sido estructurado teniendo en cuenta los problemas identificados y los objetivos planteados. Ante ellos, se ha determinado que el presente estudio sea de corte cualitativo, porque permitirá conocer las principales categorías y valorar su incidencia en el Ecuador. Unido a ello, el aspecto descriptivo-explicativo, permite que se logren describir objetivamente los fenómenos existentes en torno a la práctica de la prueba documental.

Para ello, métodos como el inductivo-deductivo, histórico-lógico y análisis-síntesis, permitirán emplear todas las herramientas metodológicas determinadas para conocer las consideraciones doctrinales y legales de las principales categorías jurídicas en estudio, de forma tal que posibilite obtener un criterio formado sobre cada una de ellas, su evolución y materialización en la realidad procesal no penal ecuatoriana. Así, la consulta de documentos tales como investigaciones, artículos científicos, legales, sentencias dictadas por tribunales nacionales e internacionales, ha sido, la principal técnica investigativa, la que permitió conocer los caracteres y naturaleza de las principales instituciones de estudio.

Para ello, se ha estructurado el estudio en tres capítulos. El Capítulo I, se ha destinado a plantear las principales nociones generales del derecho probatorio, donde se realizó la conceptualización de las instituciones tales como la prueba, el derecho a probar entre otras cuestiones asociadas. En el Capítulo II, se analiza lo referido a la prueba documental, así como las consideraciones en torno al documento, tomando en cuenta sus acepciones doctrinales y legales, sustentado este último en el COGEP.

Finalmente, en el Capítulo III, se realiza el análisis de la práctica de la prueba documental en el COGEP, delimitándose categorías tales como el anuncio, el acceso a los documentos, la admisión, la práctica o la producción y la valoración de la misma. Culminando con las conclusiones y recomendaciones, esperando ante ello, que una vez planteadas se haya logrado determinar la naturaleza y alcance de la práctica de la prueba documental en el Ecuador.

En base a la investigación realizada, se ha evidenciado que en la práctica procesal no penal en el Ecuador, con la aplicación del COGEP en materia de prueba documental, aún existen rezagos del viejo sistema escrito, pues en la anunciación, acceso, admisión, práctica y valoración de la prueba documental, la escritura continúa siendo un aspecto de considerable peso, aunque ciertamente se ha transitado un poco más hacia la oralidad, pero sigue siendo imperativo, modificar y perfeccionar la oralidad en la práctica de la prueba documental en el Ecuador.

CAPÍTULO I

NOCIONES GENERALES DEL DERECHO PROBATORIO EN LOS PROCESOS NO PENALES

El derecho probatorio indiscutiblemente es tan antiguo como el ser humano mismo. La necesidad imperiosa de demostrar, ha sido desde el nacimiento del hombre como especie civilizada, una pauta común en su andar. Así, en muchas ocasiones todo cuanto ha dicho, visto u oído, ha debido demostrarlo fehacientemente. Aunque en los albores de la civilización, no se tenía conciencia de ello, ciertamente, las evidencias históricas señalan que el hombre siempre ha sentido el deseo innato de probar su existencia, mediante pinturas rupestres, objetos tallados en piedra, madera u otros materiales. Ello, sin lugar a duda, es una evidencia de ese derecho consustancial a la humanidad de justificar.

No se prueba solamente cuando se está en un proceso judicial. Cada comportamiento, expresión verbal, oral o corporal, cada acción del ser humano, está destinado a demostrar algo a alguien. Ciertamente, dentro de un proceso judicial, por el alcance que poseen los derechos que están en juego, la prueba adquiere connotaciones relevantes, donde las reglas y precisiones entorno a ella, adquieren una naturaleza diferente a como se convive en la cotidianidad.

Teniendo en cuenta ello, el derecho probatorio comenzó a estructurarse en las legislaciones nacionales. Con el avance de las ciencias jurídicas, comienzan a perfeccionarse en los ordenamientos jurídicos, las cuestiones esenciales como la prueba y el derecho a probar, fundamentalmente en el espacio civil, estableciéndose desde las propias leyes, los mecanismos de prueba y su clasificación. Unido a ello, han sido las propias normas las que han establecido las reglas o modelos que deben ser considerados por el juez en el momento de evaluar cada prueba. En este sentido, analizar estas cuestiones constituye el objetivo central del presente capítulo.

1.1 APROXIMACIÓN CONCEPTUAL A LA PRUEBA

La definición de prueba, se ha realizado teniendo en cuenta la afinidad de cada autor a una u otra escuela del derecho, así como al momento histórico en que era planteada la cuestión. Para investigadores como Guasp (1962), Melero (1963), Ghorpe (2014) y Giuliani (1961), se pueden dilucidar cinco momentos históricos que delimitan el alcance y progreso de la pruebas en el entorno judicial o jurídico.

Estos autores exponen que, un primer momento es la llamada fase étnica, a la que el académico Devis Echandía (1970), le llamó “primitiva”, por considerar el primer calificativo como poco apropiado y por ende alejado del entorno histórico en el que tuvo lugar. Un segundo periodo, al que se le llamó etapa religiosa o mística, que tuvo lugar con el desarrollo del derecho germánico y con el advenimiento del derecho canónico. Seguidamente se produce una etapa legal, en la que rigió un sistema de valoración previa de la prueba; un lapso posterior, delimitada por una fase científica que defendió la libertad en el acto de valoración de la prueba, la cual impera en la mayoría de los sistemas legales contemporáneos.

Científicamente la noción de prueba está asociada esencialmente a los mecanismos que son necesarios para lograr que se alcancen los efectos legales que la norma asocia a determinados supuestos de hecho (Kisch, 1940). La norma jurídica es un mando hipotético que regula determinadas situaciones en abstracto, quien pretende obtener una resolución que le reconozca los beneficios que emanan de la ley debe probar que las afirmaciones o negaciones que concretamente afirme se subsumen en el ordenamiento jurídico invocado debiendo ser por ende, beneficiado con los efectos que la norma dispone.

La tarea del juzgador en el proceso judicial, es aplicar el derecho material al caso concreto sometido a su consideración, es ajustar el supuesto abstracto de alegaciones al resultado específico que se le aporta y eso se logra exclusivamente si se demuestra la certidumbre de lo invocado.

En esa dirección se ve cómo durante el Siglo XIX y XX, prevaleció en autores como Bonnier y Gómez Orbaneja, la postura de que la prueba tenía como objetivo la búsqueda de la verdad. Así, un clásico de este tema, el francés Bonnier (1902), a finales del siglo XIX definió que las pruebas eran *“los diversos medios por los cuales llega la inteligencia al descubrimiento de la verdad”* (pág. 9). Ese mismo criterio era sostenido por Gómez Orbaneja (1979), para quien la prueba era *“la actividad procesal encaminada a producir en el juez el convencimiento de la verdad o no verdad de una alegación de hecho”* (pág. 33).

El encontrar la verdad de un determinado hecho o alegación, ha sido el elemento esencial que ha definido a la prueba. Así, durante mucho tiempo se produjo una distinción entre lo que era considerado como la verdad material, y la verdad formal en las contiendas. En este sentido fueron los alemanes los que iniciaron la postura de que la finalidad de la prueba era en esencia, convencer al juez, lograr en este funcionario un estado de convencimiento sobre lo que se le presentaba en el proceso por cada una de las partes. (Schönke, 1950) (Rosemberg, 1956)

En opción a lo afirmado surge la llamada “renuncia a la verdad”, que no es otra cuestión según expone Montero Aroca (2001), que el reconocer que dentro del proceso de naturaleza no penal, la certeza es la finalidad primera y última que se persigue. Se parte de estimar que resulta erróneo establecer una distinción entre una *verdad material* y otra *formal*, pues la verdad dentro de un proceso es única. Sobre esta premisa, se reconoce que en este tipo de procesos, lo que el juzgador hace es lograr una convicción suficiente sobre la existencia de los hechos que se le ha presentado y ese convencimiento se alcanza a través de las fuentes probatorias que han sido aportados al proceso.

Esa nueva noción de los fines de la prueba elimina innumerables preocupaciones conceptuales; mientras resulta imposible graduar la verdad, ya que se obtiene o no, la certeza es un estado que permite determinados niveles de realización, pues es posible lograr mayor o menor convicción sobre las alegaciones expuestas. De esta forma, mientras que esta categoría más se acerque a niveles absolutos, mayor aproximación tendrá a un ideal de verdad.

Nos apunta Eisner (1992) que, la llamada certeza moral que se pretende en el juzgador, se logra cuando la inteligencia de este, manifiesta la realidad de una aseveración, o sea, cuando ha logrado alcanzar una convicción suficiente; cuando el juez considere que ha logrado una certeza plena sobre los hechos planteados, mayor seguridad podrá poseer sobre la veracidad de lo que se le ha esgrimido. Se dice así porque la primera premisa que tienen los procesos no penales, es que debido a la existencia del principio dispositivo, los jueces solo pueden tener competencia sobre las situaciones o acontecimientos expuestos por los litigantes.

Nos señala Montero Aroca (2001) que la idea de desistir de buscar qué es lo que realmente aconteció y por ende cuál es la verdad, se logra observando algunas circunstancias que son consustanciales con el proceso no penal, dentro de las que esgrime que:

Los hechos no afirmados, al menos por una de las partes no existen para el juez, que no puede salir a la búsqueda de los mismos; los hechos afirmados por las dos partes o afirmados por una y admitidos por la otra existen para el juez, que no puede desconocerlos en la sentencia; respecto de los hechos controvertidos la actividad probatoria no es de investigación, sino simplemente verificadora. (Tortosa, 2016, pág. 6).

Siguiendo con Montero (2001) y analizando sus posturas, se puede definir que:

() la prueba en el proceso civil es la actividad procesal que tiende a alcanzar la certeza en el juzgador respecto de los datos aportados por las partes, certeza que en unos casos se derivará del convencimiento psicológico del mismo juez y en otros de las normas legales que fijarán los hechos. (pág. 60)

Para una mejor comprensión del concepto brindado por este autor, es necesario detenerse en lo identificado como dato aportado, que se refiere a aquel segmento de la vida real narrado por los litigantes y con ello agregado al juicio. Visto desde esta perspectiva terminológica, hecho es el acontecimiento que se origina en la realidad, y dato es la afirmación que del mismo las partes hacen en la causa.

Si las partes son las que deben contribuir con los datos que servirán de base a la actividad probatoria, es posible hablar entonces, siguiendo a Rosemberg (1956), de un deber u obligación convertido en carga procesal de demostrar su propia aseveración, o sea, que los litigantes deben probar aquellas versiones que contienen o demuestran los presupuestos (abstractos) del precepto jurídico que beneficia a la parte respectiva. Estas afirmaciones de los sujetos son las que constituyen el dato que será controvertido en la *litis* y en torno a lo que girará la actividad probatoria y esos datos solo pueden ser ingresados al proceso por los litigantes, quienes por demás serán los que pretenderán mediante sus exigencias el reconocimiento del derecho.

Ahora, la concepción de prueba, en su consideración común, posee un sustrato complejo. Para Couture (1958), supone “(...) *la acción y efecto de probar; y probar es demostrar de algún modo la certeza de un hecho o la verdad de una afirmación*” (pág. 215). Ello, constituye una concepción general, aplicable a cualquier entorno de la vida, siendo necesaria una mejor consideración, o particularización, cuando se adecua al ámbito judicial. Es así, como este propio autor, siguiendo la postura de Carnelutti (1944) y Dellepiane (1955) expresa que la prueba dentro del proceso puede ser concebida como “(...) *un medio de verificación de las proposiciones que los litigantes formulan en el juicio*” (pág. 217), pero también como un instrumento a través del que se logra persuadir al juzgador de lo que se esgrime.

A tenor de lo expuesto, y siguiendo la postura de Couture, es evidente que la prueba consigue ser vista desde dos ópticas. Primero, como un mecanismo de verificación. Es pertinente resaltar que a la prueba, en el ámbito no penal, se le considera como un medio de verificación, más no de averiguación. Así se argumenta que el juzgador se debe limitar, solamente, a apreciar las pruebas que le son presentadas, por ende, no le incumbe a este sujeto procesal “averiguar”, mediante el acceso a otras pruebas, la existencia los hechos alegados, sino, únicamente “verificar” que lo postulado se ha dado en la realidad a través de la pertinencia y vinculación entre hecho y la fuente aportada. Segundo, simultáneamente, puede ser vista como un instrumento de convicción utilizado por las partes; pues cada uno, aporta las fuentes probatorias que le permiten intentar convencer al juez, de lo que expone en su tesis.

Por otra parte el procesalista Alcalá-Zamora y Castillo (1964, pág. 257) concibe la prueba como el:

(...) conjunto de actividades destinadas a procurar el cercioramiento judicial acerca de los elementos indispensables para la decisión del litigio sometido a proceso, sin perjuicio de que suele llamarse también prueba al resultado así conseguido y a los medios utilizados para alcanzar esa meta (...).

Este autor realiza una conceptualización de prueba en un entorno lato. En primer lugar la considera un acumulado de actividades. Consiente y acorde a ello, la prueba no adquiere tal categoría en un solo momento, pues es el resultado de un conjunto de actuaciones procesales que deben realizar los intervinientes en el proceso, no solamente el demandante y demandado, sino todos los que intervienen en el mismo. Otro aspecto importante, es el referido a su finalidad. Alcalá-Zamora y Castillo expresa que ese conjunto de actos, están destinados a lograr un cercioramiento judicial, o sea, del juez o jueza.

Esta cuestión es trascendental. La prueba no nace para que un sujeto convenza al otro, sino para que ambas partes procesales, independientemente, logren convencer al juzgador sobre lo que cada una expone, y al tenor de ese grado de convicción que se logre en el juez, entonces él decida qué prueba posee mayor peso en vinculación con los hechos y argumentos jurídicos. Otro aspecto es que, Alcalá-Zamora y Castillo expresa que, la prueba es el medio por el que se consigue, después del convencimiento, la resolución del litigio. Así, se deja por sentado que, ciertamente la prueba es la herramienta de esclarecimiento y demostración de la realidad entre dos verdades expuestas por cada parte procesal.

Es indiscutible que, para que la controversia quede solucionada, deberá considerarse única y exclusivamente la prueba aportada por cada parte procesal. Sin prueba, es complicado dirimir un conflicto en el ámbito judicial, confirmando la postura expuesta por Alcalá-Zamora y Castillo. Un último aspecto es que para este procesalista es lo mismo prueba que medio de prueba. Siempre que el elemento aportado por el sujeto, logre la solución al conflicto generado, no es pertinente realizar ninguna distinción, cuestión con la que no se concuerda absolutamente, y que será analizada posteriormente.

Para Taruffo (2009) *“La prueba es el instrumento que utilizan las partes desde hace siglos para demostrar la veracidad de sus afirmaciones, y del cual se sirve el juez para decidir respecto a la verdad o falsedad de los enunciados fácticos”* (pág. 59). Al tenor de ello, se confunde entre prueba propiamente dicha e instrumentos probatorios. Para este autor, encuentran lugar dentro de su consideración, cualquier *“(...) instrumento, método, persona, cosa o circunstancia que pueda proporcionar información útil para resolver dicha incertidumbre”* (pág. 59). Unido a ello, para este

investigador, no existen límites en cuanto a la consideración de la prueba, pues de la lectura de su enunciado, queda claro que, podrían configurarse como prueba, tanto aquellos mecanismos establecidos en la norma, o sea, los que típicamente se encuentran reguladas en la ley; como aquellos que no lo están, o sea, cualquier otro mecanismo que a consideración del sujeto, logre demostrar su argumento.

Teniendo en cuenta lo hasta aquí expuesto, el vocablo prueba, en ocasiones es reconocido como una herramienta o instrumento manejado en el *iter* procesal. De esta forma puede considerarse la prueba testifical o la documental. En otro orden, sirve para delimitar un comportamiento dentro del proceso, por ejemplo, el anuncio de la prueba. Es también usado para identificar un resultado y en esa orientación se dice que se logró la prueba que se esperaba del hecho litigioso, o sea, el hecho resultó probado. Como se puede apreciar, un mismo término puede ser utilizado para identificar “*válidamente un medio, un procedimiento y un resultado*” (Márquez, 2016, pág. 122).

1.2 EL DERECHO A PROBAR

Autores como Carocca Pérez (2005), Ferrer Beltrán (2003) y Nieves-Chero (2007), consideran que el derecho a probar se erige como fundamento para que otros derechos tan importantes como la defensa y la tutela judicial efectiva, se materialicen. Rivera Morales (2012), expone:

(...) derecho a la prueba es un derecho de rango constitucional inmerso en la tutela efectiva y el debido proceso, que participa de la naturaleza compleja de estos, pues se implica con el derecho de defensa, derecho a ser oído, a contradecir y a la decisión conforme a derecho. (pág. 213)

Así, es concebido por algunos tratadistas que, el evento de probar no se restringe a la adopción de un comportamiento al interior de un proceso determinado, sino que se erige como un derecho, con rango constitucional generalmente, pues se encuentra vinculado directamente con la potestad que posee cada parte a defender sus postulados y rebatir lo planteado por la contraparte. Para la investigadora Pérez Restrepo (2015), el derecho a probar podría ser concebido como aquella posibilidad de los contendientes de “*cristalizar las pretensiones o excepciones en el proceso judicial, llegándose así a la satisfacción de derechos materiales o sustanciales*” (pág. 19). Ello implica la posibilidad que tienen tanto el demandado como el actor, de demostrar lo que han alegado en sus actos de proposición. Según lo que esgrime esta autora, indudablemente este derecho se vincula con la posibilidad de que cada parte procesal satisfaga en los ámbitos sustancial y material, sus pretensiones.

En el ámbito nacional, no existen pronunciamientos en cuanto a esta categoría. Contrario a ello, la Corte Constitucional del Perú ha dado, en un fallo relativamente

reciente, su criterio en torno al derecho a probar, el cual es de gran relevancia académica y práctica. La corte expresó que:

El derecho a probar es uno de los componentes elementales del derecho a la tutela procesal efectiva, pues, como ya lo ha señalado este Tribunal (...) constituye un elemento implícito de tal derecho. Por ello, es necesaria que su protección sea realizada a través de los procesos constitucionales. En este esquema, una de las garantías que asiste a las partes del proceso es la de presentar los medios probatorios necesarios que posibiliten crear la convicción en el juzgador de que sus argumentos son los correctos. De esta manera, si no se autoriza la presentación oportuna de pruebas a los justiciables, ¿se podrá considerar amparada la tutela procesal efectiva? Todo hace indicar que ello sería imposible. Solo con los medios probatorios necesarios, el juzgador podrá sentenciar adecuadamente. Por ello, la ligazón entre prueba y tutela procesal efectiva es ineluctable. Por tanto, existe un derecho constitucional a probar, aunque no autónomo, que se encuentra orientado por los fines propios de la observancia o tutela del derecho al debido proceso. Constituye un derecho básico de los justiciables de producir la prueba relacionada con los hechos que configuran su pretensión o su defensa. Según este derecho, las partes o un tercero legitimado en un proceso o procedimiento, tienen el derecho a producir la prueba necesaria con la finalidad de acreditar los hechos que configuran su pretensión o defensa (...). (Sentencia Recurso de Agravio Constitucional, 2015, pág. 3)

Se trata de una de las concepciones más pulidas y garantistas que se han podido distinguir en la jurisprudencia latinoamericana en torno a este derecho. Así, esta alta magistratura de justicia, concibe y comparte la idea que ha sido expresada al principio de este acápite, de establecer una estrecha vinculación entre este derecho y otros derechos de relevancia fundamental como lo es, para este órgano, la tutela judicial efectiva. Existe una naturaleza estructurada y vinculante entre las ideas que sustentan la tutela judicial efectiva, el debido proceso y el derecho a probar. Les atañe a las partes, demostrar lo que argumentan en un proceso.

De esta forma el derecho a probar, radica en aquella potestad, generalmente garantizada por la Carta Magna, que poseen las partes procesales de sustentar lo que han expuesto en sus actos de proposición, con el objetivo de lograr la convicción del juez. Con ello, no se afirma que dicho derecho, para constituirse como tal, deberá estar instituido en la Ley Fundamental de manera expresa, sino que, al no estarlo, existen determinados principios, garantías y derechos que al tener rango constitucional, proveen los parámetros en los que se puede concebir el acto de probanza. Es entonces cuando, la regulación del debido proceso y la tutela judicial efectiva, al erigirse como principios constitucionales, suplirían cualquier tipo de carencia normativa en la omisión del derecho a demostrar en estos textos.

Ahora, algunos académicos como Bustamante Alarcón (2001) y Talavera Elguera (2009), consideran que este derecho está estructurado o lo componen, cuatro sub-derechos, que en conjunto lo ordenan. A saber, refieren el derecho de cada litigante, en primer lugar, a ofrecer pruebas que sustenten sus argumentos iniciales; el derecho a que estos medios probatorios sean admitidos; a que esas pruebas sean conservadas, y se mantenga la posibilidad de producir nuevas pruebas, considerando el *íter* procesal y

los argumentos novedosos que vayan surgiendo en el proceso; y por último, el derecho a que, el juez u órgano judicial, valore con objetividad y justicia, cada prueba anunciada, motivando su fallo de acogerlas, o de desestimarlas.

No obstante, el derecho a probar no puede convertirse, en la potestad de que cada parte, de forma ilógica, aporte al proceso datos, documentos, testigos, o información por cualquier mecanismo o herramienta que estime conveniente, sino que, esas fuentes de información deben cumplir con requisitos intrínsecos y extrínsecos para tener valor y vigencia probatoria.

Para Devis Echandía (1970) dentro de las exigencias intrínsecas se hallan la conducencia, la pertinencia, la utilidad y la ausencia de prohibición normativa; mientras que como requisitos extrínsecos señala la oportunidad, formalidades, legitimación, competencia y la capacidad.

Sobre la conducencia, se refiere en un primer momento a que es el legislador mediante la promulgación de la ley, el que determina en determinadas situaciones, qué pruebas son viables y cuáles no. También este requisito alude a que el legislador puede prohibir el uso de explícitos procederes. Se refiere a la aptitud del medio para poder corroborar una situación concreta. (Talavera Elguera, 2009)

La fuente probatoria que el actor o el demandado anuncien al proceso, debe ser pertinente, entendido como *“la necesaria y/o suficiente relación que ha de existir entre el caso objeto del proceso (considerado integralmente) y la ‘fuente de convicción’ o la ‘fuente de prueba’ a incorporar o incorporada en el proceso”* (Mixán Mass, 2005, pág. 181). Atendiendo a esta cuestión, queda claro que el derecho a probar, no es incondicional o absoluto, sino sometido al imperio de la vinculación entre la fuente probatoria anunciada, y la circunstancia, condición o hecho planteado.

Para Jauchen (2002), la utilidad de la prueba está estrechamente vinculada con la trascendencia que esa prueba posea con el argumento al que se destina su probanza. Así, Talavera Elguera (2009), expresa que *“La utilidad puede ser definida como aquella cualidad del medio de prueba que hace que éste sea adecuado para probar un hecho”* (pág. 57), delimitando una vinculación entre la aptitud de la herramienta probatoria y los acontecimientos expuestos en los escritos.

Unido a ello, la ausencia de alguna limitación jurídica para investigar un hecho determinado, supone otra de las exigencias del acto a probar, refiriéndose a la libertad que poseen los litigantes para demostrar en la manera que consideren, un hecho, siempre que dicho acto de cumplimiento a las demás exigencias. Esto se traduce a que

las partes procesales no pueden estar atadas por normas legales en su intención de demostrar lo que pretenden. (Bautista, Castro, Moscoso, & Rodríguez, 2005)

Sobre la oportunidad, esta alude a que las partes deben tener claro en qué instante deben aportar sus herramientas de probanza. Debido a una condición de necesidad y orden procesal, los litigantes no pueden en el período que quieran, estar presentando pruebas, siendo necesario delimitar el momento y las formalidades, para poder producirlas, practicarlas y que el juez en definitiva pueda valorarlas. (Talavera Elguera, 2009)

La formalidad hace alusión a la condición de que el acto de probar y la prueba deben estar permeadas de ciertos requisitos como cuestiones vinculadas con la forma, el tiempo, el modo, lugar, la ausencia de vicios, logrando cumplir en su anuncio, admisión, producción, y valoración; en general con todos los requisitos que delimite la normativa legal. (Linares, 2008)

En torno a la licitud, esta se manifiesta en dos ámbitos, primero, en su forma de obtención, la que deberá estar acorde a la normativa vigente y, segundo, con el respaldo legal que posea. No es lícito, en principio, el anuncio de una prueba que no se encuentre regulada como posible, en la normativa imperante. (Bustamante Alarcón, 2001) (González Pérez, 2001)

Adicionalmente, la prueba que las partes anuncien, también debe ser idónea, entendida como:

(...) aquella prueba o medio de prueba en particular que está prevista por la ley para demostrar determinado hecho o hechos, por ejemplo, si se trata de conocimientos técnicos, científicos o relativos a un arte que el tribunal desconoce, la prueba idónea será la pericial, o bien, si se trata de conocer un lugar, cosa o persona, la idónea será una inspección. (Tinoco Álvarez, 2012, pág. 3)

Así es como la idoneidad supone la congruencia entre lo que debe aportar la prueba, los datos que de la misma se puedan obtener, con relación a un hecho esgrimido.

1.2.1 El Derecho a Probar en el Ecuador

El derecho a probar en Ecuador encuentra respaldo constitucional como garantía, en lo dispuesto en el artículo 76 numeral 7 inciso c, de nuestra carta magna; que establece el derecho de toda persona a ser escuchado en el momento pertinente y en igualdad de condiciones, lo que supone a demostrar por las vías legales reconocidas, las alegaciones y hechos que expresa.

Además el literal anterior del propio precepto, refiere la necesidad de que las partes procesales puedan contar con el tiempo y los medios adecuados para poder defenderse

de los argumentos y hechos que contra ellos, se ha establecido en el proceso, entendiéndose como otra garantía de la que se deriva el derecho de probar.

Ello supone que, como garantía del debido proceso, la propia Constitución ofrece a las partes, la potestad de poder plantear sus alegaciones y pretensiones en el instante adecuado y sin ninguna restricción ni distinción con respecto a los demás intervinientes en el proceso, así como utilizar los mecanismos necesarios para obtener las pruebas, o en su defecto, requerirle al juzgador para su obtención, quien está en la obligación de garantizarlo mediante los medios procesales adecuados.

Otro de los fundamentos constitucionales que garantiza el derecho a probar, es el precepto regulado en el propio artículo 76 numeral 7 inciso h, en el que se establece que las partes tienen derecho a *“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”* (Registro Oficial No. 449, 2008, pág. 54). Al tenor de ello se establecen varias cuestiones relevantes. Una primera concerniente a la posibilidad de que las partes procesales puedan presentar sus argumentos y razones, ya fuere oralmente o por la vía escrita, así como replicar las de la contraparte; pero es la segunda cuestión de este inciso la que permite que los contendientes puedan presentar pruebas y contradecir las presentadas por la contraparte, lo que constituye el sustento constitucional del derecho a probar, que ha sido desarrollado en el COGEP.

Sobre el derecho a probar también se puede encontrar un reconocimiento en instrumentos jurídicos regionales como lo es la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), la que en su artículo 8, alusivo a las garantías jurisdiccionales, establece la facultad que tiene todo individuo a ser escuchado con la observancia de las debidas garantías, instituyendo en su numeral 2 inciso c, el derecho que posee cualquier individuo de acceder a los mecanismos para poder defenderse de los argumentos que contra él, se establecen en el juicio. Dicha mención se realiza con respecto al procesado en el entorno penal, pero constituye un principio que se extiende a los demás procesos, pues el ámbito de dicho instrumento gira en torno a la tramitación de un pleito cualquiera. (OEA, 1969)

El Código Orgánico General de Procesos (COGEP), desarrolla a partir de su artículo 158, todo lo relativo a la prueba. De esta forma quedan reguladas las principales cuestiones procesales referidas a esta institución. No obstante, desde que se presenta la demanda, aparece el derecho a probar de las partes, cuando en su artículo 142 numeral 7 reglamenta como uno de los requisitos:

El anuncio de los medios de prueba que se ofrece para acreditar los hechos. Se acompañarán la nómina de testigos con indicación de los hechos sobre los cuales declararán y la especificación de los objetos sobre los que versarán las diligencias, tales como la inspección judicial, la exhibición, los informes de peritos y otras similares. Si no tiene acceso a las pruebas documentales o periciales, se describirá su contenido, con indicaciones precisas sobre el lugar en que se encuentran y la solicitud de medidas pertinentes para su práctica. (Registro Oficial No. 506, 2015, pág. 22)

Asimismo, el artículo 143 numeral 5 expresa que se deben acompañar a la demanda “Los medios probatorios de que se disponga, destinados a sustentar la pretensión, precisando los datos y toda la información que sea necesaria para su actuación”; y en su artículo 152, se refiere al anuncio de la prueba en la contestación. Así se regula que:

La parte demandada al contestar la demanda deberá anunciar todos los medios probatorios destinados a sustentar su contradicción (...). A este efecto, se acompañará la nómina de testigos indicando los hechos sobre los cuales deberán declarar y la especificación de los objetos sobre los que versarán las diligencias tales como la inspección judicial, la exhibición, los informes de peritos y otros similares.

Si no tiene acceso a las pruebas documentales o periciales, se describirá su contenido, indicando con precisión el lugar en que se encuentran y solicitando las medidas pertinentes para su incorporación al proceso. (Registro Oficial No. 506, 2015, pág. 24)

De forma ejemplificativa, estos artículos, junto a los que se desarrollan de forma particular en la prueba, constituyen sin lugar a duda los principales preceptos que delimitan el derecho a la prueba en el COGEP. Todos, sin excepción, conforman los fundamentos sobre los que se sustenta la necesidad y/o facultad de las partes litigantes de demostrar sus argumentos. Es importante señalar, que el COGEP obliga a los sujetos procesales a anunciar los medios de prueba desde el inicio en la demanda y su contestación, y presentar documentos si en este momento ya se contaran con ellos.

Desde el momento en que el demandante presenta la demanda, acompañará determinadas fuentes de prueba que sustenten su petición y argumentos, y otras las enunciará, erigiéndose de esta manera, desde un momento inicial, un derecho a probar de esta parte. Igualmente se sostiene para el demandado, la oportunidad de anunciar sus medios de prueba, así como también la presentación de fuentes probatorias que tenga a su alcance. En sentido general, el derecho a probar en el COGEP se instituye para las partes desde la presentación de la demanda y contestación a ella, garantizándose así y desde los primeros instantes del proceso, el derecho a probar.

1.3 OBJETO DE LA PRUEBA

Sin abandonar la distinción terminológica entre *hecho* y *dato* aportada *ut supra*, es necesario adentrarse en este aspecto usando la vieja nomenclatura de *hechos* para obtener claridad expositiva, al valorar el calado que tiene entre todos los operadores jurídicos, acostumbrados a dialogar de *hechos de la demanda, prueba de los hechos,*

etc., razón por la que se utilizarán indistintamente las nociones de *hechos y datos*, durante este desarrollo expositivo, para describir una misma cuestión¹.

De esta forma, es ineludible diferenciar entre el objeto, la necesidad y la carga de la prueba. El primero refiere a los "*hechos afirmados por las partes*" (Matheus, 2002, pág. 324), por lo que las alegaciones y circunstancias expuestas en un primer momento, se erigen como objeto esencial de la actividad de probanza de quien la esgrimió. La necesidad de la prueba alude a que para poder sustentar un argumento y que el juez pueda lograr su convicción, se necesita demostrar los hechos o circunstancias que se exponen en la demanda, porque de lo contrario se incurriría en arbitrariedad (Talavera Elguera, 2009). Finalmente, en torno a la carga de la prueba, para el investigador Luna (2003) debe considerarse en dos ámbitos, uno concerniente al requerimiento de convencer al juez sobre la certeza de lo que se expone; y segundo el deber de aportar las fuentes de pruebas necesarias para ello.

Puede considerarse que el objeto de la prueba es esencialmente, los hechos. Sobre esta base, hecho es todo acontecimiento o suceso exterior perceptible, ya sea un acontecimiento natural o un acto. Fuere cual fuere su origen, de ese acontecimiento surgen efectos jurídicos que generalmente son establecidos por la ley. Shönke (1950) es del criterio de que también pueden ser objeto de la prueba los hechos internos, en particular el discernimiento de determinada intención o conducta, y ejemplifica "*la prueba de que alguien, por un informe falso, ha sido condicionado a la firma de un contrato*" (pág. 201). Esta concepción tiene como inconveniente la dificultad de su probanza, por la limitación que casi todas las leyes de procedimientos ponen a la prueba basada en juicios valorativos o consideraciones apreciativas, como se manifiesta en los testigos y su dicho.

Son también objeto de la prueba los indicios. Este particular se ha prestado a muchas confusiones al hablarse de una *prueba indiciaria* y se ha creído erróneamente que el indicio es una fuente probatoria; a esto contribuyeron autores que comenzaron a hablar de una supuesta prueba indiciaria. (Kisch, 1940)

Los indicios son hechos secundarios vinculados a los principales, pero que no constituyen el fundamento fáctico de la petición de parte. En otras palabras, son hechos de los que se deducen los que inmediatamente interesan, aquellos que generalmente sirven a las presunciones, pero no pueden ser considerados como fuentes probatorias.

¹ El COGEP emplea la denominación "hechos" o "circunstancias". Arts. 142 numeral 7; 158.

Decir *prueba indiciaria* es igual a decir prueba de hechos secundarios, pues los indicios son hechos propios, pero de menor relevancia que los principales.

Gómez Orbaneja (1979) refiere que:

(...) mientras que los hechos principales son los que sirven de presupuesto a la norma cuya aplicación se solicita, los indicios son otros hechos indirectos, pero que por deducción lógica puede concluirse que producidos unos hechos se han dado también los otros. (pág. 290)

En este sentido Eisner (1992) considera que podrían asimilarse como las “huellas” de un determinado acontecimiento o suceso. Couture (1958) considera que el objeto de la prueba es delimitar entre los diversos criterios de hecho, cuáles podrían considerarse que son plenamente jurídicos, o sea, referidos al derecho, pues mientras *“los primeros dan lugar a prueba; los segundos, no”* (pág. 220). Queda claro que para estos autores, son los sucesos o acontecimientos que las partes han esgrimido en sus respectivos escritos, los que componen el objeto de la prueba, y en este sentido, lo que deberá ser aportado y considerado, en la sustanciación de cualquier proceso.

Alcalá-Zamora y Castillo (1964), sigue la postura esgrimida con anterioridad de Rosenberg, estableciendo que el objeto de la prueba puede delimitarse en tres entornos o aspectos *“a) por regla general, los hechos; b) en ocasiones, máximas o normas de experiencia, y c) de modo excepcional, preceptos jurídicos”* (pág. 261). Teniendo en consideración los sucesos, el citado autor considera que podrían considerarse como todo lo que no puede ser considerado como derecho.

Siguiendo con el examen de este autor, los sucesos para que puedan convertirse en objeto de la prueba, deberán ser aquellos que sean “discutibles y discutidos”; pero, a consideración del presente estudio, se podría agregar que deberían ser también pertinentes al caso. Así, para que los hechos puedan ser considerados como punto esencial de prueba dentro de un proceso, no debe existir certeza de que sean verídicos o demostrados, dados por ciertos, porque al lograrse certeza sobre un acontecimiento, no es necesaria su demostración. Solo aquellos en los que se manifieste incertidumbre, deberán ser sujetos de verificación, y estructurarán el objeto de la prueba.

No cualquier suceso puede ser discutible o discutido, sino aquellos vinculados directamente con los argumentos expuestos por los litigantes, y los que son imprescindibles para la pretensión de cada cual.

Un aspecto a tratar en este momento, y que reviste gran relevancia, son los llamados acuerdos probatorios. Para Zambrano Pasquel (2008) los acuerdos probatorios o como él les denomina “convenciones probatorias” constituyen:

(...) acuerdos tomados entre las partes en un proceso penal. Estos acuerdos pueden versar sobre hechos, circunstancias o medios de prueba. De esta manera, si se conviene sobre cualquiera de los dos primeros, éstos serán tenidos por ciertos en el juicio oral y se dispensará de la carga de probarlos. En cambio, si se dispone que sólo determinada prueba será idónea para acreditar algún hecho, su efecto será que no habrá otro medio que lo pueda probar. (pág. 1)

Aunque este concepto aportado por el profesor Zambrano Pasquel, se ha dado en el ámbito penal, ofrece un conjunto de aspectos de innegable valor, que muy bien pudieran ser asimilados en un proceso de distinta naturaleza. En primer lugar se deriva de dicho concepto que son acuerdos de los litigantes, ante lo cual el principio de voluntariedad rige como factor significativo. Un segundo elemento trascendental es que se pronuncia sobre un status de consenso sobre los hechos, circunstancias o fuentes probatorias, lo que muy bien puede ser aplicado a los procesos contenidos en el COGEP, de forma tal que los contendientes en el pleito, pueden llegar a acuerdos sobre los hechos discutidos que originan el proceso, en su totalidad o con respecto a determinados argumentos esgrimidos por uno u otro, de forma tal que no sea preciso discutir sobre ellos en las etapas posteriores del proceso. También se puede llegar a consenso en cuanto a determinados medios probatorios, de tal manera que no sea necesaria su práctica en su momento procesal, aportando celeridad al proceso.

Para la investigadora Gómez Balladares (2016), estos acuerdos son aquellos en los que:

(...) las partes, de común acuerdo, deciden prescindir de la prueba de ciertos hechos o circunstancias fácticas, con la finalidad de economizar el tiempo en el proceso, y aprovecharlo de forma más eficiente y racional al momento de debatir el hecho controvertido que es materia de juicio. (pág. 5)

Este concepto, aplicable a cualquier, posee algunos elementos que igualmente se consideran, a los efectos del presente estudio, de gran importancia. Ratifica el hecho de ser un acuerdo al que llegan las partes en conflicto, pero esta investigadora, contrario a los elementos que delimita Zambrano Pasquel, expone que se trata de un convenio para prescindir de cualquier fuente de prueba que ha sido anunciada, de forma tal que, se arriba a un pacto sobre su utilidad o no, dándose por demostrado un hecho o una circunstancia. Ello se manifiesta con el propósito de agilizar la gestión del proceso, estrechamente identificado con la economía procesal.

La jurisprudencia ecuatoriana no ha quedado al margen de pronunciamientos sobre estos acuerdos. La Corte Nacional de Justicia ha expuesto que:

Respecto a los “acuerdos probatorios”, estos se producen al final de la audiencia preparatoria de juicio y formulación del dictamen (...) siendo factible llegar a “acuerdos” respecto de los hechos evitando controvertirlos en la audiencia de juicio (...) con la finalidad de evitar reiteradamente la práctica de ciertos actos que han sido aceptados como probados, a fin de que no se atente contra la eficiencia y celeridad del proceso (...). (Resolución No. 976, 2015, pág. 12)

Aunque ciertamente, la sentencia alude al proceso penal, atendiendo a lo ya planteado, sus postulados pueden ser válidamente aplicados al resto de los procesos. Lo verdaderamente importante de este pronunciamiento jurisdiccional, es que refiere que, la aceptación de este tipo de acuerdos permite no llevar la práctica probatoria de los hechos objeto del acuerdo al momento de la audiencia, de forma tal que no se abunde sin necesidad. El COGEP refiere sobre los acuerdos probatorios en su artículo 294 numeral 7 inciso f, expresando que:

Los acuerdos probatorios podrán realizarse por mutuo acuerdo entre las partes o a petición de una de ellas cuando sea innecesario probar el hecho, inclusive sobre la comparecencia de los peritos para que rindan testimonio sobre los informes presentados. La o el juzgador establecerá la fecha de la audiencia de juicio. (Registro Oficial No. 506, 2015, pág. 39)

Esta norma es la única referencia en todo el COGEP sobre los acuerdos probatorios. El texto establece aspectos interesantes, como es el hecho de que los mismos se realicen de mutuo acuerdo o de la propuesta que pueda realizar uno de los contendientes sobre un acontecimiento sobre el que no recae necesidad de demostración. Se enuncia inclusive, como posible acuerdo la no comparecencia de peritos para que rindan testimonio sobre su informe, lo que obedece a la celeridad que el sistema oral persigue

De esta forma queda claro que los pactos probatorios constituyen un componente fundamental en materia del objeto de prueba. Aunque ciertamente el objeto de la prueba lo constituye todo lo que es controvertido y que sustenta la exigencia material de un derecho al interior del proceso, los acuerdos probatorios restringen el contorno del objeto probatorio, porque excluyen determinadas circunstancias que no necesitan ser demostradas en el juicio, lo que delimita o particulariza de mejor forma, lo que será materia de prueba en el proceso.

Continuando con nuestro análisis, para Alcalá-Zamora y Castillo las normas de la experiencia se erigen como el segundo entorno en el que debe considerarse el objeto de la prueba. Por su parte, las normas de experiencia, constituyen “juicios hipotéticos suministrados por la experiencia, ajenos al caso debatido, pero aplicables al mismo” (Alcalá-Zamora y Castillo, 1964, pág. 262), pero considerando que constituyen premisas que han sido establecidas con anterioridad y por consiguiente dadas por ciertas, no es preciso acompañarlas como fuentes de prueba a un caso en cuestión, pues lo que ha sido demostrado con anterioridad, no es pertinente aplicarlo al proceso actual.

En cuanto a la prueba de los preceptos jurídicos, no procede porque el proceso judicial se sostiene en el principio *iura novit curia* (el juez conoce de derecho), y por ende, no es factible presentarle una prueba al juez o jueza, de una ley nacional, vigente y actual, pues por su propia condición, está compelido a respetarla, no así, en cuando a las

normas legales internacionales invocadas. Esta última postura, ha sido considerada por la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, la que ha expuesto que *“bien sabido es que el derecho no debe probarse, pues, se presume conocido por el juez”* (Resolución No. 116, 2010, pág. 3).

A tenor de todos estos argumentos, se considera que ciertamente el objeto de la prueba lo constituyen, aquellos hechos, y solo los sucesos, que pueden ser discutibles y discutidos, y que son los pertinentes dentro de un proceso, porque son los esgrimidos por los contendientes en sus respectivas alegaciones, de forma tal que, propenderán a la resolución final del conflicto mediante el convencimiento del juzgador. No se comparte la idea de Alcalá-Zamora y Castillo, de que las normas de la experiencia y los preceptos jurídicos puedan convertirse en objeto de la prueba, excepto si se trata en este último caso, de leyes extranjeras. Así, los hechos son, la esencia del objeto de la prueba.

1.4 PRINCIPIOS GENERALES DE LA PRUEBA EN LOS PROCESOS NO PENALES.

La prueba en cualquier contexto, se encuentra delineada por principios rectores que establecen su naturaleza. Dichos principios se construyen por cúmulo un de experiencias y conocimientos que deben ser observados en torno a la prueba. Diversas son las posturas, y los principios que forman la prueba en el proceso no penal. No obstante ello, a continuación se analizarán los que, en su mayoría, han sido acogidos por la doctrina latinoamericana, dirimiendo cualquier postura en cuanto a ello, y sin que, los expuestos en la presente investigación, sean los únicos.

El primer principio de gran valor, es el de la prohibición de utilizar el juicio personal del que juzga, el que ha sido mencionado por la Corte Nacional de Justicia (Resolución No. 703, 2012, pág. 9). En este sentido queda claro que, el juzgador, como persona encargada del gobierno de la justicia en un proceso, no se encuentra alejada del entorno social en el que se ha cometido el hecho, o en el que se plantean los elementos fácticos que delimitan el *Thema Probandum* de cada cual. Sentís Melendo (1978) expresaba que:

El juez que conociera lo ocurrido, que lo supiera con todos sus detalles, parece que habría de ser el mejor juez del proceso por el mejor informado. Pero también sería el más peligroso: son cosas distintas ser juez y testigo; quien tiene que actuar como testigo, que no pretenda ser juez y viceversa. Es difícil que un juez pase un papel de lija para borrar lo que sabe cómo particular, que puede estar en contradicción con lo que saben, o dicen, otros testigos que deponen en el proceso, sería su criterio el que se impondría. (pág. 230)

Este ente, como parte intrínseca de la sociedad, se encuentra permeada de un conjunto de ideas, pensamientos, posturas, consideraciones que en cualquier momento pueden viciar su imparcialidad. A tenor de ello, el órgano jurisdiccional, al admitir una prueba y valorarla, deberá eliminar de su mentalidad, cualquier prejuicio que en torno a las

postulaciones de partes, se realicen. (Devis Echandía, Teoría General de la Prueba Judicial Tomo I, 1970)

Un segundo pilar es el de eficacia jurídica y legal, relacionado claramente con el principio de necesidad. Se refiere en esencia a que el medio de prueba debe tener efectos legales, ello es, ser eficaz por cumplir con las exigencias determinadas en la normativa. Unido a ello, este principio también se sustenta en el hecho de que en diversos momentos la propia ley establece una prueba especial para un hecho determinado, erigiéndose como el instrumento probatorio por excelencia, cuestión que igualmente implica eficacia legal. (Soto, 1985)

Sobre esta cuestión los académicos Mendoza & Cano (2011) refieren que *“no se concibe la prueba sino como un medio aceptado por el legislador para llegar a una conclusión sobre la existencia o no de los hechos investigados”* (pág. 237); lo que reafirma la postura de Soto, aclarando que se trata de un mecanismo para convencer al juez, considerando los presupuestos establecidos por el legislador en la norma para que la prueba tenga el efecto legal deseado.

También se puede considerar, el principio de la unidad, que se muestra en el deber judicial de los juzgadores, de que, al momento de realizar el proceso mental de evaluación de cada uno de los medios probatorios y el establecimiento de sus pertinencia con cada uno de los hechos planteados, se haga en comunidad, o sea, que, el resultado general del fallo, deberá ser el resultado de una valoración sistemática, lógica y coherente de la producción de los medios de prueba en la audiencia de juicio. Sobre este aspecto, Kielmanovich (1996) expresa que las *“probanzas que individualmente estudiadas pudiesen aparecer como débiles e imprecisas pueden complementarse entre sí, de tal modo que unidas lleven al ánimo del juez la convicción acerca de la existencia e inexistencia de los hechos discutidos en la litis”* (pág. 53). Así entendidas, entonces queda justificada la necesidad de que el juzgador, salvo existencia en la norma de una prueba tasada y aun así, realice una acción de evaluación de todas y cada una de las pruebas en su conjunto, y que solo así, logre obtener una convicción que le posibilite aceptar o desmentir, determinados postulados esgrimidos por cada interviniente procesal.

En este sentido la Corte Nacional de Justicia ha refrendado que:

(...) el conjunto probatorio del juicio forma una unidad, y que, como tal, debe ser examinado y apreciado por el juez para confrontar las diversas pruebas, puntualizar su concordancia o discordancia, y concluir sobre el convencimiento que de ellas se forme (...). (Resolución No. 1212, 2012, pág. 11)

En otro de sus fallos refiere que por medio de este principio *“el juzgador tiene la obligación de expresar las razones por las cuales, siendo dos medios de prueba contradictorios, escoge uno por sobre el*

otro" (Resolución No. 1350, 2013, pág. 10); de lo que se pueden extraer determinadas cuestiones. La jurisprudencia ecuatoriana ha determinado que este principio, en las referencias citadas, se refiere a la necesidad de valorar en su conjunto, todos los medios probatorios practicados en la audiencia de juicio, permitiendo que el juzgador obtenga una percepción amplia y suficiente de cada elemento de convicción presente en el proceso.

Un cuarto principio que puede analizarse es el de contradicción de los medios probatorios. Este supone el derecho de que cada parte, pueda conocer la trascendencia de los medios probatorios aportados por la contraparte, así como rebatirlos e impugnarlos, y estar presente en todo el momento de su admisión y producción, siempre cumpliendo los procedimientos legales para ello. (Midón, 2007)

Sobre este principio se ha pronunciado la Corte Constitucional del Ecuador, refiriendo que mediante el mismo *"las partes procesales se encuentran en igualdad de condiciones de exponer todos los elementos necesarios que brinden al juzgador mayor información para resolver"* (Sentencia No. 005-16-SEP-CC, 2016, pág. 9), mientras que la Corte Nacional refiere que se trata del *"principio por el cual quien se opone a la prueba, debe gozar de la oportunidad de conocerla y discutirla esto es del ejercicio de contraprobarla"* (Resolución No. 588, 2012, pág. 5); por lo que queda claro que el criterio jurisprudencial ecuatoriano considera que, guardando estrecha vinculación con el principio de igualdad, supone la equiparación de oportunidades en el proceso que permite que los litigantes puedan demostrar sus alegaciones de forma tal que, le permita al juzgador obtener el convencimiento judicial para resolver la cuestión no solo bajo la observancia del derecho, sino de la justicia derivada de los medios de prueba y alegaciones que constantemente son contrapuestos dentro del proceso en igualdad de condiciones.

El principio de igualdad de la prueba, debe ser entendido como la potestad que tiene cada parte o interesado, de poder estar en una vinculación constante con cada procedimiento dentro del proceso, o sea, con la admisión, producción y valoración de los medios probatorios, en paridad, teniendo las mismas posibilidades y oportunidades. En este sentido, el órgano judicial deberá adoptar todas las medidas conducentes a evitar cualquier privilegio a alguna parte procesal, así como no proporcionar una consideración superior a algún medio probatorio expuesto por uno u otro de los litigantes. (García-Perrote Escartín, 1994)

Sobre este principio la Corte Nacional de Justicia se ha pronunciado expresando que *"El principio de igualdad de oportunidades estrechamente relacionado con el anterior, supone, que para que exista la igualdad es necesaria la contradicción, significa, igualdad de oportunidades, un trato procesal igual"*

en materia de pruebas” (Resolución No. 588, 2012, págs. 5-6); por lo que el derecho de estar en igualdad de condiciones está estrechamente vinculado con el principio de igualdad de la prueba, y en consideración de la Corte, se refiere a un trato igualitario en materia de pruebas, de forma tal que se manifiesten las mismas oportunidades en la anunciación, admisión, producción, práctica y valoración que en su momento ordena realizar el juzgador.

En torno al principio de publicidad de manera general alude a que los procesos no pueden ser en principio reservados, salvo en los casos expresamente establecidos en la ley, puesto que ello violaría la democratización de los sistemas jurídicos. Ya en materia probatoria, la esencia que delimita el mismo es que la fuente probatoria debe ser de accesible y de libre conocimiento por las partes procesales, salvo excepciones legales o circunstanciales que requieran el acceso judicial a la misma. De tal manera que las fuentes probatorias puedan ser conocida y accesible por las partes procesales, e inclusive por terceros ajenos al proceso; claro está que dicho acceso o conocimiento se verá limitado por mandato legal.

Sobre este particular de gran notabilidad es la reflexión expuesta por el estudioso Nisimblat (2016) quien expone que “Una prueba no conocida es una prueba inexistente” (pág. 140). Esta realidad confirma la postura asumida, siendo evidente el hecho de que la publicidad alude a la necesidad de legitimar las pruebas mediante su presentación a los contendientes, quienes podrán impugnarlas y rebatirlas, y a terceros ajenos al proceso.

A continuación se exponen otros principios que a nuestro parecer son de gran significación y que han sido asumidos de forma indistinta por unos y otros autores.

Interesante es la consideración del principio de la libertad y originalidad de los medios de prueba. El importante procesalista Sentís Melendo (1978), considera que los ordenamientos jurídicos deberían someter a un *numerus apertus*, en cuanto a la delimitación taxativa de los medios probatorios, pues el que una norma exprese de forma concreta los únicos medios probatorios que podrían ser aportados por los litigantes, “obstaculiza la operatividad fundamental del derecho probatorio” (Midón, 2007, pág. 74), por lo que en principio, siempre que no se afecte otros derechos y principios legales, morales, religiosos, culturales, políticos y económicos, debería establecerse la posibilidad de que los litigantes, siempre que se cumplan los requisitos exigidos en torno a la prueba, puedan concebir y contribuir con otros medios de prueba no establecidos en la legislación.

El principio de formalidad de la prueba, hace alusión a que la prueba, en su configuración integral, atendiendo a cada uno de los momentos en que se expone, deberá guardar determinada forma, o sea, llenan las exigencias legales establecidas, por el ordenamiento jurídico procesal (Resolución No. 703, 2012, pág. 9). Es así como, la aportación, admisión, la producción, valoración están regidas por un conjunto de formas, de requisitos preestablecidos en la normativa, que fijan su formalidad y por ende, su procedencia legal. Este principio es de gran valía, porque apoya la seguridad jurídica y el debido proceso, ya que los contendientes, conocen con anterioridad, los elementos y las formalidades que deben tener en cuenta a la hora de aportar cualquier elemento probatorio, de manera tal que les permita su inclusión en el proceso y efectiva valoración por el juez. Así, las partes conocen que, el no presentar una prueba en las condiciones y exigencias que la ley establece, implica de seguro, la inadmisibilidad de la misma y por ende, una desnaturalización de su propósito. (Colombo Cambell, 2003)

Como ha quedado claro, la prueba aportada por cada litigante, debe ser lícita. Ante ello surge el principio de ineficacia de la prueba ilícita. Ello supone que, sustentado en el *supra* principio de legalidad, el medio probatorio y la actividad probatoria, deberán regirse por lo que la norma establece. En el empeño de provocar la certeza judicial del juez, en lograr la convicción de los hechos en conflicto, se hace necesario e imprescindible, un respeto de los cánones establecidos para la prueba. Es así como en muchos casos, la propia normativa jurídica establece los medios de prueba prohibidos, pero en otras, lo hace de forma indirecta, mediante la institución de principios o reglas. Un aspecto esencial en cuanto a ello, es en el modo de la obtención del medio de prueba (Montero Aroca, 1998), condicionante principal de su licitud o ilicitud. (Carnelutti F. , 1997)

Sobre este aspecto la Corte Nacional de Justicia ha expresado en uno de sus fallos lo siguiente *“que por principio es una prueba ilícita ya que no se sujeta a las normas del debido proceso y se ha basado en apreciaciones extensivas, subjetivas y auto-incriminatorias en contra del compareciente”* (Sentencia No. 771, 2011, pág. 2). Teniendo en cuenta este pronunciamiento, queda claro que la prueba anunciada en un proceso cualquiera, debe caracterizarse por el respeto íntegro al principio del debido proceso que en esencia es, cumplir con las exigencias legales que establece el ordenamiento legal para su obtención, aportación, producción y valoración por parte del juez. Unido a ello, es interesante concebir igualmente la licitud de la prueba, considerando el hecho de que no debe obedecer a criterios extensivos ni subjetivos, de forma tal que, deberá responder de forma concreta y objetiva a los hechos, o circunstancias que se intentan acreditar.

El principio de inmediación en la prueba, es una derivación del principio de inmediación del proceso, y destaca la necesidad de que exista una estrecha relación, cercanía procesal, entre la prueba y el juez. Esta vinculación que debe imperar en todo el proceso, permite que sea el mismo juez ante el cual se presentaron las fuentes de prueba, el que decida sobre su pertinencia, necesidad, utilidad, idoneidad y licitud, admitiéndolas motivadamente o desestimándolas de igual forma. Además prevé que sea ese mismo juez, ante quien se practiquen los medios de prueba admitidos y finalmente, el propio juez que las valore en el fallo definitivo, provocando mediante la motivación la certeza de unos u otros postulados esgrimidos.

Sobre este principio la Corte Constitucional ha referido que:

A través de la inmediación se da una vinculación personal entre los juzgadores y las partes con la finalidad de poder conocer directamente todo lo correspondiente al proceso penal, desde su inicio hasta su conclusión, de tal forma que se tenga un conocimiento efectivo de los hechos planteados para su resolución por parte de los administradores de justicia, obteniendo los medios y elementos para que el proceso sea eficaz y la sentencia sea justa. (Sentencia No. 223-15-SEP-CC, 2015, pág. 11)

La Corte Nacional ha referido que “*Supone la relación directa de los litigantes con el Juez, de modo que el magistrado conozca directamente a las partes y pueda apreciar por sí mismo el valor de las pruebas, que han de realizarse en su presencia*” (Resolución No. 1022, 2013, pág. 14); refiriendo en otro de sus fallos que:

El principio de inmediación es básico dentro del Derecho Procesal, porque asegura que los juzgadores puedan conocer de primera mano, tanto las alegaciones que las partes realizan, con el fin de tener totalmente delimitada la traba de la litis, como las pruebas que presentan para sustentar sus posiciones, para que recaiga sobre ellos la potestad de analizarlas y otorgarles su justo valor. (Resolución No. 407, 2013, pág. 9)

Este principio impone, según nuestra jurisprudencia, la necesaria cercanía que debe existir entre los juzgadores y las partes, no en el sentido personal, sino con respecto a las alegaciones, medios probatorios, y actuaciones constantes que se originan dentro del proceso.

Se ha querido dejar para un final, el principio de oralidad. Ciertamente aunque en la actualidad, ningún proceso es considerado oralmente puro, pues por mucho que se intente que prime la oralidad, la escritura es extremadamente difícil eliminarla de los procesos no penales; no obstante, especialmente en la práctica de la prueba, la oralidad es la que debe primar en todo momento, porque le permitirá al juez, en persona, escuchar cada una de las consideraciones que delimitan el alcance y naturaleza de cada medio probatorio, ya fuere pericial, testifical e incluso documental mediante las consideraciones que cada parte pueda extraer de las fuentes probatorias. Para ello, se exige una preparación previa que proveerá a cada contendiente de las herramientas ideales para convencer, unido, a la necesidad de que, al menos todos los profesionales

implicados posean, un lenguaje ávido y suficiente con el tema que se plantea. (Ramírez Salinas, 2005)

La Corte Constitucional sobre este principio, ha referido que:

“el principio de que la resolución judicial puede basarse sólo en el material procesal proferido oralmente. Ello significa que las actuaciones más relevantes de un procedimiento deben realizarse por medio de un proceso de audiencias (...) cuando hablamos de oralidad, lo hacemos para usar un término que es de común conocimiento y aceptación, aunque sabemos de antemano que prácticamente no hay régimen alguno de derecho positivo exclusivamente oral, sino que todos son mixtos”. (Sentencia No. 227-12-SEP-CC, 2012, pág. 12)

También esta Corte ha expresado que *“la oralidad constituye un instrumento para alcanzar otros principios procesales de la administración de justicia”* (Sentencia No. 006-16-SNC-CC, 2016, pág. 9). Con estos elementos, se puede concluir que la oralidad supone la ejecución de la mayoría de los actos judiciales de forma oral, lo que implica una relación directa entre los juzgadores y los litigantes, y la posibilidad de que se puedan exponer oralmente los alegaciones, así como también practicar los de medios probatorios en audiencia oral. De esta manera, se presentan elementos de convicción directamente al juez.

Hasta aquí, se han intentado dilucidar algunos principios que gobiernan la prueba en los procesos no penales. Es pertinente reafirmar que estos no constituyen en su totalidad, el cúmulo de principios establecidos en la doctrina. No obstante, se ha decidido analizarlos por considerar que son los atinados al caso en cuestión.

1.5 CARGA DE LA PRUEBA

El concepto de carga de la prueba (*onus probandi*), es uno de los legados más importantes de la doctrina procesal alemana, que fue la que definió la responsabilidad que tienen las partes en lograr que su actuar probatorio satisfaga las exigencias de certeza del juez para dictar una sentencia. Al juez, como sujeto que tributa el servicio de justicia que presta el Estado a sus ciudadanos, no le es permisible una solución *non liquet* en base a lo que se le ha presentado, o sea, el juez no puede abstenerse de decidir porque los hechos alegados no le han quedado lo suficientemente claros. El juez está obligado a afirmar o negar la derivación jurídica objeto del pedido, o sea, declarar con o sin lugar la demanda, no pudiendo abstenerse de fallar.

De esta última apreciación resulta que si bien la carga de la prueba es una obligación de los litigantes desde el momento en que se anuncia las fuentes probatorias, como categoría alcanza relevancia para el juez solo al final del caso, precisamente cuando el juzgador hace el balance comparativo general entre los hechos alegados y los probados y es en este preciso instante cuando el juez decide si accede o no a la petición. (Rosemberg, 1956)

El principio de la carga de la prueba descansa en que el sujeto que realiza una afirmación posee el compromiso de demostrarla no solo como fundamento legal, sino en lo fáctico. Así, el precepto legal que justifica una demanda y su pretensión es de gran relevancia, porque la carga de la prueba está vinculada a la demostración efectiva de los hechos sustentados en ese precepto, de forma tal que, si no logra probar sus afirmaciones, no aplicaría el precepto jurídico invocado, por cuanto no le asiste razón. Solo cuando el sujeto a través de la carga de la prueba logra sustentar plenamente los hechos afirmados con la norma jurídica invocada, es que la incertidumbre desaparece porque logró demostrar sus alegaciones. Sobre ello Rosemberg (1956) expresa que “*la esencia de la carga reside, precisamente en la resolución con respecto a esa duda*” (pág. 11). El juez no puede negarse a fallar ante la incertidumbre, pues como dijimos el *non liquet* está proscrito, pero la duda implicará un fallo contrario a la parte que no soporte adecuadamente su carga de la prueba.

Llegado este momento, es necesario establecer cuáles son los sucesos sobre los que recae la carga, pues resulta conocido que muchas de las informaciones que forman el relato histórico de la demanda no requieren prueba.

Con los estudios realizados en Alemania, en los siglos XIX y XX, se convirtió común en la teoría procesal denominar como *hechos constitutivos* a aquellos que son el fundamento de la norma invocada. Dicho de otra forma, la norma regula un supuesto abstracto de hechos, de los cuales se derivan consecuencias legales. Los hechos narrados por el demandante, con la intención de que sean subsumidos en la norma, son los que reciben el calificativo de *hechos constitutivos*. Se habla de la existencia de una correlación entre *hechos constitutivos* y *norma constitutiva*, en el cual los primeros son los datos afirmados por la parte y la segunda, el precepto legal del cual espera obtener los resultados a su favor.

Existe para el actor, la carga de la prueba sobre la existencia de los denominados *hechos constitutivos* afirmados en la demanda. Sobre estos hechos versará lo que ha dado en llamarse como *pruebas principales* (Montero Aroca, Gómez Colomer, & Barona Vilar, 2016). En este sentido el demandado tendrá el deber de demostrar, o sea, tendrá la carga de la prueba, solo cuando haya esgrimido determinados acontecimientos. Sobre este aspecto la Corte Nacional de Justicia ha indicado que:

(...) dentro de un juicio debe probarse aquello que es materia de la litis, entendida por tal las pretensiones de la parte actora expuestas en el escrito de demanda y las del demandado, fijadas al momento de contestarla, incluidas, obviamente, las que postulen las partes en el caso de existir reconvencción, la obligación de probar, en consecuencia, la tienen los sujetos procesales, reservándose únicamente, para casos de duda la facultad oficiosa del juez de la causa de ordenar

De lo enunciado se deduce que cuando el demandado simplemente niega los hechos propuestos por el demandante, no tendrá la obligación de demostrar. Ello le impide a este sujeto procesal aportar fuentes de prueba, con el objetivo de desvirtuar las pretensiones del actor. Todo ello el demandado lo haría para lograr convencer al juzgador que lo que ha sido planteado por el actor, no es cierto y que por ende no debe considerarse su pretensión.

Surge para el demandado el deber de demostrar, cuando no se ha limitado solo a negar simplemente los fundamentos de la demanda, sino que ha aportado nuevos hechos *impeditivos* o *extintivos* de los cuales se derivan consecuencias jurídicas distintas de las recogidas en la norma constitutiva, por ejemplo, que la acción ha prescrito por el paso del tiempo; o afirmando la carencia de alguna formalidad del acto jurídico o la extinción del derecho reclamado. Estos nuevos hechos son el fundamento de una situación jurídica distinta que elimina las consecuencias invocadas por el demandante. Se entra, por esta vía, en el campo de las denominadas excepciones.

Fijadas las cuestiones generales, que constituyen la piedra angular de la teoría de la carga de la prueba, se hará referencia a las disímiles circunstancias que operativamente se manifiestan, concernientes a los hechos que requieren probarse en el proceso, y aquellos que están eximidos de esta carga. En primer lugar, encontramos los hechos articulados o afirmados en los escritos de proposición. En estos, en virtud del principio dispositivo, solo pueden ser practicadas en el proceso, las fuentes probatorias anunciadas y admitidas a juicio, y que sustenta las alegaciones realizadas por las partes. En este sentido el juzgador no puede incorporar al proceso sucesos diferentes a los invocados por los contendientes, pues solo debe considerar en su decisión lo que consta en el expediente, haciéndose presente el viejo axioma *quod non est in actis non est in mundo* (lo que no se encuentra en el proceso, no está en el mundo).

Como segunda cuestión es necesario el análisis relativo a los hechos no controvertidos, que son aquellos aceptados por los litigantes y que por ende están relevados de demostración. Rosemberg (1956), siguiendo la clara letra del Código Procesal Civil alemán, lo expresa de la forma siguiente:

(...) el tribunal no puede dudar de lo que es cierto para las partes y estas no discuten o han admitido; debe considerarse que requiere prueba lo que las partes discuten; no puede aceptarse como verdadera una afirmación cuando ambas partes están de acuerdo sobre su falsedad. (pág. 39)

En tercer lugar, se podrían mencionar aquellos hechos presumidos por la norma, los que a consideración de Eisner (1992) "*Son pruebas de la experiencia traducidas a través de la Ley*"

(pág. 55). Se considera que los hechos que son presumidos por el ordenamiento jurídico no necesitan ser demostrados, pues es la propia ley la que les concede la cualidad de verídicos, aunque el sujeto que los invoca, tiene el deber de demostrar los fundamentos que sostienen dicha presunción. Admiten, eso sí, prueba en contrario en ciertos casos.

En cuarto lugar, se encuentran aquellos hechos notorios o los denominados *notoria non egent probatione*. Se trata de todo suceso, circunstancia o condición que es de general conocimiento, porque su naturaleza ha permitido que el público en general o la sociedad en su conjunto, lo conozcan por alguna de las vías existentes. Según Eisner (1992) son los que pacíficamente alcanzan al discernimiento del magistrado por formar parte de una colectividad en un momento y cultura determinados.

Es necesario dejar sentado que la notoriedad está vinculada con un suceso en específico y no precisamente con la vigencia de principios generales que pueden ser parte de lo que se conoce como máximas de la experiencia, categoría relacionada con la valoración de las pruebas. Stein (1990) lo explica con claridad cuando dice que existe la notoriedad fuera del proceso cuando los acontecimientos son observados o conocidos sin haber sido contradichos de forma tal que cualquier sujeto lo pueda considerar como real y verdadero. En todo país, ciudad, municipio o localidad, ocurren acontecimientos naturales o sociales de los cuales el ente social tiene pleno conocimiento y que, las personas lo pueden tomar como punto esencial para vincularlo a la presencia de otros hechos.

Entonces, según lo analizado, la carga de la prueba en principio y mayoritariamente, la posee el demandante, quien es el que enuncia las premisas que originan el proceso. Así, solamente le corresponderá la carga de la prueba al demandado, cuando expone como argumento de refutación o contestación, algún impedimento de la acción ejecutada, ya fuere por el paso del tiempo o por alguna otra razón de carácter perentorio o material. Unido a ello, existen determinadas condiciones que hacen obvio lo refrendado en los escritos, y que por ende no es necesario demostrar mediante la prueba, porque constituyen hechos sobre los que ya determinadas circunstancias le han conferido, certeza de existencia.

1.6 SISTEMA DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA

Por valoración de la prueba se debe entender las operaciones mentales y lógicas mediante las cuales el juez a través del análisis de cada prueba llega al convencimiento de que ciertos hechos se dieron históricamente sobre los aspectos que constituyen la esencia del proceso. Dicho con palabras de Kisch (1940), es *“la actividad intelectual que lleva*

a cabo el juez para medir la fuerza probatoria de un medio de prueba” (pág. 199). La historia del proceso ha conocido de diferentes formas de valoración de la prueba, evolución que ha ido de una presencia casi generalizada de la prueba legal, típico del proceso común medieval, hacia una postura de libre valoración, criterio traído de la mano por la Revolución Francesa y que encontró pleno reconocimiento en los Códigos de Procedimiento Civil y Penal de Napoleón de 1806 y 1808, respectivamente.

Sobre este punto, la ex Corte Suprema de Justicia del Ecuador, ha expuesto que:

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. (Resolución No. 69, 2004, Séptimo Considerando)

A tenor de ello, la valoración de la prueba, se erige como una facultad exclusiva del juzgador, debiendo realizar una evaluación objetiva, mediante un escrutinio interno, en el cual establece la trascendencia y consecuencia de cada medio de prueba en particular, su vinculación a los hechos, y logra reunir en una sola concepción, su consideración global, en torno a las fuentes probatorias aportadas y las alegaciones en general, esgrimidos por los sujetos procesales. En sentido general, son tres los sistemas de valoración de la prueba, tal como veremos a continuación.

1.6.1 Prueba Legal.

Este sistema de valoración de la prueba está intrínsecamente vinculado con el sistema inquisitivo de enjuiciamiento. Así, ante el surgimiento de un conflicto de carácter privado, la metodología establecida para su solución no estaba destinada a la revelación de la verdad material, ya que el imperio de la fuerza regía en el desenlace de dicha cuestión. (Foucault, 2005)

Para el investigador Alejos Toribio (2014) siguiendo la idea de Hermosilla Iriarte (2006) en este sistema:

(...) la labor del legislador se enfocaba en la idea de que los jueces debían tener una limitación frente a lo que pensarán o sintieran; visto así, la confianza que el primero tenía por el segundo era de carácter escaso, porque se indicaba cuál era el peso específico de cada prueba, llevando al magistrado ante una limitación. Entonces, al estar las reglas de valoración establecidas en la ley se indicaba al juez cuándo y en qué medida debía considerar un enunciado fáctico como probado, motivo por el cual se podría decir que se estaba ante un sistema de numerus clausus. (págs. 8-9)

El sistema de pruebas legales o pruebas tasadas es aquel donde la propia ley señala al juez el valor o eficacia que debe darle a determinados medios de prueba. Si bien está reducido en la actualidad, muchos ordenamientos procesales reservan a determinadas pruebas, como la confesión y la documental, el valor de prueba legal. Señala Gómez

Orbaneja (1979), que la razón por la cual se mantiene modernamente el sistema de prueba legal, es por causas de seguridad jurídica.

Sobre este aspecto, la Corte Nacional de Justicia del Ecuador ha expresado que:

(...) el valor de las pruebas no está fijado ni determinado, y corresponde a su propia apreciación evaluarlas y determinar el grado de convencimiento que puedan producir sin que tenga el deber de justificar por qué da mayor o menor mérito a una prueba que a otra. (Resolución No. 542, 2010, pág. 6)

Con este pronunciamiento en sentido general, se desecha del entorno nacional, el considerar que una prueba tenga determinado valor legal o que posea mayor relevancia que otra.

1.6.2 Libre Valoración.

El avance del pensamiento liberal operado tras las grandes revoluciones burguesas europeas, trajo aparejado, en lo que al proceso se refiere, un imperio del criterio de libre valoración de las pruebas, como lógica reacción al yugo valorativo impuesto por las pruebas tasadas imperantes en el proceso común de corte romano-canónico.

Si bien es cierto que, durante un tiempo la libre valoración pudo ser interpretada como un mecanismo de evaluación de la prueba sin sujeción a regla alguna y que por ello, podía dar lugar a una labor arbitraria del juzgador; la doctrina se apresuró en determinar que en este nuevo mecanismo apreciativo debían imperar las reglas de la sana crítica, entendida como aquellas indicaciones o instrucciones que el juzgador dispone para la ejecución de su juicio de valor, teniendo para ello una libertad de conciencia reconocida. Se parte de que la prueba libre, no quiere decir apreciación arbitraria, sino cálculo lógico de los resultados, a partir de unos datos preestablecidos. (Gómez Orbaneja & Quemada, 1979)

Nos señala Montero Aroca (2001) que el cambio del sistema de prueba legal, al de prueba libre, aplicado inicialmente en el proceso penal y luego en el civil, estuvo matizado por la presencia en el proceso de la figura del jurado, quienes no lograban precisamente una certeza subjetiva, sino que constituía un mecanismo de lograr una declaración de voluntad. El hecho estriba en que al jurado no se le exige que justifique o explique el juicio al cual han arribado, pues su declaración se resume en una manifestación de voluntad de naturaleza binaria: culpable o no culpable, responsable o no responsable.

A esta modalidad se le denomina íntima convicción, aunque está relacionada con la libre valoración, ambas implican una apreciación de las pruebas sin sometimiento a normas establecidas. En la realidad tiene elementos que las distinguen, pues la libre valoración

está caracterizada por la existencia de la sana crítica, obligando al juez a exteriorizar en su resolución los elementos que tuvo en cuenta para formar su certeza moral sobre el acontecimiento que se le ha presentado, o sea, el juzgador adquiere el compromiso de explicar las máximas de la experiencia en que se ha apoyado para conceder mayor valor a unos medios en menoscabo de los otros; máximas de la experiencia que pueden ser patrimonio ideológico del propio juzgador.

Sobre este aspecto, la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, ha expresado que *“el juzgador de instancia es libre para valorar y seleccionar las pruebas a base de las cuales ha de fundamentar su convencimiento, y en la determinación de los hechos que con ellas se demuestran”* (Resolución No. 542, 2010, pág. 5). En este sentido, ciertamente se permite al juzgador, la posibilidad de valorar libremente, sin vicio alguno, sus estimaciones en torno a los medios probatorios practicados, pero siempre bajo una concepción global.

1.6.3 La sana crítica y las máximas de la experiencia

No es prudente distinguir entre una y otra institución, pues forman parte de una unidad por lo que se retroalimentan constantemente. En este sentido, Montero Aroca (1998) refiere que las máximas de la experiencia son reglas que poseen los jueces, y que deben integrar la destreza de los mismos. Hay que complementar lo expresado por el profesor de Valencia que, las máximas de la experiencia pueden no formar parte del conocimiento propio del juez estando en la necesidad de proveerse de ellas, en ciertos casos, fundamentalmente mediante el auxilio de profesionales especializado, denominados peritos.

Las máximas de la experiencia son aquellos juicios adquiridos por el juzgador, en razón al aprendizaje de la vida o al de los conocimientos técnicos especiales (Schönke, 1950). Kisch (1940) hace un examen minucioso y algo primitivo, pero de un valor docente innegable para la mejor comprensión del tema. Según el profesor alemán, las máximas de la experiencia son los conocimientos ordinarias, de los cuales unos se supone que son poseídos por toda persona de mediana cultura, como son el saber leer, escribir, contar, el entender el idioma y otros semejantes; otros se consideran del patrimonio intelectual de individuos que tienen una formación y están en una posición social como el juez, como son: el conocimiento profundo del idioma, la historia, ideas sobre las bases de la vida social, de economía política, del comercio y la industria, de agricultura y el estar versado sobre condiciones personales, locales, económicas y religiosa del país, o por lo menos, del territorio donde tiene competencia el juzgador.

Pero ante todo es necesario poseer una multitud de experiencias sociales y psicológicas, cuyo conjunto forma lo que muy bien puede llamarse *“conocimiento de la vida*

y de los hombres” (Resolución No. 242, 2010, pág. 7). Toda esta multitud de conocimientos que son necesarios para apreciar la prueba, hay que presumir que los tiene el juez. En este aspecto guardan algo de analogía con los hechos notorios, pero se diferencian profundamente en razón de que no son fenómenos o acontecimientos esporádicos, sino reglas o máximas generales de la formación personal del juez.

Ante ello, es claro que el juzgador tiene la obligación de valorar los medios de prueba según su experiencia. Cuando en esta operación, el juez no posee el conocimiento y las habilidades suficientes, entonces debe acudir a especialistas y profesionales que sean capaces de brindarle los conocimientos mínimos, que le permita decidir.

Es necesario, de cara a una última matización de este punto, distinguir entre las máximas de la experiencia y los llamados conocimientos personales del juez; expresión esta última reservada a aquellas informaciones que el juzgador pueda tener sobre el hecho específico que se le somete a su consideración. Se trata de aquellos conocimientos personales que el juez tiene sobre los hechos y que le han llegado por una vía distinta a la del proceso, ya sea porque los ha presenciado o porque una fuente secundaria se los ha suministrado. Toda la doctrina está de acuerdo en que estos conocimientos deben ser proscritos, pues convierten al juez en testigo y le invalidan su imparcialidad. (Schönke, 1950)

La prueba de fuego del mecanismo de valoración de la sana crítica es la obligación que le viene impuesta al juez de fundamentar su fallo. Este ideal se ve en ocasiones mancillado en la práctica judicial por el uso de lo que popularmente se conoce como *“valoración conjunta del material probatorio”* (Zubiri, 2004, pág. 55).

Con frecuencia, se utiliza esta expresión para, a renglón seguido, narrar el hecho que se ha dado por probado. Detrás de esta práctica se esconde la falta de motivación del fallo y por ende la ausencia de exteriorización por el juzgador de los juicios lógicos que ha realizado, para concederle determinado valor a un medio probatorio en detrimento de otro. Esta práctica podría ser hasta cierto punto permisible, en aquellos casos en que todas las pruebas gozan del atributo de la prueba libre, pero resulta inaceptable cuando concurren pruebas legales y libres, pues las primeras tienen un valor preestablecido en la ley y no es posible valorarlas de conjunto con las de apreciación libre, toda vez que este proceder iría en detrimento de las primeras. El juez está obligado, se reitera, a exteriorizar las máximas que lo han auxiliado a formar su certeza subjetiva del hecho sometido a debate.

En el Ecuador, la Corte Nacional de Justicia ha expuesto que:

(...) la valoración de la prueba es atribución exclusiva de los jueces y tribunales de instancia, a menos de que se demuestre que en ese proceso de valoración se haya tomado un camino ilógico o contradictorio que condujo a los juzgadores a tomar decisión absurda o arbitraria. La sala considera que, si en la apreciación de la prueba el juzgador contradice las reglas de la lógica, el fallo se halla incurso en causal de casación. Cuando en el proceso de valoración de la prueba el juzgador viola las leyes de la lógica, la conclusión a la que llega es absurda o arbitraria. Se entiende por absurda todo aquello que se escapa a las leyes lógicas formales; y es arbitrario cuando hay ilegitimidad en la motivación, lo cual en el fondo es otra forma de manifestarse el absurdo ya que adolece de arbitrariedad todo acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes dictado solo por la voluntad o el capricho; cuando el juzgador, por error, formula una conclusión contraria a la razón, a la justicia, o a las leyes, estamos frente a un caso simplemente absurdo (...) En el presente caso no se aprecia que la valoración de la prueba realizada por los jueces de instancia sea absurda, ilógica o arbitraria, es decir, contraria a la sana crítica. (Resolución No. 088, 2012, pág. 6)

Este pronunciamiento deja sentado el hecho de que la sana crítica y las máximas de la experiencia, constituyen pilares esenciales en la evaluación de la prueba, propiciando que esta operación realizada por el juez, no sea absurda ni arbitraria. Ello implica que este sistema de valoración, obedece a la lógica visualizada a partir del análisis que hace el juez sobre cada una de las pruebas presentes en el proceso y aportados por las partes y teniendo como sustento su conocimiento de los elementos vinculados en la causa.

1.7 DISTINCIÓN ENTRE PRUEBA Y MEDIOS PROBATORIOS

Es menester, en el presente estudio, distinguir entre prueba propiamente dicha y medio de prueba. Como se ha comprobado, muchos son los investigadores que hablan de uno y otro término de forma indistinta, existiendo claramente una confusión en torno a ambas categorías. Para investigadores como Pineda López, Torres, Román & Dumas (2013) mientras *“La prueba es aquella que tiene como objetivo demostrar la existencia o no de un hecho (...) Los medios de prueba son los distintos elementos de juicio, producidos por las partes o recogidas por el juez”* (pág. 16). Para Martínez Martínez (2010) refiriendo esta distinción:

(...) son pruebas judiciales las razones o motivos que sirven para llevarle al juez la certeza de los hechos, en tanto que por medios de pruebas, deben considerarse los elementos o instrumentos utilizados por las partes y el juez, que suministren esas razones o motivos. (pág. 1)

Así, teniendo en cuenta estas concepciones, aunque ciertamente el hilo distintivo es bastante fino, determinamos que prueba no es lo mismo que medios de prueba. El medio de prueba teniendo en cuenta lo expuesto por estos investigadores, es el instrumento, la herramienta que es empleada para producir la prueba, o sea, la evidencia certera de que un hecho es o no de la forma en la que se le está planteando. Así, el medio de prueba constituye, en el sentido que se expone, como el medio que provoca la prueba en sí.

Sobre este mismo aspecto, Plascencia Villanueva (1995) expone que:

El medio de prueba, lo podemos entender como un concepto procesal, de existencia posterior a la fuente de prueba, siempre y cuando sea ofrecida la fuente de prueba en el proceso penal, sea aceptada y desahogada (practicada) como tal (...) la prueba existirá en el momento en que se aporta una fuente de prueba como medio en el proceso, es aceptada, preparada, desahogada y valorada

conforme al criterio que adopte el titular de un tribunal, de otra manera simplemente será un medio de prueba pero sin valor probatorio y por consecuencia no tendrá el carácter de prueba. (pág. 716)

Este autor señala que son igualmente relevantes. El investigador delimita una triada que evoluciona en la historia de los sucesos acaecidos. En un primer lugar, se establece la fuente de prueba, como aquella de la cual se extraer información sobre los hechos debatidos, en segundo momento aparece el medio de prueba, cuando se deciden utilizar esas fuentes en un proceso determinado trasladan esa información al juez, mientras que la prueba, es la tercera fase, en la que se acepta ese elemento probatorio por parte del juzgador.

Así, es trascendental lo que expone Plascencia Villanueva, en cuanto al momento de conversión del medio probatorio a prueba. Así establece que tiene lugar la segunda cuando, ha sido producida y valorada conforme a ley. Teniendo en cuenta ello, si un medio de prueba, no llega a ser valorada por parte del Tribunal competente, ante la petición que en su momento realice la parte procesal de demostrar con ella, un hecho pretendido, nunca resultará en la segunda categoría objetivamente citada, sino que quedará como un medio probatorio que no surte los efectos deseados como tal.

El investigador Bello Lozano (1989) ha expresado que:

En sentido estricto son pruebas judiciales las razones o motivos que sirven para llevarle al Juez la certeza de los hechos, en tanto que, por medio de pruebas, deben considerarse los elementos o instrumentos utilizados por las partes y el Juez, que suministren esas razones o motivos. Por lo tanto, probar en el proceso, no es más que una actividad de parte consistente en llevar al proceso, por los medios y procedimientos establecidos en la Ley, las razones que convenzan al juzgador de la certeza o veracidad de los hechos cuestionados. (pág. 9)

La prueba es, la herramienta que ha sido acogida por el juzgador y valorada para conceder la razón o no hacerlo, mientras que el medio, es el instrumento por el cual llega la prueba de un hecho al juez. Son dos categorías interrelacionadas y dependientes de la otra. A consideración del presente estudio, todo medio de prueba es el camino por medio del cual se traslada los hechos al juez y realiza la prueba. Tal y como ha quedado establecido, si un medio de prueba es aportado a un proceso, pero sin embargo, no es acogido por el juez, no será por ende prueba, sino que quedaría en la categoría de medio probatorio. Teniendo en cuenta ello, los medios de pruebas pueden ser la confesión, declaración testimonial, informe pericial, las presunciones, la inspección judicial, los instrumentos públicos o privados, teniendo en cuenta, la consideración que exponga cada ordenamiento jurídico. (Elberg Grünberg, 1945)

1.8 CLASIFICACIÓN DE LA PRUEBA

Se hace necesario igualmente, señalar las principales consideraciones sobre la clasificación de las pruebas. El profesor Parra Quijano (2006) expone que las pruebas

pueden clasificarse teniendo en cuenta un conjunto de criterios delimitados en su investigación. Para este autor, las pruebas pueden clasificarse atendiendo a su contradicción, delimitándola en prueba sumaria y prueba controvertida, mientras que la primera no ha sido contradicha, la segunda ha sido rebatida; también existen las pruebas formales y sustanciales, mientras las formales cumplen una función meramente procesal, pues hacen conocer al juez ciertos hechos expuestos en los actos de proposición o alegatos presentados por las partes, las sustanciales no solo hacen que el juzgador conozca un hecho sino que se erigen como su fuente de existencia.

Expone el autor que, según su objeto, pueden concebirse la prueba directa, que es aquella que logra en el juez una percepción por su propia persona y sentidos; y la prueba indirecta, en la que el juez obtiene una percepción de una declaración o informe emitido por otro. Unido a ello, se encuentran las pruebas pre-constituidas y aquellas por constituir. Las primeras surgen antes de que el proceso se haya iniciado, contraria a las segundas que tienen lugar cuando el proceso ya se estableció.

En otra clasificación están las pruebas reales, que guardan relación con una cosa, y las personales, con la conducta de un individuo. Se encuentran las pruebas históricas y críticas, las primeras delimitan la no necesidad de que el juez tenga que realizar algún acto de razonamiento derivado de la prueba y el hecho esgrimido, mientras que las segundas, es pertinente que el juzgador realice esta acción. También se encuentran las pruebas plenas, que son aquellas que poseen un valor que no puede ser contradicho, pues su naturaleza delimita lo absoluto del hecho, y las pruebas semiplenas, cuyo valor no es incondicional. Por último, distinguen entre las pruebas útiles de las inútiles, mientras que las primeras logran una evidencia con respecto a los hechos, las segundas no, porque no son pertinentes al hecho al que van destinadas.

Para el procesalista Casarino Viterbo (2007) deben distinguirse entre las fuentes probatorias pre-constituidos, que son aquellos mecanismos que los litigantes conciertan en un negocio jurídico para tenerlo como elemento de convicción ante un posible litigio judicial y aquellas fuentes probatorias circunstanciales, que son los que delimitan los elementos distintivos de un hecho después de que ha tenido lugar.

También se pueden distinguir entre aquellas fuentes probatorias directas, que son los que permiten que el Tribunal se forme una convicción por su directa apreciación de los hechos, y aquellas fuentes indirectos, en los que logra la certeza a partir de la percepción de terceros. Este autor delimita también entre aquellas fuentes que hacen prueba plena, que demuestran por sí mismo, la certeza de un hecho, y aquellas fuentes de prueba semiplena, que necesitan de otra fuente para lograr una efectiva certeza.

De forma similar se pronuncian Elberg Grünberg (1945) y Alsina (1958), quienes refieren la existencia de una prueba pre-constituida que se erige como instrumento pre-procesal, y la prueba producida dentro del juicio, que es la conjunción de todos los medios de pruebas; unido a ello, distinguen entre la fuente de prueba directa e indirecta, así como la fuente de prueba plena y semiplena, cuyo alcance es el mismo acotado por Casarino Viterbo.

Como se puede apreciar, muchos criterios clasificatorios de las fuentes de prueba, coinciden en el sentido y alcance de su clasificación a pesar de la confusión entre la utilización de uno u otro término.

CAPÍTULO II

LA PRUEBA DOCUMENTAL

2.1 DE LOS DOCUMENTOS

2.1.1 Etimología y concepto de documento.

El sustantivo “documento” procede del latín “*documentum*”, y emana del verbo “*docere*” haciendo alusión a “*que quiere decir enseñar, hacer, saber, anunciar*” (Guzmán, 2009, pág. 172). En este sentido posee el mismo origen que otros vocablos que significan enseñanza, ciencia, y dictar que representa “*sabio, hábil, maestro, el que es capaz de transmitir y comunicar lo que sabe*” (Molina, 2012, pág. 12). Aceptaciones tales como “document” en la lengua inglesa y francesa, así como la voz “documento” en el habla portuguesa e italiana, conforman también otras manifestaciones de similar sentido y naturaleza del término en cuestión. (Ruiz, 1999)

Atendiendo a ello en un sentido lato el vocablo documento también sugiere el acto de mostrar algo a alguien. Cuando este acto de revelar tiene lugar mediante el uso de una cosa, entonces se puede considerar la existencia de un acto representativo. De este modo “*la figura, imagen o idea sustituye la realidad*” (Rodríguez Diéguez, 1996, pág. 23). Carnelutti (1944) ha expresado que “*Representación es la imagen de la realidad, la que se presenta al intelecto a través de los sentidos, y en consecuencia, documento es una cosa que sirve para representar a otra*” (pág. 435). De esta forma, el término documento apunta a la acción de enseñar, pero no en el sentido estricto de la palabra, sino como sinónimo de transmitir un pensamiento o representar algo.

Dentro de los modos de expresar sus pensamientos, el hombre utiliza la vía oral, gráfica o material, siendo la escrita la más antigua. Sobre esta cuestión el investigador Rodríguez (1986) plantea que el documento “*es tan antiguo como la necesidad misma de expresarse*” (pág. 224). Al transcurrir el tiempo la palabra escrita o la idea representada, se transformó en fuente de prueba con apreciación jurídica, siendo de gran beneficio, incluso, en muchas ocasiones, más importante que la forma oral, por la posibilidad de concretizarse y perpetuarse en el tiempo y en el espacio.

En sus inicios, los documentos fueron considerados como prueba testifical por escrito, y posteriormente se les otorgó el atributo de medio de prueba autónomo. Esta autonomía, se le imputa a las ordenanzas de Moulina, aprobadas por Enrique III de Francia en 1566. (Muñoz Sabate, 1967)

Resultan claras las disconformidades entre el documento y el testimonio. Se diferencian considerando la forma, pues en el testimonio la vía de transmisión de la información es oral, y en el documento es la visual y sensorial. Otro elemento que los distingue es la fuente, pues en el primero lo que se obtiene es la exteriorización de la información requerida por parte de un individuo, mientras que en el documento, la información se extrae del mismo. También se diferencian atendiendo al tiempo de su realización, pues el testimonio tiene lugar, generalmente, mientras dura el proceso, o sea, en el desarrollo del mismo, lo que no ocurre en el documento que siempre es anterior al inicio del mismo. (Peña R. E., 2010)

La jurisprudencia internacional ha recogido en determinados momentos un concepto extenso de lo que se califica como documento probatorio. Así, a modo de ejemplo, se puede citar el fallo del Tribunal Supremo Popular español, de fecha 9 de marzo de 1988, que considera que documento es *“tanto los escritos representativos, como todos aquellos objetos en los que, a través de la vista, el oído o el tacto, pueda percibirse una manifestación de voluntad o revelen a simple vista la existencia de un dato de interés para el proceso”* (Mora Díaz, 2004, pág. 1).

Serra Domínguez (1970) define esta categoría como *“todo objeto material representativo de un hecho de interés para el proceso, representación que puede obtenerse mediante los modernos medios reproductivos, como la fotografía, la fonografía, la cinematografía, el magnetófono, cintas de videos, discos del ordenador y cualesquiera otros similares”* (pág. 236); mientras que Kisch (1940) conceptúa el documento como *“todas las cosas donde se expresa, por medios de signos una manifestación del pensamiento, siendo indiferente el material sobre el cual los signos están escritos y también la clase de escritura (signos, letras, números, grabados, etc.)”* (pág. 227).

Este concepto tan general requiere la aclaración de que no todos los objetos materiales tienen el perfil de documento probatorio, lo tienen aquellos con preeminencia legal, ello es, los que buscan la demostración de un hecho o aseveración de verdad aptos para valer como prueba. Entre las nociones de documento más aceptadas, se citarán las siguientes:

Carnelutti (1944) expresa que documento es *“una cosa que demuestra, que enseña algo o que lo hace conocer”* (pág. 233); Carrascosa (1991) refiere que es *“Todo conocimiento fijado materialmente sobre un soporte y que puede ser utilizado para consulta, estudio o trabajo”* (pág. 117). Uno de los académicos que ha considerado suficientemente esta institución ha sido Devis Echandía (2007), quien considera que documento es *“toda cosa que sirve de prueba histórica indirecta y representativa de un hecho cualquiera”* (pág. 173).

Por la amplitud de las expresiones empleadas, se asume que documento para efectos judiciales, es aquel objeto corporal, donde consta una representación que alude a uno

o varios hechos históricos, que pueden ser apreciados por conducto de los sentidos humanos y que posibilita la certeza sobre ellos buscando demostrar al juez, un acontecimiento o circunstancia.

Unido a ello debe considerarse que el documento es un acto extra-proceso porque generalmente se realiza con anterioridad al proceso para ser producido, exhibido o reproducido en este (CELAM, 2002); está contenido en cualquier soporte que sea suficiente para emitir opiniones o información, ofrece datos sobre una persona o hecho, así como sobre la exteriorización de la voluntad de un individuo, conservando por ende una gran relevancia legal.

2.1.2 Naturaleza del documento.

Es indudable que la escritura o la representación contenida son parte trascendental de la naturaleza del documento. La información que se desea transmitir se materializa cuando ha sido representada sobre un soporte, y constituye una combinación de ideas, signos, caracteres, imágenes, sonidos, perceptibles por los sentidos. Así, se considera prueba documental el soporte material donde se consignan aquellos y donde se plasma el acontecimiento que se pretende demostrar.

Sobre la naturaleza jurídica del documento, uno de los investigadores más serios en el tema, desde el punto de vista técnico-jurídico es Devis Echandía (1974), quien ha realizado una consideración esencial de este punto. Para este autor, el documento *“es un medio de prueba indirecto, real, objetivo, histórico y representativo, en ocasiones declarativo, (pero otras veces sólo representativo (...)) y que puede contener una simple declaración de ciencia o un acto de voluntad dispositivo o constitutivo; igualmente, unas veces puede contener una confesión extrajudicial y otras una especie de declaración testifical de terceros (...) pero siempre es un acto extraprocesal”* (pág. 501).

Ésta, sin lugar a duda, es una de las mayores aportaciones hechas por la doctrina reciente, en torno a la naturaleza jurídica del documento. Si bien no es la única, logra reunir un conjunto de elementos que son muy interesantes a la hora de determinar este aspecto. Un primer elemento es que Devis Echandía considera que el documento posee una naturaleza probatoria indirecta, cuestión que se comparte en absoluto, porque la información contenida en él, no muestra al juzgador de forma directa el hecho a probarse, sino que por el contrario lo que se hace es presentar al juez o jueza, un soporte representativo de un hecho o un acto, pre constituido, que aporte determinados datos o aspectos a partir de los cuales el juzgador puede crearse una convicción o por lo menos un juicio crítico, y a partir de ello realizar deducciones que unidas a los demás medios probatorios, provocan en él, la convicción plena de que un hecho histórico se dio.

Un segundo elemento defendido por este académico, es que le confiere al documento una característica real, porque se trata de un objeto que si bien se ha originado mediante un acto humano generalmente, no posee naturaleza humana. En este sentido, el documento es algo que puede sentirse, tocarse, mirarse o escucharse, mediante el empleo de los sentidos humanos, por lo que es real. Es pertinente tal como asevera Devis Echandía, distinguir entre el acto humano que crea el documento, y este como tal. El comportamiento de un individuo para crear el documento, no es el documento en sí, por el contrario, lo es el resultado, la consecuencia de aquel actuar.

Otro elemento es el hecho de considerar al documento como medio de prueba objetivo esto es, vincula al juzgador o lo obliga, a realizar un análisis objetivo del mismo y de su contenido en base a su experiencia y su conocimiento, para establecer un vínculo entre el documento aportado, su contenido, y el objeto de la litis. En este sentido, como bien sostiene Devis Echandía, cuestión que igualmente es defendida por Cafferata Nores (1998), la naturaleza objetiva del documento como medio probatorio, le impone al juez un deber de valorar concretamente el mismo, sin dejar espacio a la subjetividad.

Devis Echandía también le confiere al documento una naturaleza histórica, y ello se sustenta en el tiempo en el que fue creado. Ciertamente se concuerda con esta postura, pues el documento contiene la representación de un acto, voluntad o hecho que ocurrió en el pasado. En este sentido, cualquier dato o información de cualquier índole contenida en un documento, es claro que se realizó u ocurrió en un tiempo diferente al presente, habiendo existido en algún momento entre el hoy y el ayer, porque contiene información histórica, pues cuenta algo, que hasta hoy trasciende.

Finalmente el documento es de naturaleza representativa. En este sentido es claro que la información contenida en cualquier soporte evidencia una representación, ello es, la plasmación de gráficos, signos, imágenes, materiales, en un documento representan algo. Fuere cual fuere el soporte, es claro que el documento es “documento”, porque logra contener una información que representa una circunstancia, ya fuere la voluntad de una persona, un hecho, un acto, una imagen, un sonido, y cualquier otro acontecimiento ocurrido en el pasado.

Ahora vistos estos elementos que se comparten plenamente, es pertinente analizar otras cuestiones. Cuando en un documento escrito existe una declaración de voluntad, hay que aclarar que el documento *per se*, no es la declaración de voluntad tal y como defienden autores como Tamayo, Simón, Méndez & García (2012), pues tal y como refiere Devis Echandía, el documento es soporte que la contiene, que la fija, pero no es la declaración en sí.

Unido a ello, si bien un documento podría poseer también naturaleza negocial, ello no puede generalizarse, porque el documento como instrumento probatorio, tendría esta naturaleza, solo si constituye el soporte de un negocio jurídico que fue el resultado de la exteriorización de voluntades de una o más personas con tal fin. No obstante, no puede considerarse que el documento siempre posee una naturaleza jurídica negocial, porque no todos los documentos constituyen un negocio, como las fotos, pinturas, e imágenes de cualquier índole.

2.1.3 Sujetos del documento.

Sobre los sujetos del documento, hay que analizar quién es el autor, o sea, la persona que lo realizó, y a quién va destinado. En este sentido, en cuanto al autor, como bien expone el académico Devis Echandía (1974) y siguiendo la postura de Carnelutti (1944), hay que entender el autor en sentido jurídico y no material.

Ambos procesalistas exponen que el autor material del documento es aquel quien lo elabora, quien plasma las diferentes ideas, informaciones, gráficos, datos, en un soporte determinado, pero que a los efectos legales y del proceso, no necesariamente es el autor en sentido jurídico. En este sentido, el autor es quien deseó o encomendó que se materialice dicha información en el referido soporte. Esta cuestión es de gran relevancia, porque muchas veces podría confundirse el autor verdadero del documento, con aquella persona que elaboró o produjo el mismo, sin embargo, para los efectos legales la persona detrás del autor material es la que interesa. No hay que descuidar, sin embargo, que en muchas ocasiones el verdadero autor del documento es el mismo que lo elaboró.

Unido a ello es también pertinente considerar que el autor del documento no siempre es aquel para el que *“se verifican los efectos de la formación misma”* (Carnelutti F. , 1944, pág. 414). Los documentos son creados para representar hechos o pasamientos; normalmente dichos documentos generan efectos jurídicos para su propio autor o autores (un cuadro, una fotografía o un contrato), pero a veces se da el caso, como expresa Devis Echandía (1974), que el hecho, o la información contenida en el documento genera efectos jurídicos a un tercero, y no a su autor, como por ejemplo, los certificados expedidos por un funcionario competente, sobre un hecho realizado en su presencia (reconocimiento de firma, acta de impedimento de mediación).

El otro sujeto del documento, es el destinatario, al que Devis Echandía considera también que es el *“admitente, asumidor y evaluador de su mérito probatorio”* (Devis Echandía, 1974, págs. 515-516), para tal efecto es necesario distinguir la finalidad del documento en cuanto a si se pretende ser incorporado al proceso judicial o si su eficacia es fuera de este. Teniendo en cuenta la primera situación, es claro que el destinatario es el juez; en efecto

si partimos del postulado desarrollado en el capítulo anterior, en todo proceso judicial, cada uno de los medios probatorios (entre ellos los documentos) son anunciados y presentados con la finalidad de demostrar las afirmaciones y hechos planteados en el juicio, y con ello convencer al juez. Partiendo de esta lógica, el sujeto destinatario dentro del proceso es el juzgador más no la contra parte.

En su defecto, en reflejo de la segunda situación, si el documento no pretende ser incorporado a un proceso judicial, ya sea porque contiene una determinada cuestión no jurisdiccional o porque no representa un interés jurídico, como por ejemplo, un título de propiedad, una certificación, o algo más íntimo con un sentimiento, deseo o una carta, estamos frente a una relación extraprocesal. En dicha situación el destinatario es una autoridad no judicial o una persona natural particular, por ejemplo, el notario, el registrador de la propiedad o una persona cualquiera.

2.1.4 Clasificación de los documentos.

Doctrinalmente se han sostenido varios criterios sobre la clasificación de los documentos, citaremos los que resultan más útiles al objeto del presente estudio. Un primer criterio clasificatorio, se funda en si posee o no una declaración, estableciendo la presencia de documentos meramente representativos, que son los que no contienen *“una declaración, como ocurre en los planos, cuadros o fotografías”* (Flores, 2014, pág. 106). Este tipo de documentos provoca que la escritura no sea el elemento esencial, sino la plasmación de imágenes o ideas en una foto, un cuadro o un soporte magnético que contenga información (Villavicencio Torres, 2005). Como alterno al mismo, se encuentra el documento declarativo representativo, que es aquel que *“contiene una declaración de quien lo crea u otorga, o sólo lo suscribe”* (Carrica, 2001, pág. 6).

Aunque pueden existir delimitaciones y distinciones entre los declarativos y representativos, desde nuestra concepción el documento, en ciertos casos, podría cumplir ambas funciones. En este sentido podría considerarse que el declarativo a la vez que es reservorio de una exteriorización de la voluntad de un individuo es representativo porque fija un determinado hecho, acto o situación; lo cual no sucede necesariamente con el representativo.

Sobre esta misma cuestión los clasifica de forma diferente Falcón (2005) Quien considera que los documentos se clasifican en literales o declarativos, que son aquellos que han sido escritos y contienen la exteriorización o manifestación de la voluntad por medio de la realización de cualquier acto y los no literales, representativos o materiales. Dentro de la clasificación de los no literales, el maestro Falcón establece que existen documentos trasportables y no trasportables al proceso, según su tamaño o condición

legal. Los documentos trasportables son aquellos objetos (hojas, fotos, videos, cd), que gracias a su versatilidad pueden ser adjuntados a los actos de proposición y al expediente. Falcón hace una apreciación interesante, para él los objetos materiales trasportables deben ser llevados al proceso a través del medio de prueba documental. En cambio los objetos materiales no trasportables como por ejemplo un carro, los libros diarios, un picazo, deben ser llevados al proceso a través de otros medios de prueba, tales como, la inspección judicial o pericias.

Atendiendo a su formación, estos pueden ser públicos o privados, los que también son considerados por Falcón (2005). Mientras los primeros son aquellos otorgados o autorizados por Notario o por funcionario público competente con las formalidades de la norma, en ejercicio de su cargo o a través de su oficiosidad (Abella, 2015); el segundo es el que no reúne los requisitos para ser documento público. (González Monguí, 2001)

Según la valía de los mismos, se clasifican en documentos auténticos, que son los que contienen las formalidades necesarias para hacer fe de la declaración que poseen y por tanto constituyen fuente de prueba documental válida del contenido que llevan aparejado. Por otro lado el documento indubitado, es aquel que resulta incontrovertido o indiscutible para ambas partes procesales y para el juzgador. Los documentos legítimos son aquellos que son veraces o verdaderos en torno al contenido que acreditan. El documento legalizado supone que un tercero garantiza que la rúbrica del sujeto que se presenta en el mismo corresponde cierta y realmente al individuo que lo firma o suscribe. (Bonnier, 1902)

Por último, el documento extranjero, que es aquel expedido en un país distinto, tendrá el mismo valor en juicio que los documentos realizados en el país si reúne los siguientes requisitos: el objeto o contenido del acto tiene que estar acorde a las exigencias legales; que las personas que lo realizan sean los competentes y autorizados por la ley; y las demás formalidades exigidas por el ordenamiento jurídico, de forma tal que pueda ser legalizado e incorporado al proceso. (Bonnier, 1902)

Otro elemento clasificatorio, es aquel que distingue entre el documento instrumental y no instrumental, expresándose que:

Los documentos instrumentales, a su vez, se pueden distinguir entre autógrafos y heterógrafos, según emanen de la parte o de un tercero; ológrafos y alógrafos, según la escritura haya sido hecha de puño y letra de la parte, o de otra persona por instrucciones suyas; alfabético y taquigráfico, según los signos empleados; manuscrito, mecanografiado e impreso, según el procedimiento para su estampación; firmados y anónimos, en cuyo caso el anónimo es el que no tiene firma ni nombre, pero que, no obstante, puede ser auténtico si es reconocido. (Quezada Meléndez, 1994, pág. 351)

Otros autores han establecido adicionales criterios clasificatorios. Así, en atención a la relación entre el acto o contrato, se ha dividido entre documentos fundantes, que son de los que emana la pretensión de cada parte, y aquellos documentos probatorios, destinados a demostrar lo que soporta el argumento de las pretensiones (Figueroa Yávar, 1974). También se encuentran aquellos documentos otorgados por vía de prueba, cuya finalidad es acreditar la existencia de un acto determinado; y los documentos otorgados por vía de solemnidad, que son los que han sido autorizados por las partes para otorgar validez jurídica a determinado acontecimiento o acto jurídico. (Alessandri A. , 1988)

Estos son los principales criterios de la doctrina, en cuanto a la clasificación de los documentos. No obstante, queda claro que, en los ordenamientos jurídicos procesales, de forma general se ha acogido la clásica distinción entre documento público y privado, siendo la de mayor asentimiento práctico, pues aunque los demás criterios de clasificación son relevantes, ya que cada uno aporta aspectos esenciales, ciertamente este tipo de distinción, obedece a aspectos prácticos y de fácil consideración, aunque debe tenerse en cuenta que ningún criterio clasificatorio es excluyente.

2.1.5 Aportación de los documentos al proceso.

Para que el documento probatorio sea aportado legalmente al proceso no penal debe considerarse el modo, tiempo, y lugar. Esto significa, en cuanto al tiempo, que los documentos deben presentarse en el momento que la ley lo establece: demanda, contestación de la demanda, reconvencción, contestación a la reconvencción, y de no poseerlo la parte procesal, deben ser requeridos en el anuncio de la prueba indicando la forma de acceder a ellos.

En cuanto al modo, los documentos podrán aportarse al proceso en originales o copias certificadas, en este último caso pueden ser transcripción o reproducción mecánica del documento, y debe siempre expresarse el archivo o registro en el que se encuentre ubicado el original. En el caso de los documentos extendidos en idioma extranjero siempre requieren la traducción al idioma castellano. Los documentos se presentarán sin roturas, raspaduras, ni enmiendas.

En sentido general, la aportación de documentos al proceso no penal, se realiza junto con el acto de proposición, en el que se anuncia la prueba. Se deberán además, presentar los documentos que acrediten el carácter con que el demandante o demandado se presentan en juicio o en el caso de tener representación legal de alguna persona o corporación.

Así, debe entenderse, que la aportación de documentos se realiza en dos aspectos esenciales. El primero, para acreditar la capacidad procesal con la que se accede al proceso, o sea, la legitimación para promover el mismo o contradecir la pretensión; y segundo, para demostrar la titularidad del derecho en *litis*, y para justificar ampliamente las cuestiones controvertidas en el mismo. En base a ello, la aportación de documentos al proceso, se erige como una manifestación del derecho a probar, pues cada documento, se aporta, cumpliendo los requisitos legales que cada ordenamiento establece en atención a la forma y al momento, con la finalidad de comprobar lo que en el proceso se alega.

2.1.6 Valor y eficacia probatoria de los documentos en el proceso.

El documento público posee una eficacia probatoria definitiva, mientras no se desvirtúe su autenticidad, ya que se convierte en prueba plena frente a todas las personas en cuanto a su existencia y a su fecha y respecto a las declaraciones realizadas en el por el funcionario que lo autoriza, apreciándose esto de acuerdo con la sana crítica (Coronas, 2000). En cuanto a la verdad de las declaraciones hace fe solo contra los declarantes (art. 208 COGEP). En cuanto a los documentos privados se toma en cuenta su existencia y su fecha y el idioma en que se expidió.

Teniendo en cuenta el valor probatorio del documento en el proceso no penal, tanto para el documento público como para el privado, el mismo deberá analizarse a través de las reglas de la sana crítica a fin de observar la autenticidad, la veracidad, la certeza y si se cumplen los requisitos para su producción, exhibición o reproducción, y tenerse también en cuenta su indivisibilidad e integridad.

En lo concerniente a los documentos públicos para analizar su valor probatorio, existen criterios de la jurisprudencia y de procesalistas como Corona (2000), que manifiestan que el valor probatorio de los documentos públicos es absoluto, mientras no sea desvirtuada su autenticidad, y en torno a su eficacia, el juzgador debe analizarlo a la luz de las reglas de la sana crítica, cualquiera que sea la naturaleza del proceso judicial. Así debe observar respecto de su autenticidad, si no hay prueba válida en el proceso que la contradiga, si analizado por separado y en conjunto con las demás pruebas practicadas en el proceso da certeza sobre el hecho que se pretende demostrar y si se cumplieron los requisitos legales para su producción, exhibición y reproducción en el proceso, así como considerar su indivisibilidad y su integridad. De lo anterior se colige que el documento público constituye plena prueba de los hechos de que el funcionario dé fe, si cumple con las formalidades descritas.

En cuanto al valor probatorio de los documentos privados, se determinará su fecha, la que le permitirá al juez adquirir certeza de su existencia, el idioma en el que esté expresado y en caso de ser idioma extranjero, haber sido traducido, estar inscrito en registro público si la ley lo exige, y que las copias sean certificadas por el funcionario público que custodie o conserve el original.

Así, en cuanto a su eficacia, al igual que en los documentos públicos, para su apreciación el juez estará a lo que le indiquen las reglas de la sana crítica. Debe atender a su indivisibilidad, autenticidad, veracidad, debiendo considerar que los documentos privados de autenticidad, tienen apenas el carácter de prueba sumaria, es decir, la que aún no ha sido contradicha por quién pudiera ser perjudicado, tal como se considera en legislaciones como la colombiana y peruana (Múnera, 2006). También debe analizar su integridad, pues los mismos no deberán estar rotos, raspados o parcialmente destruidos y en definitiva se deberá analizar en conjunto con las demás pruebas practicadas para deducir de allí, la certeza sobre su veracidad.

Para Devis Echandía (1970), el reconocimiento de la autenticidad del documento privado puede ser a) expreso, donde al ser reconocido el documento producirá todos los efectos legales, b) ficto o presunto, que está dado por la no comparecencia a la diligencia de reconocimiento, no prestar juramento, o dar respuestas evasivas, c) implícito, al haberlo aportado la parte interesada al proceso, negándosele el derecho para impugnarlo después, lo que solo se le permite al alegar falsedad, d) tácito, cuando no se ha tachado de falso oportunamente, habiéndose aportado al proceso.

Así, en resumen, los documentos públicos se presumen auténticos, por la propia naturaleza que le es inherente vinculado con el hecho de haber sido expedidos por un funcionario público en el ámbito de sus funciones y cumplimentando las estipulaciones legales. No obstante, nada obsta para que pueda ser impugnada su autenticidad, pues ciertamente el hecho de que haya sido emitido por un funcionario que se presume cumplió con las formalidades exigidas en Ley, no quiere decir que no exista algún vicio de forma o de fondo. Contrario a ello, el documento privado, siempre tendrá que estar sometido al juzgamiento no solo del juez sino de la contraparte. Este documento, indudablemente, deberá observar un conjunto de requisitos para que pueda ser considerado auténtico y por ende, válido dentro del proceso, y siendo generalmente los ordenamientos jurídicos los encargados de establecer dichos requisitos, le corresponderá a la parte proponente demostrar que los cumple, si la contraparte los impugna, siendo el juzgador, en definitiva, quien evaluará la autenticidad o no, del mismo.

Así, en dependencia de la autenticidad del documento privado, como de la impugnación que se pueda realizar del documento público, variarían entonces las condiciones y los efectos probatorios de los mismos. Una vez que hayan pasado este primer filtro, entonces le corresponderá al juez, en torno al cumplimiento de las reglas de la sana crítica, otorgar un mayor o menor valor probatorio, en cuanto al hecho al cual va destinado a demostrar su veracidad.

2.2 REGULACIÓN DE LA PRUEBA DOCUMENTAL EN EL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS (COGEP)

El Código Orgánico General de Procesos, destina el Título II del Libro III a la Prueba, estableciendo con ello, una postura diferente al derogado Código de Procedimiento Civil, que introducía dentro del Título I, De los Juicios en General, una Séptima Sección destinada a las pruebas (Registro Oficial Suplemento No. 58, 2005). En este sentido, el legislador del COGEP reserva un título de forma exclusiva a tratar la cuestión. Con ello, se tuvo bien en cuenta la trascendencia de la prueba en cualquier proceso y especialmente en los no penales. El hecho de que la prueba se haya regulado en un título entero, denota un sentido de relevancia de la materia probatoria, destinando un cúmulo de artículos a normarla de forma tal que las partes y los jueces, tengan en su haber, preceptos suficientes que delimiten en cada momento su actuación.

2.2.1 Características de la prueba documental en el COGEP.

2.2.1.1 Documentos públicos y privados

El COGEP, destina su Capítulo III, del Título II, del Libro III a tratar la prueba documental. Un primer elemento característico sobre la prueba documental, es que, a tono con algunas legislaciones², y en atención a la relevancia que se ha efectuado de la distinción entre documento público y privado, el COGEP igualmente recoge esta distinción. En este mismo artículo, establece que el documento para erigirse como tal, en un proceso judicial, y tener un efecto probatorio adecuado, tendrá que hacer referencia a algún hecho, o declarar, constituir o incorporar un derecho (art. 193). Sobre este punto se ahondará más adelante.

2.2.1.2 Originales y copias

² El Código General de Procesos de Colombia, establece la distinción entre documentos públicos y privados en su artículo 243; en Uruguay el Código General del Proceso lo hace en su artículo 172 numeral 1; en Nicaragua lo hace el Código Procesal Civil en su artículo 267; en El Salvador el Código Procesal Civil y Mercantil lo hace en sus artículos 331 y 332; el Código Procesal Civil de Honduras lo regula en su artículo 251.

Otro elemento característico es que tienen igual valor probatorio tanto originales como copias debidamente certificadas (art. 194). En el segundo párrafo de este artículo, se establece que se considerarán copias las reproducciones del original “debidamente certificadas que se realicen por cualquier sistema”. Este pronunciamiento es criticable, porque provoca confusión y se presta para interpretaciones extensivas.

Aunque la lógica y la racionalidad del pensamiento legal, señala que debe referirse a la certificación por el funcionario que expidió dicha copia, u otro legalmente competente para ello, no está expreso, lo que podría provocar que, lo que para una parte pudiera estar debidamente certificado, para la contraparte, o para el juez no, siendo necesaria una aclaración en este sentido. Unido a ello está lo referente al empleo del término “cualquier sistema”, siendo igualmente impreciso, porque no existe un pronunciamiento sobre qué entender por sistema en el COGEP. Parecería que la ley se refiere a los sistemas físico y electrónico.

En este aspecto, el COGEP establece una acertada posibilidad, pues no siempre las partes poseen o tienen acceso al original de un documento determinado, pues al facultárseles la posibilidad de aportar copias, supone una flexibilización en dicho criterio. En adelante para que pueda ser considerado con valor probatorio dicho documento, deberá cumplimentar el requisito establecido, o sea, la certificación del funcionario que expide la copia. Ante ello es claro que, si una de las partes aporta un documento en calidad de copia, que no esté debidamente certificado por el funcionario que lo ha expedido, carecerá de validez probatoria.

2.2.1.3 Eficacia

La ley adjetiva lo de corte civil delimita los criterios para la eficacia de la prueba documental (art. 195). Así, el documento no debe estar defectuoso ni diminuto, o sea, debe estar en buenas condiciones físicas y no puede ser extracto de otros documentos. Unido a ello, deberá existir una ausencia de alteración, de cualquier índole, porque ello puede erigirse en causa para alegar falsedad del mismo, mediante la impugnación correspondiente. Finalmente no debe haber instancia, ni recurso pendiente sobre el hecho que con el documento se trata probar.

2.2.1.4 Publicidad

Una característica importante es la publicidad del documento y su contenido (art. 196). Tanto el soporte material que ha sido aportado en calidad de documento, como su contenido, deberán darse a conocer al público a través de la producción, reproducción y exhibición de la prueba en la audiencia, de forma tal que, la contraparte, el juez y el

público conozcan el contenido del mismo, ya sea con la lectura de las partes pertinentes, ya sea con la exhibición del objeto o con la reproducción de fotografías, grabaciones, videos y otros.

Otro elemento derivado del precepto en análisis, es el carácter devolutivo que posee la prueba documental aportada al proceso. En atención de ello, una vez que ha quedado firme el fallo en el proceso, será obligación legal del juzgador, la devolución de todos y cada uno de los documentos que fueron en su momento aportados al proceso. Esto es necesario, primero porque hace que retorne a su legítimo titular el documento que se valoró para que el juez concediera o no la razón, y segundo, provoca un descongestionamiento en los archivos del Juzgado, al disminuir la cantidad de documentos que obran en sus registros, aunque ciertamente pueden dejarse copias certificadas en los respectivos expedientes.

2.2.1.5 Documentos defectuosos

El artículo 197 realiza un pronunciamiento sobre los documentos defectuosos. El legislador del COGEP reconoce que a pesar de que algunos documentos pueden estar parcialmente destruidos, pueden tener eficacia probatoria, si contienen de manera clara una representación o declaración del hecho o derecho alegado por quien lo presente. En este sentido, se establecen un conjunto de requisitos para considerar como prueba un documento defectuoso.

La parte legible o existente del documento, deberá contener información relevante para el proceso, de lo contrario, sería inadmisibile. Un aspecto interesante es que el legislador, en forma expresa, estableció la posibilidad de impugnar dicho documento, con el fin atacar la legitimidad o autenticidad del mismo.

2.2.1.6 Ineficacia

De conformidad con lo establecido en el art. 198 es posible alegar la nulidad o la falsedad del documento. Como es sabido, la nulidad puede provocarse sobre el documento en sí, o sea, sobre el soporte material que contiene la información, por no cumplir los requisitos formales necesarios para su eficacia; o, por el contrario, se puede provocar la nulidad de fondo, o sea, del contenido o información establecida en su texto, por no contener elementos esenciales comunes o específicos para su validez. Así, el COGEP, establece la posibilidad de que, sobre el documento aportado por cualquiera de las partes, pueda alegarse su nulidad formal o material, por lo que queda evidenciado el carácter provisional en cuanto a la validez y autenticidad de todo documento aportado al proceso. No obstante nada se dice sobre el procedimiento a tomar en caso de que

exista tal impugnación. La laguna jurídica existente sobre el procedimiento de esta impugnación ha quedado a la libre interpretación judicial, es decir será el juez quien decidirá si resuelve la impugnación en la audiencia de juicio o audiencia única, o en su defecto, qué camino tomar.

Esta impugnación corre, incluso en contra de los documentos públicos, que se presume cumplen todos los requisitos de forma y fondo exigidos por la legislación para que surtan plenos efectos. No obstante ello, en la realidad procesal, esta presunción de validez y autenticidad pueden llegar a ser temporal, pues podrían ser impugnados y demostrarse que carecen de determinado elemento constitutivo para que surtan los efectos deseados.

2.2.1.7 Indivisibilidad

Es de interés el carácter indivisible de la prueba documental (art. 199). En este sentido, la indivisibilidad alude al deber del juzgador de aceptar el documento en su totalidad, tanto en el momento de la admisión, como en el de la valoración. El juez no puede emitir un auto de admisibilidad o inadmisibilidad de la prueba, respecto de solo una parte del documento aportado. Para hacerlo, igual que en su valoración, deberá tomar todo el contenido del mismo. También implica que su uso, como argumento para fallar, no podrá hacerlo teniendo en cuenta una parte exclusiva del documento, por lo que conforme a la ley, tiene el deber jurídico de establecer su criterio probatorio, atendiendo al contenido total del documento aportado.

2.2.1.8 Idioma

Otra característica de la prueba documental en el proceso, es que el documento deberá estar escrito en el idioma castellano, pero una vez más se aprecia la flexibilidad en cuanto a esta prueba, al referir la posibilidad de aportación de fuentes documentales que se encuentren en un idioma diferente, siempre que estén traducidos al castellano, con las formalidades que exige la ley (art. 200). Con ello, se da un paso acertado, al establecerse la permisión de aportar documentos en otros idiomas, que igualmente podrían constituir el fundamento o sustento de la pretensión, y adecuadamente demostrar un hecho o la declaración, constitución o incorporación de un derecho.

2.2.1.9 Documentos expedidos en el exterior

La autenticidad de un documento expedido fuera del Ecuador, es también regulada en el COGEP (art. 201). Ello supone, la posibilidad de presentar como prueba, cualquier documento escrito expedido en cualquier lugar del mundo. Muchos procesos pudieran tener como objeto de discordia, hechos, actos o derechos dados o adquiridos fuera del

territorio nacional, pudiendo esclarecerse varios puntos controvertidos de la Litis con documentos expedidos en el exterior, y en este sentido, el COGEP los admite como válidos, siempre que cumplan los requisitos de autenticidad establecidos en la ley.

2.2.1.10 Documentos digitales

La ley da fuerza probatoria a documentos digitales (art. 202). Así, el COGEP, se adhiere a la concepción amplia de documento, demostrándose una evolución en el proceso ecuatoriano al admitirse otros soportes en los que se puede depositar información relevante, como medio de prueba, diferente al medio tradicional del papel. En este sentido, el hecho de que se puedan aportar documentos electrónicos y estos sean considerados como originales para todos los efectos legales, impone nuevas oportunidades de demostrar hechos, sobre todo con el auge del internet y la utilización de redes sociales; pero unido a ello, implica nuevos retos en cuanto a la validez probatoria de los mismos atendiendo a su fidelidad, pues los documentos electrónicos o digitales pueden ser, como sus alternos en papel, adulterados. Esta cuestión es referida por la Ley de Comercio Electrónico del Ecuador, la que a partir de su artículo 52, se pronuncia sobre esta prueba, estableciendo la posibilidad de aportar al proceso, mensajes de datos, documentos con firmas electrónicas, documentos electrónicos y los certificados electrónicos nacionales y extranjeros, siempre que para su incorporación al proceso se cumplan las reglas legales. (Registro Oficial No. 557 Suplemento, 2002). Sobre este tema se ahondará más adelante.

2.2.1.11 Finalidad

Es claro que la finalidad de toda prueba es la *“averiguación de la verdad (...) defender la posición de su cliente, esto es, persuadir al juez de que el cliente tiene la razón”* (Obando, 2013, págs. 2-3). En materia documental, la prueba adquiere connotaciones importantes, porque mediante ella, se logra conocer la materialización del pensamiento o la declaración de voluntad plasmada en su momento por una persona; así como la constatación de un hecho o información necesarios, los que serán valorados atendiendo al tipo de documentos y al cumplimiento de las exigencias legales correspondientes. En este sentido, el COGEP no define de forma concreta la finalidad de la prueba documental, pero en su artículo 158 refiere que a través de las pruebas se trata de *“llevar a la o el juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias controvertidos”*. Unido a ello de la lectura del artículo 193 se concluye que el legislador pretendió que mediante la información contenida en el documento, ya fuere público o privado, se lograra verificar la certeza del hecho o la declaración, constitución o incorporación de un derecho que se encuentra como parte del contenido del mismo.

También posee una finalidad fedataria, pues en el caso de los instrumentos públicos, estos hacen fe de las cuestiones formales, más no de la veracidad de su contenido, el que solo hace prueba para sus otorgantes en cuanto a generación de obligaciones (art. 208). (Registro Oficial No. 506, 2015)

2.2.1.12 Oportunidad

La oportunidad hace referencia al momento particular en el que se aportan los documentos al proceso. En este sentido, debe existir un orden y un momento en que las partes anuncien sus pruebas documentales, imposibilitándoles de esta forma hacerlo de forma desorganizada. Según lo dispone el COGEP, los documentos deben presentarse junto con la demanda, la contestación, la reconvencción y la contestación a esta (art. 159), así como también junto con el escrito de fundamentación de la apelación o su contestación. Este será el momento oportuno de presentación de los documentos. De gran relevancia es el hecho de que si las partes por mandato de ley o por otras razones no tuvieron los documentos a su alcance para ser presentados, deberán ser anunciados señalando al juzgador el lugar y condiciones para que este mediante órdenes judiciales los obtenga y sean incorporados al proceso. La falta de acceso a estos documentos debe ser probado.

Una vez consignado ello, se ha dejado establecido un conjunto de caracteres que informan la prueba documental, teniendo como referente el COGEP. Así, han quedado analizados los principales elementos distintivos de esta prueba, que el COGEP no la define como medio de prueba sino como prueba, algo que a consideración de este investigador es acertado conforme a la práctica, aunque alejado de las distinciones analizadas en su momento por la doctrina. En torno a ello, se debe acotar que a los efectos del presente estudio, estos son los principales elementos que distinguen la prueba documental en el COGEP, admitiendo que pudieran otros autores estar o no conformes, siendo necesario reafirmar que el análisis planteado no persigue ser el único ni definitivo.

2.2.2 Clasificación de los documentos según el COGEP.

El COGEP establece una clasificación que es la que mayoritariamente ha sido acogida por el derecho comparado. Así lo establece el Código de Procedimiento Civil de Chile, en sus artículos 342 y 346 (Ley No. 1552, 2016); el Código General del Proceso del Uruguay, en su artículo 170 (Ley No. 15.982, 1988); el Código General del Proceso colombiano en su artículo 243 (Diario Oficial No. 48.489, 2012); entre otros, que dividen a los documentos en públicos y privados.

El COGEP en nuestro país, no es la excepción. Así, a partir de los artículos 205 y 216, regula a los documentos públicos y a los privados, respectivamente, dilucidando los elementos caracterizadores para cada uno de ellos, y los requerimientos para su incorporación al proceso. A continuación, un análisis de ambas categorías.

2.2.2.1 Documento Público.

Con relación a los documentos públicos en la doctrina se ha sostenido en términos generales que tienen dicho carácter, aquellos documentos autorizados por funcionarios competentes, en el cumplimiento de sus atribuciones y con las formalidades exigidas por la normativa (Cuello Calón, 1952).

Entonces, son documentos públicos válidos y eficaces, los acreditados por funcionario oficial apto con las formalidades exigidas por la legislación; las copias de dichos documentos cursadas en forma legal; los que reposan en registros públicos y los atestados de sus asientos; las actuaciones judiciales y sus certificaciones. Para determinar el carácter público de un documento, se debe observar si ya ha sido creado por un servidor público legalmente facultado para hacerlo y ha cumplido con las exigencias formales que la ley impone.

También entre esta clase de documentos, se encuentran los documentos judiciales: cuando quien autoriza los mismos o da fe es el secretario del órgano judicial correspondiente; y, los documentos administrativos, cuando el que autoriza el documento o da fe de su contenido es un funcionario público con capacidad legal para hacerlo.

La diferencia entre el original y la copia certificada, es que *“el original forma parte de un expediente administrativo y queda incorporado a un archivo emitiéndose de él las certificaciones que son entregadas a los interesados o partes en el expediente”* (De Membiela, 2014, pág. 1).

Ahora, vistas estas consideraciones generales, el COGEP establece en esencia, acorde a la doctrina, dos categorías de documentos públicos, el autorizado por notario, en cuyo caso se denominará escritura pública, y el otorgado por autoridad competente (art. 205). En este sentido, el legislador aclara que el documento público es *“el autorizado con las solemnidades legales”*. De esta frase, aunque general, se extraen dos ideas esenciales la primera es que el documento tiene que haber sido autorizado, y lo cual presupone la existencia de una facultad, una potestad del funcionario público para llevar a cabo tal autorización.

El acto de “autorizar”, supone la capacidad otorgada por la ley a un servidor público o quien tenga la delegación pública de hacerlo, de forma tal que dicho acto este revestido

de presunción de legalidad y legitimidad. El segundo aspecto delimitado por el precitado artículo, es el referido al cumplimiento de las solemnidades legales, que significa cumplir con las exigencias formales establecidas en la legislación, para dotar de garantía pública al documento. Teniendo en cuenta estos dos aspectos, no puede existir confusión con el documento privado, el cual es ejecutado por particulares. Es decir, el documento público es el otorgado ante notario, o por una autoridad pública, lo que excluye, automáticamente que cualquier particular, pueda realizarlo.

El COGEP establece un listado de partes esenciales del documento, cuya omisión pudiera provocar su nulidad de forma (art. 206). Entonces, todo documento público debe contener los nombres de los otorgantes, ello es, los que participan en el mismo, así como de los testigos, el notario actuante o secretario, fijando así el elemento subjetivo del instrumento. Unido a ello, el objeto del documento, o sea, la cuestión que origina la necesidad de realizarse; los pronunciamientos esenciales en cuanto a derechos y obligaciones; el lugar y fecha en que hubo de otorgarse, y la firma de los intervinientes.

En cuanto a la eficacia probatoria de un documento público, éste hace fe, o sea, da certeza solamente en cuanto a su otorgamiento, fecha y declaraciones (art. 208); pero no de la veracidad de las declaraciones que contiene, en esta parte solo hace fe contra los declarantes. Muchos pueden coincidir en que, el documento público, por el carácter y naturaleza inherente al mismo, es prueba plena de un hecho dentro de un proceso, aunque no siempre es así. Las declaraciones realizadas por los otorgantes del documento público, sí han sido ofrecidas ante un funcionario público, deben presumirse ciertas, por cuanto de no serlas, se podría estar en la tipificación del delito de perjurio y falso testimonio, preceptuado en el artículo 270 del Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano (Registro Oficial Suplemento No. 180, 2014).

Sin duda, en un documento público pueden hacerse constar hechos o circunstancias que no son ciertas, pues el notario actuante, ante el que se hace constar dichos acontecimientos o información, desconoce la verdad sobre ellos, y por ende, en muchos casos solo tiene el deber de advertir a los otorgantes los efectos jurídicos de las declaraciones falsas.

2.2.2.2 Documento Privado.

El documento privado se define por exclusión como aquel documento que no pertenece a la otra clase prevista en la norma. Orts Berenguer, Vives Antón & Buján Pérez (2016), plantean sobre el documento privado:

(...) que es una representación gráfica del pensamiento o es un vestigio de hechos pasados, generalmente por escrito y en papel, en el que no haya intervenido fedatario público alguno para autorizarlo o autenticarlo y que no sea tampoco documento mercantil (...). (pág. 264)

Mientras que Quintero Olivares (1999) expone al respecto, que:

El concepto de documento privado se caracteriza por su imprecisión y vaguedad, no faltando autores que optan por declarar que documentos privados son aquellos que, teniendo carácter documental, no son ni públicos, ni mercantiles, ni certificados. Esto es una definición que parece contentarse con otorgar un carácter residual al documento privado. Pero esta apariencia residual no lo es tanto si se repara en que, en cualquier caso ese objeto ha de tener carácter documental, y eso, sumado a las notas negativas, permite configurar un concepto más preciso, en el que aparecerán los siguientes elementos:

- a) Expresión de un pensamiento o idea, fijado a un soporte que le proporcione solidez y permanencia, sea o no un escrito sobre papel. Cabría, por lo tanto, una grabación de una conversación, un dibujo, un disco de ordenador personal, etc.*
- b) Que esa idea o pensamiento pueda ser atribuida a alguna persona, aunque no conste firma, pues si no sólo son documentos los escritos, está fuera de lugar incluir la firma, que en cambio sí es esencial para ciertos documentos públicos.*
- c) Que sea posible situar en el tiempo el momento de expresión de ese pensamiento.*
- d) Que esa idea o pensamiento tengan o puedan tener interés o trascendencia para el tráfico jurídico y, concretamente, puedan llegar a ser prueba de algo que jurídicamente sea relevante para una o más personas, hayan intervenido o no en la creación del documento. (pág. 1137)*

Entonces, puede concebirse por exclusión que documento privado es todo aquel que no reúne los requisitos para ser documento público. La autenticidad de este tipo de documento está dada por *“la coincidencia total entre el autor formal que expresa el propio documento y el verdadero y genuino autor material”* (De Membiela, 2014, pág. 1). Pudiera concluirse que el documento privado es todo aquel al que le falta la acción fedataria de un funcionario público.

El documento privado lo regula el COGEP a partir de su artículo 216, expresando que *“Es el que ha sido realizado por personas particulares, sin la intervención de funcionario público alguno, o con éstos, en asuntos que no son de su empleo”*. De este concepto legal, se extrae un conjunto de elementos que muy bien merecen la atención. En primer lugar, atribuye la confección del documento, a personas o individuos particulares, en la que no participó un funcionario público en asuntos de su empleo. Esta concepción deja clara la idea de que la realización de cualquier documento entre personas particulares, haciendo constar algo, es de carácter privado, y en principio, puede ser aportado a un proceso, siempre bajo la observación de que puede ser impugnado.

Una segunda idea que también resulta interesante, es que sin un funcionario público interviene en el otorgamiento de un documento, sin que lo haga como tal, el documento sigue siendo privado, como es el caso en el que un notario vende su televisor a un particular.

Un aspecto práctico relevante, en cuanto al documento privado, es el hecho de que en el caso de ser impugnado por la contraparte, o por quien dice no haberlo firmado, se puede exigir el reconocimiento de firma y rúbrica a quien se presume fue su autor, de forma tal que pueda confirmarse la autoría del mismo (art. 217). El documento privado reconocido, certificado o protocolizado nunca se entenderá como público (art. 218).

En esencia, el documento privado se erige como una de las pruebas documentales establecidas en el COGEP, por medio de las cuales los litigantes pueden demostrar determinadas circunstancias afirmadas en sus actos de proposición. Es menester entender que, sin entrar en mayores distinciones, es documento privado aquel que no es público; a pesar de ello, el COGEP da una definición clara y precisa, que ciertamente logra transmitir la idea esencial de la cualidad del mismo.

2.2.2.3 Documento Electrónico.

Este tipo de documentos es de reciente aparición en la historia humana. Con el desarrollo tecnológico a partir de la segunda mitad del siglo XX, es que comienza a observarse la utilización cada vez mayor, de esta clase de documentos. Pudieran entonces concebirse como aquellos documentos *“diseñados, generados, transferidos, almacenados y comunicados a través de un medio electrónico, y que se materializa como consecuencia de un proceso determinado que se ejecuta de acuerdo a la norma jurídica de aplicación en cada momento”* (Díaz Rodríguez, 2007, pág. 135). Por su parte, el investigador español Cruz Mundet (2003), lo concibe como el:

(...) conjunto consistente de datos registrados en un soporte, o bien, fragmento de información registrada generada, reunida o recibida desde el comienzo, durante el seguimiento y hasta la finalización de una actividad institucional o personal, y que comprende un contenido, un contexto y una estructura suficiente para constituir una prueba de esta actividad. (pág. 4)

La Ley de Comercio Electrónico no establece una conceptualización de documento electrónico, pero refiere en su artículo 52 que las normas relativas a la valoración de este tipo de instrumentos, se regirá por lo establecido en el COGEP, por lo que en atención a ello, el juez no puede exigir otro requerimiento que los regulados en este cuerpo normativo. (Registro Oficial Suplemento No. 577, 2002)

Así, a pesar de la existencia de estas y muchas otras consideraciones, ciertamente el documento electrónico es, en esencia un documento normal, como cualquier otro, donde se hace constar determinada información, pero que, en alguna de sus fases intervino un medio o mecanismo electrónico. Sin embargo, Duranti (2001) considera que existen algunos elementos distintivos que provocan una diferenciación objetiva con respecto a los demás documentos. En primer lugar, se distingue por el medio, o sea, por el soporte en el que se hace constar la información, pues mientras en los otros documentos, el

medio físico es papel, lámina, cartón o cartulina, en este tipo, son soportes electrónicos. Un segundo aspecto es, en cuanto al contenido, pues la información que se transmite mediante el mismo, posee caracteres diferentes a si estuviera en otro soporte.

Unido a lo expuesto, la voluntad de realizarlo, es diferente, pues su autor decide acudir a estos medios por agilidad, respaldo, seguridad, permanencia y otros factores. También se puede señalar la fiabilidad, porque el documento electrónico transmite de forma inmediata, cierta y verídica, la información que consta en el mismo.

Ahora bien, teniendo en cuenta lo dispuesto en el COGEP, indudablemente existe una intención del legislador, de dar un importante paso adelante y regular el documento electrónico como prueba. No obstante, el COGEP peca de ser insuficiente en cuanto al tratamiento de este tipo de documento, al no definirlo ni desarrollar su regulación suficientemente, permitiendo inferirse de sus normas solamente su espíritu, pero ello cuando de derecho procesal se trata, se sabe que no es prudente.

Una primera mención que se realiza en cuanto a este tipo de documento, acontece en el artículo 196 numeral 3, cuando expone que:

3. Las fotografías, grabaciones, los elementos de pruebas audiovisuales, computacionales o cualquier otro de carácter electrónico apto para producir fe, se reproducirán también en su parte pertinente en la audiencia y por cualquier medio idóneo para su percepción por los asistentes.

Esta norma en cuanto a la producción de la prueba documental en la audiencia, establece como posibles elementos de prueba, las fotografías, grabaciones, videos, audios, archivos computacionales y cualquier otro documento de carácter electrónico. Así, el legislador del 2015, estableció un artículo dirigido a establecer determinadas reglas generales en cuanto a los “documentos digitales”, equiparándolos a los documentos electrónicos considerados en la doctrina y otras legislaciones (art. 202).

El legislador ecuatoriano considera que el documento público también puede ser documento electrónico, si es otorgado por autoridad competente. En el artículo 205 refiere que:

***Documento 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 considerarán también instrumentos públicos **los mensajes de datos** otorgados, conferidos, autorizados o expedidos por y ante autoridad competente y **firmados electrónicamente.** (El resaltado es nuestro)*

En la parte final de esta disposición, se observa que aquellos mensajes de datos que han sido ejecutados por un funcionario autorizado, siempre que conste la firma electrónica, constituirá un documento público. Al hacerlo, el COGEP está ratificando el hecho de que con el uso de medios digitales se puede producir un documento público,

y que tiene los mismos efectos legales que cualquier otro documento público en cualquier otro formato. Así, se establece la posibilidad, del empleo de los documentos electrónicos públicos en el proceso como prueba.

Cabría analizar si la ausencia de un pronunciamiento expreso al respecto en torno al documento privado, limita el carácter probatorio de los documentos que consten en soportes electrónicos realizados por particulares, sin la intervención de un notario o autoridad competente. Según mi criterio nada impide aquello, más aún cuando el art. 202 anteriormente analizado es aplicable tanto para documentos públicos como privados.

Algo que en la actualidad se está manifestando en la realidad judicial ecuatoriana, es que los jueces y juezas, cuando se anuncian documentos electrónicos como prueba, exigen que los mismos tengan una constatación notarial, cuestión esta que no se encuentra establecida en el COGEP. Así, los juzgadores están exigiendo una formalidad en aras de dotar de mayor fiabilidad al documento electrónico anunciado, la misma que no constare en norma alguna del COGEP.

Nuestro parecer es que es desacertada tal actuación, porque entorpece la libertad de aportación de pruebas de las partes. La idea es que, al anunciarse un documento electrónico, sea la contraparte quien lo impugne si así lo estimare, y dependiendo de los argumentos y pruebas posteriores, el juez establezca su autenticidad o no.

En sentido general, en materia de prueba documental en el COGEP, diversos son los aciertos que ha tenido el mismo. Se evidencian posturas más actuales y certeras en la regulación y consideración de las pruebas documentales, no obstante, ciertamente existen diferentes dificultades que no logran cuajar con claridad, como el tratamiento de los documentos electrónicos, lo que indudablemente, se erige como un reto para futuras reformas.

CAPÍTULO III

LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA DOCUMENTAL EN CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS (COGEP)

3.1 ANUNCIO DE LA PRUEBA DOCUMENTAL

Para el procesalista ecuatoriano García Falconí (2016) el anuncio de la prueba se refiere a “(...) aquel acto procesal mediante el cual las partes enuncian con fundamento y entregan el material probatorio que se comprometen a reproducir como sustento de sus pretensiones en la audiencia previa oral” (pág. 1). En este sentido, queda claro que el anuncio de medios probatorios, constituye un primer momento relativo a la prueba en general, en el que las partes, junto con sus alegaciones, anuncian las fuentes de prueba con las que justifican y fundamentan sus pretensiones. Para los procesalistas Véscovi, De Hegedus, Hklett, Minvielle, Simón & Pereira (1995) este es uno de los momentos más importantes en cualquier proceso, porque las partes dejan sentadas sus pretensiones y el poderío que tienen, evitando con ello que posterior a este acto se presenten sorpresivamente otros elementos de prueba que intencionalmente hayan podido ser ocultados.

Una interesante alusión a esta cuestión, la realiza el académico Talavera Elguera (2009) quien considera que el anuncio de la prueba se erige como una carga procesal, aplicable a las partes, en el sentido de que solo es atribuible al actor y demandado, pero no al juez, debiendo este cuidar siempre en la medida de sus potestades, de no suplantar esta facultad pues esta carga no le está atribuida, salvo la excepción denominada “prueba para mejor proveer”, la cual rompe excepcionalmente con el principio dispositivo descrito anteriormente. En este sentido, le corresponde a las partes demostrar mediante la efectiva aportación de pruebas, los hechos y alegaciones que exponen y que sustentan su pretensión, de forma tal que solo a ellas, de manera general, les corresponderá la actividad de anunciar su material probatorio y de presentarlo al juzgador.

Habiendo realizado estas consideraciones iniciales, en el COGEP, la anunciación de los medios de prueba, y en cuanto a la demanda, se encuentra regulada en el artículo 142 numeral 7, que la refiere como uno de esos requisitos:

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

Este constituye, entonces, el primer momento de anunciación de los medios de prueba por parte del actor en los procesos que se tramiten bajo las reglas del COGEP. De dichas reglas, se derivan algunas cuestiones importantes que merecen la pena un análisis adecuado. En primer lugar el COGEP se afilia a la postura doctrinal de que las pruebas se destinan a acreditar los hechos afirmados, es decir, en este caso, los hechos planteados en la demanda. La anunciación de los medios de prueba que tiene lugar en esta fase, no trasciende a los hechos que, posteriormente puedan surgir en el debate y que no fueron inicialmente acreditados.

Se presentarán los documentos pertinentes, tales como los que acrediten el interés del pretendiente y demás cuestiones que en base a la naturaleza y materia de la *litis*, justifiquen la necesidad de aperturar un proceso judicial. Un tema importante es que el legislador incluyó la posibilidad de que, aunque no se posean los documentos en este momento, pueda anunciarse y a su vez solicitarse al juzgador, su incorporación al proceso, siempre que el actor no tuviese acceso a ellos y tomando en cuenta los siguientes parámetros.

En primer término, deberá plantearse con claridad el contenido del documento con el que no se cuenta. En este sentido, el COGEP dispone que, si bien el demandante no posee en su haber uno o más documentos que justifiquen sus alegaciones y que sostengan su pretensión, deberá plantear y demostrar, la razón jurídica o fáctica por la cual no tiene el acceso al mismo. Deberá además enunciar qué tipo de documento es, quién fue su autor, ya se trate de una persona natural o jurídica y en este último caso, si es del ámbito público o privado. Todo esto es relevante, pues el contenido del documento es el que será capaz de acreditar un hecho o no, demostrar la existencia de un derecho o no, de forma tal que por medio del mismo se logrará garantizar la legitimación de la pretensión del actor, caso contrario, sería impertinente.

Un segundo aspecto derivado, es que el demandante deberá señalar de forma precisa, el lugar en el que se encuentre. Este es un aspecto importante pues de nada vale que el actor refiera en su escrito proposicional evidencia documental que justifica y demuestra algo de lo planteado en su demanda, pero que desconoce el lugar donde se encuentra. Ante ello, la simple mención de un documento que no haya sido aportado junto con la demanda y del que no se refiera el lugar específico en el que se encuentra, es una prueba que a vista del juzgador, no tiene valor.

Por último, se establece el tercer aspecto vinculado con los documentos que no son aportados junto con el escrito, y es el referido a que el actor deberá señalar las medidas que se deban adoptar para llevarlo al proceso. En este sentido, el actor deberá solicitar al juez, que por la relevancia del contenido de dicho documento que se encuentra en uno u otro lugar, se hace necesario se solicite copia certificada, o se presente el original, o se obtenga un duplicado, de forma tal que pueda ser traído al proceso y tenga la plena eficacia que se desea.

Aunque los artículo 142 en sus numerales 7 y 8, establece las cuestiones que deberán considerarse para que el actor solicite al juzgador la necesidad de acceder a una prueba determinada que no ha podido obtener, en la práctica jurisdiccional ecuatoriana, se está exigiendo por parte de los jueces, una negativa de la institución donde se presume que se encuentra dicho documento, como requisito para que el juzgador ordene su localización y entrega. (Intriago, y otros, 2017)

En este sentido, nuevamente en la práctica se está realizando una interpretación extensiva en torno a qué considerar por “debidamente fundamentada”, por cuanto la solicitud de acceso se refiere a que debe describirse, en el caso de que no se pueda obtener una prueba documental, su contenido, dónde se encuentra y las medidas para su obtención. Sin embargo, las partes para acceder a la misma, no solamente deberán cumplir estas exigencias taxativamente establecidas en el COGEP, sino que además, deberán aportar prueba de la negativa de su obtención, constituyéndose ello en una exigencia no expresamente establecida en el COGEP, y que obliga a las partes a tener que realizar acciones a las que no están obligados por ley, para que una prueba documental determinada, pueda ser incorporada al proceso.

En cuanto a la anunciación de los medios probatorios en el escrito de contestación, rigen los mismos principios que para la anunciación en la demanda, lo que el legislador realiza acá es una observación importante, vinculada con el hecho de que los medios de prueba para este sujeto procesal, están destinadas a “(...) *sustentar su contradicción*”, lo que implica, que las fuentes de prueba, en este aspecto documentales, presentadas o anunciadas por el demandado, no solo está destinadas a demostrar las alegaciones que esgrime sino que tienen igualmente la finalidad de oposición a las alegaciones y a los medios probatorios propuestos por el actor. Igual tratamiento se realiza en cuanto no se tengan al alcance los documentos que justifiquen la contradicción.

En este sentido es de gran relevancia lo regulado en el artículo 151 cuarto y quinto párrafos del COGEP. El párrafo cuarto establece el trámite de notificación de la contestación a la parte actora, y un elemento relevante es que acá, el demandante

puede anunciar nueva prueba sobre los hechos esgrimidos en el escrito de contestación. Esta regulación es de gran importancia, porque no restringe el derecho que posee el actor a defenderse frente a lo dicho por el demandado, por el contrario abre la oportunidad para que, si los hechos alegados en la contestación no pueden ser rebatidos por los medios de prueba aportados inicialmente por el actor, entonces se le concede un nuevo momento procesal para que éste, pueda nuevamente contradecir a través de la incorporación de prueba.

Sobre este mismo aspecto versa el párrafo quinto del citado artículo, con la diferencia de que disminuye los términos en los que el demandante puede aportar nueva prueba ante el escrito de contestación, cuando el tema sobre el que verse el proceso se refiera a la niñez y adolescencia. En este sentido es importante reconocer el valor que le concedió el legislador a los procesos en que están involucrados el interés de los niños, niñas y adolescentes, reduciendo los términos de calificación de la contestación y de posibilidad de anunciación de nuevos medios probatorios por parte del actor ante la notificación de este escrito al demandante.

Otras cuestiones vinculadas a la anunciación de la prueba documental, es que se presentarán como documentos públicos o privados, así como en originales y copias certificadas (art. 194); pudiéndose acompañar igualmente documentos que no se encuentren en formato papel, sino que sean reproducciones o se encuentren plasmados en soportes magnéticos, en tanto que los documentos de gran volumen, grabaciones de larga duración, o fotografías que tengan un gran formato, deberán ser anunciados y adjuntados al proceso de forma completa junto con su respectivo resumen o esquema (art. 204). Unido a ello, se hace relevante que la presentación o anunciación de los medios probatorios debe realizarse con la demanda, contestación a la demanda, reconvencción y contestación a la reconvencción, aunque se admite la presentación de prueba nueva hasta antes de la audiencia de juicio, siempre que se demuestre que no hubo posibilidad de conocerla y o disponer de ella en el tiempo necesario, en cuyo caso le corresponderá al juzgador delimitar su admisión o no (art. 166).

En sentido general, estas constituyen las principales menciones a la presentación o anunciación de la prueba en general y de la documental en especial, de forma tal que en principio, le corresponde a las partes demandante y demandada presentar o anunciar las fuentes probatorias documentales en sus respectivos escritos; y en caso de no poseerlas, deberán referir dónde se encuentran, el contenido que tienen y las medidas que deban implementarse para obtenerlas. Es necesario recalcar que solo las partes tienen la facultad de anunciar pruebas, y solo en este preciso momento, aunque

excepcionalmente el juez podrá ordenar nuevas pruebas de oficio y admitir fuera de tiempo otros medios de prueba como una excepción y cumpliendo los presupuestos legales, si poseen relevancia notoria para el caso en cuestión.

La anunciación de los medios de prueba posee en general, en el fondo, dos actos, uno que es el de la anunciación propiamente dicha, que posee su fundamento legal en los artículos 142 numeral 7, 143 numeral 5, 151 y 258 del COGEP, y un segundo que es adjuntar los documentos que tienen a su alcance las partes procesales. Siguiendo lo argumentado por el procesalista Falcón, solo los objetos literales o declarativos, los declarativos representativos y en general los materiales no literales trasportables deberán ser adjuntados a los actos de proposición, como por ejemplo, una fotografía, un contrato, una letra de cambio etc. En su defecto, los demás objetos materiales no trasportables como por ejemplo, una carro, un picazo, o los libros diarios de una empresa deberán ser adjuntados al proceso mediante otros medios probatorios; ya sea por medio de una inspección judicial o por medios de pericias.

Cuando se anuncian documentos electrónicos, si se tratare de mensajes de datos, deberá adjuntarse también el soporte informático donde se fija el mismo, así como la transcripción o materialización en papel de su contenido, y en el caso de ser necesario, también deberá adjuntarse los componentes necesarios para su lectura y verificación, según lo dispone el art. 54 literal a) de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos. (Registro Oficial No. 557 Suplemento, 2002).

Otro elemento de relevancia, es el anuncio de la prueba en la tramitación del recurso de apelación, el artículo 258 párrafos segundo y tercero, establece que junto con el escrito de fundamentación del recurso, como en la contestación al mismo, se anunciarán o adjuntarán las pruebas que estén dirigidas a acreditar hechos nuevos o siendo los mismos hechos, que haya sido posible obtenerlas con posterioridad a la sustanciación de primera instancia, erigiéndose esta cuestión, como un elemento a tener en cuenta para que el anuncio en esta fase, sea considerado con éxito por el juzgador. Es prudente este pronunciamiento, por cuanto, aunque no con tanta frecuencia, muchas son las circunstancias de la vida real que pudieran provocar, estos presupuestos legales.

Cabe recordar que, en el caso de que se requiera anticipar la práctica de prueba urgente que pudiera perderse, el legislador adecuadamente ha establecido las llamadas diligencias preparatorias, mediante las que se puede lograr la exhibición de cosas y documentos, el reconocimiento de un documento privado, entre otras, que constituyen acciones previas al inicio del proceso y que aportarían documentos importantes al

mismo, como garantía de la condición o alcance de determinado hecho o circunstancia que posteriormente constituirían parte del proceso (art. 122 incisos 2 y 3).

Como se ha evidenciado, el momento de anuncio de la prueba documental en el COGEP se encuentra regulado de forma certera, aunque como se ha analizado hasta el momento, el legislador emplea términos confusos, que provocan inconsistencias en su consideración por las partes, provocando entre ellas y entre los juzgadores interpretaciones extensivas de las normas, y estos últimos exijan el cumplimiento de formalidades que no se encuentran en la legislación, provocando con ello entorpecer el libre y adecuado anuncio de la prueba en el proceso.

3.2 ACCESO A LA PRUEBA DOCUMENTAL

En muchas ocasiones, la parte procesal es quien debe buscar directamente acceso a documentos que deberán ser adjuntados a un proceso. Es pertinente comprender que la obligación procesal de acercar los medios de prueba documentales a cualquier proceso no puede convertirse en una carga para el juez, sino que debe constituir, y de hecho lo es, un gravamen que deberá estar a cargo de cada parte. En este sentido el acceso a la información pública posee un valor relevante.

De esta forma, la normativa ecuatoriana que legitima y regula el derecho de acceso a la información es suficiente como para que, en principio, no exista necesidad de que se deba acceder a determinados documentos por intermedio de un juzgador, sino que están dirigidas a lograr que el propio individuo pueda obtenerla y adjuntarla en cualquier tipo de proceso judicial.

En primer lugar se encuentra la Constitución de 2008, que en varios de sus preceptos se pronuncia sobre ello. De esta forma, el artículo 18 numeral 1 se refiere al derecho de todas las personas a buscar y recibir información que sean veraz y oportuna; y en su numeral 2 poder acceder de forma libre a la información de las instituciones públicas o de las privadas con funciones o fondos públicos. En el artículo 66 se reconoce a las personas el derecho a que sus datos personales sean protegidos y a decidir sobre el tratamiento de su información. El artículo 92 en similar espíritu, refiere que toda persona puede por sí mismo o mediante representante, conocer y acceder a documentos y otros archivos personales, y que consten en cualquier soporte. (Registro Oficial No. 449, 2008)

Otra norma de gran relevancia es la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la que desde su primer precepto, establece el principio de publicidad que le es otorgado a la información pública, esgrimiéndolo como un derecho,

imponiéndole la obligación legal a las instituciones, organismos y entidades de derecho público o excepcionalmente privado, de concederle un tratamiento público a la información presente en las mismas. El artículo 5 señala que información pública es todo documento en cualquier formato que haya sido creado por instituciones públicas o privadas con fondos o funciones públicas y se encuentren bajo su responsabilidad. (Registro Oficial Suplemento No. 337, 2004)

Esta propia norma en su artículo 9 se pronuncia sobre la responsabilidad, que tiene el titular de la institución, de garantizar el derecho a acceso a la información pública. De esta manera es él, quien está obligado a entregar la información solicitada, responsabilizando al titular de la institución. De esta forma refiere que es su deber recibir y contestar todas y cada una de las solicitudes de acceso a la información que reciba. En el artículo 19 de la citada norma establece lo referente a la solicitud de acceso a dicha información y las formalidades legales que éste escrito debe contener.

La Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, en su artículo 5 señala que un principio rector de dicho sistema es la publicidad, por lo que en atención a ello el Estado tiene la obligación de poner en conocimiento del público, los registros o bases de datos sobre personas y bienes, así como la celebración de actos, con la finalidad de su conocimiento e impugnación de ser el caso. En este sentido en su artículo 6 se pronuncia sobre la accesibilidad y confidencialidad de dicha información, estableciendo el carácter de secreto a los datos personales referente a sus concepciones ideológicas, políticas, etnia y otras, así como a los referentes a su intimidad, cuyo acceso solo será con autorización de su titular. (Registro Oficial Suplemento No. 162, 2010)

El mismo precepto establece que para poder acceder a la información sobre el patrimonio de las personas, el sujeto que la solicita deberá justificar y motivar su intención, así como el uso que se le dará a la información requerida, debiendo hacer constar su identidad. Deja claro la norma que el empleo diferente al declarado originaría responsabilidad, por lo que es pertinente que a la información solicitada se le dé el uso para el que fue concedida.

La Ley de Modernización del Estado, es otra de las normativas que se pronuncian sobre ello. En su artículo 28 implanta el derecho de petición; y en su artículo 32 regula lo concerniente al acceso a documentos, estableciendo que le es reconocida a cualquier persona que posea interés en la tutela de determinadas situaciones jurídicas, el derecho al acceso a los documentos administrativos que se encuentren en poder del Estado y demás instituciones de orden público. (Registro Oficial No. 349, 1993)

Además, existen otro conjunto de disposiciones legales, como la norma que regula el acceso al Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos (2016) y la norma que regula la clasificación de los datos que integran el Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos (2016), los que en su conjunto se pronuncian sobre la cualidad de datos accesibles, públicos, lo referido a las solicitudes de acceso a los mismos, y el carácter confidencial de ciertas informaciones.

Como se ha señalado, el catálogo de preceptos en la normativa ecuatoriana que garantiza un amplio y efectivo acceso a la información pública, establece una amplia plataforma jurídica como para que las partes procesales puedan acceder y obtener cualquier tipo de información pública que no posea el carácter de confidencial, para posteriormente ser adjuntadas en el proceso. Lamentablemente estas normas no regulan la información generada en instituciones de derecho privado que no manejan fondos públicos. Por lo tanto las entidades privadas pueden negarse, ya sea porque no tienen obligación legal para hacerlo o por otras razones a entregar información o documentación lo cual es un motivo para que el juzgador ordene su acceso e incorporación al proceso.

Si bien la normativa descrita establece el término de 10 días dentro del cual se deberá atender al requerimiento de acceso a la información pública, ya en la práctica este término no se cumple ya que no existe una sanción expresa ante dicha omisión; y, si a eso le agregamos el corto periodo de tiempo que tienen las partes procesales para preparar su defensa, tenemos como resultado que tanto el término para dar contestación al requerimiento de acceso y a la información pública como también los términos para contestar los actos de proposición violentarían el derecho a la defensa, al no al no contarse con el tiempo y medios suficientes para preparar la misma.

3.3 ADMISIÓN DE LA PRUEBA DOCUMENTAL EN LA AUDIENCIA PRELIMINAR O FASE PRELIMINAR DE LA AUDIENCIA ÚNICA

Existe consenso en la doctrina, que la prueba debe cumplir un conjunto de requisitos para que proceda su admisión. Sobre este aspecto, Talavera Elguera (2009) sostiene que en el proceso de la admisión de la prueba deben regir un conjunto de principios que delimitan la actividad probatoria, esgrimiendo como tales el principio de libertad de prueba, que presupone el derecho de las partes a probar sus alegaciones mediante los elementos de convicción que estime pertinentes, y que claramente sería el juez el que tendría la potestad de admitirlos o no en concordancia con su valor, eficacia y formalidades legales establecidas para dicho medio; el principio de pertinencia que se refiere a la necesaria relación entre el hecho planteado y la naturaleza del medio

probatorio para demostrarlo; el principio de conducencia o idoneidad, referido a si el medio de prueba presentado por la parte es el adecuado legal y fácticamente para evidenciar un hecho.

Unido a ello este procesalista refiere el principio de utilidad, que supone la eficacia de la prueba propuesta para demostrar el hecho al que está destinado; principio de licitud referido a la forma en que fue obtenido dicho medio probatorio, siempre en el sentido de que debieron cumplirse las reglas y normas legales para su obtención; y el principio de necesidad, que supone la existencia de una condición que implica que, un hecho determinado necesita ser probado y que el medio probatorio aportado ha sido de innegable valor para evidenciar tal cuestión.

En este sentido, la Constitución de 2008 establece en su artículo 76 numeral 4 que *“Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria”*. Sobre este aspecto, la Carta Magna establece que la prueba ilícita constituye aquella que ha sido obtenida o practicada contrariando las normas y espíritu de la misma Constitución o la legislación jerárquica inferior. Como antítesis, entonces, se puede considerar que la prueba lícita, deberá haber sido obtenida y practicada, cumplimentando las exigencias legales que impone el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

En el COGEP se establecen un conjunto de criterios en torno a la admisión de la prueba, que dotan al proceso ecuatoriano, de un marco de obligada observancia por las partes y el juez. En un primer momento, para que la prueba documental pueda ser adecuadamente admitida, deberá responder a principios de pertinencia, utilidad, conducencia y licitud (art. 160). El legislador establece que la prueba deberá ser apta de forma tal que su contenido pueda efectivamente demostrar los hechos argumentados por las partes, por los que de su simple lectura deberá inferirse su alusión directa o indirecta a los hechos controvertidos (art. 161).

Unido a ello los medios de prueba que son anunciados y evaluados por el juzgador en la audiencia preliminar o fase preliminar de la audiencia única, deben responder a la demostración de cada uno de los hechos alegados mediante el empleo y aportación de fuentes de prueba conducentes a ello (art. 162). Dos aspectos importantes que deberá tener en cuenta el juzgador para admitir un medio probatorio son, primeramente, deberá cerciorarse que no fue obtenida violentando las normas y principios legales, y luego, no debe haber sido obtenida por medio de simulación, dolo, fuerza o sin oportunidad de contradicción.

Un aspecto esencial lo constituye lo referente a la indivisibilidad de la prueba y documental y, la que encuentra su sustento legal en el artículo 199 del COGEP. Este precepto esgrime que la prueba documental es indivisible, imponiendo la obligación al juzgador de no poder aceptar una parte de ella y rechazar otra. Este pronunciamiento realmente es de gran importancia. En atención a ello, el juez o jueza, no tiene la facultad para, una vez que se haya anunciado y admitido como medio de prueba un documento, estimar una parte y desestimar otra, ni siquiera, tal y como lo refiere el artículo, lo que sea meramente enunciativo.

En virtud de este principio se le prohíbe al juzgador, para valorar, hacer distinción dentro de un mismo documento, entre una parte y otra. A pesar de aquello, la propia normativa del COGEP, podría contradecir este principio al disponer que en el acto de la práctica de la prueba documental se dará lectura a la parte pertinente (art. 196 numeral 1). Ello podría provocar que, primero, que lo leído salga del contexto de su contenido, y segundo, se genera una afectación al principio de indivisibilidad del documento.

Teniendo en cuenta estos elementos queda claro que la admisión de la prueba documental se realiza en la audiencia preliminar, o fase preliminar de la audiencia única, la que a consideración de Barrios de Angelis (1989) es aquella etapa en la que las partes se reúnen con el juzgador, y que tiene lugar antes del momento de la producción de las pruebas, permitiendo sanear el proceso, delimitándolo y concretando su objeto y en el que se anuncian nuevamente, pero en forma verbal, los medios de prueba anunciadas por escrito. Esta etapa se encuentra establecida a partir del artículo 292 del COGEP. El juez en esta audiencia, o fase, revisará los medios probatorios presentados por las partes, junto con las objeciones formuladas por cada uno de los sujetos procesales. Así el juzgador declarará la admisibilidad o no de los mismos al proceso, en función de su conducencia, pertinencia, utilidad y legalidad (art. 294).

Ahora bien, en materia de prueba documental, las fuentes de prueba además de cumplir con las exigencias generales para la admisión de la prueba, deberán contener y respetar otro conjunto de caracteres y condiciones que delimitan su eficacia probatoria. Así, las pruebas documentales producidas no deberán ser defectuosas ni diminutas, por lo que deberán contener la información relevante de forma clara, precisa, no en extracto, que transmita sin mayores esfuerzos interpretativos la pertinencia de lo que contiene y su vinculación con el hecho al que va destinada su probanza. Adicionalmente, el documento no deberá estar alterado, por lo que a simple vista, deberá contener elementos suficientes que no hagan presumir una falsificación del mismo. En tercer lugar demostrar que sobre el documento que se aporta, no pesa ningún recurso de

nulidad o impugnación que pueda afectar la eficacia futura del contenido plasmado en el mismo (art. 195).

En sentido general, el medio probatorio documental que es anunciado en los escritos de proposición, será admitido siempre que respete los criterios de pertinencia, conducencia, necesidad, utilidad, licitud, así como cuestiones relevantes tales como no estar defectuosos ni diminutos, no poseer rasgos que puedan evidenciar su falsedad y no estar sujeto a un pronunciamiento judicial de nulidad.

3.4 PRÁCTICA DE LA PRUEBA DOCUMENTAL EN LA AUDIENCIA DE JUICIO O FASE DE JUICIO DE LA AUDIENCIA ÚNICA

Para el investigador Talavera Elguera (2009), la práctica de la prueba hace alusión a:

(...) los actos procesales necesarios para que los diversos medios concretos aducidos, solicitados o decretados de oficio, se incorporen o ejecuten en el proceso. Esta fase de la actividad probatoria tiene igualmente sus requisitos; ante todo el que consiste en que haya sido admitida, así como también los de formalidad, oportunidad y competencia del funcionario. (pág. 87)

Una vez que en la audiencia preliminar, o fase preliminar de la audiencia única, se haya validado el proceso, delimitado el objeto de la controversia, resuelto sobre la imposibilidad de conciliación, y admitidos los medios de prueba pertinentes, el juzgador fijará la fecha para la audiencia de juicio, o de ser el caso dará paso a la fase de juicio en la audiencia única. En dicha audiencia o fase tendrá lugar la práctica de la prueba en general. De manera particular, las reglas de la práctica de la prueba documental para audiencia de juicio o fase de juicio de la audiencia única, se establecen en el artículo 196. En este sentido, cuando se traten de documentos declarativos o declarativos representativos, se dará lectura a la parte pertinente y se procederá a su exhibición pública. Si se tratare de documentos representativos o materiales trasportables que se han incorporado al proceso, estos serán exhibidos públicamente. Las demás evidencias documentales, tales como fotos, grabaciones, audios, videos, documentos de computación o cualquier otro de carácter electrónico, se reproducirán, de igual manera en su parte pertinente, en la audiencia, mediante el empleo de cualquier medio idóneo para conocer el sentido y alcance de su contenido.

La Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, establece en su artículo 54, las cuestiones principales en torno a la práctica de las pruebas electrónicas. En este sentido, ordena que la práctica de este tipo de fuente probatoria, se realizará respetando las reglas y formalidades establecidas en el COGEP. Unido a ello, establece que para la reproducción de mensajes de datos, esta deberá estar acompañada de un soporte informático y la transcripción en papel, así como los

componentes para su lectura. Cuando haya sido impugnado un certificado o la firma electrónica, se exigirá a la institución certificadora la remisión al juzgador de los documentos certificados que demuestren la autenticidad de dicha firma.

Cuando se trate de un facsímil su reproducción será practicada y aceptada siempre que se encuentre en el formato de mensaje de datos. Muy importante es que, la citada norma, establece que cada una de esas pruebas podrán ser impugnadas y sometidas a comprobación técnica, lo que indudablemente suple la formalidad que exigen en la actualidad los jueces y juezas cuando se anuncian este tipo de pruebas, de que tengan una constatación notarial.

Tal como se hizo referencia en el acápite anterior, los documentos de gran volumen, grabaciones de larga duración, o fotografías que tenga un gran formato, y que fueron adjuntos al proceso de forma completa con su respectivo resumen, si bien serán producidos, siguiendo las reglas generales de la práctica de la prueba documental, no obstante a aquello, el COGEP mantiene un tratamiento especial para este tipo de documentos, tal es así que el párrafo segundo del artículo 204, dice que excepcionalmente el juez, a su criterio, ordenará la práctica del documento de manera completa.

La prueba documental que se ha practicado en la audiencia de juicio o fase de juicio de la audiencia única, permanecerá en el dominio del juzgador de forma tal que pueda tenerla a su mano cuando se disponga a dictar el fallo, aunque ciertamente si fuere un original, será de interés de las partes su devolución posterior. En la audiencia de juicio o en la fase de juicio de la audiencia única, será el actor quien, después de realizado su alegato inicial, concluya solicitando el orden en que deberán ser practicadas las pruebas admitidas, pues aunque la regulación legal establece un orden en el tratamiento de la prueba, la ley permite que en la audiencia el demandante tenga la facultad de solicitar la práctica de la prueba en el orden que por estrategia de su teoría del caso le convenga, así puede ser la documental, antes de la testimonial, pericial, o inspección judicial o viceversa (art. 297).

A nuestro parecer, estas son las principales consideraciones en torno a la práctica de la prueba documental en la audiencia de juicio o en la fase de juicio de la audiencia única. Este es el momento cúlmine en la materialización de la práctica de la prueba. Es en este momento, donde los medios de pruebas inicialmente propuestos y debatidos en la audiencia preliminar, son producidos, exhibidos y reproducidos ante el juzgador, ocasión en que este tendrá la percepción directa y oral de los documentos a efectos de llegar a una convicción sobre la realidad de los hechos.

La práctica de la prueba documental en las audiencias orales, supone algunas dudas que no son debidamente aclaradas por el COGEP. En primer lugar, al referirse a que las pruebas documentales serán leídas y exhibidas públicamente en la audiencia de juicio, no se sabe si esta exhibición debe hacérsela al juez, a la parte contraria y al público presente; solo al juez y a la parte contraria o solo al juez.

Una segunda dificultad es lo referido a la consideración de pertinente. Al parecer la cuestión queda zanjada desde la audiencia preliminar, donde el juzgador determinará la admisión o no de una prueba documental teniendo como uno de los criterios la pertinencia de la misma, ello es, la vinculación de la prueba en cuestión con el hecho que se intenta demostrar, explicado por la parte. Pero la declaración de pertinencia de una prueba documental, no se refiere a la “pertinencia de la parte que deba ser leída o exhibida en la audiencia de juicio”. En este sentido, a nuestra consideración, existe una obscuridad pues si bien la prueba documental que se admite en la audiencia preliminar o primera fase de la audiencia única es todo el documento que en la audiencia de juicio o segunda fase de la audiencia única se produce solamente una parte del mismo, que a consideración subjetiva de la parte procesal, es la pertinente.

Pues, si bien es cierto que ante la presencia de un documento extenso, es inficioso dar lectura a todo su contenido, también es real que limitar su lectura a una parte especial y específica del mismo no siempre produce los efectos deseados. Ello es porque cualquier información, idea, condición o circunstancias plasmada en un documento, se realiza dentro de un contexto, y extraer con su lectura solo una parte de ese contexto, para que sea valorada por el juez, puede ser empleado de forma deficiente ya sea por el abogado que la propone o por el juez que la valora tomando en cuenta que en el sistema oral la palabra es la que cuenta.

En este sentido, aunque el juzgador tiene todo el documento a su disposición, es en la audiencia o fase de juicio donde se plasma, en aras del cumplimiento de la oralidad, la práctica de la prueba documental con miras a esclarecer el alcance del contenido aportado por la fuente de prueba en mención. Puede acontecer que, en esta audiencia o fase, se de lectura a un documento, buscando transmitir una determinada información para efectos de los hechos a probar que, para la parte quedó clara, pero para el juez no, por estar descontextualizada y posterior a ello, el juez dicte un fallo en el que emplee partes del documento que no fueron leídas en la audiencia.

Finalmente el legislador no es claro cuando regula la práctica de los documentos extensos, por una parte deja a libre interpretación de los sujetos procesales determinar qué se podría considerar como “documento de gran volumen”; por otra parte, nada dice

de cómo se debería hacer el resumen o esquema que representa al documento de gran volumen y si en la práctica se debe leer solo el resumen o la parte pertinente del documento completo o ambas; y finalmente, deja a criterio del juez valorar todo el documento, solo su parte pertinente o el resumen. Es importante recalcar en este punto que el juez, excepcionalmente, bajo esta regulación, está facultado para ordenar que la fuente de prueba documental sea leída en su totalidad.

3.6 VALORACIÓN DE LA PRUEBA DOCUMENTAL DESPUÉS DE SU PRÁCTICA

Como se ha planteado en capítulos anteriores, la valoración de la prueba es el momento concluyente de la actividad probatoria, pues desde:

(...) el plano o perspectiva temporal, constituye la última etapa o fase, es decir, el último de los actos procesales que integra la actividad probatoria (producción-proposición, admisión y práctica-asunción, y valoración), y desde la óptica cualitativa o esencial constituye la actividad procesal determinante del objeto del proceso. (Auto Supremo No. 084/2015-RRC, 2015, pág. 1)

Ante ello, nuestro parecer es que no solo es concluyente con el objeto del proceso sino la etapa cúspide en la confirmación de las proposiciones fácticas que conforman la fundamentación de la pretensión de las partes. Sobre este aspecto se ha pronunciado la Corte Nacional de Justicia, la que ha expresado en cuanto a la valoración de la prueba que “(...) es de competencia exclusiva de los jueces y tribunales de instancia, pues son ellos quienes mediante las reglas de la sana crítica realizan una valoración conjunta de las pruebas y determinan la existencia o no de un derecho” (Resolución No. 0732-2013-SL, 2013, pág. 5). En otro de sus fallos la Corte refrenda que:

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 aportada por las partes, para inferir si son ciertas o no las afirmaciones hechas tanto por el actor como por el demandado (...) Esta operación mental de la valoración y apreciación de la prueba es potestad exclusiva de los jueces y tribunales de instancias, 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 de conformidad con los principios de la lógica le permiten al juez considerar a ciertos hechos como probados. (Resolución No. 0825-2013-SL, 2013, pág. 9)

Teniendo en cuenta estos criterios, queda claro que la valoración de la prueba es el acto de convencimiento que realiza el juez, quien mediante un análisis detallado, se nutre de información sobre los hechos sopesando cuáles pruebas fueron las más pertinentes, conducentes, útiles y necesarios en la demostración de tales acontecimientos fácticos. Es un mecanismo mental que se traduce en el fallo, en la sentencia, en la motivación de las razones que le provocaron certeza judicial.

En el COGEP, es en el artículo 164 donde se establece la mención a la valoración de la prueba, regulando que:

Artículo 164.- Valoración de la prueba. Para que las pruebas sean apreciadas por la o el juzgador deberán solicitarse, practicarse e incorporarse dentro de los términos señalados en este Código. La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, dejando a salvo las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos. La o el juzgador tendrá obligación de expresar en su resolución, la valoración de todas las pruebas que le hayan servido para justificar su decisión. (Registro Oficial No. 506, 2015, pág. 25)

A tenor de lo que expone la norma citada, un primer elemento para que el juzgador pueda valorar la prueba, en este caso, documental, es que la misma haya sido practicada en la forma establecida por la ley. En la práctica muchos abogados se limitan a decir en la audiencia que reproducen la prueba adjuntada a la demanda, sin leer el documento en sus partes pertinentes y exhibirlo públicamente, cuestión que ha provocado que los jueces no la valoren. Consecuente con lo que se había planteado anteriormente respecto de la parte del documento que deberá ser leída en la audiencia de juicio, el juez, sin embargo, deberá tomar en cuenta el principio de indivisibilidad de la prueba documental (art. 199).

Además, el juez deberá valorar la prueba en conjunto, haciendo referencia a la totalidad de aquellas practicadas en la audiencia de juicio o fase de juicio de la audiencia única que haya servido para justificar su fallo. Esto implica que todos los medios probatorios que fueron practicados en juicio, buscaron esencialmente aportar cuestiones relevantes relativas a los hechos de cada parte, y por ende, en respeto a esa consideración, el juez o jueza tendrá que valorar todas aquellas que justifiquen su decisión, en sentido positivo o negativo, haciendo un mínimo de análisis del por qué no acogió unas y sí otras.

Otro aspecto importante en torno a esta cuestión, es que el juez en el Ecuador, tiene que valorar la prueba en un proceso según el sistema de la sana crítica. El procesalista Alsina (1956) expresaba que *“Las reglas de la sana crítica, no son otras que las que prescribe la lógica y derivan de la experiencia, las primeras con carácter permanente y las segundas, variables en el tiempo y en el espacio”* (pág. 127). En este sentido resulta evidente que los jueces deben emplear siempre las reglas de la experiencia y la lógica. En cuanto a estas últimas, se derivan de la consecución objetiva y real de un hecho o circunstancia precedente, tales como que siempre en un contrato de compraventa hay transmisión de propiedad; que todo contrato presupone derechos y obligaciones para una o ambas partes; que todo documento público fue autorizado por funcionario público, o sea, cuestiones de orden legal que forman prueba de la realidad en la que se vive.

Con respecto a la experiencia, implica el conjunto de conocimiento que adquiere el juez con el pasar del tiempo, para entender que algo no siempre se mantiene o manifiesta en la misma forma, puesto que por ejemplo, en un contrato de compraventa que siempre implica transmisión de titularidad, no siempre hay transmisión efectiva de la posesión física del mismo; o que el hecho que la concertación de un contrato suponga derechos

y obligaciones para ambas partes, no quiere decir que siempre todos respeten cada uno de sus deberes contractuales en la forma y alcance planteados; o que todo documento que se califica como público, realmente haya sido autorizado por funcionario público, porque podría tratarse de un empleado público incompetente, o un documento falsificado formalmente. (González, 2006)

A nuestro parecer, que la sana crítica sea el sistema de valoración de la prueba documental impuesta por el COGEP y que se de en la práctica judicial ecuatoriana, constituye un avance en el pensamiento en torno a esta actividad, pues aunque la valoración de la prueba debería ser uniforme para los juzgadores en casos similares, en la realidad cada caso tiene sus particularidades por lo que es correcto que el juez valore la prueba de acuerdo a su experiencia y respetando las reglas de la lógica.

CONCLUSIONES

1. El derecho probatorio constituye, sin lugar a dudas, uno de los aspectos más trascendentales en la historia del derecho dentro del proceso. Resurge como fuente de convicción posterior a la etapa oscura del sistema inquisitivo, en la que la preponderancia de intereses dentro de la relación jurídica procesal, socavó el derecho de las partes a demostrar sus argumentos, convirtiéndose en derecho del juzgador imponer pruebas y opacar hasta la extinción, el derecho de los demás.
2. La prueba, como mecanismo del derecho probatorio, se erige así como la herramienta esencial cuya finalidad es la de demostrar un hecho: la que para que tenga valor y eficacia, deberá cumplimentar principios y exigencias formales y legales. Así, cuestiones tales como pertinencia, utilidad, necesidad, legalidad, conducencia entre otras, provocan en la prueba y en la actividad probatoria, un cúmulo de condiciones que favorecen su admisibilidad y eficacia, y ejercen influencia sobre la postura del juzgador.
3. En el Ecuador, la reciente entrada en vigor del Código Orgánico General de Procesos, implementó un sistema probatorio que tiene tendencia hacia una libertad de probanza, constitutivo de un sistema procesal garantista, flexible. Así, se establece como pruebas el testimonio, el documento, la pericia y la inspección judicial. Todas sin excepción se fundan sobre los mismos principios que han sido acogidos de la doctrina, y que provocan en el material probatorio una objetividad y concreción necesarias para que logren el papel al que están destinados en la realidad procesal ecuatoriana.
4. La prueba documental posee un valor preponderante dentro del sistema de pruebas establecido en el COGEP. Su anunciación se da desde el momento mismo en que es presentado el escrito de demanda y contestación, y busca una justificación de los hechos que se esgrimen en los respectivos escritos propositivos. Su admisión, práctica y valoración, se realizan sobre fundamentos legales correctamente planteados, de forma tal que responden en esencia a un sistema procesal oral.
5. No obstante, en la realidad, existen dificultades en torno a la delimitación de algunas cuestiones referidas a la práctica de la prueba documental, en el sentido que no queda claramente establecido, si lo único que el juez debe valorar es la parte pertinente del documento leído en la audiencia o el documento íntegro, así como qué criterios objetivos se tendría para determinar dentro del documento, cuál es la parte llamada "pertinente", de forma tal que, la obtención de una parte

dentro del todo, podría influir en la desnaturalización del contenido e información que se transmite.

6. Otro aspecto criticable es lo concerniente al anunciamento, práctica y valoración del documento electrónico, pues aunque el COGEP no refiere nada, en la práctica judicial ecuatoriana los jueces y juezas están exigiendo la constatación notarial de dichos documentos, constituyendo una extralimitación de los juzgadores, lo que provoca no solamente una burocratización del proceso, sino que atenta contra el derecho de libertad de la prueba, contrariando a lo dispuesto tanto en la norma legal como en la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Menajes de Datos, que nada refieren en torno a ello.

RECOMENDACIONES

A tenor de los planteamientos que han sido considerados en la presente investigación, se podrían proponer las siguientes recomendaciones:

1. Promover, por el Consejo de la Judicatura en colaboración con el Foro de Abogados, talleres en torno a la práctica de la prueba en general y de la documental en particular, donde se analicen las cuestiones que aún socaban un adecuado entendimiento de la realidad procesal ecuatoriana, de forma tal que las observaciones y/o dificultades planteadas en el presente estudio, queden zanjadas.
2. Generalizar la presente investigación, sobre la base de los aspectos analizados, a los efectos de enriquecer los argumentos que podrían ser expuestos en eventos, talleres, congresos, de forma tal que los estudiantes de derecho del país, con el apoyo de los docentes y las universidades, logren crear en el Ecuador, un ambiente de uniformidad y conocimiento adecuado sobre las cuestiones relacionadas al sistema de práctica de pruebas documentales, teniendo como fundamento legal el COGEP.
3. Establecer un instructivo o manual elaborado por la Corte Nacional de Justicia y con el apoyo y colaboración de docentes prestigiosos, abogados de relevante experiencia profesional, procesalistas destacados, en los que se logren consensuar las posturas criticadas en la investigación y otras, de forma tal que sean dichas reglas de obligada observancia por parte de los operadores jurídicos, especialmente los jueces, y con ello se logre enriquecer al proceso no penal en la realidad y práctica judicial nacional.

BIBLIOGRAFÍA

- Ley No. 15.982. (18 de 10 de 1988). *Código General del Proceso*. Recuperado el 12 de 02 de 2017, de Aprobado por el Senado y la Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay: <https://iberred.org/sites/default/files/codigo-procesal-civiluruguay.pdf>.
- Registro Oficial No. 557 Suplemento. (10 de 04 de 2002). *Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos*. Obtenido de Aprobado mediante Ley No. 2002-67: http://www.redipd.org/legislacion/common/legislacion/ecuador/ecuador_ley_2002-67_17042002_comelectronico.pdf.
- Abella, A. N. (2015). Instrumentos públicos en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. *Revista IUS, Vol. 9, No. 36, julio-diciembre*, 359-387.
- Alcalá-Zamora y Castillo, N. (1964). Introducción al Estudio de la Prueba. *Revista de Derecho, No. 128, Año XXXII, abril-junio, Universidad de Concepción*, 255-266.
- Alejos Toribio, E. M. (2014). Valoración probatoria judicial: alcances sobre la evolución de sus sistemas en la prueba penal. *Revista Derecho y Cambio Social, Año 11, No. 37*, 1-15.
- Alessandri, A. (1988). *Teoría d elas Obligaciones*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile-Conosur Limitada.
- Alessandri, F. (1934). *Reglas Comunes a todo Procedimiento y del Juicio Ordinario*. Santiago de Chile: Imprenta "El Esfuerzo".
- Alsina, H. (1956). *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial I*. Buenos Aires: Ediar S.A. Editores.
- Alsina, H. (1958). *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial III. Juicio Ordinario (segunda edición)*. Buenos Aires: Ediar Sociedad Anónima Editores.
- Auto Supremo No. 084/2015-RRC, Expediente Tarija No. 49/2014 (Sala Penal. Tribunal Supremo de Justicia del Estado Plurinacional de Bolivia 06 de 02 de 2015).
- Barona Vilar, S. (1999). *Tutela Civil y penal de la publicidad*. Valencia: Editorial Titant lo Blanch - Universitat de València.

- Barrios de Angelis, D. (1989). *El proceso civil*. Montevideo : Editorial Idea.
- Bautista, N., Castro, H., Moscoso, A., & Rodríguez, O. (2005). Módulo V: Aspectos procesales en el enjuiciamiento penal del Lavado de Activos. En N. Bautista, H. Castro, O. Rodríguez, A. Moscoso, & M. Rusconi, *Aspectos Dogmáticos, Criminológicos y Procesales del Lavado de Activos* (págs. 127-212). Santo Domingo: USAID - Proyecto Justicia y Gobernabilidad.
- Bello Lozano, H. (1989). *Casos Prácticos de Derecho Probatorio y Laboral*. Caracas: Editorial Mobil Libros.
- Bonnier, E. (1902). *Tratado Teórico y Práctico de las Pruebas en Derecho Civil y en Derecho Penal (traducción y notas de José Vicente y Caravantes)*. Madrid: Editorial Hijos de Reus.
- Bustamante Alarcón, R. (2001). *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*. Lima: Ara Editores.
- Cafferata Nores, J. I. (1998). *La prueba en el proceso penal. Con especial referencia a la ley 23.984 (Tercera edición actualizada y ampliada ed.)*. Buenos Aires: Editorial Depalma.
- Canales Nettle, P. (1995). El valor probatorio de los documentos electrónicos en la legislación chilena. En C. d. Autores, *Serie Estudios* (págs. 1-32). Santiago de Chile: Congreso Nacional.
- Carnelutti, F. (1944). *Sistema de Derecho Procesal Civil Tomo I (traducción de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo)*. Buenos Aires: Editorial UTEHA.
- Carnelutti, F. (1997). *Cómo se hace un proceso (traducción de Santiago Sentín Melendo y Marino Ayerra Redín)*. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis S.A.
- Carocca Pérez, A. (2005). *Manual del nuevo sistema procesal penal (tercera edición)*. Santiago de Chile: Editorial LexisNexis.
- Carrascosa López, V. (1991). Documentación y medios mecánicos de reproducción. *Revista Documentación Jurídica, No. 69, Tomo 18, enero-marzo*, 110-150.
- Carrascosa López, V., Bauza Reilly, M., & González Aguilar, A. (1991). *El derecho de la prueba y la informática: Problémica y perspectivas (Informática y derecho)*.

Mérida: Universidad Nacional de Educación a Distancia Centro Regional de Extremadura.

Carrica, P. A. (2001). *Documentos e Instrumentos*. La Plata: Universidad Nacional de La Plata.

Casarino Viterbo, M. (2007). *Manual de Derecho Procesal. Derecho Procesal Civil. Tomo IV (sexta edición)*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

CELAM. (2002). *Código de Derecho Canónico* (Edición Bilingüe y Anotada. Sexta Edición revisada y actualizada ed., Vol. Tomo II). Pamplona: Consejo Episcopal Latinoamericano (CELAM) - Ediciones Universidad de Navarra.

Colombo Cambell, J. (2003). *El Debido Proceso Constitucional (Trabajo presentado para el Encuentro Anual de la Corte Constitucional Italiana, Roma)*. Montevideo: Tribunal Constitucional de Chile.

Coronas, L. (2000). La prueba documental en el proceso penal. En P. (. Martín, *La prueba en el proceso penal* (págs. 599-722). Madrid: Revista General de Derecho.

Couture, E. (1958). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil (tercera edición póstuma)*. Buenos Aires: Roque Depalma Editor.

Cruz Mundet, J. R. (2003). La gestión de los documentos electrónicos como función archivística. *Revista AABADOM: Asociación Asturiana de Bibliotecarios, Archiveros, Documentalistas y Museólogos, No. 13, julio-diciembre*, 4-10. Obtenido de Artículo publicado en la Asociación Asturiana de Bibliotecarios, Archiveros, Documentalistas y Museólogos (AABADOM), julio-diciembre: https://aabadom.files.wordpress.com/2009/10/75_0.pdf.

Cuello Calón, E. (1952). *Derecho Penal*. Barcelona: Editorial Bosch.

De Membiela, J. B. (2014). *Problemática de la prueba documental en la LPL de 1995*. Obtenido de Universitat de Valencia: https://www.uv.es/ajv/art_jcos/artjuridicos/art.12_13_14/Problem%C3%A1tica%20de%20la%20prueba%20documental%20en%20la%20LPL%20de%201995.htm.

De Pina, R. (1981). *Tratado de las pruebas civiles (tercera edición)*. México: Editorial Porrúa.

- Dellepiane, A. (1955). *Nueva Teoría de la Prueba*. Bogotá: Editorial Temis.
- Dellepiane, A. (1955). *Nueva Teoría de la Prueba (Quinta Edición)*. Bogotá: Editorial Temis.
- Devis Echandía, H. (1970). *Teoría General de la Prueba Judicial Tomo I*. Buenos Aires: Víctor P. de Zavalia Editor.
- Devis Echandía, H. (1974). *Teoría General de la Prueba Judicial Tomo II*. Buenos Aires: Víctor P. de Zavalia Editor.
- Devis Echandía, H. (2007). *Compendio de la Prueba Judicial (anotado y concordado por Adolfo Alvarado Velloso) (Vol. II)*. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni Editores.
- Diario Oficial No. 48.489. (12 de 07 de 2012). *Código General del Proceso*. Recuperado el 12 de 02 de 2017, de Aprobado mediante Ley No. 1564: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html.
- Díaz Rodríguez, A. (2007). El concepto de documento electrónico y su validación. En R. Rey de las Peñas (coord.), *La validación de los documentos: pasado, presente y futuro (octavas jornadas archivísticas)* (págs. 133-142). Huelva: Diputación Provincial de Huelva.
- Dorantes Tamayo, L. (2002). *Teoría del proceso (octava edición)*. México: Editorial Porrúa.
- Duranti, L. (2001). The impact of digital technology on archival science. *Archival Science Review, Vol. 1, No. 1*, 39-55.
- Eisner, I. (1992). *La prueba en el Proceso Civil*. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot.
- Elberg Grünberg, S. (1945). *Compendio de Derecho Procesal Civil*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Falcón, E. M. (2005). *Manual de derecho procesal*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Fenech, M. (1960). *Derecho Procesal Penal Volumen I (tercera edición)*. Barcelona: Editorial Labor S.A.
- Fernández López, M. (2005). *Prueba y presunción de inocencia*. Madrid: Editorial Iustel.
- Ferrer Beltrán, J. (2003). Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales. *Revista Jueces para la Democracia, No. 47*, 27-34.

- Figuroa Yávar, J. A. (1974). Jurisprudencia. Oportunidad para acompañar prueba documental en el juicio civil. *Revista de Derecho procesal*, No. 7, marzo, Editorial Jurídica de Chile, 74-79.
- Flores, L. (2014). *Derecho Informático (Primera Edición)*. México: Grupo Editorial Patria.
- Foucault, M. (2005). *La Verdad y las Formas Jurídicas*. Barcelona: Editorial Gedisa.
- Framarino del Malatesta, N. (2002). *Lógica de las Pruebas en materia criminal. Tomo I (cuarta edición)*. Bogotá: Editorial Temis S.A.
- García Falconí, J. (18 de 04 de 2016). *Ofrecimiento de la Prueba en el COGEP*. Recuperado el 21 de 02 de 2017, de Revista Judicial derechoecuador.com: <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/procedimientocivil/2016/03/29/ofrecimiento-de-la-prueba-en-el-cogep>.
- García-Perrote Escartín, I. (1994). Prueba y proceso laboral. *Revista Derecho Privado y Constitución*, No. 4, 163-222.
- Giannantonio, E. (1991). *El valor jurídico del documento electrónico. Informática y Derecho. Aportes de doctrina internacional*. Buenos Aires: Editorial Depalma.
- Giuliani, A. (1961). *Il concetto di prova*. Milano: Editorial Giuffré.
- Gómez Balladares, B. T. (26 de 08 de 2016). *Acuerdos Probatorios*. Obtenido de Trabajo de Titulación previo a la obtención del Grado de Abogada. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil: <http://repositorio.ucsg.edu.ec/bitstream/3317/7206/1/T-UCSG-PRE-JUR-DER-MD-78.pdf>.
- Gómez Orbaneja, E., & Quemada, H. (1979). *Derecho Procesal Civil Volumen I*. Madrid: Artes Gráficas y Ediciones.
- González Monguí, P. E. (2001). *Derecho Penal en las Relaciones Laborales Públicas y Privadas (primera edición)*. Bogotá: Legis Editores S.A.
- González Pérez, J. (2001). *El derecho a la tutela judicial jurisdiccional (tercera edición)*. Madrid: Editorial Civitas.
- González, J. (2006). La fundamentación de las sentencias y la sana crítica. *Revista Chilena de Derecho*, 33(1), 93-107.
- Gorphe, F. (2014). *Apreciación judicial de las pruebas*. Bogotá: Editorial Temis S.A.

- Guasp, J. (1962). *Derecho Procesal Civil*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos.
- Guzmán, A. (08 de 2009). Valor Legal de los Documentos Electrónicos en Bolivia. Análisis y comentarios jurídicos. *Revista Análisis y comentarios jurídicos*(6), 154-189.
- Hermosilla Iriarte, F. (2006). *Apuntes sobre la prueba en el Código Procesal Penal*. Santiago de Chile: Editorial Librotecnia.
- Intriago, A. T., Guarderas, E., Zalamea, D., Morales, E., Mariño, R., Flores, M., . . . Yépez, D. (Compositores). (2017). *Los nudos críticos del OGEP en el ejercicio profesional y la judicatura* (Universidad de Los Hemisferios). Quito, Pichincha, Ecuador.
- Jauchen, E. (2002). *Tratado de la prueba en materia penal*. Buenos Aires: Editorial Rubinzal-Culzoni .
- Kielmanovich, J. (1996). *Teoría de la prueba y medios probatorios (primera edición)*. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot.
- Kisch, W. (1940). *Elementos de Derecho Procesal Civil (traducción y notas de Leonardo Prieto Castro)*. Madrd: Editorial Revista de Derecho Privado.
- Ley No. 1552. (30 de 08 de 1902). *Código de Procedimiento Civil*. Recuperado el 12 de 02 de 2017, de <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=22740&idParte=0>.
- Ley No. 1552. (19 de 12 de 2016). *Código de Procedimiento Civil 1902*. Recuperado el 12 de 02 de 2017, de <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=22740&idParte=0>.
- Linares, J. (2008). La valoración d ela prueba. *Revista Derecho y Cambio Social, Año 5, No. 13*, 1-10.
- Luna, A. (2003). Regulación de la carga de la prueba en la LEC. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho, No. 4*, 1-27.
- Márquez, A. S. (07 de 2016). Prueba y valoración de la prueba por el Tribunal Fiscal de la Nación Argentina. (U. Universidad de la República, Ed.) *UDELAR: Revista de la Facultad de Derecho*(39), 119-144.
- Martínez Martínez, V. M. (20 de 06 de 2010). *Teoría General de la Prueba*. Obtenido de Programa de Estudio de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad

Autónoma de Encarnación UNAE:
<http://procesalunae.blogspot.com/2010/06/unidad-10.html>.

Matheus, C. A. (2002). Sobre la función y objeto de la prueba. *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, No. 55, 323-338.

Mendoza, E., & Cano, S. (23 de 12 de 2011). *Apreciación de la prueba en materia tributaria*. Obtenido de Revista Jurídica Online: http://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/2011/12/231_a_274_apreciacion.pdf.

Midón, M. S. (2007). *Derecho Probatorio. Parte General. Volumen 1*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Cuyo.

Mixán Mass, F. (2005). *Cuestiones epistemológicas y teoría de la investigación de la prueba*. Trujillo: Editora BLG.

Molina, A. D. (2012). *Los actos periciales y los documentos electrónicos en los procesos judiciales*. Babahoyo: Universidad Técnica de Babahoyo.

Montero Aroca, J. (1998). *La Prueba en el Proceso Civil*. Madrid: Editorial Civitas.

Montero Aroca, J. (2001). *Los principios políticos en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.

Montero Aroca, J., Gómez Colomer, J. L., & Barona Vilar, S. (2016). *Derecho Jurisdiccional II Proceso Civil (vigésimocuarta edición)*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.

Mora Díaz, R. (06 de 2004). *La valoración de la prueba en soportes informáticos*. Obtenido de Portal de e-gobierno, inclusão digital e sociedade do conhecimento. Brasil: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/la-valoraci%C3%B3n-de-la-prueba-en-soportes-inform%C3%A1ticos>.

Múnera, J. E. (2006). Prueba Sumaria y Debido Proceso. *Revista Ratio Juris*, 2(4), 83-96.

Muñoz Sabate. (1967). *Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso*. Barcelona: Editorial Praxis.

Nieves-Chero, J. E. (2007). La 'conexión de antijuricidad' en los efectos reflejos: Reconstrucción teleológica del problema del alcance anulatorio de la prueba

- ilícita. En L. Reyna Alfaro, G. Arocena, & D. Cienfuegos Salgado, *La prueba, refoma del proceso penal y derechos fundamentales* (pág. 573 y ss). Lima: Editorial Juristas.
- Nisimblat, N. (05 de 2016). *Principios y Medios de Prueba en Particular. Actualizado con la Ley 1395 de 2010 y la Ley 1437 de 2011*. Obtenido de Universidad Católica de Colombia: https://derechofunlam.files.wordpress.com/2016/05/libro_derecho_probatorio_-5.pdf.
- Obando, V. R. (2013). La valoración de la prueba. *Suplemento de Análisis Legal*(2), 2-3.
- OEA. (22 de 11 de 1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)*. Obtenido de Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (B-32) celebrada en Costa Rica: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm.
- Orts Berenguer, E., Martínez Biján, C., & Vives Antón, T. (2016). *Derecho Penal. Parte Especial (quinta edición)*. Valencia : Editorial Tirant lo Blanch.
- Ovalle Favela, J. (1999). *Derecho Procesal Civil (octava edición)*. México: Editorial Oxford University Press.
- Pallares, E. (2001). *Diccionario de Derecho Procesal Civil (vigésima sexta edición)*. México: Editorial Porrúa.
- Parra Quijano, J. (2006). *Manual de Derecho probatorio (décima quinta edición Ampliada y Actualizada)*. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional LTDA.
- Peña, B. (2011). La prueba digital en el procedimiento económico. Una necesaria reflexión. *Observatorio de la Economía Latinoamericana*(158), 1-10.
- Peña, R. E. (2010). *Teoría General del Proceso (Segunda Edición)*. Bogotá: Ecoe Ediciones.
- Pérez Restrepo, J. (2015). *El derecho constitucional a la prueba judicial*. Recuperado el 22 de 03 de 2017, de Trabajo de grado presentado como requisito para optar por el título de Magíster en Derecho. Universidad de Antioquia, Medellín:

http://bibliotecadigital.udea.edu.co/bitstream/10495/3364/1/PerezRestrepoJuliana_2015_DerechoConstitucionalPruebaJudicial.pdf.

Pineda López, J., Torres, J. P., Román, S., & Dumas, L. (2013). *Las pruebas y los medios de prueba en el proceso penal panameño*. Obtenido de Maestría en Derecho Procesal. Universidad Americana: <https://es.slideshare.net/JOCABEL24/las-pruebas-y-los-medios-de-prueba>.

Plascencia Villanueva, R. (1995). Los medios de prueba en materia penal. *Boletín mexicano de Derecho Comparado*, No. 83, 711-743.

Quezada Meléndez, J. (1994). *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Quintero Olivares, G. (1999). *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal (segunda edición)*. Navarra: Editorial Arazandi.

Ramírez Salinas, L. A. (2005). *Principios generales que rigen la actividad probatoria*. Recuperado el 23 de 02 de 2017, de La Ley: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/17569e8046e1186998ae9944013c2be7/Principios+generales+que+rigen+la+activida+probatoria.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=17569e8046e1186998ae9944013c2be7>.

Registro Oficial No. 349. (31 de 12 de 1993). *Ley de Modernización del Estado*. Obtenido de Congreso Nacional. Aprobado mediante Ley No. 50: <http://www.turismo.gob.ec/wp-content/uploads/2016/03/LEY-DE-MODERNIZACION-DEL-ESTADO.pdf>.

Registro Oficial No. 449. (20 de 10 de 2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Recuperado el 15 de 01 de 2017, de Aprobada mediante Decreto Legislativo No. 0: http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf.

Registro Oficial No. 506. (12 de 05 de 2015). *Código Orgánico General de Procesos*. Obtenido de Aprobado por la Asamblea Nacional: <http://www.funcionjudicial.gob.ec/pdf/CODIGO%20ORGANICO%20GENERAL%20DE%20PROCESOS.pdf>.

Registro Oficial No. 892. (29 de 11 de 2016). *Norma que regula la Clasificación de los Datos que integran el Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos*. Obtenido

de Aprobada mediante Resolución No. 035-NG-DINARDAP-2016:
<https://vlex.ec/vid/expidese-norma-regula-clasificacion-654941357>.

Registro Oficial No. 897. (07 de 12 de 2016). *Norma que regula el Acceso al Sistema Nacional de Registro Datos Públicos*. Obtenido de Aprobada mediante Resolución No. 042-NG-DINARDAP-2016:
<https://observatoriotic.mintel.gob.ec/biblioteca/download-info/resolucion-n-042-ng-dinardap-2016/?lang=en>.

Registro Oficial Suplemento No. 162. (31 de 03 de 2010). *Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos*. Obtenido de Asamblea Nacional. Aprobada mediante Ley No. 0: <https://www.telecomunicaciones.gob.ec/wp-content/uploads/2016/04/Ley-Organica-del-Sistema-Nacional-de-Registro-de-Datos-Publicos.pdf>.

Registro Oficial Suplemento No. 180. (3 de 02 de 2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Recuperado el 10 de 01 de 2017, de Aprobado mediante Ley No. 0: <http://www.asambleanacional.gob.ec/es/system/files/document.pdf>.

Registro Oficial Suplemento No. 337. (18 de 05 de 2004). *Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública*. Obtenido de Congreso Nacional. Aprobada mediante Ley No. 24: http://www.seguridad.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2015/04/ley_organica_de_transparencia_y_acceso_a_la_informacion_publica.pdf.

Registro Oficial Suplemento No. 577. (17 de 04 de 2002). *Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos*. Obtenido de Aprobada mediante Ley No. 67: http://www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/07/Ley_de_Comercio_Electronico.pdf.

Registro Oficial Suplemento No. 58. (12 de 07 de 2005). *Código de Procedimiento Civil*. Recuperado el 22 de 01 de 2017, de Aprobado por el Congreso Nacional. Codificación 11: <http://www.hidrocarburos.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2015/03/4-CODIGO-DE-PROCEDIMIENTO-CIVIL.pdf>.

Resolución No. 0732-2013-SL, Juicio No. 2012-1984 (Sala de lo Laboral. Corte Nacional de Justicia del Ecuador 30 de 09 de 2013).

Resolución No. 0825-2013-SL, Juicio No. 2012-0675 (Sala de lo laboral. Corte Nacional de Justicia del Ecuador 31 de 10 de 2013).

Resolución No. 087, Juicio No. 2012-0078 (Sala de la Familia, Niñez y Adolescencia. Corte Nacional de Justicia del Ecuador 25 de 04 de 2012).

Resolución No. 088, Juicio No. 2007-0167 (Ex Sala de lo Civil y Mercantil. Corte Nacional de Justicia del Ecuador 18 de 05 de 2012).

Resolución No. 1022, Juicio No. 023-2012-VR (Sala de lo Penal. Corte Nacional de Justicia del Ecuador 02 de 09 de 2013).

Resolución No. 116, Recurso No. 234-2009 (Sala de lo Contencioso Administrativo. Corte Nacional de Justicia del Ecuador 31 de 03 de 2010).

Resolución No. 1212, Juicio No. 728/2010 (Primera Sala de lo Penal. Corte Nacional de Justicia del Ecuador 10 de 09 de 2012).

Resolución No. 1350, Juicio No. 987-2012 (Sala de lo Penal, penal Militar, Penal Policial y Tránsito. Corte Nacional de Justicia del Ecuador 11 de 11 de 2013).

Resolución No. 242, Juicio No. 0946-2009 (Ex Sala de lo Civil, Mercantil y Familia. Corte Nacional de Justicia del Ecuador 28 de 04 de 2010).

Resolución No. 407, Juicio No. 1201-2012-MM (Sala de lo Penal. Corte Nacional de Justicia del Ecuador 15 de 04 de 2013).

Resolución No. 542, Juicio No. 63-2008 (Ex Sala de lo Civil, Mercantil y Familia. Corte Nacional de Justicia del Ecuador 15 de 09 de 2010).

Resolución No. 588, Juicio No. 618-2011 (Sala de lo Laboral. Corte Nacional de Justicia del Ecuador 29 de 08 de 2012).

Resolución No. 69, Juicio No. 20-2004 (Primera Sala. Corte Suprema de Justicia del Ecuador 15 de 04 de 2004, Séptimo Considerando).

Resolución No. 703, Juicio No. 703-2009 (Sala de lo Civil y Mercantil. Corte Nacional de Justicia del Ecuador 23 de 07 de 2012).

Resolución No. 976, Juicio No. 1715-2013 (Sala Especializada de lo Penal, penal Militar, Penal Policial y Tránsito. Corte Nacional de Justicia del Ecuador 10 de 07 de 2015).

Rivera-Morales, R. (2012). Derecho constitucional de la prueba. En C. d. Autores, *VIII Congreso Internacional de Derecho Procesal (primera edición)* (págs. 211-232). Cúcuta: Editorial Universidad Libre Seccional Cúcuta.

- Rodríguez Diéguez, J. L. (1996). Tecnología educativa y lenguajes. Funciones de la imagen en los mensajes verboicónicos. En A. García-Valcárcel, & F. J. Tejedor, *Perspectivas de las nuevas tecnologías en la educación* (págs. 17-35). Madrid: NARCEA S.A. de Ediciones.
- Rodríguez, G. H. (1986). *Curso de Derecho Probatorio (quinta edición)*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.
- Romero Soto, L. E. (1960). *La Falsedad Documental*. Bogotá: Editorial Temis.
- Rosemberg, L. (1956). *La Carga de la Prueba*. Buenos Aires: Editorial Jurídica Europa-América.
- Ruiz, F. (1999). El documento electrónico frente al Derecho Civil y Financiero. *Revista de Derecho Informático*, 1-79.
- Schönke, A. (1950). *Derecho Procesal Civil*. Barcelona: Editorial Bosch.
- Sentencia No. 005-16-SEP-CC, Caso No. 1221-14-EP (Corte constitucional del Ecuador 06 de 01 de 2016).
- Sentencia No. 006-16-SNC-CC, Caso No. 0013-15-CN (Corte Constitucional del Ecuador 31 de 08 de 2016).
- Sentencia No. 223-15-SEP-CC, Caso No. 0386-13-EP (Corte Constitucional del Ecuador 09 de 07 de 2015).
- Sentencia No. 227-12-SEP-CC, Caso No. 1212-11-EP (Corte Constitucional para el Periodo de Transición del Ecuador 21 de 06 de 2012).
- Sentencia No. 771, Juicio No. 771-2009-C.T. (Primera Sala de lo Penal. Corte Nacional de Justicia del Ecuador 21 de 07 de 2011).
- Sentencia Recurso de Agravio Constitucional, Expediente No. 03997-2013-PHC/TC (Tribunal Constitucional del Perú 24 de 11 de 2015).
- Sentís Melendo, S. (1978). *La prueba, los grandes mtemas del Derecho Probatorio*. Buenos Aires: Editorial Ejea.
- Serra Domínguez, M. (1970). *Prueba Documental. Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*. Madrid: Editorial Lux.

- Silva Melero, V. (1963). *La prueba procesal*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- Silva Melero, V. (1963). *La prueba procesal Tomo I*. Madrid: Editorial revista de Derecho Privado.
- Soto, J. (1985). En torno a los principios de derecho probatorio. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, No. 69, 49-60.
- Stein, F. (1990). *El conocimiento privado del juez*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A.
- Talavera Elguera, P. (2009). *La Prueba eb el Nuevo Proceso Penal. Manuel del Derecho Probatorio y de la valorización de las pruebas en el Proceso Penal Común (primera edición)*. Lima: Academia de la Magistratura - GTZ - Ministerio Federal de Cooperación Económica y Desarrollo.
- Talavera Elguera, P. (2009). *La prueba en el nuevo proceso penal*. Lima: Academia de la Magistartura.
- Talavera Elguera, P. (2009). *La Prueba en el Nuevo Proceso Penal. Manual del Derecho Probatorio y de la valorización de las pruebas en el Proceso Penal Común (primera edición)*. Lima: Academia de la Magistratura - GTZ - Ministerio Federal de Cooperación Económica y Desarrollo.
- Tamayo, M. I., Simón, P., Méndez, C., & García, F. J. (2012). *Guía para hacer la voluntad vital anticipada*. Sevilla: Consejería de Salud.
- Taruffo, M. (2009). *La Prueba. Artículos y Conferencias (primera edición)*. Santiago de Chile: Editorial Metropolitana.
- Tinoco Álvarez, M. A. (2012). *Algunas consideraciones en torno al concepto de idoneidad, posibilidad y exclusividad de la prueba en los procedimientos judiciales de naturaleza civil*. Recuperado el 25 de 01 de 2017, de <https://sites.google.com/site/lasallius/algunasconsideracionesentornoalconceptod>.
- Tortosa, A. L. (2016). *Las redes sociales como medio de de prueba en el proceso laboral*. Castellón de la Plana: Universitat Jaume I.

- Véscovi, E., De Hegedus, M., Klett, S., Minvielle, B., Simón, L., & Pereira, S. (1995). *Código General del Proceso (comentado, anotado y concordado) Tomo III*. Montevideo: Editorial Ábaco.
- Villavicencio Torres, J. (2005). *La prueba instrumental en el Código Civil ecuatoriano*. Recuperado el 02 de 03 de 2017, de Tesis previa a la obtención del Grado de Doctor en Jurisprudencia. Universidad de Cuenca: <http://cdjbv.ucuenca.edu.ec/ebooks/c945.pdf>.
- Vizcarra Dávalos, J. (1997). *Teoría General del proceso*. México: Editorial Porrúa.
- Zambrano Pasquel, A. (04 de 02 de 2008). *Las Convenciones Probatorias*. Obtenido de http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/211109/dp-convenciones_probatorias.pdf.
- Zayas, P. (1872). *Tratado Elemental de Procedimientos en el ramo civil conforme al Código puesto en vigor en el Distrito Federal el 15 de Septiembre de 1872*. México: Neve Hermano Impresores.
- Zubiri, F. (2004). ¿Qué es la sana crítica? La valoración judicial del dictamen experto. *Revista Jueces para la democracia*, No. 50, 52-62.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

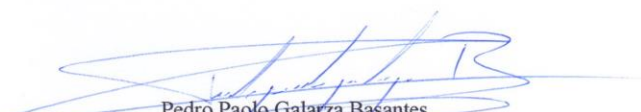
DECLARACIÓN y AUTORIZACIÓN

Yo, **PEDRO PAOLO GALARZA BASANTES** C.I. **172266845-4** autor del trabajo de graduación intitulado: **“PRÁCTICA DE LA PRUEBA DOCUMENTAL A PARTIR DE LA VIGENCIA DEL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS (COGEP)”**, previo a la obtención del título profesional de **ABOGADO** en la Facultad de **JURISPRUDENCIA DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR**:

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

2.- Autorizo a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador a difundir a través de sitio web de la Biblioteca de la PUCE el referido trabajo de graduación, respetando las políticas de propiedad intelectual de Universidad.

Quito, 22 de febrero de 2018


Pedro Paolo Galarza Basantes
C.I. 172266845-4




REPÚBLICA DEL ECUADOR
DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTRO CIVIL,
IDENTIFICACIÓN Y CEDULACIÓN

CEDULA DE CIUDADANIA DISCAPACIDAD No. 172266845-4

APELLIDOS Y NOMBRES
GALARZA BASANTES
PEDRO PAOLO

LUGAR DE NACIMIENTO
PICHINCHA
QUITO
GONZALEZ SUAREZ

FECHA DE NACIMIENTO 1993-08-12
NACIONALIDAD ECUATORIANA
SEXO HOMBRE
ESTADO CIVIL SOLTERO

INSTRUCCIÓN SUPERIOR **PROFESIÓN / OCUPACIÓN** ESTUDIANTE **E333312222**

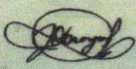
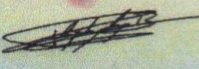




APELLIDOS Y NOMBRES DEL PADRE
GALARZA SALCEDO SEGUNDO PEDRO

APELLIDOS Y NOMBRES DE LA MADRE
BASANTES EVA AZUCENA

LUGAR Y FECHA DE EXPEDICIÓN
RUMINAHUI
2016-09-28

FECHA DE EXPIRACIÓN
2026-09-28

FORMA DEL CEDULADO

IGN 16 08 569 05

000527369

CERTIFICADO DE VOTACIÓN
4 DE FEBRERO 2016

026 JUNTA No. **026 - 291** NUMERO **1722668454** CÉDULA

GALARZA BASANTES PEDRO PAOLO
APELLIDOS Y NOMBRES

PICHINCHA PROVINCIA **CIRCUNSCRIPCIÓN:**
QUITO CANTÓN **ZONA:**
CONOCOTO PARROQUIA