



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**

TEMA:

**LIMITACIONES DEL SISTEMA LEGAL Y DE LIBRE VALORACIÓN
PROBATORIA PARA OBTENER LA VERDAD PROCESAL**

AUTORA:

DRA. EULALIA SALGADO CÓRDOVA

**PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL GRADO ACADÉMICO DE:
MAGISTER EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**

TUTOR:

DR. JAVIER AGUIRRE VALDEZ

Guayaquil, Ecuador

2019



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo fue realizado en su totalidad por la **Abogada, Salgado Córdova Ana Eulalia**, como requerimiento parcial para la obtención del Grado Académico de **Magister en Derecho Mención Derecho Procesal**.

DIRECTOR DEL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

Dr. Javier Aguirre Valdez

REVISORA

Dra. Nuria Pérez Puig-Mir

DIRECTOR DEL PROGRAMA

Dr. Santiago Velázquez Velázquez

Guayaquil, 24 de julio del 2019



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo, Ana Eulalia Salgado Córdova

DECLARO QUE:

El Proyecto de Investigación: *Limitaciones del sistema legal y de libre valoración probatoria para obtener la verdad procesal*, previo a la obtención del Grado Académico de Magister en Derecho Mención Derecho Procesal, ha sido desarrollado en base a una investigación exhaustiva, respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan al pie de las páginas correspondientes, cuyas fuentes se incorporan en la bibliografía. Consecuentemente este trabajo es de mi autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance científico de la tesis del Grado Académico en mención.

Guayaquil, 24 de julio del 2019

LA AUTORA

Dra. Ana Eulalia Salgado Córdova



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**

AUTORIZACIÓN

Yo, Ana Eulalia Salgado Córdova

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, la publicación en la biblioteca de la institución del Proyecto de Investigación, previo a la obtención del Grado Académico de Magister en Derecho Mención Derecho Procesal, titulada: *Limitaciones del sistema legal y de libre valoración probatoria para obtener la verdad procesal*, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, 24 de julio del 2019

LA AUTORA

Dra. Ana Eulalia Salgado Córdova



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**

INFORME DE URKUND

URKUND ★ PROBAR LA NUEVA BETA DE URKUND

Documento [TESIS FINAL EULALIA SALGADO URKUND junio 2019.docx](#) (054131962)

Presentado 2019-06-24 23:16 (-05:00)

Presentado por Andrés Isaac Obando Ochoa (ing.obandoo@hotmail.com)

Recibido santiago.velazquez.ucsg@analysis.orkund.com

Mensaje Fwd: [Mostrar el mensaje completo](#)

4% de estas 53 páginas, se componen de texto presente en 13 fuentes.

| Lista de fuentes | Bloques |
|------------------|---|
| Categoría | Enlace/nombre de archivo |
| | https://rua.ua.es/dspace/bitstream/20045/37145/2/apuntes_sobre_prueba_y_argu... <input checked="" type="checkbox"/> |
| | http://temoweb.esade.edu/research/ldap/valoracion-de-los-medios.pdf <input checked="" type="checkbox"/> |
| | https://derecho-probatario.jmdo.com/probatario-I/Unidad-II/consideraciones-gene... <input checked="" type="checkbox"/> |
| | http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/1135 <input checked="" type="checkbox"/> |
| | http://www.dspace.uca.edu.ec/handle/25000/3908 <input checked="" type="checkbox"/> |
| | https://www.gj.gov.pe/wps/wcm/connect/e206f804f0a4a6ad2bdcae6e06e52/Ba... <input checked="" type="checkbox"/> |
| | http://dspace.untriu.edu.pe/bitstream/handle/UNTRU/12436/Tesis%20GREIS%20 <input checked="" type="checkbox"/> |
| | TESIS PURIHUAMAN MATTIA SHIRLY.docx <input checked="" type="checkbox"/> |
| | EC ALEJANDRO.docx <input checked="" type="checkbox"/> |
| | https://scielo.conicet.cil/scielo.php?script=sci_arttext&id=50718-9012008000200003 <input checked="" type="checkbox"/> |
| | https://www.slideshare.net/Leonardo/InicioRosil/bases-de-la-prueba-civil-y-penal-... <input checked="" type="checkbox"/> |
| | http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&id=S1882-253020100002000... <input checked="" type="checkbox"/> |
| | https://es.wikipedia.org/wiki/Prueba_(derecho) <input checked="" type="checkbox"/> |

Fuentes alternativas

AGRADECIMIENTO

A la UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTIAGO DE GUAYAQUIL por ser una comunidad académica que aspira a la excelencia y ha proyectado retos en mi formación. A todos los Docentes, especialmente al Dr. Santiago Velázquez Velázquez - Director de Posgrado- y al Dr. Javier Aguirre Valdez, Asesor de esta Tesis, con su calidad humana y preparación jurídica, constituyen una fuente de enseñanza y aprendizaje.

Al Dr. Francisco Obando Freire por sus directrices metodológicas impartidas con paciencia, demostró siempre entrega a sus funciones.

Al Ing. Andrés Obando Ochoa, coordinador académico, por su atención esmerada en múltiples aspectos.

DEDICATORIA

A mi padre, ejemplo de trabajo, rectitud y sabiduría;

A mi madre, me impregna de lucha y superación permanente;

A mi esposo e hijos, por ellos tengo energía, esperanza y sueños;

A mis hermanas, son mi fortaleza y apoyo ante las vicisitudes

que nos depara la vida.

A los amigos, nos impulsan en la fe y el amor,

quizás sin darse cuenta.

A los niños cuya risa arrulla al día, cuyo llanto arrulla a la noche,

palpitando siempre –día y noche- en el corazón de sus abuelos.

A Ti, Dios mío elevo una plegaria de silencio perfecto...

ÍNDICE GENERAL

| | Página |
|--|---------------|
| INTRODUCCIÓN | 2 |
| CAPÍTULO 1.- MARCO TEÓRICO | |
| 1.1 Enfoque histórico de la prueba..... | 8 |
| 1.2 La prueba judicial y sus componentes..... | 13 |
| 1.2.1 Conceptos de prueba..... | 13 |
| 1.2.2 Componentes de la prueba judicial..... | 13 |
| 1.2.3 Fuentes y medios probatorios..... | 18 |
| 1.2.4 Partes o los intervinientes en el proceso y convicción del juez sobre los hechos..... | 21 |
| 1.2.5 Hechos como presupuestos de sus intereses (de las partes) Materiales perseguidos..... | 23 |
| 1.3 Sistemas de valoración probatoria..... | 24 |
| 1.3.1 Definición de valoración probatoria..... | 24 |
| 1.3.2 Clasificación de los sistemas probatorios..... | 26 |
| 1.3.2.1 Prueba legal o tasada..... | 27 |
| 1.3.2.2 Libre valoración probatoria..... | 28 |
| 1.3.2.3 La Sana Crítica..... | 30 |
| 1.3.2.3.1 Origen y definición..... | 30 |
| 1.3.2.3.2 Las máximas de experiencia..... | 31 |
| 1.3.2.3.3 Reglas lógicas..... | 35 |
| 1.4 La verdad en el proceso..... | 35 |

| | |
|---|----|
| 1.4.1 Definición y teorías sobre la verdad..... | 35 |
| 1.4.2 La estructura de la inferencia probatoria..... | 39 |
| 1.4.3 Teorías argumentativas..... | 41 |
| 1.4.3.1 Modelo analítico de Toulmin..... | 42 |
| CAPÍTULO 2.- MARCO METODOLÓGICO | |
| 2.1 Enfoques de la investigación..... | 47 |
| 2.2 Alcance..... | 48 |
| 2.3 Tipo..... | 50 |
| 2.4 Corte transversal..... | 50 |
| 2.5 Métodos | |
| 2.5.1 Teóricos..... | 51 |
| 2.5.2 Empíricos..... | 52 |
| 2.6 Análisis normativo del ordenamiento jurídico ecuatoriano sobre la prueba. | |
| 2.7 Análisis de una sentencia recurso de casación n°26-2002. Apreciación crítica sobre la base del documento <i>Consideraciones sobre prueba y motivación</i> por Michelle Taruffo..... | 55 |
| 2.7.1 Apreciación crítica de la sentencia..... | 57 |
| CAPÍTULO 3.-RESULTADOS | |
| 3.1 Encuestas sobre las limitaciones de los sistemas de prueba legal o tasada y De libre valoración probatoria..... | 63 |
| Análisis de los resultados obtenidos..... | 64 |
| 3.2 Encuestas para medir los errores relacionados con la prueba y valoración | 65 |
| Análisis de los resultados obtenidos..... | 67 |

| | |
|---|-----------|
| CAPÍTULO 4.- DISCUSIÓN | |
| 4.1 Argumentación jurídica..... | 71 |
| 4.2 Contrastación empírica..... | 72 |
| 4.3 Influencia de los resultados para futuras investigaciones jurídicas..... | 76 |
| CAPÍTULO 5.- PROPUESTA | |
| 5.1 Enfoque de derechos en la aplicación de los principios para la valoración probatoria..... | 77 |
| 5.1.1 Principio de la unidad y comunidad de la prueba..... | 78 |
| 5.1.2 Principio de legalidad y legitimidad de la prueba..... | 79 |
| 5.1.3 Principio dispositivo..... | 79 |
| 5.1.4 Principio del interés público de la función de la prueba..... | 80 |
| 5.1.5 La motivación de la resolución judicial..... | 80 |
| CONCLUSIONES..... | 82 |
| Bibliografía..... | 85 |
| Apéndices | |

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1

Limitaciones de los sistemas de prueba legal y libre valoración probatoria..... **63**

Tabla 2

Errores relacionados con la prueba y su valoración..... **66**

Tabla 3

Errores de admisibilidad, práctica y valoración probatoria combinadas las escalas
apreciación..... **68**

ÍNDICE DE FIGURAS

| | Página |
|--|---------------|
| Figura 1 | |
| Limitaciones de los sistemas de prueba legal y libre valoración probatoria..... | 64 |
| Figura 2 | |
| Errores relacionados con la prueba y su valoración..... | 67 |
| Figura 3 | |
| Errores de admisibilidad, práctica y valoración probatoria combinadas las escalas de apreciación..... | 69 |

ABSTRACT

Antecedents: The “Limitations of statutory regulations concerning evidences and the valuation of evidences to obtain the procedural truth” arises from controversial approaches on the conception of evidences and valuation of evidences; the objective of the research systematizes a doctrinal conceptual field in relation to such a thematic, complex and nuclear in the process. **The methodology** of the research is qualitative, a survey was applied to 40 judges to investigate their criteria on such systems, especially the sound criticism and 44 lawyers were asked about the limitations on the admissibility, practice and evaluation of the evidences. The **results** obtained point to sound criticism as the means of valuation of the evidences based on reason, logic, experience and the knowledge Judges consistent with the scientific contribution, free of arbitrariness. Regarding the errors in the evidence admissibility, they mentioned the errors, determined responsibilities even in the cases where evidence was insufficient as well as elements related to subjective factors to constitute the criteria of the judge. The research includes and analysis of the evidence procedure as mentioned in the COGEP and also a judgment of cassation in civil matters (extraordinary prescription for acquisition of property). It **concludes** with a proposal to have a correct legal approach to apply the principles for evidence valuation, not disregarding a philosophical legal political foundation as the Law cannot be detached from the social reality, adding the critical reasoning as an indispensable element to avoid irrational elements in judicial decisions.

Key words: evidences, valuation of evidences, procedural truth, critical reasoning.

RESUMEN

Antecedentes: Las “Limitaciones de los sistemas de prueba tasada y libre valoración probatoria para obtener la verdad procesal” surge por los enfoques controvertidos sobre la concepción de la prueba y valoración probatoria; el objetivo sistematiza un campo conceptual doctrinario en relación a tal temática, compleja y nuclear en el proceso. La **metodología** de la investigación es cualitativa, se aplicó una encuesta a 40 jueces para indagar sus criterios sobre dichos sistemas, especialmente la sana crítica y a 44 abogados se averigua sobre las limitaciones en la admisibilidad, práctica y valoración de la prueba. Los **resultados** obtenidos señalan la sana crítica como el medio de valoración probatoria fundamentado en la razón, la lógica, la experiencia y el conocimiento del juzgador coherente con el aporte científico, libre de arbitrariedades. En cuanto a los errores en la actividad probatoria mencionaron las equivocaciones en la admisibilidad de la prueba, determinación de responsabilidades a pesar de existir insuficiencia en las pruebas y elementos en torno a la incidencia de factores subjetivos en la configuración de la convicción del juzgador; se analizó la prueba en el COGEP y una sentencia de casación en materia civil (prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio). Se **concluye** con la propuesta de un enfoque de derechos en la aplicación de los principios para la valoración probatoria, sin omitir una fundamentación filosófica política jurídica debeladora de que el Derecho no puede estar desligado de la realidad social, sumándose el razonamiento crítico como elemento indispensable para evitar elementos irracionales en las decisiones judiciales.

Palabras claves: prueba, valoración probatoria, verdad procesal, sana crítica.

INTRODUCCIÓN

La trascendencia de la función jurisdiccional consistente en administrar justicia se vincula a la significación de la prueba en el proceso. La institución de la prueba judicial constituye el núcleo del proceso, sin la prueba no sería posible al juzgador emitir la sentencia, de allí que poseer un derecho y no poder probarlo no sirve de nada, en otras palabras, quien tiene un derecho careciendo de los medios para probarlo tiene realmente una sombra del derecho, con razón se ha expresado que el proceso es el arte de administrar pruebas. Después de leer y reflexionar sobre los efectos jurídicos de la práctica de prueba y la valoración probatoria, la considero el corazón del derecho a la defensa y a la tutela judicial efectiva, además, se entiende por qué en los ordenamientos jurídicos contemporáneos se ha constitucionalizado el derecho a la prueba.

El objeto de estudio: la prueba, es necesario analizarlo partiendo de los conceptos de prueba más difundidos y aceptados en la Doctrina y considerar los diversos enfoques, Rosaura Esther Barrientos (2008) presentó una conceptualización de prueba, desde un prisma objetivo, subjetivo y mixto; el enfoque objetivo permite conceptualizar la prueba de manera instrumental, es decir como un medio conducente a que el operador de justicia conozca los hechos, ampliándose el abanico de lo que comprende la prueba, tanto a las actividades, fuentes y medios orientados a insertar la prueba en el proceso.

El enfoque subjetivo de la prueba traslada la concepción de prueba al resultado obtenido de la práctica de la prueba. Cuando se da una combinación de los elementos subjetivos y objetivos, se produce una conceptualización mixta. Se debe obtener un marco conceptual jurídico del **campo de estudio**, los sistemas de valoración probatoria,

se dirigen a la obtención de la verdad procesal, su complejidad entraña posiciones antagónicas en la Doctrina, siendo el sistema de prueba tasada o legal y el sistema de libre valoración de la prueba y la sana crítica, sistemas que suscitan investigaciones en todos los ordenamientos jurídicos y son abordados desde una teoría cognoscitivista, racional o epistémica o una teoría positivista.

Se ha definido la valoración como un juicio de aceptabilidad o de veracidad de los resultados probatorios, como un núcleo del razonamiento probatorio, que conduce, a partir de las informaciones aportadas al proceso a través de los medios de prueba, a una afirmación sobre hechos controvertidos (Obando, 2013).

Hay diversas clasificaciones en la Doctrina, sobre los tipos de sistemas probatorios, o con mejor precisión, sobre sus denominaciones. Así:

Sistema de prueba libre o libre apreciación;

Sistema de prueba legal en el sentido estricto; y,

Sistema de la sana crítica o persuasión racional (Rojas, 2012)

Algunos autores han sostenido, que libre apreciación, convicción íntima, libre convicción, apreciación razonada o libre apreciación razonada significan lo mismo: libertad para apreciar la prueba de acuerdo con la lógica y las reglas de la experiencia que, según el criterio del órgano judicial, sean aplicables al caso (Narváez, 2012 & Couture, 1949).

La sana crítica al ser un componente de un sistema de valoración probatorio se la define como el conjunto de reglas para juzgar la verdad de las cosas o la conducta libre de errores y de vicios (García & Vicuña, 2013). Se deja establecido un cuestionamiento de imposibilidad taxativa de enunciar reglas para la sana crítica como componente de un

sistema de valoración probatoria, de lo que se deriva criterios divididos en la Doctrina, unos la elogian como sistema moderno de valoración probatoria que libera al juzgador de la rigidez de la lógica formal y otros la condenan como detonante del absurdo y la arbitrariedad por estar contaminada de un subjetivismo recalcitrante y el conocimiento *privado* del juzgador.

La verdad procesal constituye un tema debatido y controversial, son muchos procesalistas que señalan como única factibilidad la de lograr dentro del proceso una aproximación a la verdad, obteniéndose verdades relativas, verdades contextuales, en función de los datos epistémicos de las pruebas actuadas. No dejan de mencionar las limitaciones derivadas de normas jurídicas sobre la prueba o la insuficiencia de elementos probatorios, pudiendo el juez tomar una decisión que no corresponde a la realidad de los hechos.

Una definición de verdad procesal muy divulgada señala que ésta surge en el proceso a partir de las afirmaciones de las partes, obtenida por los medios y a través del procedimiento, previstos en el derecho y certificada por la autoridad del juzgador (González, 2012). Surge el cuestionamiento ¿Cuándo un enunciado es verdad? Abordando sintéticamente el tema –por su gran importancia- amerita mencionar tres teorías sobre la verdad, son las que más relevancia tienen dentro de la Doctrina:

La verdad como correspondencia, la que afirma un enunciado como verdadero cuando este describe lo ocurrido en realidad o expresado de otro modo, hay una correspondencia entre el lenguaje y los hechos de la realidad. La teoría de la verdad como coherencia, enfatiza la relación entre enunciados o sus significados, entendiéndose por coherencia que los enunciados se complementan mutuamente y hay carencia de contradicción. La teoría

pragmática de la verdad la fundamenta en la utilidad. Un enunciado o una creencia son verdaderos si son útiles.

El problema radica en la ambigüedad con la que se usa la palabra prueba y la intersubjetividad en la interpretación de los fundamentos jurídicos de cada sistema probatorio. Suele confundirse la actividad de probar algo, los medios de prueba y los hechos probados del caso, derivándose errores en las inferencias o argumentos jurídicos, existiendo la posibilidad de obtener conclusiones falsas o al menos una aproximación deficiente a la verdad, aún más si se tiene presente las dificultades de inferir a partir de medios de prueba conclusiones acerca de hechos pasados, sumado generalmente a la compleja variedad de hechos a probarse.

Tanto en la práctica jurídica como en la Academia existe una insuficiente fundamentación de las tesis de la objetividad ontológica y objetividad epistemológica, no se establece distinciones entre hecho externo, la percepción de un hecho y la interpretación de un hecho. La dependencia de la percepción de factores socioculturales permite afirmar la relatividad de la interpretación de un hecho, la misma que depende de la información previa que posee el individuo. Todos estos elementos pueden producir una coordinación incorrecta del razonamiento y valoraciones contrarias a la realidad de los hechos.

Téngase en cuenta que el juez no es infalible, existe el error judicial; la estructura compleja de la inferencia probatoria constituida de normas que establecen presunciones, casos anteriores, presunciones del juez, máximas de experiencia, definiciones, hechos probatorios, los mismos que pueden ser encadenamientos de inferencias sustancialmente análogas, por tanto, hay elementos observacionales y teóricos,

que inciden en la argumentación jurídica.

A partir de la fundamentación jurídica de las limitaciones del sistema legal y de libre valoración probatoria y el análisis de las diferentes concepciones de verdad procesal, se sistematizará la normativa y procedimientos que contribuirán a la eficacia en la libre valoración de la prueba y la determinación de la verdad procesal. **Formulo la pregunta científica** en los siguientes términos: ¿qué principios jurídicos y bajo cual concepción procesal, garantizarían la aplicación del sistema de libre valoración de la prueba y la sana crítica, para la determinación de la verdad procesal?

La tesis propuesta que se demuestra y argumenta, sostiene que la libre valoración probatoria y la sana crítica para alcanzar la verdad procesal permiten un grado de discrecionalidad judicial racional del juzgador en la fundamentación de sus resoluciones judiciales. Tesis que se sustenta en la **premisa** de derrotabilidad de las normas de prueba legal en tanto se asientan en presunciones de legalidad y no de derecho, por la información derivada de prueba libremente valorada por el juzgador y basada en su convencimiento lógico razonado.

Afirmo que, la actividad probatoria está en relación directa con el modelo que rija el fin de la jurisdicción, en una concepción doctrinal muy difundida, la máxima aproximación a la verdad y justicia, siendo esencial el enfoque y teoría epistemológica por la cual se opte para fundamentar los conocimientos, acciones y actitudes de los actores del sistema judicial y dentro de este la determinación del rol prevalente que asume el juzgador. Se propone una visión de la valoración probatoria desde un enfoque de derechos y en el paradigma del neo constitucionalismo, fundamentado en una concepción crítica y social del Derecho.

El objetivo general va dirigido a sistematizar un campo conceptual doctrinario en relación al sistema de libre valoración de la prueba, orientado a obtener la determinación de la verdad procesal.

Los objetivos específicos propuestos son los siguientes:

- Identificar las limitaciones del sistema legal y de libre valoración probatoria según la concepción racionalista y epistémica de la prueba.
- Examinar la normativa jurídica ecuatoriana sobre la prueba y el sistema de la sana crítica.
- Analizar los diferentes enfoques de verdad en el proceso y la estructura de la inferencia probatoria judicial.
- Señalar los principios jurídicos que contribuirán a la eficacia de la libre valoración probatoria en la emisión de las resoluciones judiciales.

Los métodos teóricos que se utilizarán son:

- Teórico jurídico para analizar el objeto y campo de estudio.
- Histórico jurídico para exponer los antecedentes.
- Jurídico analítico para presentar los aportes de los juristas y doctrina en relación a las objeciones de las diferentes concepciones de la actividad probatoria.
- Exegético para interpretar las decisiones judiciales.

Los métodos empíricos utilizados en esta investigación son:

- Análisis documental que implica revisión de la normativa jurídica pertinente.
- Sistémico para el análisis de los resultados de la investigación aplicada.
- Dialéctico con el fin de establecer conclusiones jurídicas como consecuencia de la argumentación y contra argumentación doctrinal.

La novedad científica se presenta porque a partir de las controversias en la doctrina sobre la eficacia de los sistemas legal y de libre valoración de la prueba y siendo la valoración probatoria el núcleo del proceso, se requiere sistematizar un campo conceptual doctrinario en relación con el sistema de libre valoración de la prueba y sana crítica, orientado a obtener la determinación de la verdad procesal.

CAPÍTULO 1

MARCO TEÓRICO

1.1 Enfoque histórico de la Prueba

La evolución de la prueba a través de la transformación de la sociedad y de los pueblos se ubica desde los planteamientos de la Escuela Histórica, cuyo principal postulado afirma que el Derecho vigente solo es posible entenderlo como resultado de su evolución histórica, en función de un pueblo en concreto; no es esfuerzo racional individual, sino mejor fruto de una creación colectiva en la que los diversos aportes se inscriben en un todo más amplio, el Derecho no puede contemplarse en un determinado momento, sino integrado en el pasado y orientado hacia el devenir (Cornejo, 2006).

Devis Echandía (1970) señala las siguientes fases de la evolución de las pruebas judiciales:

Fase étnica que suele también ser llamada fase primitiva, corresponde a las sociedades en formación, no existía regulación alguna, las pruebas se dejan a merced de las impresiones personales, por consiguiente, la apreciación de la prueba era totalmente discrecional.

Fase Religiosa o Mística, aquí están las ordalías o juicios de Dios, la resolución del conflicto se entrega a la Divinidad, especialmente en la Edad Media occidental estas pruebas se hacían a los acusados para probar su inocencia, eran muy comunes las ordalías por medio del duelo, el hierro candente, por aceite hirviendo o hierro fundido, constituyen muestra de barbarie y fanatismo religioso. Máxima prevalencia tiene la confesión, se trata de obtenerla,

por cualquier medio, recibe el nombre de la *reina de las pruebas* y con ella puede terminar el proceso, es suficiente para el juez y para el pueblo.

Fase Legal o Tasada, deriva del proceso canónico, limitándose el poder y abuso, se establecieron los medios de pruebas formales y su valor probatorio. Los jueces se someten a las leyes probatorias para emitir sus resoluciones.

Etapa Sentimental: de la fase legal rígida se pasa a un sistema de apreciación judicial libre, el acento se coloca en la íntima convicción del juez, también se identifican con esta etapa, otros conceptos como la sana crítica (Tomás, Pineda, & Salmona, 2004).

Fase Científica: especialmente se configura en el ámbito penal, no solamente el juez aprecia la prueba, sino que se insta a la realización de las pericias; en la determinación del hecho se recurre a métodos científicos.

Si se recorre la evolución de la prueba con una mirada en la historia europea y específicamente en Grecia y Roma, se puede afirmar que en las legislaciones actuales subsisten muchas de las concepciones jurídicas romanas, recuérdese que Grecia nos legó su cultura y Roma su juricidad. Inés Rodríguez Lara (2009) refiere el estudio que hizo Aristóteles sobre materia probatoria de Grecia en su fase antigua, quién examinó la prueba en dos aspectos intrínseco y extrínseco, además, la clasificó en propia e impropia, artificial y no artificial; señaló que la prueba principal está constituida por silogismos y la inducción.

En Grecia imperó la oralidad, tanto en el proceso civil como en el penal, rigió el principio dispositivo por el cual son las partes las que deben producir las pruebas; entre los medios de prueba más importantes se puede mencionar: el testimonio, el juramento, los documentos. Caracterizó a esta civilización la adopción de la crítica lógica y razonada de la prueba, y al parecer no regía la tarifa legal que determinara el valor de la prueba.

El principio aristotélico de la Probabilidad del error rigió hasta la etapa moderna, principio que ya planteó el error de las percepciones y, por consiguiente, se limitó el testimonio de los testigos a lo percibido directamente. Siguiendo la obra de Davis Echandía (2000) la evolución de la materia de las pruebas en Roma la explicó en tres fases:

- Fase del período formulario, no existían reglas especiales sobre la prueba, e imperaba el sistema de la libre apreciación. En los tiempos de la República era el pueblo quien juzgaba, reunido en centurias o por tribus, lo cual excluía la posibilidad de que existieran reglas especiales, los jueces resuelven de acuerdo a su personal convicción.
- En el gobierno de los emperadores, el juez obtiene mayores prerrogativas, así puede interrogar a las partes y asignar la carga de la prueba; hubo una tendencia a disminuir la libertad del juez en la apreciación de las pruebas y a imponerle reglas preestablecidas para muchos casos, sin embargo, coinciden los investigadores en señalar, que los jueces continúan obedeciendo a su convicción.
- Período Justiniano: los textos legales que aparecieron norman algunos aspectos, así las reglas de la carga de la prueba, el principio del contradictorio en cuanto se interroga a los testigos y debe ser conocido por ambas partes, se confiere al demandado el derecho a excepcionar, vienen a constituir una serie de textos legales (Corpus) la base sobre las cuales en la Edad Media se construyó la lógica de la prueba mediante el derecho canónico.

El derecho canónico se impuso a los sistemas místicos religiosos que estaban presentes en los distintos países europeos, se elaboraron muchas reglas sobre pruebas, aplicando el método escolástico, se introdujo en general la lógica en el proceso, pero por la transición del proceso acusatorio al proceso inquisitorio, el juez asumió las facultades para procurar la

confesión (procesos penales) y surgió *el tormento judicial como práctica usual* (Sentís, 1959, p. 599)

La evolución del Derecho probatorio tuvo lugar en todos los países, España, Alemania, Inglaterra, Francia, Rusia; las distintas codificaciones fueron abriendo paso a superar las prácticas de barbarie de las ordalías y tormento, procesos secretos y de intervención de la divinidad, así se puede mencionar Ordenamiento de Alcalá y Leyes de Toro, Fuero juzgo y las Partidas (España); Ordenanza de Justicia Penal de Carlos V (Constitutio Criminalis Carolina, de 1532); Ley promulgada por Leopoldo, Duque de Toscana en 1786 en la cual hay abolición del tormento y tendencia a la búsqueda de la verdad real.

De la lectura de algunos estudios e investigaciones documentadas hecha por los juristas, se llega a concluir la existencia de un entramado de factores de toda índole que determina la evolución de ideas en la concepción de la prueba, por tanto, se debe tener presente otro postulado de la Escuela Histórica referido a la correcta comprensión de una norma necesariamente vinculado a su contexto social y a la sistematización legal, es complejo elaborar síntesis y juicios de valor, estamos ante siglos de historia, de allí que se selecciona un texto muy completo que permitirá ese cometido:

A fin de cuentas, queda un balance muy ambiguo del poder punitivo del Estado de la Modernidad temprana. También el modelo penal más avanzado de Europa en ese entonces, no puede ser evaluado en meros términos optimistas. Por una parte, los tres siglos de la Constitutio Criminalis Carolina muestran avances que también el observador del presente puede valorar, en particular la precisión de los delitos, la

diferenciación de los castigos según la gravedad, una especie de parte general, el enfoque en la culpa, el derecho penal juvenil, normas de igualdad de género, los indicios, la medicina forense y, en particular, las garantías procesales que se pudieron defender ante las cortes supremas. Por otra parte, aparece el lado oscuro del Estado con un pico de la bestialidad pública para escenificar el poder estatal, caracterizada por fiestas de la muerte en las formas más brutales imaginables, y el uso sistemático de la tortura probatoria para presionar a confesiones que fueron muchas veces falsas, con un alto nivel de desigualdad ejemplar en la aplicación real y con una capacidad muy baja de diferenciar entre los delincuentes reales e imaginados. Oficialmente se quiso suprimir los homicidios y asesinatos, pero el Estado mismo se convirtió en el gran asesino cuando ejecutó a varios miles de personas que el observador de hoy percibe como inocentes, al estilo de sacrificios humanos judiciales para calmar la ira divina (procesos de hechiceros y brujas), y además cuando intentó dejar desaparecer una sobrepoblación indeseada bajo la espada del verdugo (juicios de errantes) (Marquardt, 2017, p. 48).

Expresado de otra forma, se está ante las pruebas irracionales (ordalías, juramento y duelo), hechos carentes de sustento en datos empíricos, no hay análisis retrospectivo al problema fáctico ni factores externos al sujeto cognoscente que suministren información, falta el *sostén* de la prueba, no hay fuentes ni medios.

La fase sentimental o llamada de la convicción moral tiene su ubicación en la Revolución Francesa, siendo en materia probatoria su postulado esencial la libertad de

apreciación y la convicción íntima como fundamento del fallo, criterio que inicialmente se llevó a extremos considerándose que no debe existir reglas para ese proceso de convicción íntima, sistema que rigió para el proceso penal y en el proceso civil continuó predominando el sistema de tarifa legal, debido a su concepción privatista basado en el individualismo filosófico y político.

El concepto de la prueba judicial en el derecho moderno es atribuido a Bentham que la fundamenta en la filosofía inductiva y en la ciencia experimental, en la noción de probabilidad objetiva y de investigación. La libertad de valorar la prueba es una consecuencia lógica de las ciencias empíricas del mundo moderno e implica un concepto técnico de la investigación de la verdad de los hechos, que rechaza la concepción del razonamiento judicial como un puro silogismo, y, por tanto, significa una ampliación del campo de investigación del juez, que debe recurrir ya no solo a la lógica, sino a la psicología, a la técnica y a las nuevas ciencias empíricas, para la valoración de la prueba. Se puede sintetizar que en el derecho moderno la prueba se basa en la lógica inductiva y en la experiencia. En los tiempos actuales se compara la investigación del juzgador con la de un historiador, porque el juez debe reconstruir el pasado.

1.2 La prueba judicial y sus componentes

1.2.1 Conceptos de prueba

Luis Bernardo Ruiz Jaramillo (2016) definió la prueba en términos muy semejantes a Echandía, la conceptuó como los argumentos o motivos derivados de las fuentes o medios de conocimiento utilizados por las partes en el proceso y que sirve para que el juzgador conforme la convicción sobre los hechos, siendo estos presupuestos de los intereses materiales perseguidos.

1.2.2 Componentes de la prueba judicial

Se debe realizar un análisis atento de los siguientes elementos:

- Argumentos o motivos
- Los hechos
- Fuentes o medios de conocimiento
- Partes o los intervinientes en el proceso
- Convicción del juez sobre los hechos
- Hechos como presupuestos de sus intereses (de las partes) materiales perseguidos.

Argumentos o motivos

Efectivamente la prueba es inseparable de la argumentación, tanto que el procesalista italiano Michele Taruffo (2005) calificó de prueba a todo elemento idóneo para fundar una inferencia capaz de ofrecer apoyo a una aserción sobre un hecho. Carlos Natarén y Beatriz Ramírez “concibieron la prueba como argumento lógico que integra y relaciona el significado de las huellas o los rastros (contenido) que quedaron probados en los instrumentos probatorios”. (2011, p. 123).

La acreditación de los hechos en el proceso se realiza a través de la prueba. Rogelio Larios y Lucila Caballero (2011) afirmaron que la prueba es inseparable de la argumentación, porque ¿para qué hablar de prueba si no sirve como apoyo argumentativo para la aceptación o no de un hecho? Por esto, el concepto de prueba debe vincularse siempre con el de argumento, los autores mencionados en las investigaciones realizadas en la Universidad de Sonora plantearon un interrogante, ¿cómo es que un hecho probatorio por medio de su enunciado puede justificar la falsedad, verdad o probabilidad de otro hecho? Explicando que así es en tanto lo determine la ley.

La prueba es un tipo de argumento o razonamiento, está sujeta a los principios de la teoría de la argumentación, entendida la argumentación como un conjunto de razones (premisas) que apoyan una conclusión. Se adopta presupuestos que permiten avanzar en la argumentación. Esos presupuestos giran en torno de hechos, tema que también ha ocasionado polémicas en los distintos enfoques doctrinarios.

Los hechos

Es necesario determinar el concepto de hecho en su relación con la prueba, Marco Antonio Díaz de León (2010) seleccionó dos definiciones de hecho para vincularlas con la prueba jurídica: primero como un acontecimiento que ocurre en el tiempo y en el espacio. El segundo concepto referido es el de Mario Bunge quien señala un hecho como un acontecimiento real o posible. El primer concepto permite afirmar que un hecho que no acontece no es un hecho, por tanto, no se puede predicar la verdad o falsedad de los hechos, y un hecho verdadero es un pleonismo. Esta posición utiliza la tesis de que la verdad y falsedad se aplican a los enunciados sobre los hechos que serían el objeto de la prueba, y por tanto no acepta la premisa *los hechos se prueban*.

El concepto de Bunge permite sostener que son hechos los acontecimientos posibles, consecuentemente se prueban los hechos, los hechos posibles se califican como hechos sin determinar aun su verdad o falsedad y verdad de un hecho con verdad de la descripción del hecho. Cuando la ley fija a los hechos efectos jurídicos los vincula al Derecho, se conceptúan como hechos jurídicos. Se asume una posición unificadora, los hechos y los enunciados sobre

los mismos se intenta probarlos dentro del análisis de sus consecuencias jurídica al tenor de la ley y orientados (aproximación) a la verdad.

Se prueban los hechos que se los subsume en una norma imputándolos efectos jurídicos y sanciones jurídicas, pero también se prueban hechos de otros supuestos normativos que no tienen nada que ver con esos elementos, así se prueba la edad, el estado civil, etc. y son aspectos relevantes en la aplicación de procedimientos, es importante esta anotación por cuanto se vincula con el concepto de prueba conducente.

Ovalle Favela (2013) planteó y desarrolló algunos interrogantes: ¿es posible conocer los hechos?, ¿qué hechos deben ser probados?, ¿qué es probar un hecho? Cuatro posiciones doctrinarias contestan la primera pregunta:

- El cognoscitivismo ingenuo: plantea la tesis de la objetividad ontológica y la tesis de la objetividad epistemológica.
- El escepticismo: niega esas tesis, afirma, el mundo no es independiente de las observaciones o siendo independiente es inaccesible.
- Cognoscitivismo crítico: somete los hechos a un análisis exhaustivo, delimitando el nivel de independencia y de construcción del observador. Se afirma que la verdad es relativa a una red de conceptos, no hay certezas absolutas, se obtiene una verdad en un contexto determinado. La concepción cognoscitivista la concibe como un medio de conocimiento de la verdad de las afirmaciones sobre los hechos. Esta concepción actualmente está muy difundida.
- La concepción no cognoscitivista rechaza que la verdad sea el objetivo de la prueba. Se señala que en el ámbito del Derecho la negación de la verdad puede hacerse desde una perspectiva teórica, ideológica o técnica.

- Se pregunta sobre la finalidad de la prueba, la conceptúa como un procedimiento cuya finalidad es averiguar la verdad sobre ciertos hechos, si ocurrieron de una u otra manera.
- La prueba gira en torno a los hechos, éstos hacen verdaderas o falsas nuestras proposiciones o creencias, hechos y objetos físicos son distintos. Los objetos no pueden ser objeto de la prueba sino los enunciados sobre los hechos. La proposición fundamental que caracterizan a la tradición racionalista de la prueba, contiene la afirmación de que el objetivo de la actividad probatoria es la averiguación de la verdad y su correspondencia con los hechos ocurridos (Ferrer, 2007).
- El cognoscitivismo acrítico se describe como la orientación que desvincula la valoración de la prueba de criterios racionalmente aceptables de conocimiento de los hechos y funda la decisión del juzgador en certezas absolutas derivadas de *estados de conciencia* que se forman en las interiores e inescrutables profundidades del ánimo del juez. El procesalista italiano se refirió a este desacierto:

En el plano de la teoría de la prueba y de la decisión, me ha parecido útil e interesante la identificación, hecha por Marina Gascón Abellán, de la tendencia que es acertadamente designada como cognoscitivismo acrítico. Se trata, ciertamente... de una perversión ideológica de la concepción cognoscitiva o epistémica de la prueba, que trata de fundar una pretendida "convicción cierta" sobre una suerte de intuiciones psicológicas (a veces designadas con nombres enfáticos, como "certeza moral") que no tiene nada que ver con lo que usualmente se entiende por conocer un hecho.

El error de base es siempre el mismo, y consiste en pensar que el conocimiento de los hechos en el proceso, a diferencia del conocimiento que se obtiene fuera del proceso, en todos los otros campos de la experiencia, no puede ser otro que el resultado de intuiciones irracionales del sujeto que juzga, y que precisamente por esta razón se trata de un conocimiento no criticable y que escapa de cualquier control y de toda verificación o falsación (Taruffo, s/f, p. 85).

Las limitaciones de la valoración probatoria, precisamente se dan al sustentarse las actividades probatorias en una teoría acrítica y de rechazo a la concepción epistémica de la prueba en la cual no hay una direccionalidad a los componentes racionales en la percepción y construcción del conocimiento que sostienen y direccionan los procesos lógicos de conocer y pensar.

Es relevante anotar los tipos de hecho, porque hay una conexión entre la prueba y el concepto correspondiente al tipo de hecho que se debe probar. Se catalogan los hechos físicos independientes de la voluntad: estado de cosas, sucesos, acciones involuntarias, omisiones involuntarias, relaciones de causalidad; dependientes de la voluntad: acciones positivas, acciones intencionales. Hechos psicológicos: estados mentales, voliciones, deseos e intenciones, creencias, emociones. Los presupuestos de la prueba pueden girar en torno de hechos controvertidos, hechos no controvertidos que se presumen en virtud de una regla de presunción, hechos notorios; los hechos relevantes para el caso son los hechos que permiten afirmar que se ha dado el supuesto de hecho previsto por la norma.

1.2.3 Fuentes y medios probatorios

En relación a las fuentes y medios de prueba, en la Doctrina se establece diferencias entre el instrumento, el contenido y los medios; siendo los instrumentos los objetos, documentos o las personas que están en el momento en que se dan los hechos que se someten a verificación, o en otras palabras *la realidad de los hechos*; el contenido de prueba es la huella o rastro de lo ocurrido que quedó grabado en los instrumentos de prueba que son su continente (Natarén, 2006).

Se coincide con el criterio de Natarén, quien señaló la racionalidad como exigencia en el control y verificación de todo elemento y mencionando a Accatino Scagliotti refiere la trampa del subjetivismo, es decir recuerda la explicación de la ausencia de parámetros intersubjetivos que permitan hacer una evaluación de las decisiones del tribunal respecto a establecimiento de los hechos que se ventilan en el proceso.

En el campo de la prueba en juicio son dos planos los que se perfilan:

- Extrajudicial
- Intraprocesal

El plano extrajudicial es amplio, comprende todo lo que ocurre en el mundo sensible con o sin regulación jurídica. Presenta un nivel de mayor aptitud epistemológica. El plano intraprocesal es limitado, sujeto a las imposiciones del Derecho (debido proceso legal). Muchas veces no se inspira en criterios epistémicos. Se indica en la doctrina que las fuentes ocupan un plano previo y ajeno al proceso jurisdiccional y los medios se instalan en el contexto del juicio. Se concuerda plenamente con el autor José Ovalle Favela (2013) cuando concluye su estudio atribuyendo un objetivo al fenómeno probatorio, indicó que éste no se agota en la normativa legal ni en la realidad judicial, enfatizando en la existencia de una base

de prueba compuesta por datos empíricos previos al proceso. Se coincide con los autores que describen la prueba como una actividad racional tendente a aprehender y reconstruir los hechos acaecidos; en esos hechos habrá una diversidad de elementos epistemológicos, lógicos, argumentativos, psicológicos y sociológicos, etc.

Procesalistas italianos califican a la fuente como el principio, fundamento o punto de origen de la información sobre los hechos, están compuestas por personas y cosas, es lo sustancial y material, ya existe en la realidad. Los medios constituyen lo adjetivo y formal. Ferrer Beltrán (2007) menciona el contexto para los datos probatorios: contexto de descubrimiento son las fuentes probatorias y un contexto de justificación son los medios de prueba. Se refiere a la noción de utilidad probatoria y a la relevancia de la prueba judicial como los criterios lógicos y epistemológicos analizados por el juzgador que le permitirán determinar si una fuente suministra datos de utilidad para el juicio. Se concuerda con el criterio de incorporar al proceso las fuentes de prueba en tanto tenga relevancia y no esté excluidas por normativa legal. Por tanto, fuentes y medios de prueba son elementos de conocimiento que proporcionan información sobre los hechos.

Es necesario referir la función de las pruebas judiciales, la puntualización hecha por Rogelio Larios y Lucila Caballero es muy importante cuando señalan de la prueba, una dimensión material y otra como significado, lo explicaron en los siguientes términos:

Material, que se refiere a la huella o rastro que quedó grabado en un instrumento probatorio (documento, persona u otro objeto). Debido a que esa huella puede ser también un recuerdo lo que se conoce como huella mnémica (grabada en la memoria), la dimensión material abarca también lo que saben las partes y los testigos de lo ocurrido por haberlo vivido

directamente, o cuando menos, presenciado. Como significado, lo que quiere decir esa huella o rastro en función de lo ocurrido, del *thema probandum*. (2011, p. 123).

Francesco Carnelutti (2000) denomina a la institución jurídica de la prueba como el conjunto de las normas jurídicas que regulan los hechos controvertidos en el proceso. Más allá de esta definición lo relevante es conocer que este autor escribió un tratado titulado La Constitución y el Proceso Civil, señalando que la prueba civil no es averiguación sino un medio *de contralor* de las posiciones de hecho formuladas por las partes, según el viejo proverbio, probar es vencer, porque probar es persuadir de la verdad de los hechos, de la misma manera que alegar es persuadir de la verdad de la tesis de derecho, la ley que haga imposible la prueba es tan inconstitucional como la ley que haga imposible la defensa.

Héctor Molina González, en su obra Teoría General de la Prueba (s.f.) refirió el texto que antecede, y anotó una idea fundamental, si se priva al justiciable del derecho a probar se está ocasionando un estado de indefensión. Igual relevancia se concede al siguiente criterio que este autor

- docente de la Universidad Nacional Autónoma de México- escribe en las conclusiones de la obra en comentario: “La función de las pruebas judiciales depende de la concepción política del proceso, del predominio del derecho subjetivo o bien del interés público que debe servir como guía del juez en un moderno sistema procesal” (p.153).

Ovalle (2013) identifica en la prueba judicial tres facetas, éstas son:

- Actividad
- Medio
- Resultado.

Como actividad está ubicada en el interior del proceso, abarca un aspecto dinámico, factores en movilidad con intervención de litigantes y juez; como medio constituida por los elementos que se aportan a la causa, elementos que cumplen fines procesales, están los medios de prueba personales y los medios probatorios reales; en cuanto resultado es la conclusión sobre los hechos por parte del juzgador.

1.2.4 Partes o los intervinientes en el proceso y convicción del juez sobre los hechos

Kelsen, señaló:

- El juzgador;
- A las partes como punto de imputación de las normas relativas al ofrecimiento de los medios de prueba y la práctica de las mismas;
- Se refirió a los terceros y los órganos de autoridad en cuanto colaboren a la obtención del cercioramiento judicial, por ejemplo, pericias, informes, etc.

El juzgador es el responsable de llegar a emitir la sentencia con la que expresa su decisión sobre la Litis, si bien en la Doctrina está muy difundida la tesis de la imposibilidad de llegar a la verdad, afirmándose, debe alcanzar el mayor grado de certeza acerca de los hechos acontecidos. El juez solo permitirá la entrada de lo aportado por las partes y excluirá de su razonamiento todo vicio para reconstruir el pasado (Rines, s.f.).

Cada parte interviniente en el proceso deberá probar el derecho o interés perseguido y busca llegar a convencer al juez de *su verdad* de los hechos, equivale a considerar la prueba como convicción del juez y se corresponde con la misma verdad fáctica que el juez en virtud de su función jurisdiccional del Estado declara en el proceso. El tema nos introduce a la valoración de la prueba, aspecto sumamente importante, más aún en acciones de garantías

jurisdiccionales, son los criterios lógicos y epistemológicos analizados por el juzgador que le permitirán determinar si una fuente suministra datos de utilidad para resolver la afectación de derechos. Se excluye pensar como consecuencia de reacciones emocionales, arbitrarias, incontrolables, se expresó “lo que no puede ser racionalmente elaborado no existe a los efectos de la correcta valoración de la prueba” (Taruffo, p.84). Señaló lo poco frecuente de disponer de datos científicos para la resolución de sentencias judiciales, debiendo el juzgador recurrir al sentido común, a la cultura media y a los conocimientos fundados sobre la experiencia común, calificándolos de *seudoconocimientos*, de allí el riesgo de cometer errores, debiendo someter a un control crítico los datos empíricos y los estándares que usa para interpretarlos. Es importante tomar en cuenta estas limitaciones, de allí que en materia constitucional cuando está afectándose derechos fundamentales el juzgador tiene un rol activo y poder en la administración y práctica probatoria.

Otras ideas matrices que, dentro de la concepción racionalista o cognoscitivista del fenómeno probatorio referidas al juicio, a la verdad procesal y a las pruebas deben tenerse en cuenta son:

Al juicio. - Ataño al concepto de juicio jurisdiccional, saber versus poder, facultad de conocer las causas y resolverlas.

Verdad procesal. - Noción semántica de verdad procesal fáctica.

1.2.5 Hechos como presupuestos de sus intereses (de las partes) materiales perseguidos. - Elemento que guarda estrecha relación con el anterior. Jesús Antonio Ruiz (2016) presentó una explicación puntual sobre los problemas presentes en el conocimiento de la verdad de las proposiciones referidas a los hechos del proceso, problemática que afronta el

juez y lo limita para conocer la verdad. El juzgador generalmente conoce los hechos de forma indirecta, mediante las proposiciones que las partes quieren o pueden comunicar en sus discursos orales o escritos que formulan dentro del procedimiento. Suelen presentarse algunas dificultades, se resumen en los siguientes puntos:

- Se presentan problemas derivados del uso del lenguaje, por ejemplo: vicios en la redacción, errores gramaticales, incluso la existencia consciente o inconsciente de diversos tipos de falacias.
- Los hechos controvertidos ocurrieron en el pasado y el juez debe hacer una reconstrucción de dichos acontecimientos en el presente, utilizando los diversos medios probatorios permitidos legalmente y éstos tienen una capacidad limitada.
- El conocimiento de los hechos mediante una unidad estructural probatoria implica el seguimiento de reglas lógicas diferentes y la obtención de resultados basados en la inducción. Dos indicios enlazados de manera lógica van a crear una presunción, y a su vez, varias presunciones humanas concordantes -enlazadas- lógicamente llegarán a conformar la prueba circunstancial, que es una prueba indirecta.
- El juzgador predominantemente se enfoca a los acontecimientos fácticos producto de las acciones humanas, sin embargo, en algunas ramas del derecho, por ejemplo, en el derecho penal, deberá tratar de conocer acciones inmateriales, lo cual es complejo y limitado.
- En toda decisión se presentan sesgos que ocasionan la pérdida de objetividad.

1.3 Sistemas de Valoración Probatoria

1.3.1 Definición de valoración probatoria

De diferentes definiciones de valoración probatoria revisadas, se deduce que los autores coinciden en señalarla como un grado de evaluación sobre las probabilidades que tienen o no las afirmaciones fácticas en relación a las pruebas actuadas en el proceso. Presentándose distintos grados de probabilidad, mayor o menor, según lo contundente de la información o la presencia de lagunas o contradicciones. La doctrina hace valiosos aportes cuando enfatiza el peso de la racionalidad y epistemología en el tratamiento del conocimiento probatorio, junto a un ordenamiento jurídico que garantice la libertad e independencia del juez para cumplir su delicada función de valorar la prueba.

Al referir el tema de la valoración de la prueba necesariamente se debe destacar dos aspectos relevantes, éstos son la validez de la prueba que exige la legitimidad en su obtención, no se debe afectar derechos ni normativa constitucional; y la eficacia probatoria remite al planteamiento de la obtención de la verdad de los hechos (Molina, 2008)

El numeral cuatro del artículo 76 de la Constitución del Ecuador (Debido proceso), determina que, si se obtienen pruebas incurriendo en violación de normas legales o constitucionales, la prueba así obtenido o actuada no tendrá validez ni eficacia probatoria. Constituye un problema crucial y necesario plantear el problema de la validez y eficacia de la prueba -más aun- cuando se encuentran implicados derechos fundamentales de las personas. La validez exige analizar la legitimidad de la prueba y se relaciona con el debido proceso, y la eficacia pregunta sobre la factibilidad de alcanzar la verdad procesal o, en otras palabras, probar los hechos en relación con la realidad.

Las partes asistidas por el derecho del debido proceso exigirán la legitimidad de cada una de las pruebas actuadas en el proceso y el juzgador será quien establece la capacidad demostrativa o si es afectada la parte en algún derecho fundamental con alguna prueba, misma que al incumplir la validez debe ser excluida.

La explicación muy breve que antecede permite captar la complejidad del tema de validez y eficacia probatoria constitucional porque están implícitos no solamente procedimientos y normativa reguladora de la prueba sino juicios jurídicos sobre aquellos, así como intervienen valores y principios constitucionales, insertándose la temática en la valoración probatoria, misma que no se limita al momento de dictar sentencia, sino que se presenta en otros momentos procesales que el juzgador entra en intermediación con las partes. Este último aspecto señalado ha desencadenado en la Doctrina controversias debido a que algunos autores puntualizan que se evitará la intermediación del juzgador con las partes.

Es necesario exponer criterios sobre el objetivo u objetivos de la actividad probatoria en el proceso judicial, cuestión que en la Doctrina recibe respuestas diferentes y enfoques opuestos. Se coincide con los autores que señalan la averiguación de la verdad como el objetivo fundamental del proceso judicial, (habría que afirmar que se trata de obtener una verdad relativa). En la valoración probatoria se diferencian dos fases, la primera es la interpretación de la prueba, y la segunda es la valoración propiamente. Corresponde a la primera fase la percepción por parte del juez del hecho o hechos que contiene el medio probatorio, atribuye significados y construye su razonamiento, elabora hipótesis, analiza, infiere; percepción de los hechos a los que puede acceder de manera directa o indirecta, esta última exige al juzgador una reconstrucción histórica de la realidad.

Cualquier error que cometa en la interpretación repercutirá en la fase posterior, cada medio de prueba debe estar previsto en la ley y será practicado conforme a las reglas establecidas para ello, lo cual determinará la legalidad de dicho medio. La valoración propiamente concede un valor concreto a cada medio de prueba, o en otras palabras, la decisión en cuanto a la credibilidad de los resultados reales que estos producen, o el juicio de correspondencia de éstos con la realidad del hecho cuestionado (Méndez, 2010).

1.3.2 Clasificación de los sistemas probatorios

Hay diversas clasificaciones en la doctrina, sobre los tipos de sistemas probatorios, o con mejor precisión, sobre sus denominaciones. Así:

- Sistema de prueba libre o libre apreciación;
- Sistema de prueba legal en el sentido estricto; y,
- Sistema de la sana crítica o persuasión racional. (Rojas, 2012)

Se sostiene que libre apreciación, convicción íntima, libre convicción, apreciación razonada o libre apreciación razonada significan lo mismo: libertad para apreciar la prueba de acuerdo con la lógica y las reglas de la experiencia que, según el criterio del órgano, sean aplicables al caso (Couture, 1949). Es necesario exponer las características relevantes de los sistemas probatorios más difundidos en los ordenamientos jurídicos actuales, aun cuando el sistema de prueba legal o tasada está en decadencia.

1.3.2.1 Prueba legal o tasada

La Doctrina señala que este sistema fue introducido en el derecho canónico ante el poder ilimitado del juzgador, quién ejercía un dominio absoluto sobre el acusado y por tanto sus

decisiones adolecían de arbitrariedad. Dejó el juez de juzgar según el dictamen de su conciencia, su íntima convicción y sus fallos tuvieron que ajustarse a la norma jurídica.

Michele Taruffo (2002) expresó al referirse a la prueba legal que el valor de ésta se encuentra predeterminada, de forma general y abstracta; se afirmó que la prueba tasada es determinada por la ley, con independencia del conocimiento del juez, le señala la forma como ha de valorar las pruebas, imponiendo el criterio legal, fundado en razones de seguridad jurídica o máximas de experiencia comunes o generales (Lluch, 2007)

Echandía (2000) señaló las desventajas de este sistema, que lo califica de mecánico, conducente a una verdad formal y no real, con predominio de fórmulas abstractas, obligando al juzgador a aceptar soluciones en contra de su convencimiento lógico razonado. Este sistema es la ley la que determina la eficacia de cada prueba para crear convicción en el juez. Señaló muchas desventajas del sistema de la prueba tasada o legal, las que permiten entender que si ya está determinada por la ley, se afecta al juzgador en su libre criterio, además hay un predominio de lo formal en detrimento de la búsqueda de la verdad real, por consiguiente se produce una separación entre la resolución judicial y la justicia.

Ampuero (2011) se refirió a las normas de prueba legal como una disyuntiva perversa desde que el Derecho fuerza al juez a configurar su convicción considerando probados enunciados fácticos al aplicar normas tasadas, más allá de que otros medios aporten información contraria. Del análisis hecho se deduce la coincidencia de juristas connotados en el señalamiento de las deficiencias del sistema de prueba tasada, al punto que en algunos ordenamientos jurídicos es un sistema ya superado.

1.3.2.2 Libre valoración probatoria

Suele darse otros nombres a este sistema, como sistema de apreciación razonada, libre convicción o de la prueba racional. Es muy clara la explicación dada por el procesalista Jorge Carrión (2000) sobre este sistema, enfatiza en el rol preponderante de la lógica, las reglas de la experiencia y el criterio racional propio del juez, quien en este marco puede con total libertad apreciar las pruebas actuadas. Además, refiere otros elementos que son su marco de actuación, como la observación crítica y los conocimientos que posee, en consecuencia, su determinación no será arbitraria.

En este sistema el juzgador emite su decisión en base a sus propios parámetros interpretativos, acorde al convencimiento al que llegó, el juez forma su convicción en base a las pruebas producidas, no se sujeta a reglas jurídicas preestablecidas. Existiendo plena libertad de convencimiento de los jueces con la exigencia de llegar a conclusiones como fruto racional de la valoración de las pruebas en las que se apoyan. Además, la Doctrina señala el límite de la sana crítica en las normas que gobiernan la corrección del pensamiento, las normas de la lógica, la ciencia y la experiencia común, exige que las decisiones judiciales sean fundamentadas.

En el sistema de libre valoración, el resultado se aplica a un medio de prueba específico y si el grado de corroboración no es suficiente el juez puede dar por no probado un hecho. Las normas de prueba legal tuvieron un apogeo en los ordenamientos jurídicos que tiene por fin la resolución de conflictos sin importar si la resolución es o no justa, es una concepción pragmática del derecho que domina durante el siglo XIX. En una concepción moderna y dentro de un modelo de Estado de Derecho la jurisdicción se dirige a la tutela de derechos, asiste al ordenamiento jurídico un fin público que garantiza los derechos subjetivos basados

en la verdad. Ampuero (2011) magistralmente escribió una reflexión y a la vez una condena al afirmar como el Estado cuando no garantiza los derechos de los ciudadanos a pesar de reconocerlos, no sirve, de allí lo relevante de la verdad de los hechos como sustento de las decisiones judiciales, para luego explicar el papel fundamental que juega la prueba en este enfoque procesal, la considera un método de conocimiento racional que suministra información sobre los hechos pasados asumiendo una función epistemológica o demostrativa. La valoración probatoria es un aspecto complejo es necesario tenerlo presente, porque el juzgador al formar su convicción, en ésta se insertan variables de tipo moral y axiológico, político e ideológico, no siempre conscientes en el desarrollo y concepción del pensamiento y sus diversas operaciones cognitivas que desencadenarán las decisiones jurídicas.

La libre valoración de la prueba presupone la ausencia de aquellas reglas (las que predeterminan el valor de la prueba), en este sistema el componente central lo constituyen los presupuestos racionales. La libre valoración de la prueba el juez deberá efectuarla “conforme a principios o pautas seguros de enjuiciamiento de acciones, conductas y hechos de relevancia procesal, depurándolos conforme a las máximas de experiencia” (Seoane, 2007, pág. s/n). La técnica procesal moderna da dos herramientas al juez para acercarse al acervo probatorio, siendo un primer fundamento la función de la lógica y la psicología, la sociología, además de otros conocimientos científicos, técnicos, uso racional de las reglas de la experiencia o uso de la Sana Crítica.

Domínguez (2016) se refiere a un segundo fundamento de la valoración de las pruebas, el principio de la Necesidad de la Prueba, es decir la argumentación o motivación del fallo a través de lo cual el juzgador expresa las razones jurídicas que lo llevan a tomar una resolución judicial.

Castillo (2016) en materia penal se refiere a la valoración contextual de la prueba, el juzgador valora acorde a criterios generales de la lógica, la epistemología, la racionalidad, la jurisprudencia; su libertad es regulada porque tiene la obligación de motivar la decisión. Al juzgador le corresponde motivar la decisión fuerte y contundentemente, debe observar en sus enunciados claridad y la refutación de las hipótesis que rechaza será argumentada lógicamente.

Se señala en la Doctrina la complejidad que reviste para el juez penal la valoración de la prueba, sobre todo en los casos difíciles del Derecho; tal problemática puede iniciar desde la admisibilidad de la prueba, por ejemplo, en la prueba científica, para el juzgador es difícil calificar la prueba porque posiblemente no está asistido de los conocimientos requeridos para juzgar la pertinencia y suficiencia de esa prueba.

1.3.2.3 La Sana Crítica

1.3.2.3.1 Origen y definición

El origen de la sana crítica se remonta a la Ley española de Enjuiciamiento Civil de 1855 en cuyo Art. 317 se estableció, entonces, que: Los jueces y tribunales apreciarán, según las reglas de la sana crítica, la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos. Legislación que influye directamente en los sistemas jurídicos latinoamericanos; Barrios (s.f.) hace referencia a una cita extraída de la clásica obra de Aguilera de Paz y Rivas Martí, en relación a las dificultades de determinar taxativamente reglas que regirían la sana crítica, da cuenta del intento de querer formular en repetidas ocasiones en la Comisión Codificadora, al discutirse la Ley de Enjuiciamiento Civil española, sin embargo no fue posible, de allí que no están determinadas en ningún otro texto legal.

Se deja establecido este cuestionamiento de imposibilidad taxativa de enunciar reglas para la sana crítica como componente de un sistema de valoración probatoria, de lo que se deriva criterios divididos de la Doctrina, unos la elogian como sistema moderno de valoración probatoria que libera al juzgador de la rigidez de la lógica formal y otros la condenan como detonante del absurdo y la arbitrariedad por estar contaminada de un subjetivismo recalcitrante y el conocimiento privado del juzgador.

Es una temática compleja, cada elemento que estructura las definiciones revisadas, no solamente está presente la lógica, la dialéctica, la experiencia, sino también la moral y la axiología, por tanto, la ética, y por supuesto deberán sustentarse con una teoría del conocimiento. Al entrar en este polémico campo del saber, recurro a Emanuel Kant por haber marcada con su concepción ecléctica del conocimiento, razón más experiencia, visiones nuevas en los enfoques epistemológicos, ora dogmáticos ora empíricos.

Téngase en cuenta las comprobaciones en las investigaciones contemporáneas sobre teoría de la mente en relación de como la realidad objetiva impacta de diferente forma a cada sujeto, el cual tiene sus creencias, cultura, ideología, su carga emocional, política y social; los procesos de conocer suponen operaciones mentales simples y complejas, no solamente depende del sistema sensorial sino del sistema cognitivo conformado por esquemas mentales previos, por nuestros propios principios y convicciones.

De lo estudiado, se define al sistema de la sana crítica como un proceso racional, lógico, añadiría, el requerimiento de un análisis exhaustivo, ponderado, integral, es decir una valoración de la prueba en su conjunto.

1.3.2.3.2 Las máximas de experiencia

Muchos tratadistas jurídicos señalan las máximas de experiencia como elemento componente de la sana crítica, así Couture, Sentís Melendo, Gustavo H. Rodríguez, Jairo Parra Quijano, entre otros. Couture dio a las máximas de experiencia una relevancia equivalente a los principios lógicos, desechando la mecanización en los procesos del conocimiento, haciendo hincapié en los procesos intelectuales no solo de corte racional sino también sensible. También, se coincide con lo expuesto en el siguiente texto:

Quando se dice que las pruebas se apreciarán de conformidad con las reglas de la sana crítica, no se está haciendo referencia a una sujeción del juez a la ley (tarifa legal), que le establece el valor a la prueba, ni tampoco a una absoluta libertad que implicaría arbitrariedad, sino a una libertad reglada, ya que el juez debe tener en cuenta para valorar la prueba los excedentes extra legales que son: las reglas de la experiencia, las de la lógica, de la ciencia y de la técnica. (Parra, 1982, p. 45)

Otro autor, el alemán Stein (1973) refiriéndose a las máximas de experiencia destacó la independencia de éstas de los casos particulares observados y de las que se deducen, concedió a las máximas de experiencia un valor aproximado respecto a la verdad, pues carecen de certeza absoluta; no son nunca juicios sensoriales, no se derivan de juicios sobre hechos ni de juicios narrativos. Toda máxima de experiencia es notoria, no se las puede dividir – según su ámbito de validez- en generales y locales. Desde el punto de vista jurídico no se presenta ninguna diferencia sobre el grado mayor o menor de seguridad de las máximas de experiencia, se enfatiza que no hay tarifa legal sobre el valor probatorio.

La fuente de esas reglas o máximas de experiencia es el sentido común, concepto difícil de puntualizarlo, se dio una explicación acerca de su contenido haciendo alusión a la categoría de *integración*:

- Existe un núcleo relativamente pequeño de conocimiento que es claro, nítido y coherente en sí mismo.
- Rodean a este núcleo zonas de diversos grados de vaguedad, oscuridad y ambigüedad.
- Siguen otras zonas de cosas que se presuponen, creencias ciegas, meras suposiciones, puras conjeturas, zonas donde bastará simplemente confiar.
- Hay por último regiones que ignoramos por completo. No deja de ser un campo escabroso de conocimientos y experiencias, el sentido común (Schutz, 2003).

El sentido común está vinculado a la capacidad de discernimiento necesario para tomar decisiones coherentes basadas en la razón y sus conocimientos, excluye la imprudencia, ser impulsivo, el apresuramiento, la tempera mentalidad. La firmeza del carácter es la que nos ayuda a manejarnos con sentido común.

Algunos autores constitucionalistas al desarrollar la ponderación tratan sobre el sentido común y lo denominan como un sentido común jurídico, dato que revela la significación del sentido común dentro del derecho, excluyéndose comprenderlo como una mera conjetura arbitraria. Sin embargo, deben ser tomadas en cuenta las limitaciones aducidas a éste, por ejemplo, su debilidad reside en que puede caer en contradicciones y no es unívoco; señalase su estaticidad y a la vez una ductilidad o maleabilidad, es esa propensión a cambiar de posición o criterio causada por la presión de medios externos, piénsese en el fenómeno mediático que pueden ocasionar los medios de comunicación o movimientos ciudadanos, con frecuencia alejados de todo criterio jurídico y técnico.

Llama la atención que es posible encontrar otros puntos de vista opuestos a los anteriores, originados por concepciones filosóficas y hasta ideológicas distintas, así hay autores que afirman, el sentido común se vincula a un pensamiento dinámico, en desenvolvimiento continuo, de lucha constante entre contradicciones y de unificación de opuestos, matices que corresponden a la concepción dialéctica de la lógica, en la valoración probatoria el juzgador rebaza la lógica formal.

Se hace énfasis que una regla de la experiencia no es una mera conjetura, la primera se somete a verificación empírica y se aplica la expresión latina *id quod prenunquē occidit la cual significa lo que sucede con más frecuencia o lo que suele suceder, o incluso el caso más probable*, por supuesto que esa verificación y demostración es limitada; la mera conjetura no está sujeta de verificación empírica y por tanto no es susceptible de demostración. Las reglas de experiencia pueden estar en una concatenación lógica de varios silogismos no así una mera conjetura.

Se excluye pensar como consecuencia de reacciones emocionales, arbitrarias, incontrolables; se vuelve a enfatizar lo expresado por Taruffo (2002) lo que no puede ser racionalmente elaborado no existe a los efectos de la correcta valoración de la prueba. Señaló lo poco frecuente de disponer de datos científicos para la resolución de sentencias judiciales, debiendo el juzgador recurrir al sentido común, a la cultura media y a los conocimientos fundados sobre la experiencia común, calificándolos de *seudoconocimientos*, de allí el riesgo de cometer errores, debiendo someter a un control crítico los datos empíricos y los estándares que usa para interpretarlos.

Se extraerá de la publicación Reglas de la sana crítica, de autoría del investigador y magistrado Xavier Abel Lluch (2012), las proposiciones más relevantes:

- La sana crítica permite ajustarse a las circunstancias cambiantes locales y temporales y a las particularidades del caso concreto.
- La sana crítica es un sistema de libre valoración motivada. Una valoración libre debe ser una valoración razonada, y el juez debe explicar el cómo y el por qué otorga credibilidad al testimonio, al perito o la parte, en observancia del deber de motivación de las resoluciones judiciales.
- La sana crítica supone un enfoque de la valoración de la prueba desde la perspectiva de los medios y no del fin, se destaca el instrumento –la racionalidad o buen criterio judicial- de motivación. Y finalmente cita a Wasp Delgado en cuya idea central dijo:
- Las reglas de la sana crítica son los criterios normativos, (pero no jurídicos) que sirven al hombre normal, en una actitud prudente y objetiva, para emitir juicios de valor estimar, apreciar: acerca de una cierta realidad.

Otros autores han orientado su investigación al campo de la lógica.

1.3.2.3.3 Reglas lógicas

Las reglas de la sana crítica respetan las reglas lógicas del pensamiento y se apoya en las reglas de la experiencia, las primeras son de carácter permanente y las segundas son variables espacial y temporalmente. Juan Linares San Román (s.f.) presenta una síntesis muy clara sobre los principios básicos que rigen el pensamiento lógico, desarrolla una explicación sobre cada uno de ellos: el principio de contradicción, el principio de tercero excluido, el principio de identidad y el principio de razón suficiente; principios lógicos que permiten reafirmar que el eje vertebral de la libre valoración de la prueba exige una opción racional de análisis e interpretación y no permite la arbitrariedad del juzgador en la fundamentación de sus resoluciones judiciales.

1.4 La verdad en el proceso

1.4.1 Definición y teorías sobre la verdad

La verdad procesal constituye un tema debatido y controversial, son muchos procesalistas que señalan como única factibilidad la de lograr dentro del proceso una aproximación a la verdad, obteniéndose *verdades relativas*, *verdades contextuales*, en función de los datos epistémicos de las pruebas actuadas. No dejan de mencionar las limitaciones derivadas de normas jurídicas sobre la prueba o la insuficiencia de elementos probatorios, pudiendo el juez tomar una decisión que no corresponde a la realidad de los hechos. La Doctrina procesalista acoge planteamientos distinguiendo dos tipos de verdades: una verdad exclusivamente *formal* o *legal* que se alcanza en todo caso en el proceso, y una verdad *empírica*, *histórica* o *material* que existiría y podría ser establecida fuera del proceso pero que es inalcanzable por definición, para el juez. La polémica se centra al concebir la verdad procesal diferente a la verdad material es decir la verdad distinta a la correspondencia de los enunciados o afirmaciones con la realidad. Concepciones no cognoscitivistas que sostienen la verdad declarada por el juez es verdad con independencia de la que ocurra en la realidad. Posición que la rechazo, adscribiéndome a la tesis de Michele Taruffo quien sostiene la existencia de una única verdad en el proceso, afirma que la verdad es aproximada, probable, lo cual no significa no alcanzable, en lo posible es esa única verdad material la que se persigue basada en las pruebas concretas, la siguiente cita puntualiza con precisión lo explicado:

El proceso no es un contexto donde se alcancen verdades absolutas e incontrovertibles (como quizás sucede en la teología y en la metafísica), mucho menos si se pretende que estas verdades se funden en estados de conciencia del juez personales e irracionales. Por el contrario, el proceso

es un ámbito en el cual, en el mejor de los casos se obtienen verdades relativas, contextuales, aproximadas, aunque derivadas racionalmente de las pruebas que están a disposición en cada caso particular. (Taruffo, 2007, p. 85)

Daniel González Lagier (2018) expresó que la verdad procesal debe tratar de ajustarse, en la medida de lo posible, a la verdad material, y no ser un sustituto de ella. Se considera, de todas formas, deben ser reconocidas las limitaciones que inciden en la obtención de la verdad procesal, precisamente teniendo conciencia de éstas será posible atenuarlas. Ruiz (2016) presentó una explicación puntual sobre los problemas presentes en el conocimiento de la verdad de las proposiciones referidas a los hechos del proceso, problemática que afronta el juez y lo limita para conocer la verdad. Se resumen en los siguientes puntos:

- El juzgador generalmente conoce los hechos de forma indirecta, mediante las proposiciones que las partes quieren o pueden comunicar en sus discursos orales o escritos que formulan dentro del procedimiento.
- Lo que conlleva la presencia de los problemas derivados del uso del lenguaje, como, por ejemplo: vicios en la redacción, errores gramaticales, incluso la existencia consciente o inconsciente de diversos tipos de falacias.
- El juez conoce los hechos controvertidos que ocurrieron en el pasado, y esto lo hace a través de un proceso de reconstrucción de esos acontecimientos en el presente, utilizando los distintos medios probatorios permitidos por el derecho procesal, los cuales tienen una capacidad limitada para lograr ese restablecimiento.
- El conocimiento de los hechos mediante una unidad estructural probatoria demanda se sigan diferentes reglas lógicas, obteniéndose resultados por inducción. Cuando se enlazan

dos indicios de manera lógica se crea una presunción y a su vez los enlaces lógicos de varias presunciones humanas llegarán a conformar una prueba circunstancial que es una prueba indirecta.

- El reconocimiento de las presunciones de tipo legal y de tipo humano. Las primeras, relativas, serán aquellas que admiten prueba en contrario, formándose a través de cuando menos dos indicios enlazados lógicamente, los cuales no son otra cosa, sino dos o más hechos relacionados lógicamente que ha sido debidamente probados en el proceso judicial. Las de tipo legal absoluto no se basan en dos o más hechos probados y enlazados lógicamente, sino en que a partir de un hecho probado se deduce -se tiene por probado otro-, únicamente en base a que así lo dispone la ley. En el caso de las presunciones humanas se tiene por probado un hecho desconocido a partir del enlace lógico existente entre dos o más hechos conocidos -indicios-, pues el hecho que se desconoce es consecuencia lógica de los que sí son conocidos.
- El juzgador predominantemente se enfoca a los acontecimientos fácticos producto de las acciones humanas, sin embargo, en algunas ramas del derecho, por ejemplo, en el derecho penal, deberá tratar de conocer acciones inmateriales, lo cual es intrincado y limitado.
- Cuando no hay comparecencia de las dos partes en el juicio, el juez dispondrá de una de las versiones sobre los hechos controvertidos, lo que se reflejará en la calidad epistémica de la decisión judicial.
- Los hechos tienen una dimensión observable e interpretativa.
- En toda decisión se presentan sesgos que ocasionan la pérdida de objetividad.

- La figura conocida como la cosa juzgada o verdad legal constituye un obstáculo para el conocimiento de la verdad de los enunciados referidos a los hechos controvertidos, impide esa figura el reinicio de un nuevo juicio, y puede darse el caso de insuficiencia probatoria.

Echandía (2000), refiriéndose a las posiciones doctrinarias que establecen una verdad formal para el proceso civil y una verdad material para el proceso penal, es contundente en pronunciarse por la existencia de una verdad única en ambos procesos y señalar el fin de la prueba en llevarle al juzgador a la certeza o convencimiento de la existencia o inexistencia de los hechos, escribió:

(...) La verdad es solo una y lo que varía es el sistema real o formal de investigarla, en ambos procesos el fin de la prueba consiste en llevarle al juez a la certeza o el convencimiento de la existencia o inexistencia de los hechos, lo cual puede coincidir o no con la realidad, aun cuando sin duda es más posible el error en un sistema de tarifa legal y sin facultades inquisitivas del juez... (p. 27)

Sobre el fin de la prueba judicial, Echandía reduce a tres teorías las diversas posiciones doctrinarias, la primera es aquella que asigna como fin de la prueba judicial determinar la verdad; la segunda centra el fin de la prueba judicial en el convencimiento del juzgador, nótese la importancia de la dimensión subjetiva. La tercera teoría concentra sus planteamientos en argumentar la finalidad de la prueba en el establecimiento de los hechos del proceso.

La segunda teoría es la más difundida actualmente. Echandía (2002) concibe a la prueba como medio para llevar al juez en el proceso, a una correspondencia del enunciado con el

hecho, es decir está haciendo alusión a la producción de la convicción en el juez. Se conoce la verdad por la prueba y esa verdad es una aproximación.

1.4.2 La estructura de la inferencia probatoria

Está constituida por las normas que establecen presunciones, casos anteriores, presunciones del juez, máximas de experiencia, definiciones, hechos probatorios los cuales pueden consistir en encadenamientos de inferencias sustancialmente análogas, siendo, además –cuando constituyen objeto de prueba- entidades complejas que combinan elementos observacionales y teóricos.

Siguiendo el pensamiento de González Lagier (2012) se podría analizar un razonamiento judicial con la siguiente correspondencia: los hechos probatorios a razones del argumento; garantías a máximas de experiencia, presunciones, enunciados; respaldo a información para fundamentar la garantía. Cuando se da un grado de incertidumbre en la resolución judicial en el ámbito de la prueba judicial se la entiende por la relativización de la verdad, pronunciándose por la inexistencia de la verdad como certeza absoluta.

En párrafos anteriores se enumeró los principios lógicos que rigen el pensamiento, mismos a los que se debe añadir dos principios claves, el principio de veracidad y el principio de racionalidad, si bien ya han sido mencionados al explicar otros subtemas, es necesario insistir y denominarlos como *cimientos* para un razonamiento correcto. Súmese a estos principios la motivación de la resolución judicial, que constituye disposición constitucional en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

De lo desarrollado sobre valoración probatoria se concluye:

- Los criterios de valoración probatoria no pueden estar cargados de subjetividad, debe regirse por las reglas de la lógica, la sana crítica, las máximas de experiencia.

- La inferencia probatoria exige recibir los aportes de meta modelos de lenguaje que contribuyan a la eliminación de errores y proporcionen herramientas “que permita tener información de alta calidad, recuperar y aclarar datos que han sido eliminados, distorsionados y/o generalizados...” (Gómez, p. 53)
- El conocimiento de los hechos probatorios requiere fiabilidad, la que puede depender de la observación directa del juez, de conclusiones científicas y resultados de otras inferencias. El encadenamiento de inferencias puede afectar el grado de fiabilidad.
- Los hechos probatorios deben ser en número suficiente y variado, dirigidos a probar la hipótesis que se desea probar, sin embargo, es un criterio relativo.
- El mayor o menor peso de cada hecho probatorio dependerá de la cantidad de datos empíricos con que cuentan, factores de coherencia y correspondencia con la realidad.
- Los hechos probatorios deben tener pertinencia, tener relación con la hipótesis a confirmar, la cual a veces suele estar determinada por las normas legales o la jurisprudencia, o por máximas de experiencia o por presunciones que sostienen la garantía del argumento.
- El sentido inferencial de probabilidad es mayor cuando las máximas de experiencia constituyen reglas científicas o vulgarizaciones de conocimientos ampliamente confirmados y están bien fundadas cuando se basan en una inducción ampliativa sólida.
- Las presunciones pueden verse como máximas de experiencia institucionalizada y autoritativas.
- Cuando menor sea el criterio inferencial causal expresado por la máxima de experiencia, menor será el grado de probabilidad inferencial de la hipótesis final.

- La hipótesis debe ser sometida al requisito de la no refutación y poseer coherencia narrativa externa con el resto de conocimientos e interna con los enunciados que conforman la hipótesis.

1.4.3 Teorías argumentativas

La argumentación ocupa un lugar relevante en el Derecho en su dimensión práctica, en derecho probatorio es innegable que constituye un aspecto central la necesidad de convencer al juzgador. La argumentación pone en juego la razón. La presencia o la ausencia de razón validan o desmoronan un argumento y por tanto una pretensión de justicia o de verdad (Cofré, 2006).

Los elementos de un razonamiento judicial son los hechos que queremos probar, la información de la que disponemos (indicios, pruebas, hechos probatorios), relación entre hechos que queremos probar y los indicios configurarían la conclusión. Probar un hecho significa que se demuestra que ha ocurrido en la realidad para lo cual recurrimos a un razonamiento, este es llamado inferencia probatoria. González Lagier (2012), enuncia en relación a la prueba en la construcción del hecho, tres tipos de problemas:

- Problemas puros de percepción.
- Problemas puros de interpretación.
- Problemas generados por la interacción entre percepción e interpretación.

1.4.3.1 Modelo analítico de Toulmin

Los planteamientos de Toulmin cuestionan el análisis lógico formal frente a las interacciones comunicativas, su modelo analítico presenta un esquema de razonamiento con seis elementos:

- Demanda o conclusión, se refiere a la pretensión.
- Los fundamentos, la pretensión se fundamenta por medio de razones es decir hechos que manifiestan la corrección de la pretensión, funcionan como premisa menor o datos de partida que sirven de base para la argumentación.
- La autorización o garantía, funciona como una premisa mayor o regla general, determina si la demanda es o no legítima, plausible o infundada.
- Respaldos que sirven de apoyo a las garantías.
- Calificaciones modales o modalizadores.
- Refutaciones, reservas o críticas.

José Ovalle (2013) hace una extrapolación al razonamiento judicial de cuatro elementos:

- Razones del argumento: hechos probatorios.
- Pretensión o hipótesis del caso: hechos a probar.
- Garantía: máximas de experiencia y presunciones.
- Respaldo: información necesaria.

Señaló para fundamentar la garantía que siempre la estructura de la inferencia probatoria se compone de normas que establecen presunciones, casos anteriores, experiencias del juez, máximas de experiencia, presunciones definiciones, hechos probatorios, hechos a probar o hipótesis del caso e indicio en cuestiones que se debe tomar en cuenta sobre los hechos probatorios. Se presenta su aporte en el siguiente esquema:

En los hechos probatorios pueden encontrarse enunciados sobre:

- Realidad natural

- Existencia de convenciones sociales
- Existencia de normas o deberes jurídicos

Los hechos probatorios pueden ser a su vez el resultado de otra inferencia del mismo tipo, de manera que en realidad la prueba puede consistir en el encadenamiento de varias inferencias sustancialmente análogas. La garantía está constituida por máximas de experiencia, pueden ser:

- Carácter científico, jurídico o privado.
- Por presunciones establecidas legal o jurisprudencialmente.
- Por definiciones o teorías de cómo construir determinados conceptos (omisión, causalidad, intención)

El respaldo está constituido por:

- Cosas anteriores
- Experiencias propiamente dichas
- Normas que establecen las presunciones

Los argumentos no llevan siempre a un grado de certeza, puede producirse grados de probabilidad o posibilidad, precisamente las refutaciones podrían debilitar o crear duda en el paso a la conclusión propuesta. Diferenciase las inferencias probatorias epistémicas y las inferencias probatorias normativas, concediéndose al primer tipo, prioridad de la lógica. El enlace o conexión entre los hechos a probar y los indicios o pruebas son de distinto tipo, un enlace básico lo constituyen las máximas de experiencia.

El segundo tipo de inferencia descansa sobre el primero, el enlace básico es una norma o regla o un principio. Los hechos (o enunciados sobre los hechos) como objeto de prueba

presentan elementos observacionales y teóricos, tienen un núcleo duro y una carga normativa o valorativa, presentan un componente interpretativo. Estableciendo un tipo de inferencias previa a la calificación jurídica de los hechos, las denomina inferencia interpretativa. Las afirmaciones sobre determinados tipos de hechos tienen una carga de interpretación alta y dependen de las opciones conceptuales que se manejan. “La interpretación de los hechos puede verse como un proceso de clasificación de los datos sensoriales percibidos en alguna clase jurídica de hechos” (Ovalle, 2013, p. 16).

Los conceptos y definiciones son muy importantes, así por ejemplo conceptos de acción, estado de cosas, relación causal, intención, omisión, etc. Se considera este un punto central para entender las limitaciones de la estructura probatoria basado exclusivamente en el esquema silogístico deductivo, ajeno a la complejidad de la comunicación y del lenguaje.

El modelo de la gramática generativa transformacional “dice que cada oración tiene dos distinciones, la estructura de superficie, que es la representación de los sonidos actuales hechos por una forma de hablar y, en caso de una representación escrita, las palabras apuntadas...” (Gómez, 2005, p. 53). La representación está unida a otra representación que le da significado, es llamada *estructura profunda* la cual es inconsciente. El ser humano para pasar de la estructura profunda a la superficie procede de manera inconsciente; Gómez explicó las limitaciones que se dan al comunicar el conocimiento:

- Eliminamos, seleccionamos una parte de la información que hay en la estructura profunda.
- Damos una versión simplificada que inevitablemente distorsionará el significado.

- Generalizamos, la generalización es el proceso por el cual un elemento de nuestro modelo de mundo representa la categoría entera.

La prueba en sus tres facetas como actividad, medio y resultado estaría afectada por todas las inconsistencias mencionadas. Acertadamente se concluye, la prueba es relativa a la red conceptual con la que tratamos de comprender el mundo. Jesús Mosterín (2003) analizó la relación entre verdades y conceptos que empleemos, resaltó los problemas de objetividad, con las mismas pruebas pueden obtenerse resultados probatorios distintos cambiando solamente la definición de los conceptos que usemos.

González (1998) hace una extrapolación de los objetivos perseguidos por la ciencia siendo los que determinan la elección del método científico que a su vez determina el contenido de las teorías científicas, sostuvo:

Los objetivos que perseguimos determinan los criterios de adecuación de los conceptos y estos criterios, a su vez, determinan el contenido de los conceptos. La cuestión de las condiciones materiales (y formales) de adecuación de los conceptos que funcionan como enlaces en las inferencias probatorias dependería entonces de la finalidad que perseguimos con dichos conceptos. Una manera de entender las condiciones materiales que se ajusta a esta idea es la de Mosterín. De acuerdo con este autor, para que una clasificación sea adecuada debe permitir formular leyes generales con capacidad predictiva o explicativa, de manera que es preferible aquella clasificación cuyos conceptos son más fecundos científicamente, en el sentido de que permiten formular más

leyes generales, o más precisas, o con mayor poder explicativo o predictivo (p.166).

Perfecto Andrés Ibáñez (1992) indicó “el proceso de conocimiento relativo a los hechos, al estar también mediado por el lenguaje pesa idéntica carga de relativismo, de incertidumbre y ambigüedad que en todos los demás casos que esa mediación tiene lugar” (p.264)

CAPÍTULO 2

MARCO METODOLÓGICO

2.1 Enfoque de la investigación

Acorde a la naturaleza del problema que se investiga y la información que se recoge para su estudio, en este trabajo académico se opta por la investigación cualitativa; López y Salas (2009) señalaron como su finalidad la de identificar la naturaleza profunda de las realidades que se investigan, su sistema de relaciones, su estructura dinámica; Sampieri (2010) señaló que este tipo de investigación se dirige al estudio de los fenómenos, los cuales se exploran desde la perspectiva de los participantes en el propio contexto; Hernández, Fernández y Baptista (2014) refieren a Max Weber como un exponente del análisis cualitativo, - anotaron- es inductivo, lo que implica que utiliza la recolección de datos para finar las preguntas de investigación o revelar nuevas interrogantes en el proceso de interpretación, por tanto, se advierte el contraste de la investigación cualitativa con la cuantitativa, la cual se basa en una hipótesis y datos numéricos, procedimientos estadísticos y correlacionales. Collado y Licio (2010) indicaron que el enfoque cualitativo se selecciona cuando se desea conocer la perspectiva, los criterios, opiniones, de los participantes sobre los fenómenos que los rodean, guiándose por áreas o temas significativos.

La investigación desarrollada se dirigió a demostrar los criterios de los profesionales del Derecho sobre la problemática en torno a la prueba, interesa conocer en la práctica del Derecho la mayor o menor presencia de errores en la admisibilidad, práctica y valoración probatoria. Además, se indaga sobre la concepción de los señores jueces referente a los sistemas de prueba tasada, libre valoración probatoria y sana crítica, investigación necesaria

para determinar políticas públicas orientadas a fortalecer competencias y estrategias que ayuden a la difusión de los aportes de la Doctrina en cuanto al enfoque racional de la prueba y la constitucionalización del derecho a probar.

El modelo de la investigación es cualitativo porque se trata de realizar análisis específicos antes que ir a abstracciones, por la complejidad del objeto de investigación no se enfoca el proyecto en establecer leyes o probar causalidades generalizables, lo que interesa es conocer los problemas en el contexto socio-político-jurídico y planear alternativas factibles de solución.

2.2. Alcance

Una de las clasificaciones de los tipos de investigación por el alcance, en las ciencias sociales, se debe a Gordon Dankn (1986) quien diferenció tres niveles: exploratoria, descriptiva y explicativa. La investigación exploratoria (Hernández, Fernández y Baptista (2003) no constituyen un fin en sí mismo, generalmente determinan tendencias, identifican relaciones entre variables de un fenómeno, son flexibles en la metodología, tienen amplitud y dispersión. Examina o explora un tema para conocerlo más o que no es muy conocido, suele ser denominada Formulativa, se entiende como un primer nivel de acercamiento al fenómeno que se estudia, se intenta obtener la información inicial, para pasar a un estudio más riguroso, descriptivo y posteriormente, explicativo. Algunos autores la califican de ser una investigación superficial, pero es el primer paso en todo tipo de investigación.

De hecho, se la califica de necesaria, en el caso de la investigación que se presenta sobre sistemas de valoración probatoria, se requiere auscultar la problemática existente sobre la institución jurídica de la prueba, además se debe partir de recopilar información general sobre pensamientos jurídicos de por lo menos algunos procesalistas connotados, para partir de una

base de conocimientos que permitan perfilar las tendencias en los enfoques de la teoría de la prueba.

La investigación descriptiva aborda un estudio del fenómeno que se investiga, como su nombre indica, describe la situación que se pretende estudiar. Frank Morales (2013) la denomina investigación diagnóstica, trata de caracterizar un fenómeno o situación concreta indicando sus rasgos diferenciadores en dos puntos específicos, a saber: la no limitación a la recolección de datos, sino a la predicción e identificación de las relaciones existentes entre dos o más variables y el análisis de los resultados con la finalidad de extraer generalizaciones que aporten al conocimiento. Este autor mencionado presentó con propiedad y claridad las etapas de la investigación descriptiva, en las que se destaca el auscultamiento de las características del problema escogido; la selección de fuentes y temas apropiados; selección y elaboración de técnicas para la recolección de datos; descripción, análisis e interpretación de datos.

La investigación descriptiva posibilitará conocer el pensamiento jurídico de los operadores de justicia, tanto de juzgadores como de los profesionales del Derecho, abogados en libre ejercicio; se debe determinar las limitaciones de los sistemas de prueba tasada y de libre valoración probatoria, pero no solamente en el nivel teórico, es necesario investigar en la práctica jurídica. Se realiza una investigación en relación directa con los operadores de justicia. Se recopila información que permite comprender los hechos, replantear problemas, y orientar la investigación a otras fuentes, previo el análisis e interpretación de los resultados obtenidos.

La investigación explicativa intenta dar cuenta de un aspecto de la realidad, explicando su significatividad dentro de una teoría de referencia, a la luz de leyes o

generalizaciones que dan cuenta del hecho o fenómeno que se producen en determinadas condiciones (Morales, 2013).

La investigación explicativa permitirá develar la argumentación jurídica que defiende el grado de discrecionalidad racional que asiste a la valoración probatoria a través de la sana crítica; adentrarse en las reglas de la lógica, las máximas de experiencia y el sentido común; será factible interpretar los principios jurídicos que aporta la Doctrina para aplicarlos en materia probatoria y abonar propuestas que contribuyan a la eficacia probatoria como también a efectivizar la administración de justicia. Se procederá a una amplia investigación en línea, con fuentes actuales y de tratadistas reconocidos en el ámbito jurídico.

2.3 Tipo

De acuerdo a la metodología que se emplea la presente investigación es no experimental. Hernández y Col (2006) la califican de sistemática y empírica, sin manipulación de variables, mismas que se observan cómo se han dado y dan en su contexto natural. Méndez (2000) enfatiza de la investigación no experimental la evaluación del fenómeno o hecho objeto de estudio, pero no da la explicación de las causas.

Según Santa Palella y Feliberto Martins (2010), el diseño no experimental es el que se realiza sin manipular en forma deliberada ninguna variable. El investigador no sustituye intencionalmente las variables independientes. Se observan los hechos tal y como se presentan en su contexto real y en un tiempo determinado o no, para luego analizarlos. Por lo tanto, en este diseño no se construye una situación específica, sino que se observa las que existen.

2.4 Corte transversal

Montano (2010) define la investigación transversal como un método no experimental para el análisis de datos en un momento determinado, lo que difiere en la investigación longitudinal en la cual se estudia un fenómeno durante un período de tiempo prolongado.

La investigación realizada corresponde a un corte transversal descriptivo antes que experimental, se indaga sobre los criterios y experiencias de los operadores de justicia y profesionales del derecho sobre las limitaciones de los sistemas de valoración probatoria y los errores en la admisibilidad y práctica de la prueba.

2.5 Métodos

2.5.1 Teóricos

| Método | Dimensión | Sentido conceptual |
|-------------------------|--|--|
| Histórico lógico | Enfoque histórico de la prueba Evolución del derecho romano | Fase étnica Fase religiosa Fase legal Fase sentimental Fase científica Período formulario Imperio Período Justiniano Derecho canónico La prueba judicial en el derecho moderno. |

| | | |
|--|--|--|
| <p>Sistematización jurídica doctrinal</p> | <p>La prueba judicial</p> <p>Sistemas de valoración probatoria</p> <p>La verdad procesal</p> <p>Teorías argumentativas</p> | <p>Argumentos o motivos Los hechos Fuentes o medios Convicción del juez</p> <p>Prueba legal Libre valoración Sana crítica</p> <p>Verdad formal Verdad material Fin de la prueba y verdad</p> <p>Estructura de la inferencia probatoria Modelo de Toulmin</p> |
|--|--|--|

2.5.2 Empíricos

| Categorías | Dimensiones | Técnicas | Unidad de análisis |
|-------------------|---|---|---|
| La prueba | Ordenamiento jurídico ecuatoriano sobre la prueba | Análisis normativo Análisis documental | COGEP, artículos: 158 al 168 Finalidad de la prueba Oportunidad Prueba nueva Admisibilidad Prueba para mejor resolver La sana crítica: máximas de experiencia y reglas lógicas Sentencia de prescripción adquisitiva de dominio. - Recurso de Casación |
| | Valoración probatoria | Encuesta | 40 operadores de justicia |
| | Errores relacionados con la práctica de la prueba | Encuesta | 44 abogados en libre ejercicio |

2.6 Análisis normativo del ordenamiento jurídico ecuatoriano sobre la prueba

El Código Orgánico General de Procesos en el artículo 158 señala que la prueba tiene por finalidad convencer al juzgador sobre el objeto de la controversia. El artículo 159 refiere la

oportunidad de la prueba. La prueba no anunciada es posible que sea solicitada hasta antes de la convocatoria a la audiencia de juicio, es la denominada Prueba nueva, el juez resolverá aceptarla o negarla según la sana crítica. La obtención de aquellas pruebas que requieren del auxilio del órgano jurisdiccional tiene facultad el juez para ordenarla a petición de parte, las partes utilizarán todo tipo de prueba que no violente el debido proceso ni la ley, debido proceso como derecho fundamental a un acto de juzgar sólido en perfecta igualdad de condiciones, con el cumplimiento de requisitos y disposiciones constitucionales.

El artículo 160 sobre admisibilidad de la prueba señala los requisitos de pertinencia, utilidad y conducencia de la prueba; solamente de cumplirse con tales señalamientos se admitirán las pruebas, se practicará según la ley, con lealtad y veracidad. La imparcialidad del juzgador es esencial, elemento componente de lo que se denomina probidad. Igualmente se destaca en el artículo 160 el cuarto inciso, relacionado con la pérdida de la eficacia probatoria cuando se obtiene la prueba por medios dolosos e ilegales o inconstitucionales, a los que se suma aquellas situaciones en la que se violenta el derecho a contradecir. La contradicción (derecho de contradicción de la prueba artículo 165) implica la presencia de la contra parte, el conocimiento de la prueba actuada, la oportunidad de réplica, el derecho a la defensa, la doctrina se refiere a la constitucionalización del derecho a la prueba y se da una derivación al derecho a la motivación. El juzgador tiene la obligación de fundamentar los fallos, debe indicar las normas o principios jurídicos en los cuales funda la resolución realizando una subsunción del caso en la norma. Sobre la necesidad de la prueba el artículo 162 dispone que deben probarse todos los hechos peticionados por las partes, indicando el artículo 163 como excepciones cuatro situaciones: los hechos en los que las partes están de acuerdo, los hechos imposibles, los hechos notorios, los hechos que la ley presume de derecho.

La regulación sobre la valoración de la prueba (artículo 164) determina la exigencia de que las pruebas deberán solicitarse, practicarse e incorporarse dentro de los términos dispuesto por el Código Orgánico General de Procesos, solamente así serán apreciadas por el juzgador, quien debe apreciarlas en conjunto, de acuerdo a las reglas de la sana crítica. El artículo 168.- Prueba para mejor resolver, dispone la facultad del juez para de forma excepcional ordenar prueba de oficio, es decir cuando el juzgador enfrenta controversias difíciles u oscuras, tiene razones que justifican esa prueba de oficio con el fin del esclarecimiento de los hechos. Se entiende tal facultad legal por asegurar llegar a resoluciones justas fundamentadas en la verdad, sin embargo, tal aspecto ha ocasionado críticas y rechazo de muchos procesalistas (Botto, Superti, Benabentos, entre otros) al considerarla que afecta la imparcialidad del juzgador quién está prejuzgando debido a que debe tener una finalidad previamente concebida para ordenarla, el juzgador –señalan- no puede sustituir a la parte y suplir sus deficiencias u omisiones en la actividad probatoria.

Otras razones dadas por los autores que rechazan la prueba de oficio indican que el juez abandona su rol de tercero imparcial afectándose los principios procesales de imparcialidad e igualdad. El juzgador – señalan- no puede recurrir a dictar medidas probatorias no propuestas por las partes, no debe sustituirlas, al faltar una prueba debe el juez recurrir a las reglas del onus probando o carga de la prueba, solo las partes pueden aportar hechos y sus medios de confirmación al proceso. No se comparte estos criterios por cuanto esencialmente el rol del juzgador en la dirección del proceso debe ser la administración de lo justo y es plenamente responsable de su resolución, como ser humano en el estudio analítico y lógico que haga del proceso tendrá dudas y requerirá de otras herramientas para el mejor esclarecimiento de los hechos, esa es la prueba para mejor resolver que el COGEP lo regula

indicando su carácter excepcional, motivada, siendo posible la suspensión de la audiencia hasta por 15 días, se coincide con Parra Quijano y otros, quienes califican a la prueba de oficio como una herramienta de índole procesal.

2.7 Análisis de una sentencia en caso de juicio ordinario (recurso de casación) N° 26-2002.

Apreciación crítica sobre la base del documento Consideraciones sobre prueba y motivación por Michele Taruffo

Parte descriptiva. -

Los hechos en los que consiste el caso

Se demanda la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio de un lote de terreno (individualizado). La parte accionada reconviene a los actores con la reivindicación de la casa levantada en el mismo predio cuya propiedad alega le pertenece.

Síntesis en relación al itinerario procesal seguido

Los accionantes deducen recurso de casación contra la sentencia dictada en segunda instancia que revoca la del inferior, declara sin lugar la demanda y acepta la reconvención. Dicho recurso es concedido y sube el proceso a la Corte Suprema de Justicia.

El fallo de última instancia dice que el demandado ha demostrado que a la fecha del fallecimiento de su cónyuge, han procreado cinco hijos, contra quienes no han dirigido la presente acción los actores sino solamente contra el cónyuge sobreviviente, según se desprende de las escrituras de compraventa del lote motivo de la controversia, fue adquirido por el actor en el estado civil de casado, por lo cual la demanda presentada pierde toda eficacia jurídica por falta de legítimo o legítimos contradictores; revocando la sentencia de primer nivel en que se aceptó la acción declarativa de prescripción, rechaza la demanda en todas sus partes e inmediatamente, sin realizar ningún razonamiento jurídico, el fallo de

último nivel dice: Aceptase la reconvencción planteada por los demandados, en tal virtud, se ordena que los actores, desocupen y entreguen la totalidad del lote de terreno materia de este juicio, al demandado.

Fundamentos de la Sala (Tribunal de Casación) y solución que aporta la sentencia

Es materia reservada a los jueces de instancia todo lo referente a la apreciación de la prueba, sólo revisable en casación cuando se alegue violación de las leyes que rigen la prueba o absurdo evidente en su valoración lógica o jurídica. 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 (escapa a las leyes lógicas formales) o arbitraria (hay ilegitimidad en la motivación), lo cual ocurre cuando el juzgador prescinde de pruebas esenciales, computa pruebas inexistentes o valora pruebas inválidas. La sana crítica exige la plena observancia de las reglas de la lógica y la motivación requiere de referencia de principios y normas jurídicas, la fundamentación y razones de derecho que justifican la resolución judicial, de quebrantarse estas exigencias sobreviene el absurdo jurídico.

Los juzgadores de segundo nivel al valorar la prueba prescinden de una prueba esencial, esto es la donación a título gratuito realizado al demandado por sus padres mediante escritura pública; y computa pruebas inexistentes, las compraventas otorgadas a favor del actor en el estado civil de casado... pruebas que no obran ni a fojas ...como afirma el fallo casado, ni en ninguna otra parte del proceso, lo que determinó que no se aplique el artículo 158 del Código Civil, que determina que las adquisiciones a título de donación no entran a formar parte del haber conyugal, al haberse calificado al contrato como un negocio a título oneroso, se aplica el artículo 157. Los testimonios que obran del proceso indubitativamente contienen, por su denominación y estructura, una donación a título gratuito. Los Ministros Jueces han incurrido

en un típico error de valoración de la prueba, error de apreciación lógica. Si el demandado adquirió por donación el inmueble, este no entró a formar parte del haber de la sociedad conyugal, ni se transfirió a los herederos, por lo mismo no era necesario contar con ellos como legítimos contradictores, como se afirma en la sentencia de último nivel, entonces no debió rechazarse la acción por esta causa. Por lo tanto, procede casar la sentencia por existir ese error de derecho.

La reconvencción también deviene en improcedente ya que no ha acreditado su calidad de propietario del inmueble materia de la Litis, con el certificado del Registrador de la Propiedad.

Por las consideraciones que anteceden, la RESOLUCIÓN de la Corte Suprema de Justicia, casa la sentencia dictada por la H. Corte Superior de Justicia (Guaranda) y declara sin lugar tanto la demanda de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio propuesta como la reconvencción formulada por el demandado, por falta de legítimo contradictor.

2.7.1 Apreciación crítica de la sentencia

Se coincide con lo señalado por el Tribunal de Casación, existen decisiones contradictorias de las que adolece el fallo impugnado, por cuanto el juzgador de última instancia no ha guardado *sindéresis* en su argumentación jurídica, al señalar falta de legitimación *ad causam* en la parte pasiva por haberse dirigido la acción de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio únicamente contra uno de los que aparece como condueños y no contra todos, por la que se la rechaza como improcedente; procediendo en forma contradictoria, al no señalar así la acción de reconvencción, en esta acción también debieron concluir que hay vicio de falta de legitimación activa en tal causa debido a que debía ser presentada por quienes tienen la titularidad del derecho que se cuestiona, pero tal acción reivindicatoria fue puesta solamente

por uno solo de los que se afirma son condueños y no por todos. Se da una contradicción en el razonamiento lógico jurídico porque habiendo ámbitos iguales de validez material de las normas de derecho una permite (al demandado) y la otra prohíbe (a los actores).

Esta primera apreciación expuesta, a la luz de la tesis sostenida por Michele Taruffo en el acápite Consideraciones sobre prueba y motivación, *una concepción racionalista de la decisión judicial, se trata de una opción valorativa de índole esencialmente ideológica, con profundas implicaciones culturales y políticas*, en aquel primer elemento expositivo de la sentencia, no la aplicaría, porque el asunto de la controversia epistemológicamente analizado es más de índole normativa formal que de aplicación de principios y valores, – en mi criterio- lo ideológico interviene en casos que se vinculan más a principios jurídicos y axiológicos, especialmente políticos, antes que a normas técnicas.

En la parte expositiva de la sentencia, se señala el caso revisable en casación cuando se alegue violación de las leyes que rigen la prueba, o absurdo evidente en su valoración lógica o jurídica y en líneas sucesivas se lee:

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 *absurdo* todo aquello que 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; pero si la

conclusión es deliberadamente contraria a la razón, a la justicia o a las leyes porque el juzgador voluntariamente busca este resultado, estamos frente a un proceder arbitrario que, de perseguir favorecer a una de las partes o perjudicar a la otra, implicaría dolo y podría constituir inclusive un caso de prevaricación (Corte Suprema de Justicia: Sentencia N°26-2002)

Llegado a este punto, expreso que aparentemente es fácil emitir un pronunciamiento sobre la ilogicidad de un fallo fundamentado en la premisa de un quebrantamiento de la lógica formal, sin embargo la temática no es sencilla, si se indaga en la doctrina los enfoques opuestos sobre elementos jurídicos ligados a la concepción racional de la decisión judicial, me refiero a la jurisprudencia y precedentes, a los planteamientos sobre la tópica jurídica como sistema de argumentación y no solamente la lógica formal, etc. Precisamente Ramón Beltrán (2007), permite entrever como en la argumentación la estructura silogística deductiva no es la única en las definiciones jurisdiccionales, hace referencia a la estructura tópica que tiene relación con la dialéctica.

Desde otra arista, igual reviste de complejidad, refiriéndonos a los niveles que el procesalista italiano señala en el documento guía de análisis de la sentencia, allí señala que puede o no darse la concepción racional de la decisión judicial (consideraciones sobre prueba y motivación) en los siguientes ámbitos:

- Por la sociedad en su conjunto en el marco de la cultura y del sistema político de una sociedad determinada.
- El legislador puede optar o no por la concepción racional de la decisión judicial.
- Plantea el problema de la intervención de la ideología con una connotación filosófica.

- Sobre el principio de la libre convicción del juez o a la valoración según las reglas de la sana crítica.

Una síntesis muy sucinta permite decir que en la premisa *a* habría el peligro de la pérdida de independencia de las funciones del Estado, si bien Taruffo se refiere en el contexto del ordenamiento jurídico alemán al pensamiento nazi de Heidegger y habla del peligro de la *administrativización* de la justicia civil, lo he extrapolado al peligro de la pérdida de independencia del poder judicial en relación a otras funciones del Estado, los jueces responderían en sus decisiones al poder político del Estado lo que sería un fracaso del sistema de justicia.

En la premisa *b* señala que esa opción se encuentra en las normas relativas a las pruebas, sobre todo en cuanto a su valoración, así como en las que imponen la obligación de motivar, indicando como limitaciones las reglas de prueba legal y reglas de exclusión de los medios probatorios, afirma las normas de prueba legal están encaminadas a pre constituir una clase de certeza puramente formal, que nada tiene que ver con la verdad y un ordenamiento...que contenga significativas reglas de exclusión de los medios de prueba, no se inspira en una concepción racional de la decisión, puesto que impide la incorporación al proceso de pruebas que serían útiles para comprobar de forma racional la verdad de los hechos.

En relación a la premisa *c* el autor citado menciona que puede ocurrir que un juez siga una de las distintas corrientes culturales con premisas filosóficas de tipo irracionalista. Al referirse a la valoración según las reglas de la sana crítica, deja en claro que éstas se ejercerán según criterios que garanticen el control racional de la valoración de la prueba, que se adopte

una concepción epistémica y no retórica, es decir la prueba como una herramienta de conocimiento y no como mera persuasión.

Es de vital importancia contrastar las dos concepciones expresadas, la primera se sitúa fuera de toda perspectiva racional ya que toma en cuenta solo la función persuasiva, pero esa función persuasiva la explica refiriéndose a lo que sucede con los medios de comunicación masiva, suelen utilizar herramientas de persuasión irracional, para crear *estados mentales* -es decir convicciones- en aquellos que sufren su influencia”. La segunda concepción de la prueba parte de la premisa de que el proceso ha de orientarse a la búsqueda y comprobación de la verdad de los hechos.

Se comparte la segunda concepción de la prueba, el proceso debe iniciarse, desarrollarse y concluir sobre hechos comprobados, los que considero constituyen la verdad en el proceso, y el juez tiene la obligación de motivar sus resoluciones. En la realidad habrá causas difíciles, la doctrina aporta teoría que auxilia al juez, el propio Michele Taruffo escribe sobre la probabilidad prevalente, tema que no es objeto de estudio de esta tesis. Los distintos modelos racionalistas comparten el rechazo de las concepciones irracionalistas para las que la valoración de las pruebas sería simplemente un acto de intuición del juez. Se considera que una resolución basada en la intuición carece de fiabilidad y se aleja de los estándares probatorios que tratan sobre márgenes de error tolerables. Según la naturaleza de los tipos de procesos, es un reto el uso del método científico como instrumentos probatorios a utilizar en el marco del proceso.

La motivación de la sentencia -objeto de este análisis- cumple con los presupuestos expuestos por el autor en comentario, se sintetiza en los siguientes puntos:

- El tribunal de Casación expone con precisión, claridad y apegado a la norma las razones por las cuales ha ejercido su poder decisorio.
- Las valoraciones que realiza al interpretar la ley, por ejemplo, sobre el tipo de sentencia declarativa (que comprueba la existencia de un derecho o de una situación jurídica) correspondiente a la prescripción adquisitiva, el estricto análisis que permite justificar el derecho de los recurrentes a la Casación, etc., como también procede a las valoraciones y decisiones sobre las pruebas, por tanto se puede afirmar la existencia del principio de plenitud de la motivación a la que se refiere Taruffo, se entiende que el juez para emitir un veredicto deberá tomar en cuenta el total de los medios probatorios, de lo contrario no sería posible, el control sobre su fundamento racional. A manera de conclusión del análisis desarrollado, se anota:
- El razonamiento seguido por el Tribunal de casación determinó las equivocaciones del Tribunal de última instancia señalando los errores jurídicos afectados por ilogicidad causantes de decisiones incoherentes. Hubo ilegitimidad en la motivación. Se prescindió de una prueba esencial (escritura de donación) y se computó pruebas inexistentes (las compras ventas no obran en fojas...), por consiguiente, se pronunciaron ante un típico error de valoración de la prueba que llevó a los magistrados que suscriben el fallo casado a una conclusión absurda. La actuación del Tribunal de casación se ajusta a la concepción racional de la decisión debido a que estructura los considerandos aplicando la lógica como un instrumento de la ciencia jurídica.
- Se comprende que la prueba cumple una función epistémica, de conocimiento para llegar a la verdad e igualmente la motivación como justificación racional. Cuando se refiere al libre convencimiento o de evaluación fundada en la sana crítica, significa que el juez

efectuó una evaluación racional de la eficacia de las pruebas. La sentencia en casación subsanó los errores cometidos por el tribunal de última instancia, la fundamentaron en doctrina, jurisprudencia y normas legales.

- Se debe mencionar el cuestionamiento al sistema jurisdiccional restringido a la aplicación de un formalismo jurídico, específicamente cuando se refiere a las normas de prueba legal están encaminadas a preconstituir una certeza puramente formal.

CAPÍTULO 3

RESULTADOS

Se presentan a continuación los resultados de la investigación; la tabla general con las respuestas en relación a las limitaciones de los sistemas de prueba legal y libre valoración probatoria, la escala de apreciación es: 5. Totalmente de acuerdo; 4. De acuerdo; 3. Indecisa; 2. En desacuerdo; 1. Totalmente en desacuerdo

Tabla 1

Limitaciones de los sistemas de prueba tasada y libre valoración probatoria

| Limitaciones de los sistemas de prueba tasada y libre valoración probatoria | 5 | 4 | 3 | 2 | 1 | No contesta |
|---|--------|--------|--------|--------|-------|-------------|
| 1.Limitaba los elementos de prueba para formar la convicción. | 47,50% | 45,00% | 5,00% | 2,50% | | |
| 2. Imponía al juez el grado de eficacia que debía dar a determinados medios de prueba. | 70,00% | 22,50% | 5,00% | 2,50% | | |
| 3. Limitaba al juez, impidiéndolo producir otras inferencias lógicas-razonadas. | 52,50% | 27,50% | 7,50% | 7,50% | 2,50% | 2,50% |
| 4. La predominancia de este sistema dificultaba alcanzar la verdad procesal. | 37,00% | 45,00% | 5,00% | 8,00% | 2,50% | 2,50% |
| 4. La predominancia de este sistema dificultaba alcanzar la verdad procesal. | 37,00% | 45,00% | 5,00% | 8,00% | 2,50% | 2,50% |
| 5. Podría conculcar el derecho a probar en juicio lo que se traduciría en indefensión. | 52,50% | 25,00% | 2,50% | 20,00% | | |
| 6. La actuación de las partes en la audiencia percibida por la inmediatez del juzgador en el litigio, podría derivar juicios subjetivos que afecten la valoración probatoria. | 30,00% | 35,00% | 12,50% | 15,00% | 7,50% | |
| 7. La prueba de oficio puede variar de acuerdo al criterio subjetivo de cada juez. | 62,50% | 25,00% | 2,50% | 7,50% | | 2,50% |
| 8. En un sistema de sana crítica se reconocen espacios de discrecionalidad para los jueces. | 65,00% | 27,50% | 5,00% | | 2,50% | |
| 9. El sistema de la sana crítica es un proceso racional en el que el juez debe utilizar a fondo su capacidad de análisis lógico. | 67,50% | 25,00% | 7,50% | | | |
| 10. El sistema de libre valoración probatoria también exige la motivación y fundamentación del fallo. | 67,50% | 27,50% | 5,00% | | | |

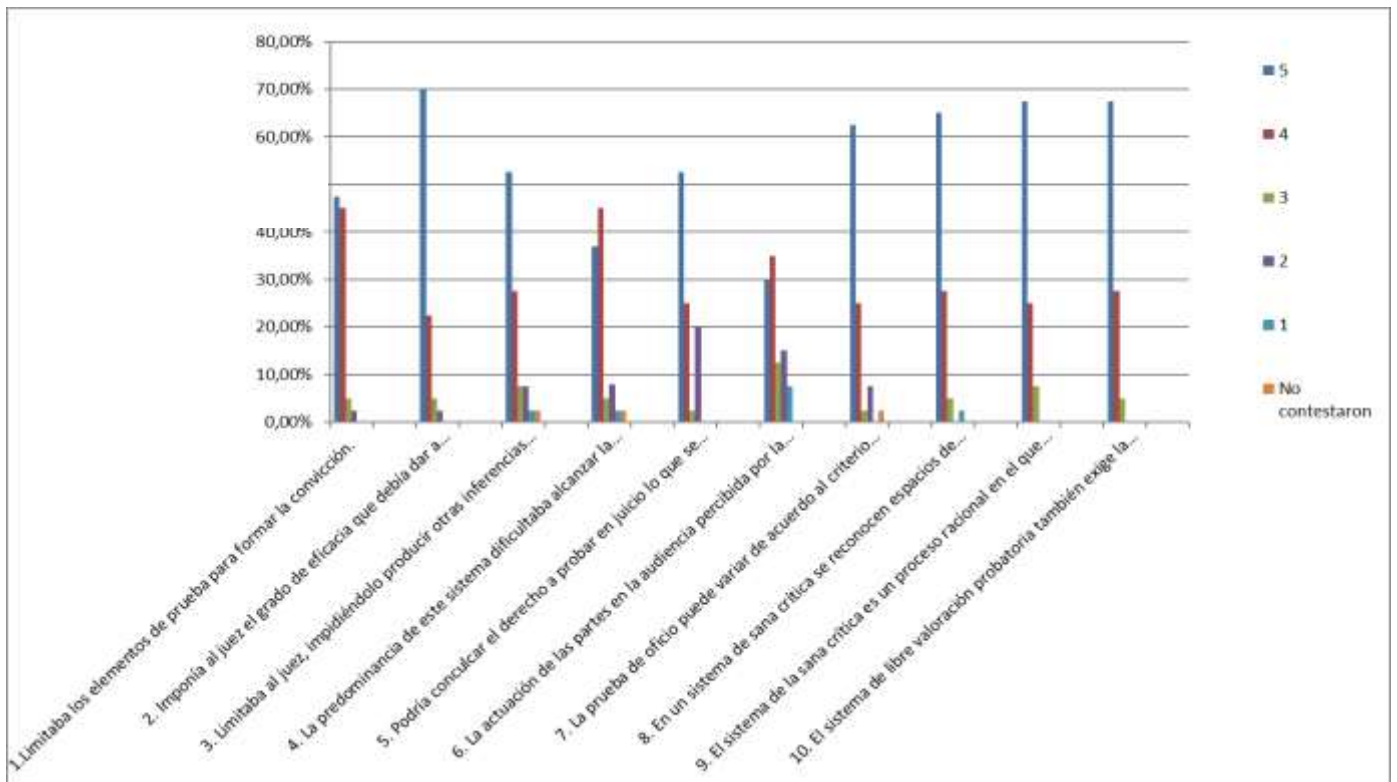


FIGURA 1
Limitaciones de los sistemas de prueba tasada y libre valoración probatoria

Análisis de los resultados obtenidos

Los porcentajes más altos han obtenido los juicios de apreciación de *total acuerdo* y *acuerdo* en relación a las limitaciones del sistema de prueba tasada en las siguientes precisiones y porcentajes:

- Limitación de los elementos de prueba (T.A 47.5% ; D.A 45%)
- Imposición al juez del grado de eficacia probatoria (T.A 70%; D.A 22.50%)
- Limitaciones para producir inferencias lógicas-razonadas (T.A 52.5%; D.A 27.5%)

- Dificultades para alcanzar la verdad procesal (T.A 37.5%; D.A 45%)
- Conculcación al derecho a probar (indefensión) (T.A 52.5%; D.A 25%)

Respecto al sistema de libre valoración probatoria y sana crítica, igualmente los porcentajes más altos se ubican en los juicios de apreciación de “total acuerdo” y “acuerdo” en relación a las siguientes indagaciones:

- La actuación de las partes en la audiencia percibida por la inmediatez del juzgador en el litigio, podría derivar juicios subjetivos que afecten la valoración probatoria. (T.A 30%; D.A 35%)
- La prueba de oficio misma que puede variar de acuerdo al criterio subjetivo de cada juez. (T.A 62.5%; D.A 25%)
- Reconocimiento de espacio de discrecionalidad en el sistema de la sana crítica. (T.A 65%; D.A 27.5%)

Acerca de la definición de la sana crítica como un proceso racional que exige al juez utilizar su capacidad de análisis lógico razonado en la actuación y valoración de pruebas, los jueces expresaron su “total acuerdo” en un porcentaje de 67.5 y la categoría “acuerdo” alcanzó un 25%. Porcentajes similares se producen al referir la exigencia de la motivación y fundamentación del fallo, realizando una subsunción del caso en la norma.

La segunda encuesta aplicada para medir los errores relacionados con la prueba y su valoración se utiliza la escala de apreciación: 5. Siempre; 4. Casi siempre; 3. Frecuentemente; 2. Ocasionalmente; 1. Nunca.

Tabla 2

Errores de admisión, práctica y valoración probatoria

| Errores de admisión, práctica y valoración probatoria | 5 | 4 | 3 | 2 | 1 | No contesta |
|--|------------|------------|------------|------------|-----------|-------------|
| 1. Equivocaciones jurídicas que afectan la admisibilidad de pruebas. | 18,1 8% | 29,5 0% | 22,7 2% | 20,4 5% | 6,1 8% | 2,2 7% |
| 2. Confusiones entre hecho externo, la percepción e interpretación de un hecho. | 13,6 3% | 31,8 1% | 31,8 1% | 13,6 3% | 2,2 7% | 6,1 8% |
| 3. Incidencia de juicios subjetivos del juez que afectan su valoración probatoria. | 6,18 % | 22,7 2% | 29,5 0% | 36,3 6% | 4,5 4% | |
| 4. Errores para inferir, reconstruir y analizar hechos pasados. | 11,3 6% | 15,9 0% | 29,5 0% | 25,0 0% | 9,0 9% | 9,0 9% |
| 5. Falta de motivación de la sentencia en relación a la valoración probatoria. | 22,7 2% | 11,3 6% | 18,1 8% | 40,9 0% | 6,1 8% | |
| 6. Jueces determinan responsabilidades a pesar de existir déficit valorativo en la prueba. | 20,4 5% | 27,2 7% | 29,5 0% | 18,1 8% | 4,5 4% | |
| 7. Bajo grado de objetividad en la valoración probatoria. | 25,0 0% | 11,3 6% | 38,6 3% | 22,7 2% | 2,2 7% | |
| 8. Incidencia del conocimiento privado del juzgador en la valoración probatoria. | 20,4 5% | 20,4 5% | 25,0 0% | 25,0 0% | 9,0 9% | |

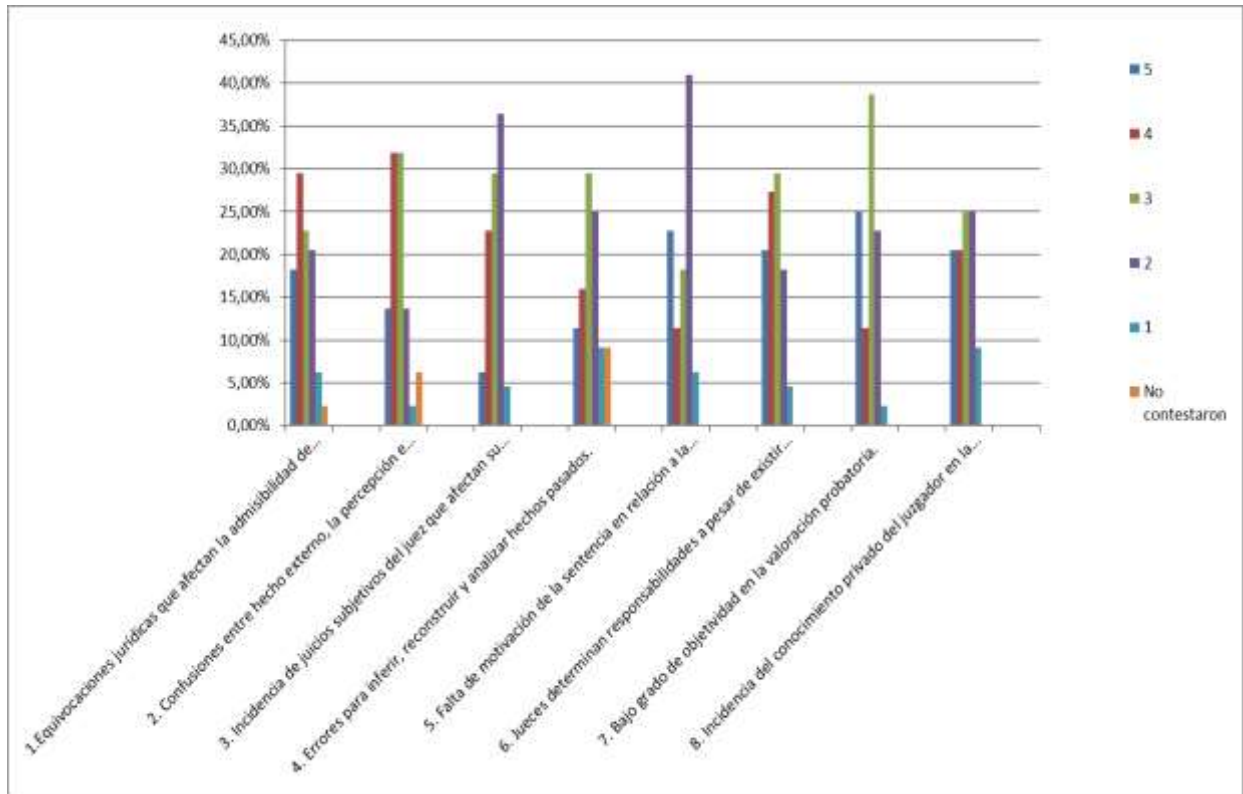


Figura 2

Errores en la admisión, práctica y valoración probatoria

Análisis de los resultados obtenidos

La encuesta aplicada para explorar sobre los errores relacionados con la prueba, su práctica y valoración indican que los porcentajes más altos se distribuyen en las valoraciones de casi siempre, frecuentemente y ocasionalmente, siendo las variaciones de puntaje entre estas categorías poco significativa con un porcentaje promedio del 30% ; la escala de Likert permite para un mejor análisis estadístico combinarlas; así las categorías cinco (siempre), cuatro (casi siempre) y tres (frecuentemente), este procedimiento favorece la percepción cuantitativa y comparación con la categoría ocasionalmente, bajo

este análisis los resultados señalados por los profesionales del Derecho sobre la frecuencia de los errores en materia probatoria se refieren en la siguiente tabla:

Tabla 3

Errores de admisión, práctica y valoración probatoria con combinación de escalas

| Errores de admisión, práctica y valoración probatoria con combinación de escalas | Siempre, casi siempre y frecuent. | Ocasionalmente | Nunca | No contestan |
|--|-----------------------------------|----------------|-------|--------------|
| 1. Equivocaciones jurídicas que afectan la admisibilidad de pruebas. | 70,40 % | 20,45% | 6,18% | 2,27 % |
| 2. Confusiones entre hecho externo, la percepción e interpretación de un hecho. | 77,25 % | 13,63% | 2,27% | 6,18 % |
| 3. Incidencia de juicios subjetivos del juez que afectan su valoración probatoria. | 58,40 % | 36,36% | 4,54% | |
| 4. Errores para inferir, reconstruir y analizar hechos pasados. | 60,76 % | 25,00% | 9,09% | 5,09 % |
| 5. Falta de motivación de la sentencia en relación a la valoración probatoria. | 52,26 % | 40,90% | 6,18% | |
| 6. Jueces determinan responsabilidades a pesar de existir déficit valorativo en la prueba. | 77,22 % | 18,18% | 4,54% | |
| 7. Bajo grado de objetividad en la valoración probatoria. | 74,44 % | 22,72% | 2,27% | |
| 8. Incidencia del conocimiento privado del juzgador en la valoración probatoria. | 65,90 % | 25,00% | 9,09% | |

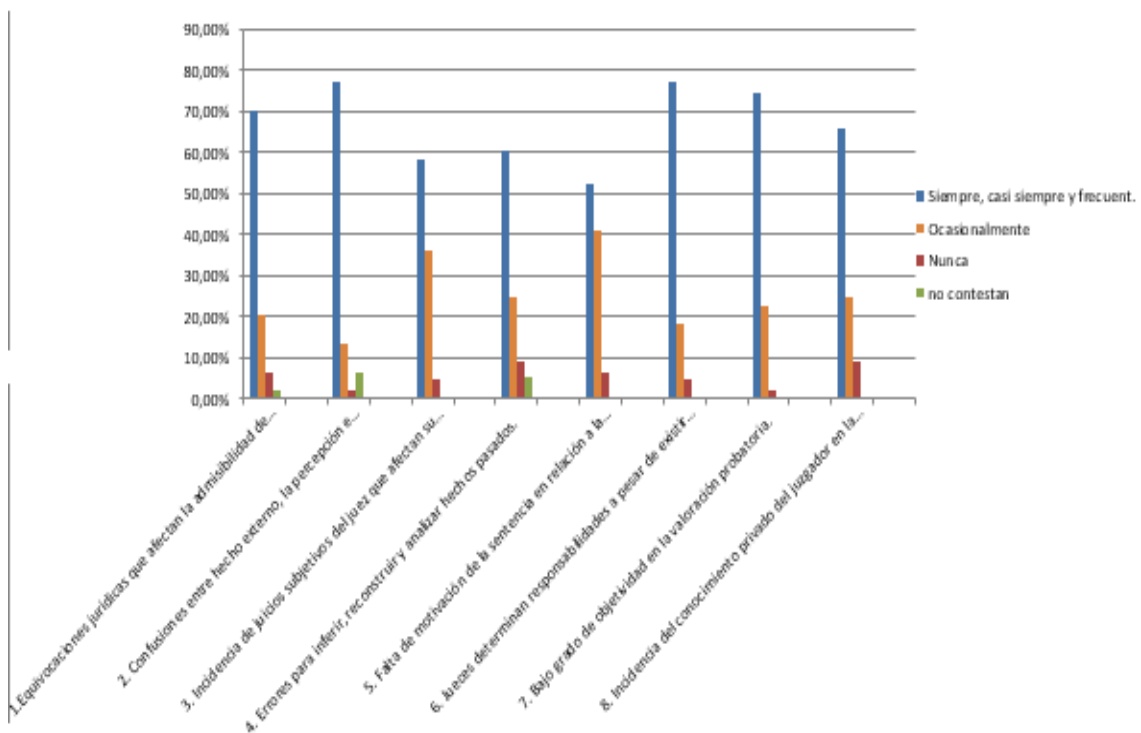


Figura 3

Errores de admisión, práctica y valoración probatoria combinadas las escalas de apreciación

Análisis de los resultados obtenidos

Los porcentajes alcanzados revelan los errores de mayor índice: numeral 2. Confusiones entre hecho externo, la percepción de un hecho y la interpretación de un hecho (77.25%) y numeral 6. Jueces determinan responsabilidades a pesar de existir déficit valorativo en la prueba (77.22%); este resultado conduce a la necesidad de legislar sobre los estándares probatorios en orden de dar herramientas a los juzgadores para disminuir niveles de incertidumbre en la valoración probatoria; resultados semejantes se obtienen en el elemento 1. Equivocaciones jurídicas que afectan la admisibilidad de pruebas (70.44) y el

numeral 7. Bajo grado de objetividad en la valoración probatoria (70.44); el porcentaje menor se presentó en el elemento 5. Falta de motivación de la sentencia en relación a la valoración probatoria (52.26%), a pesar de ser el porcentaje menor, no deja de ser relevante por estar referido a un aspecto esencial y de exigencia constitucional de la resolución judicial como es la motivación.

Los porcentajes de los elementos 3. Incidencia de juicios subjetivos del juez que afectan su valoración probatoria (58.40%); 4. Errores para inferir, de los medios de prueba aportados, percepciones suficientes para reconstruir y analizar hechos pasados (60.76%); 8. Incidencia del conocimiento privado del juzgador en la valoración probatoria (65.90); son coherentes con el porcentaje del elemento 7 referido al bajo grado de objetividad en la valoración probatoria (70.44%).

CAPÍTULO 4

DISCUSIÓN

4.1 Argumentación jurídica

La Prueba es una institución jurídica siempre en evolución con una característica de *red* es decir con una función jurídica y social, fundamentales para el proceso. La administración de justicia sería imposible sin la prueba. La investigación teórica doctrinaria desarrollada tiene correspondencia con la indagación realizada a los juzgadores; los resultados obtenidos señalan las limitaciones de la prueba tasada y la libre valoración probatoria y en cuanto a la sana crítica, se la califica como un proceso racional lógico, se reconoce un grado de subjetividad, un margen de discrecionalidad del juzgador, así como también, la exigencia de la motivación de la resolución judicial.

Los sistemas probatorios de prueba legal o tasada y libre valoración probatoria entrañan gran complejidad, en cada ordenamiento jurídico su interpretación varía y dependerá del grado de apertura del mismo, en el cual se encuentran involucrados factores políticos, morales, culturales e históricos. La libre valoración de la prueba está estrechamente ligada a la obligatoriedad jurídica de motivar los autos y resoluciones judiciales, es decir el juzgador debe justificar racionalmente sus argumentaciones y valoraciones.

Se demuestra el derecho a la prueba y su vinculación con el debido proceso y la tutela judicial efectiva, basada en juristas como Devis Echandía Hernando, Pico I. Junoy, Luis Bernardo Ruiz y otros. Se sostiene que deben predominar criterios epistemológicos o de racionalidad, coincidiendo con el pensamiento de Michele Taruffo, prominente procesalista

que reafirma los tres pilares del sistema de valoración probatoria, a saber: las reglas de la lógica, de la sana crítica y de la experiencia, desechándose la arbitrariedad.

Ubicándome en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, se considera que el sistema de la sana crítica o persuasión racional en la valoración de la prueba, vincula al juez a una discrecionalidad fundamentada en las reglas de la razón, es decir su argumentación será racional, lógica, científica y las máximas de experiencia no pueden contrariar la racionalidad, lo que no puede ser racionalmente elaborado no existe a los efectos de la correcta valoración de la prueba. El proceso se lo concibe como un procedimiento epistémico, a través del conocimiento se reconstruye la verdad de los hechos.

4.2 Contrastación empírica

Diferentes estudios se han dirigido a investigar y determinar los límites de la sana crítica, por cuanto han surgido posiciones extremas confundiéndola con el sistema de la íntima convicción, así la tesis escrita por Maturana (2010) sobre *La Sana Crítica: Un sistema de valoración racional de la prueba*, comprueba su hipótesis, a saber, que el sistema de valoración de la sana crítica implica una valoración racional de la prueba que se basa en el uso de criterios y parámetros objetivos y racionales, lo que se opone a la concepción de la valoración de la prueba a partir de criterios subjetivos o libre creencias que configuran la íntima convicción. Sin embargo, hay autores que utilizan los términos convicción o persuasión como elementos del juicio acerca de la credibilidad y eficacia de cada medio de prueba.

De forma análoga a la presente investigación, la tesis de Maturana enfatiza en la determinación de la verdad de los hechos a través de razones. El juzgador, si bien está liberado de la prueba legal o tasada, debe acudir a las reglas de la lógica, los conocimientos

científicamente afianzados y las máximas de experiencia e indica como la contradicción con estos parámetros racionales habilita el control de la valoración por los tribunales superiores de justicia a nivel de nulidad o casación.

La tesis *Aplicación de la sana crítica en la valoración de la prueba de experticia científica* presentada por Guerrero (2013) estudió la problemática del juzgador que conoce de derecho pero que su experiencia común y sus conocimientos científicos no son suficientes para analizar o cuestionar el contenido de una prueba científica. La investigación confirmó la necesidad del juez de apoyarse en opiniones calificadas de expertos teniendo libertad para ponderar su valor y aún desestimarla.

Un tercer referente se selecciona del ámbito penal: *Alcances y limitaciones de la sana crítica en la valoración de las pruebas en el proceso penal colombiano*, cuya autoría corresponde a Carlos Alberto Ortiz Gaviria quién presentó cuatro conclusiones, siendo dos de aquellas las más relevantes:

- Tanto la doctrina como la jurisprudencia han admitido la ciencia y la experiencia como parámetros integrantes de la sana crítica, ciencias formales (lógica y la matemática) y ciencias materiales (ciencias humanas).
- Si bien, el sistema de la sana crítica se funda sobre la libertad del juzgador en la actividad intelectual que presupone la valoración de la prueba, éste, al realizar la labor que se le ha confiado no puede desbordarse hacia la arbitrariedad, pues la ponderación de las pruebas se encuentra sometida a la racionalidad nacida de las máximas de la lógica y las reglas de la experiencia. Estas reglas son parte de la argumentación del juez y no constituyen en sí mismas prescripciones, pues carecen de vinculación normativa (Ortiz, 2014)

En relación a los errores en la admisibilidad, práctica y valoración probatoria investigado a los abogados en libre ejercicio, confirman la problemática sobre la institución jurídica de la prueba y cada una de las premisas planteadas como afirmaciones han sido aceptadas en porcentajes significativos, dándose por consiguiente errores en la admisibilidad de pruebas, presentándose confusiones en la percepción e interpretación de los hechos, incidiendo juicios subjetivos y el conocimiento privado del juzgador en la valoración probatoria, se presentan errores para inferir, reconstruir y analizar hechos pasados; igualmente indican que se da falta de motivación de la sentencia en relación a la valoración probatoria y la determinación de responsabilidades por parte de los juzgadores, a pesar de existir déficit valorativo en la prueba.

Este trabajo académico no dirigió sus objetivos a verificar en medios documentales la apreciación de los profesionales del derecho sobre la existencia de los errores antes mencionados y determinar con propiedad los elementos contentivos de cada uno de aquellas falencias, de allí que no es posible comparar con otras investigaciones, las cuales sí han seleccionado materia, especificado tipo de prueba y desarrollan análisis de sentencias y jurisprudencia; así por ejemplo mencionaremos el trabajo de Aponte (2016) quién investigó en diez sentencias los errores de hecho (falso juicio de existencia, falso juicio de identidad y falso raciocinio) y errores de derecho (falso juicio de legalidad y falso juicio de convicción). Se resumen las precisiones esenciales con las propias palabras del autor:

Errores de hecho:

- Falso juicio de existencia: el juez ignora una prueba que obra válidamente en el proceso o supone como existente una que no ha sido incorporada.

- Falso juicio de identidad: distorsiona o tergiversa el contenido fáctico de la prueba, atribuyéndole efectos que no se desprenden de ella.
- Falso raciocinio: desconoce los postulados de la sana crítica como método de apreciación probatoria.

Errores de derecho:

- Falso juicio de legalidad: admite y confiere valor probatorio a una prueba allegada irregularmente al proceso o desconoce y niega alcance a medios probatorios válidos.
- Falso juicio de convicción: asigna al respectivo medio de convicción un valor probatorio distinto al establecido por la ley, o le niega el que legalmente se le ha conferido.

De interés significativo se califica las recomendaciones sugeridas por el autor en comento, para mejora la valoración probatoria en procesos disciplinarios (campo de estudio de su tesis), pero que podrían ser aplicables en otros ámbitos, especialmente dos:

- Prelación de la Jurisprudencia y la Doctrina sobre la ley, como generadora de criterios de valoración probatoria.
- Favorecimiento de la interpretación que menos restrinja el derecho constitucional a elegir y ser elegido (principios hermenéuticos pro libertatis y pro homine).

Lo que es posible afirmar después de la revisión de otros trabajos de investigación, de tesis previas la obtención de maestrías y tesis doctorales, es precisar aportes que coinciden con lo planteado en este trabajo académico investigativo:

- El enfoque de la prueba como herramienta epistémica;
- La subjetividad no puede ser eliminada, pero si controlada.
- La necesidad de estándares de prueba.

- La valoración probatoria a través de la sana crítica como proceso racional.
- Aplicación de principios jurídicos en la valoración probatoria.

4.3 Influencia de los resultados para futuras investigaciones jurídicas

Los resultados inciden en aperturar nuevos núcleos de investigación sobre temáticas que contribuyan a un mejor desempeño del rol que asume el juzgador en la valoración probatoria, ser ecuánime, objetivo, imparcial, justo; es necesario la investigación jurídica sobre estándares probatorios, es un problema grave al que se ve abocado el juez cuando no cuenta con prueba suficiente para configurar su convicción, cuando su resolución judicial debe dictarla en estado de duda y riesgo de equivocarse. De allí que, para ayudar al juzgador a resolver ese conflicto jurídico, el Derecho Procesal aporta el concepto de estándar de prueba, se lo define como aquel umbral de suficiencia para valorar si las pruebas disponibles son suficientes para decidir si está o no probada en un proceso una determinada proposición sobre los hechos (Acattino, 2011); se plantea una reinterpretación del concepto de estándar de convicción. Moreno (2014) afirmó, se lo debe entender no como una barrera a superar, sino como un mecanismo que pretende fijar una determinada distribución del riesgo de error.

Otro aspecto relacionado con los resultados de la investigación revela dificultades de dirimir sobre la admisibilidad de pruebas, deriva en una conectividad con el enfoque constitucional de la prueba, la doctrina plantea una interrogante básica ¿existe el Derecho Probatorio Constitucional? Aspecto controvertido que requiere estudio. Además, en el constitucionalismo contemporáneo, en la valoración del caso el juez debe privilegiar la vigencia y aplicación efectiva y real de la Constitución; debe usar la primacía de la dignidad que es el fundamento de los Derechos Humanos y un categórico universal, aplicándose el principio pro-hómine. Constituye una exigencia prioritaria en un Estado Constitucional de

Derechos garantizar el debido proceso, la tutela judicial efectiva y la seguridad jurídica, el tema está vinculado esencialmente con el fin de la jurisdicción, con la administración de justicia.

CAPÍTULO 5

PROPUESTA

5.1 Enfoque de derechos en la aplicación de los principios para la valoración probatoria

El paradigma *iura novit curia* se sustenta en la preparación profesional del juez como conocedor de las normas jurídicas, el juez conoce el Derecho y aquello basta, debe sujetarse a éste, hay un determinismo jurídico, impera el texto de la ley, lo cual no le da margen a mayor interpretación para fundamentar su decisión. En la segunda mitad del siglo XX surge y se difunde un nuevo paradigma jurídico denominado Estado Constitucional de Derecho o Neo constitucionalismo, cuyo postulado esencial es la concepción de la Constitución como norma directamente aplicable, garantista de derechos y obligaciones, muchas de esas garantías tienen una estructura normativa abierta e indeterminada que impone a quien debe aplicarlas una tarea que excede, ciertamente, la de interpretar una norma, el juez requiere ampliar sus horizontes epistemológicos para evaluar la admisibilidad y alcances de la prueba especializada en otras ciencias, debiendo el juzgador en su actividad interpretativa optimizar la fuerza normativa de las normas constitucionales.

El giro de los sistemas jurídicos frente a la llamada *constitucionalización del Estado* ha sido una oportunidad, para legisladores, operadores de justicia, gobernantes y gobernados, de entablar cuestionamientos y salir del formalismo legal, que en palabras de Boaventura de Sousa Santos no es otra cosa que el culto acrítico a la ley y el desprecio a la Constitución y a los procedimientos constitucionales de garantía, que son tenidos como poco más que fórmulas retóricas, hojas de papel sin ninguna aplicabilidad.

De Boaventura de Sousa Santos se selecciona como fundamento filosófico jurídico de esta propuesta, su concepción del Derecho como ente regulador que garantiza la estabilidad

y el orden social, pero también su dimensión crítica y cuestionadora de las prácticas sociales dominantes y por consiguiente, se desea optar por un Derecho constructor de transformaciones políticas- sociales y en este paradigma jurídico el derecho probatorio es de gran valor porque está directamente vinculado a la administración de justicia, además se acoge el enfoque de derechos que es un constitutivo de un Estado Social de Derechos y Justicia; Nuria Cunill Grau ubica en la década de los 90 la noción de políticas con enfoque de derechos, lo cual llama la atención al pensar que en 1948 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Declaración Universal de los Derechos Humanos, nótese que pasó más de medio siglo para que las políticas de un Estado se asuman desde el prisma de los derechos.

Zoraida García Castillo (2016) señala como necesario para las resoluciones judiciales la intervención de otras áreas del conocimiento, destacando el rol objetivo e imparcial del juez involucrado en el contexto del problema y sensible a la realidad social (el subrayado me pertenece), además puntualiza que las máximas de experiencia implican los conocimientos científicos y las generalizaciones de sentido común.

A continuación, se han seleccionado algunos principios aportados por la investigación jurídica, cuyo enfoque e interpretación que acometo, constituirían orientaciones para encauzar al juzgador por procesos de racionalidad y conocimiento.

5.1.1 El Principio de unidad y comunidad de la prueba

Los procesalistas conceptúan el proceso probatorio como una unidad, y es el órgano jurisdiccional el que debe examinarla, le corresponde confrontar las diferentes pruebas, así los documentos, testimonios, u cualquier otro admitido en el proceso. Deberá en forma global

formar su convicción. Específicamente sobre el principio de comunidad de la prueba, escribió que la prueba no beneficia únicamente a la parte que la presenta y cuando ya es admitida, puede resultar favorable al contradictor. Por consiguiente, la prueba una vez ofrecida por las partes y admitida por el juez, pertenece al proceso y no solamente a una de las partes, existe la finalidad de llegar a la verdad de los hechos. Debe ser aplicado el principio de unidad o valoración conjunta de la prueba.

5.1.2 Principio de legalidad y legitimidad de la prueba

La prueba debe llevar al juzgador a formar su convicción, debe tener la prueba eficacia jurídica. El artículo 169 de la Constitución de la República del Ecuador expresa que el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia, menciona los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, intermediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades. Por el principio de legalidad se respeta el ordenamiento jurídico y los poderes públicos se encuentran sujetos a la ley; principio intrínseco a la actividad probatoria, se refiere a la exigibilidad de que la prueba se limite a ser obtenida por medios lícitos. La Constitución de la República en el artículo 76 numeral 4 así lo determina, de lo contrario carecerán de eficacia jurídica; por consiguiente, se está ante la prueba ilícita, misma que nos recuerda la teoría del árbol envenenado, solamente se puede obtener frutos envenenados, persuade de que los elementos probatorios derivados de una prueba ilícita son inadmisibles.

Se hace énfasis en la necesidad de que la prueba cumpla con los requisitos procesales establecidos en la ley, sin embargo, pueden darse situaciones de ritualidad que, si van a afectar a la sustancialidad o esencialidad del proceso o a los derechos de las partes, considero debe solventarlas el juez.

5.1.3 Principio dispositivo

La Constitución Política del Ecuador en el Art. 168 numeral 6, establece que la administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios: de concentración, contradicción y dispositivo. El principio dispositivo significa que todo proceso judicial se inicia a petición de parte legitimada, la actuación de los jueces resolverán la controversia de acuerdo al objeto fijado por las partes; en cuanto a las pruebas se ajustará a las pedidas, actuadas y ordenadas de conformidad a la ley; no obstante se recalca el inmenso valor de la prueba de oficio (Art. 168 COGEP) que faculta al juez disponerla excepcionalmente cuando lo crea necesario y pertinente para mejor resolver, lo que no afectaría el principio dispositivo puesto que es una situación jurídica que surge en el desarrollo de la actividad procesal y está ligada al fin jurisdiccional de administrar justicia.

5.1.4 Principio del interés público de la función de la prueba

La prueba no es secreta ni reservada, la prueba es pública, debe conocerla la otra parte para poder contradecirla; el principio de publicidad y de contradicción de la prueba garantiza el derecho de defensa y están vinculados a la validez y eficacia probatoria.

5.1.5 La motivación de la resolución judicial

La obligatoriedad de motivar las resoluciones judiciales constituye un principio general del sistema constitucional y del ordenamiento procesal, es una garantía vinculada directamente con la correcta administración de Justicia, que actúa como protección del derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho ofrece. Reconocidos investigadores jurídicos (Castillo, Luján, & Zavaleta, 2006) enfatizan que la motivación no equivale a la mera explicación de las causas del fallo, Zavaleta hizo una buena precisión sobre

lo que implica la motivación judicial, el juzgador presenta los razonamientos de hecho y de derecho, los argumentos fácticos y jurídicos, que constituyen el sustento de la resolución judicial que emite.

La Constitución ecuatoriana (2008), artículo 76 que contiene las garantías del debido proceso, en su numeral 7, literal 1), determina la nulidad de los actos administrativos, resoluciones o fallos que carecen de motivación. El artículo 89 del Código Orgánico General de Procesos se refiere a la motivación, prescribe la pena de nulidad cuando una sentencia y auto no estén motivados.

Marina Gascón (2008) ha referido una función *preventiva* que ejerce la motivación respecto de la actuación del propio juez, por cuanto lo puede condicionar y someter a controles racionales y jurídicos, provocando la expulsión de los elementos decisorios no susceptibles de justificación; Gascón expresó que la motivación no es directamente una garantía de verdad, sí lo es indirectamente, en la medida en que permite un control sobre ese espacio de discrecionalidad que es el ámbito de la libre valoración. Autora que diferenció la motivación de la resolución judicial de la motivación de la prueba, señaló como la motivación de la prueba soporta resistencia por parte de los juzgadores y destacó como una concepción racional de la prueba exige pues la motivación como su clave de cierre.

CONCLUSIONES

- El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, no basta un juzgador conocedor del Derecho, debe ser un juzgador garantista de derechos, su rol excede a la aplicación de la norma y se abre al aporte de los principios orientados a la administración de justicia identificado con la realidad social. Este enfoque asiste como fundamento al complejo entramado jurídico en la valoración probatoria.
- El juzgador desempeñará su función con objetividad e imparcialidad, acogerá de ser el caso, otras áreas del conocimiento; el grado de discrecionalidad existente en la libre valoración de la prueba estará vinculado a la racionalidad.
- Los estándares probatorios deben ser legislados y tomados en cuenta por los jueces, sobre todo cuando no hay prueba suficiente o existe colisión de premisas, contradicciones en la interpretación de hechos, en suma, en los llamados casos difíciles del Derecho.
- Los juzgadores deben observar los principios que aporta la Doctrina sobre la comunidad y unidad de la prueba, legalidad y legitimidad de la prueba; principios que fortalecen y protegen los derechos de las partes en el proceso.
- El principio dispositivo no debe ser interpretado como un principio que ata el juicio crítico del juzgador y lo invalida impidiéndolo actuar. La normativa permite entenderlo en su real significado, no suplir lo que corresponde a las partes y hacer lo que a su función es inherente para administrar justicia, así, por ejemplo, disponer la prueba de oficio.
- La validez probatoria está inmersa en la Filosofía Política (disciplina que no solamente estudia los fundamentos acerca de temas políticos, sino también las teorías de la

justicia, la libertad, los derechos), se necesita profundizar sobre las relaciones del individuo y el Estado, se piensa en como las regulaciones de la misma Constitución deben llevar a que primen los derechos fundamentales dentro del Estado y a la vez se proteja el bien común en un ordenamiento jurídico centralizado y operado por el poder económico y político.

- Sin embargo, debe recordarse que la prueba judicial puede afectar a la persona en todas las dimensiones de su vida: corporal, psíquica y social; el juzgador deberá observar el principio de interés público de la función de la prueba, deberá fallar conforme a justicia y es la prueba la que lo permitirá emitir la resolución judicial dándole a cada cual lo que corresponde.
- La motivación de la resolución judicial está íntimamente vinculada con la valoración de la prueba y actúa como un *filtro de racionalidad* en ese espacio de discrecionalidad que permite la sana crítica.

La investigación y desarrollo de esta Tesis ha señalado las limitaciones de los sistema de valoración probatoria y ha sistematizado los aportes de la Doctrina orientados a la concepción racional de ésta; aplicándose los elementos de la lógica y el conocimiento racional motivado en la apreciación crítica de una sentencia, todo lo cual ha fortalecido la propuesta de un enfoque de derechos en la aplicación de los principios para la valoración de la prueba, sin omitir una fundamentación filosófica política jurídica debeladora de que el Derecho no puede estar desligado de la realidad social, de la ideología, de la cultura, de otras ciencias; sumándose el razonamiento crítico como elemento indispensable, para asumir la utopía de la transformación social, lo que exige evitar elementos irracionales en las decisiones judiciales.

Es oportuno citar nuevamente a Sousa de Santos, quien escribió que debe incentivarse el activismo político, activismo judicial, activismo intelectual y académico, así como lo escrito por Mario Chaumet al analizar el pensamiento de Taruffo, enfatizó no limitar el derecho a conflictos normativos, el juzgador no dicta la resolución judicial al margen del contexto social, sino que su conciencia se convierte en conciencia pública.

BIBLIOGRAFÍA

- Accatino, D. (2011). Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal. *De Derechode la Pontificia Universidad Católica de Valparaiso*, XXXVII, 483.
- Ampuero, H. I. (2011). Rol y poderes del juez civil: Una mirada desde la eficiencia del proceso. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*. Año 18, N°2, 81.
- Ampuero, I. (2017). *Reglas de libre valoración de la Prueba: ¿Cómo conviven en el proyecto de Código Procesal Civil?* Obtenido de Ius. Et Praxis 1 vol 23 n° 1n Talca se:
<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122017000100008>
- Aponte, E. E. (2016). Los errores en la valoración probatoria y su incidencia en el debido proceso disciplinario. *Trabajo investigativo para optar por el título de Maestría en Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad Libre.
- Asamblea Constituyente (2008). Constitución de la República del Ecuador: Registro Oficial N° 449 de 20 de octubre de 2008.
- Asamblea Nacional (2015). Código Orgánico General de Procesos: Registro Oficial N°506 de 22 de mayo de 2015.
- Barrientos, C. R. (2008). *Correcta valoración de las pruebas*. Obtenido de Poder Judicial Gob.: <http://www.poderjudicial-gto.gob.mx/>
- Barrientos, R. E. (s.f.). *Correcta valoración de las pruebas*. Obtenido de Irapauto, Gto.:
<http://www.poderjudicial-gto.gob>.
- Barrios, G. B. (s.f.). *Teoría de la sana crítica*. Obtenido de
<http://www.academiadederecho.org>
- Beltrán, R. (2007). Procedente e giurisprudenza. *Diricho e Procedura Civile*, 61, 709.
- Capitant, H. (1939). *Vocabulario Jurídico*. Buenos Aires: Depalma.

- Carnelutti, F. (1997). *Derecho Procesal Civil y Penal*. México: Publi-Mex, S.A.
- Carnelutti, F. (2000). Buenos Aires: De Palma.
- Carrión, L. (2000). *Tratado de Derecho Procesal Civil. Volumen II*. (J. Jurley, Editor, & S. R. Linares, Productor) Obtenido de <http://www.derechoycambiosocial.com/revista> 013
- Castillo, J., Luján, M., & Zavaleta, R. (2006). *Razonamiento Judicial, Interpretación, Argumentación y Motivación de las Resoluciones Judiciales*. Lima: Ara .
- Chaumet, M. (2013). Notas sobre el pensamiento teórico jurídico de Michele Taruffo. Su vertiente realista. *Proceso Judicial y cultura, una mirada global*, 23 y siguientes.
- Cofré, L. J. (Julio, 2006). El Derecho como argumentación. *De Derecho, Vol. XIX N°1*, Recuperado de <http://www.scielo.cl>.
- Cornejo, G. C. (2006). La Escuela Historica y la Investigación Jurídica. *Docentia et Investigatio*, 133-137.
- Couture, E. J. (1949). *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Tomo II, p 221.
- Díaz de León, M. A. (2000). *Tratado sobre las pruebas penales, tomo II*. México: Porrúa.
- Domínguez, J. P. (2016). *Los presupuestos de la Sana Crítica*. Obtenido de ISSN: <https://lamjol.info/index.php>
- Echandía, D. H. (2000). *Compendio de Prueba Judicial. Tomo I*. Obtenido de Rubinzal-Culzoni Editores: Buenos Aires, p. 64: <http://www.derechoycambiosocial.com>
- Echandía, D. (s.f.). *Tratado de Derecho Procesal Civil. Tomo v.* (p.-3. Temis, Editor, & B. J. UNAM, Productor) Obtenido de www.juridicas.unam.mx
- Ferrer, J. (2007). *Tradición Racionalista de la Prueba*. Obtenido de <http://www.scielo.org.mx>
- Flores, F. (s.f.). *Los elementos de la prueba*. Obtenido de Biblioteca jurídica virtual de la UNAM: www.bibliojuridica.org

- García, C. Z. (enero-abril de 2016). *Los paradigmas jurídicos frente a la convergencia de otras ciencias en el quehacer judicial*. Obtenido de Boletín mexicano de derecho comparado. ISSN 0041-8633: <http://www.scielo.org.mx>
- García, L., & Vicuña, M. (2 de octubre de 2013). *Elementos de la sana crítica*. Obtenido de www.scielo.org.co
- Gascón, A. M. (2010). *Los hechos en el Derecho, bases argumentales de la prueba*. Madrid.
- Gómez, G. (2005). *Optimicemos la educación con programación neurolingüística*. México: Trillas.
- Gómez, G. (2005). *Programación Neurolingüística*. México: Trillas.
- González, L. (2012). *Apuntes sobre Prueba y Argumentación Jurídica*. Obtenido de Área de Filosofía del Derecho. Universidad de Alicante.
- Guerrero Medina, M. G. (enero de 2013). *Aplicación de la sana crítica en la valoración de la prueba de experticia científica*. Obtenido de Biblioteca Ucab: biblioteca2.ucab.edu.ve/anexos/biblioteca/marc/texto/AAS7660
- Hernández, R.S. (2010). *Metodología de la investigación*. México: MCGRAW-HILL
- Larios, Rogelio y Caballero, Lucila. (2011). *Litigación oral y práctica forense penal*. México: Oxford.
- Linares. (s.f.). *La valoración de la prueba*. Obtenido de <https://documents.mx/documents/la-valoracion-de-la-prueba.html>
- Marquardt, B. (25 de febrero de 2017). *El primer código penal sistemático de la modernidad temprana europea: La Constitución Criminalis Carolina de 1532*. Obtenido de Pensamiento Jurídico: <http://bdigital.unal.edu.co>
- Maturana, J. B. (2010). *La Sana Crítica: Un sistema de valoración de la prueba*. Universidad

Católica de Chile. Chile.

Méndez, T. I. (2010). *La valoración de la prueba como institución del derecho procesal*.

Cuba: Universidad Camilo Cien Fuegos.

Meneses, P. C. (2008). Fuentes de prueba y medios de prueba en el proceso civil. *Ius et Praxis*, 43-86.

Mero, A. (s.f.). *Principios procesales y reglas del setenciar*. Rosario: Universidad Nacional de Rosario.

Molina, G. H. (s.f.). *Biblioteca virtual de la UNAM*. Obtenido de <http://boblio.juridicas.unam.mx>

Molina, V. (2008). *Valoración de la validez y de la eficacia de la prueba*. Antioquía: Centro de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquía.

Montero, A. J. (2007). Valoración de la prueba, reglas legales, garantía y libertad en el proceso civil. *Iberoamericana de Derecho Procesal*, s/n.

Morales, F. (2013). *Tipos de investigación*. Obtenido de www.ucipfg.com/Repositorio/MSCG/Practica

Moreno, H. L. (2014). *Problemas de convicción, valoración de la prueba y fundamentación: Su impacto en el error judicial*. Obtenido de Consejo de Judicatura Federal (MX): <https://www.ijf.cjf.gob.mx/Penal/biblioteca>

Narvaez, & Couture. (2012-1949). *Estudios de Derecho Procesal Civil*. (t. I. Buenos Aires, Ed.) Obtenido de Estudios de Derecho Procesal Civil: http://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/2011/12/231_a_274

Obando, B. V. (s.f.). *Artículos Jurídicos*. Obtenido de <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect>

- Obando, B. V. (s.f.). *Valoración de la prueba basada en la lógica, la sana crítica, la experiencia y el proceso civil*. Obtenido de <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect>
- Ortiz Gaviria, C. A. (2014). *Alcances y limitaciones de la sana crítica en la valoración de las pruebas en el proceso penal*. Obtenido de Universidad de Medellín:
<https://repository.udem.edu.co/bitstream/handle/11407/4621>
- Ovalle, F. J. (2013). Teoría General de la Prueba. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de México*, 93-94.
- Rines, L. (s.f.). *Principios Generales que rigen la actividad probatoria*. Obtenido de <https://www.pj.gob.pe>
- Rodríguez, C. (2016). Límites del control de la valoración judicial de la prueba en el sistema de la sana crítica. *Guía Judicial*.
- Rodríguez, L. I. (2009). Evolución de la inspección judicial como medio de prueba. Avance del marco teórico. *Justicia*, N°16, 86-100.
- Rojas, T. H. (2012). *Sistema de valoración de los medios probatorios*. Obtenido de <http://sierraaltayasociados.blog.com/>
- Ruiz, A. (2016). La verdad en el Derecho. *Intersticios*, N°12 Zapopan.
- Salinas, S. R. (s.f.). *Valoración de la prueba*. Obtenido de <http://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs>
- Sánchez, N. C. (2014). *in Universidad Nacional de Trujillo*. Obtenido de ¿Qué es el sentido común?: <https://es.slideshare.net/cesarsancheznarvaez/el-sentido-comun-investigacin>
- Schutz, A. (2003). *Escritos II*. Buenos Aires: Amorrurtu.
- Sentencia Caso N°26-2002. Quito: Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia.

Sentís, M. (1959). *Teoría y práctica del proceso*. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América.

Seoane, J. (2007). *La prueba en la Ley del Enjuiciamiento Civil 1/2000*. Navarra: Aranzal.

Stein, F. (1973). *El conocimiento privado del juez*. Pamplona: Universidad de Navarra.

Taruffo, M. (2002). *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta.

Taruffo, M. (2005). *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta.

Taruffo, M. (s.f.). *Algunos comentarios sobre la valoración de la prueba*. Obtenido de Traducción de González Lagier, pág. 85.

Tomás, J., Pineda, M., & Salmona, F. (4 de marzo de 2004). Obtenido de <https://www.google.com.ec>

APÉNDICES

Apéndice A: Glosario

Apéndice B: Ficha de registro de Tesis (SENESCYT)

Apéndice C: Declaración y autorización (SENESCYT)

Apéndice D: Ficha técnica del validador

GLOSARIO

Hecho. - Un acontecimiento que sucede en el tiempo y en el espacio. Cuando la ley fija a los hechos efectos jurídicos los vincula al Derecho.

Cognoscitivismo crítico. - Somete los hechos a un análisis exhaustivo, delimitando el nivel de independencia y de construcción del observador. Se afirma que la verdad es relativa a una red de conceptos, no hay certezas absolutas, se obtiene una verdad en un contexto determinado.

Fuente de prueba. - Es sustancial y material.

Medio de prueba. - Nacerá y se formará en el proceso. Es lo adjetivo y formal.

Fuentes y medios de prueba con una concepción racionalista de la prueba en juicio son los datos empíricos base de la actividad probatoria.

Planos en el campo de la prueba en juicio. - Son dos: extrajudicial e intraprocesal.

Plano extrajudicial. - Es amplio, contempla todo lo que ocurre en el mundo sensible con o sin regulación jurídica.

Plano intraprocesal. - Es limitado, sujeto a las imposiciones del Derecho (debido proceso legal).

Probar. - Es persuadir de la verdad de los hechos.

Máximas de experiencia. – Definiciones o juicios hipotéticos de contenido general desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso.

Libre valoración probatoria. - El juzgador emite su decisión en base a sus propios parámetros interpretativos, acorde al convencimiento al que llegó el juez forma su convicción en base a las pruebas producidas, no se sujeta a reglas jurídicas preestablecidas.

Sentido común. - Está vinculado a la capacidad de discernimiento necesario para tomar decisiones coherentes basadas en la razón y sus conocimientos, excluye la imprudencia, ser impulsivo, el apresuramiento, temperamentalidad. Está unido a un pensamiento dinámico, de lucha constante entre contradicciones y de unificación de opuestos, lo que corresponde a la concepción dialéctica de la lógica. En la valoración probatoria el juzgador rebaza la lógica formal.

Verdad procesal. - La que surge en el proceso a partir de las afirmaciones de las partes, obtenida por los medios y a través del procedimiento, previstos en el derecho y certificada autoritativamente por el juez.

Teoría de la verdad por correspondencia. - Se corresponden los enunciados sobre los hechos con lo sucedido en la realidad sensible.

Inferencia probatoria. - Es un tipo de razonamiento en el cual se distinguen los siguientes elementos: el hecho que queremos probar, la información que se dispone sobre hechos más o menos vinculada con el primero (indicios, las pruebas o hechos probatorios) y una relación entre el hecho que queremos probar y los indicios.

Enfoque de derechos aplicado a la prueba. - Implica reconocer a la prueba no solo como un instrumento procesal para la solución de controversias judiciales, sino reconocer la dimensión garantista de la efectividad de todo el proceso en un Estado Constitucional de derechos y justicia social.



VALIDACIÓN PARA EL DESARROLLO DE LA PROPUESTA:

FICHA TÉCNICA DEL VALIDADOR

Nombre: *Nelson Ibán Campbell Sotres*
 Cédula N°: *120208587-2* Fecha: *26-Enero-2019*
 Profesión: *Abogado*
 Dirección: *Babahoyo, Rocafuerte No 901 y Av. 8.*

| ESCALA DE VALORACION ASPECTOS | MUY ADECUADA 5 | ADECUADA 4 | MEDIANAMENTE ADECUADA 3 | POCO ADECUADA 2 | NADA ADECUADA 1 |
|-----------------------------------|-------------------|---------------|----------------------------|--------------------|--------------------|
| Introducción | ✓ | | | | |
| Objetivos | ✓ | | | | |
| Pertinencia | ✓ | | | | |
| Secuencia | ✓ | | | | |
| Premisa | ✓ | | | | |
| Profundidad | ✓ | | | | |
| Coherencia jurisprudencial | ✓ | | | | |
| Comprensión | ✓ | | | | |
| Creatividad | ✓ | | | | |
| Beneficiarios | ✓ | | | | |
| Consistencia lógica | ✓ | | | | |
| Cánones doctrinales jerarquizados | ✓ | | | | |
| Objetividad | ✓ | | | | |
| Argumentación | ✓ | | | | |
| Hermenéutica | ✓ | | | | |
| Moralidad social | ✓ | | | | |

Fuente: (Obando, 2019)

Comentario: *La tesis recoge una verdadera referencia de lo que significa la limitación de la probanza.*

Firma



DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, **Salgado Córdova Ana Eulalia**, con **C.C: # 0101030815** autora del trabajo de titulación: *Limitaciones del Sistema legal y de libre valoración probatoria para obtener la verdad procesal*, previo a la obtención del grado de **MAGÍSTER EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL** en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tienen las instituciones de educación superior, 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 SENESCYT a tener una copia del referido trabajo de graduación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, 24 de julio de 2019

f. _____
Salgado Córdova Ana Eulalia
C.C: 0101030815

REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE GRADUACIÓN

| | | | |
|---|--|----------------------------------|-----|
| TÍTULO Y SUBTÍTULO: | Limitaciones del sistema legal y de libre valoración probatoria para obtener la verdad procesal. | | |
| AUTOR(ES) | Salgado Córdova, Ana Eulalia | | |
| REVISOR(ES)/TUTOR(ES) | Dra. Pérez Puig-Mir Nuria; Dr. Aguirre Valdez Javier | | |
| INSTITUCIÓN: | Universidad Católica de Santiago de Guayaquil | | |
| UNIDAD/FACULTAD: | Sistema de Posgrado | | |
| MAESTRÍA/ESPECIALIDAD: | Maestría en Derecho Mención Derecho Procesal | | |
| GRADO OBTENIDO: | Magíster en Derecho Mención Derecho Procesal | | |
| FECHA DE PUBLICACIÓN: | 24 de julio del 2019 | No. DE PÁGINAS: | 113 |
| ÁREAS TEMÁTICAS: | Derecho Procesal, Legislación | | |
| PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS: | Prueba, valoración probatoria, verdad procesal, sana crítica | | |
| RESUMEN/ABSTRACT: | | | |
| <p>Antecedentes: Las “Limitaciones de los sistemas de prueba tasada y libre valoración probatoria para obtener la verdad procesal” surge por los enfoques controvertidos sobre la concepción de la prueba y valoración probatoria; el objetivo sistematiza un campo conceptual doctrinario en relación a tal temática, compleja y nuclear en el proceso. La metodología de la investigación es cualitativa, se aplicó una encuesta a 40 jueces para indagar sus criterios sobre dichos sistemas, especialmente la sana crítica y a 44 abogados se averigua sobre las limitaciones en la admisibilidad, práctica y valoración de la prueba. Los resultados obtenidos señalan la sana crítica como el medio de valoración probatoria fundamentado en la razón, la lógica, la experiencia y el conocimiento del juzgador coherente con el aporte científico, libre de arbitrariedades. En cuanto a los errores en la actividad probatoria mencionaron las equivocaciones en la admisibilidad de la prueba, determinación de responsabilidades a pesar de existir insuficiencia en las pruebas y elementos en torno a la incidencia de factores subjetivos en la configuración de la convicción del juzgador; se analizó la prueba en el COGEP y una sentencia de casación en materia civil (prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio). Se concluye con la propuesta de un enfoque de derechos en la aplicación de los principios para la valoración probatoria, sin omitir una fundamentación filosófica política jurídica debeladora de que el Derecho no puede estar desligado de la realidad social, sumándose el razonamiento crítico como elemento indispensable para evitar elementos irracionales en las decisiones judiciales.</p> | | | |
| ADJUNTO PDF: | <input checked="" type="checkbox"/> SI | <input type="checkbox"/> NO | |
| CONTACTO CON AUTOR/ES: | Teléfono: 0991284058 | E-mail: laly_salgado@hotmail.com | |
| CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN: | Nombre: Ing. Andrés Isaac Obando | | |
| | Teléfono: (04)2222024 | | |
| | E-mail: ing.obandoo@hotmail.com | | |
| SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA | | | |
| N° REGISTRO (base a datos) | | | |
| N° DE CLASIFICACIÓN | | | |
| DIRECCIÓN URL (Tesis en la web) | | | |