

UNIVERSIDAD CATOLICA DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

SISTEMA DE POSGRADO

MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL

TEMA:

**LAS PRESUNCIONES JUDICIALES COMO FORMA DE
RESOLVER LOS PROCESOS REGIDOS POR EL COGEP**

AUTOR:

NAVARRETE RÍOS, ANDREA ISABEL, ABG.

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

TUTOR:

**ABG. DE LA PARED DARQUEA JOHNNY DAGOBERTO,
MSC.**

GUAYAQUIL – ECUADOR

2020



UNIVERSIDAD CATOLICA 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 **Navarrete Ríos Andrea Isabel**, como requerimiento parcial para la obtención del **Grado Académico de Magister en Derecho mención Derecho Procesal**.

Abg. Johnny De La Pared Darquea, Msc.

DIRECTOR DE PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

Abg. Nuria Pérez Puig-Mir, Msc.

REVISORA

Ing. Walter Mera Ortiz, PhD.

VICERRECTOR DE INVESTIGACION Y POSGRADO

Guayaquil, a los 8 días del mes de junio del año 2020



UNIVERSIDAD CATOLICA DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

SISTEMA DE POSGRADO

MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo, Navarrete Ríos Andrea Isabel

DECLARO QUE:

El Proyecto de Investigación **Las Presunciones Judiciales como forma de resolver los procesos regidos por el COGEP** previa a la obtención del **Grado Académico de Magister en Derecho mención Derecho Procesal**, ha sido desarrollada 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 total autoría.

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

Guayaquil, a los 8 días del mes de junio del año 2020

EL AUTOR

f. _____

Navarrete Ríos Andrea Isabel



**UNIVERSIDAD CATOLICA DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO**

**MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO
PROCESAL**

AUTORIZACIÓN

Yo, Navarrete Ríos Andrea Isabel

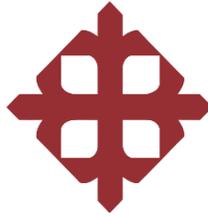
Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, la **publicación** en la biblioteca de la institución del **Proyecto de Investigación**, previo a la obtención del grado académico de Magister en Derecho Mención Derecho Procesal titulada: **Las Presunciones Judiciales como forma de resolver los procesos regidos por el COGEP**, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, a los 8 días del mes de junio del año 2020

EL AUTOR

f. _____

Navarrete Ríos Andrea Isa



UNIVERSIDAD CATOLICA DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO
PROCESAL
INFORME DE URKUND



Document Information

Analyzed document	Correcciones Andrea Navarrete.docx (D74241977)
Submitted	6/6/2020 4:41:00 PM
Submitted by	Andrés Isaac Obando Ochoa
Submitter email	ing.obandoo@hotmail.com
Similarity	3%
Analysis address	santiago.velazquez.ucsg@analysis.arkund.com

Sources included in the report

ÍNDICE

<i>INTRODUCCIÓN</i>	2
<i>CAPÍTULO TEÓRICO</i>	10
La prueba	10
Principios generales de la prueba	16
Derecho a la prueba.....	19
La actividad probática.....	25
La prueba y el proceso judicial.....	27
Presunciones Judiciales	27
Las presunciones si son medios de pruebas.....	42
Las presunciones no son medio de prueba.....	43
Las presunciones hominis	48
Motivación de la presunción <i>hominis</i>	51
Referentes Empíricos	52
Ambigüedad del artículo 172 del COGEP	53
<i>CAPITULO METODOLÓGICO Y RESULTADOS</i>	55
La Metodología	55
Alcance de la Investigación	55
Categorías, Dimensiones, Instrumentos y Unidades de Análisis	56
Criterios éticos	57
Resultados	57
Entrevistas a expertos en el área de derecho procesal	71
Entrevista a Cristóbal Francisco Mantilla Moscoso.....	72

Entrevista a Jeffrey Gerardo Zúñiga Ruilova	74
Entrevista a Luis Alberto Montalvo Landín	76
<i>CAPÍTULO DE PROPUESTA</i>	79
ARTICULO REFORMADO: Presunciones judiciales	81
<i>CONCLUSIONES</i>	83
<i>RECOMENDACIONES</i>	84
<i>REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS</i>	85

ÍNDICE DE TABLA

Tabla 1. Métodos Empíricos	56
---	-----------

RESUMEN

El presente trabajo de investigación estudia a las Presunciones Judiciales como forma de resolver los procesos regidos por el COGEP, analizando el déficit normativo que presenta la norma que configura a la presunción judicial como un método conjetural de resolver los litigios, examinando a las presunciones como antecedente las decisiones judiciales y desarrollando la ambigüedad sintáctica del artículo 172 del COGEP; a través del cumplimiento del objetivo general y los objetivos específicos, realizando una propuesta de reforma a la norma.

La reforma busca que al otorgar la posibilidad al juez de razonar presuntivamente con el material probatorio, se precise con la condición de que argumente los resultados que por su intermedio ha obtenido. Esto significaría que, la sentencia, como construcción discursiva, no contendrá un reflejo del razonamiento (que se manifiesta en la mente del juez), sino una argumentación sobre los pasos, elementos considerados y resultados obtenidos en ese razonamiento.

Todo esto, fundamentado, representa la consecuencia de la indagación e investigación a través de técnicas e instrumentos específicos, utilizando como métodos teóricos el de análisis síntesis, deductivo y exegético, para interpretar la normativa legal y social ecuatoriana para dilucidar la forma idónea de presentación de los medios probatorios y como métodos empíricos el análisis de contenido, análisis normativo comparativo, jurisprudencial y se realizarán entrevistas a expertos en el área procesal, mecanismos que ha permitido evidenciar la problemática planteada en este trabajo investigación.

Palabras claves: Presunciones judiciales, pruebas, derecho procesal, decisiones judiciales, medio probatorio.

ABSTRACT

This research paper studies the Judicial Presumptions as a way to resolve the processes governed by COGEP, analyzing the regulatory deficit presented by the rule that configures the judicial presumption as a conjectural method of resolving disputes, examining the presumptions as background judicial decisions and developing the syntactic ambiguity of article 172 of COGEP; through the fulfillment of the general objective and the specific objectives, making a proposal of reform to the norm.

The reform seeks that by granting the possibility to the judge to presumptively reason with the probative material, it is required on the condition that he argue the results obtained through him. This would mean that the sentence, as a discursive construction, will not contain a reflection of the reasoning (which is manifested in the judge's mind), but an argument about the steps, elements considered and results obtained in that reasoning.

All this, based, represents the consequence of the investigation and investigation through specific techniques and instruments, using as theoretical methods the synthesis, deductive and exegetical analysis, to interpret the Ecuadorian legal and social regulations to elucidate the ideal form of presentation of the evidence and as empirical methods the content analysis, comparative normative analysis, jurisprudential and interviews will be conducted with experts in the procedural area, mechanisms that have allowed to demonstrate the problem posed in this research work.

Key Words: Judicial presumptions, evidence, procedural law, judicial decisions, evidence.

INTRODUCCIÓN

El sistema procesal señala los procedimientos para la consecución de los fallos y el conjunto de los actos que se efectúan en el procedimiento constituyen el proceso. Este proceso judicial consiste en una sucesión de actos jurídicos que se inicia con la admisión de la demanda y finaliza con la sentencia. Con la demanda se inician una serie de actos con los que se persigue resolver una controversia a través de la obtención de una sentencia, para llegar a esto, quien sirva como juzgador, debe o tiene que, comprobar la verdad de las afirmaciones que realicen los litigantes, en relación con los medios de prueba proporcionados para su acreditación, proceso que permite establecer un juicio por medio del cual se resuelven las controversias. La veracidad mayor o menor de los hechos amerita comprobación de parte del que los alega, comprobación que ha de hacerse por los medios que se encuentre determinados por la ley; aquí estamos ante uno de los actos del proceso, el de la prueba de los hechos; finalmente el acto de fallar sigue a la comprobación y es también parte del proceso.

Con el Código Orgánico General de Procesos¹ se han originado cambios representativos, uno de los que sobresalen tiene que ver con la implementación un sistema oral caracterizado por la concentración de actos procesales en audiencias. Estrenar una ley procesal entraña grave compromiso a quienes tienen que responder ante la sociedad su implementación, evitando la normal resistencia que se erige por parte de jueces, abogados y usuarios de la administración de justicia. El derecho procesal ha evolucionado como ciencia pasando a ser de un simple acopio empírico de procedimientos, a un estudio moderno y sistemático de procesos cuyo fin es la concreción de la justicia.

¹ COGEP

Las presunciones judiciales se fundan en el raciocinio que hace el juzgador con base a signos suficientemente acreditados a través de la prueba y que además sean graves, precisos y concordantes; así lo establece la norma, misma que le permite al juzgador resolver un proceso por medio de esta. Se plantean ciertas problemáticas a la norma incorporada en el COGEP, esbozando posibles soluciones para que la vaguedad de la norma no permita abuso del derecho por parte de los juzgadores. De esta manera, es sustancial que cuando un juez base su decisión en una “presunción judicial” éste motive, es decir que plasme en la sentencia el razonamiento, interpretación y el esquema secuencial; pues de no hacerlo estaríamos frente a un pronunciamiento judicial precario y carente de lógica. Todo esto, fundamentado, representa la consecuencia de la indagación e investigación de reseñas obtenidas de doctrinarios. Se pretende, a través de este, establecer posibles soluciones respecto a la ambigüedad que gira en torno al artículo incorporado en el COGEP, sosteniendo que la existencia de esta figura no es algo nueva, pero sí su inclusión en el código procesal que, además, le otorga la categoría de “prueba” al establecerla como un medio para resolver conflictos.

Una de las etapas más significativas del proceso es la probatoria de las pretensiones y excepciones presentadas por las partes ante los jueces, de ella dependerá la decisión jurisdiccional, tan alta es su importancia que desde hace siglos atrás se mencionaba que “el arte del proceso judicial no es solamente la producción de las pruebas” (Bentham, Dumont, & Gómez, 1835, pág. 15); es por esto que, colocamos a la Institución de la Prueba como el **objeto de estudio** de nuestra investigación, la prueba que, sin duda se configura como el medio por el cual los sujetos procesales buscan representar un hecho para construir la verdad procesal y llevar al convencimiento del juzgador a través de los diferentes medios legales disponibles por las partes. Constitucionalmente se considera al

Derecho a la Prueba una *conditio sine qua non* del inalienable Derecho a la Defensa, pues su transgresión implicaría la indefensión del afectado, vulnerándose la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos y la seguridad jurídica. Las partes por tanto concretan los hechos que van a ser materia del juicio y la forma en que estos serán probados, mientras que el juez garantiza a las partes sus derechos y decide sobre los mismos. Las pruebas son directas e indirectas, las primeras tienen por objeto el, y las segundas del que se puedan extraer deducciones sobre el primero.

El COGEP, en su artículo 172 erige a la “presunción judicial” como forma de resolución de la controversia para el juzgador; es por y con estas consideraciones, que manifestamos a la presunción judicial como nuestro **campo de estudio** investigativo, institución procesal que por la forma en la que ha sido incorporada en nuestra legislación, se encuentra ligada a una institución jurídica procesal no menos importante como lo es la prueba, toma relevancia dentro del proceso judicial cuando el legislador otorga al juzgador la posibilidad de concluir un proceso a través de conclusiones basadas en sus presunciones, manifestando además que, para efectos de esta investigación, nos interesa el acto del proceso que trata sobre la comprobación de los hechos y desde luego, específicamente, de la forma en la que, de acuerdo a lo establecido en el artículo 172 del COGEP, se podrían resolver controversias a través de presunciones judiciales, en consecuencia se va a desarrollar todo lo referente al tema denominado “LAS PRESUNCIONES JUDICIALES COMO FORMA DE RESOLVER LOS PROCESOS REGIDOS POR EL COGEP”.

Las presunciones judiciales se fundan en el raciocinio que hace el juzgador con base a signos suficientemente acreditados a través de la prueba y que además sean graves, precisos y concordantes; así lo establece la norma, misma que le permite al juzgador resolver un proceso por medio de esta. A la norma incorporada en el COGEP, se plantean

ciertas problemáticas, ya que hasta la fecha se siguen esbozando posibles soluciones para que la vaguedad de la norma no permita abuso del derecho por parte de los juzgadores. El COGEP en el artículo 172, configura a la presunción judicial como un método conjetural de resolver los litigios, permitiendo al juzgador fundamentar resoluciones basadas en sus presunciones.

El antiguo Código de Procedimiento Civil, no contemplaba expresamente a las presunciones judiciales como una manera de resolver el litigio para el juzgador; el derogado Código limitaba sus disposiciones a enunciar de forma expresa a las presunciones legales; sin embargo, la existencia de las presunciones judiciales podía discurrirse con la lectura de los artículos plasmados en el capítulo de las pruebas. Por lo tanto, la novedad no son las presunciones judiciales como institución procesal, sino la divergencia que existía respecto a estas y que ahora se encuentran concentradas en un solo artículo, estableciendo ciertos parámetros no conceptualizados adecuadamente y permitiendo al juzgador resolver a través de estas.

La **problemática** de lo permitido en el artículo 172 del COGEP, radica en que, el legislador no ha sido cuidadoso en señalar la especial atención que debería tener el juez cuando decida resolver a través de la extracción de conclusiones que constituyen una presunción judicial, este trabajo busca analizar el déficit normativo que presenta la norma que configura a la presunción judicial como un método conjetural de resolver los litigios, examinar las presunciones como antecedente de las decisiones judiciales; así como establecer, estudiar y desarrollar la ambigüedad sintáctica del artículo 172 del COGEP; a través del cumplimiento del objetivo general y los objetivos específicos y realizar una propuesta de reforma a la norma, que si bien, se otorgue la posibilidad al juez de razonar presuntivamente con el material probatorio, se precise con la condición de que argumente

los resultados que por su intermedio ha obtenido. Esto significaría que, la sentencia, como construcción discursiva, no contendrá un reflejo del razonamiento (que se manifiesta en la mente del juez), sino una argumentación sobre los pasos, elementos considerados y resultados obtenidos en ese razonamiento.

No bastara con decir “estimo que este hecho ocurrió”. Deberá explicar cómo considera que ese hecho ocurrió, dando cuenta de qué elementos fueron considerados de naturaleza indiciaria, adjudicándoles qué valor, qué conexiones causales, qué conocimientos de su experiencia ha utilizado, y finalmente cómo arribó a la conclusión de que ese hecho ocurrió. El deber de los jueces de motivar sus sentencias, aunque resulte obvio, alcanza también a la determinación de la plataforma fáctica de la decisión, y con más fuerza en las presunciones judiciales. Una presunción sin despliegue argumentativo es una decisión arbitraria puesto que nada de lo que ocurrió en el fuero interno del juez se refleja en la sentencia y en consecuencia no puede ser objeto del control difuso y generalizado de su modo de administrar justicia. El deber de motivación de las decisiones judiciales es tanto un deber para el magistrado, cuanto una garantía para las partes y la sociedad de controlar un acto de poder.

Teniendo en claro que las presunciones siempre han existido en el Derecho y que los hechos en el proceso judicial constituyen el centro de atención de la justicia moderna y que no puede haber decisión justa si el establecimiento y determinación de los hechos se realiza arbitrariamente, y sin sujeción a reglas jurídicas y o racionales; la problemática con esta novedad procesal radica en que, el legislador no ha sido cuidadoso en señalar la especial atención que debería tener el juez cuando decida resolver a través de la extracción de conclusiones que constituyen una presunción judicial, al no fijar límites a los parámetros determinados en el artículo 172 del COGEP, ni mecanismos de defensa para la

parte que pudiera verse afectada con la decisión sin llegar a la apelación y con esta concepción a la deriva, podría convertirse en un espacio de liberalidad excesiva para los jueces o administradores de justicia.

El déficit normativo del artículo 172, podría pasar a convertirse en una herramienta de abuso del derecho por parte del juzgador, ya que, al no definirse legalmente los conceptos que determinan las acepciones de “grave, preciso y concordante”, al no establecer si es que los actos, circunstancias y signos deben cumplir con esas tres características o solo una de las tres y al no precisar si el prefijo “Y” en el enunciado “graves, precisos y concordantes” actúa de manera incluyente o excluyente, el juez podría tomar la línea interpretativa a su arbitrio; observando que, bajo estas acepciones, se está omitiendo el establecimiento de la forma de aplicación y calificación, permitiendo así hacerse valoraciones meramente subjetivas, por lo tanto se plantea la siguiente **pregunta de investigación**. ¿Cómo podría solucionarse el déficit normativo del artículo 172 del Código Orgánico General de Procesos?

La **premisa** radica en que, si bien, el legislador le otorga la posibilidad al juez de razonar presuntivamente con el material probatorio, debería hacerlo con la condición de que argumente los resultados que por su intermedio ha obtenido. Esto significaría que, la sentencia, como construcción discursiva, no contendrá un reflejo del razonamiento (que se manifiesta en la mente del juez), sino una argumentación sobre los pasos, elementos considerados y resultados obtenidos en ese razonamiento.

Lo que se hará en este trabajo de investigación corresponderá a analizar a las presunciones judiciales incorporadas de forma ambigua en la legislación ecuatoriana y sus probables consecuencias; examinar las presunciones como antecedente las decisiones judiciales; así como establecer, estudiar y desarrollar la ambigüedad sintáctica del artículo

172 del COGEP. Así también, esta investigación tiene como **objetivo general**, analizar a las Presunciones Judiciales como forma de resolver los procesos regidos por el COGEP, teniendo como **objetivos específicos**, estudiar la institución procesal de las presunciones judiciales, revisar las presunciones como antecedente a las decisiones judiciales, analizar la forma ambigua en la que se encuentran incorporadas en la legislación ecuatoriana y sus probables consecuencias; y, realizar una propuesta de reforma al artículo 172 del COGEP.

El enfoque que asume esta investigación es de carácter cualitativo, y tiene como propósito describir el objeto y campo de estudio, a través de técnicas e instrumentos específicos, utilizando como **métodos teóricos** el de análisis síntesis, deductivo y exegético, para interpretar la normativa legal y social ecuatoriana para dilucidar la forma idónea de presentación de los medios probatorios. Por su parte, en cuanto a los **métodos empíricos**, utilizaremos el método conocido como análisis de contenido, análisis normativo comparativo, jurisprudencial y se realizarán entrevistas a tres expertos en el área procesal, mecanismos que permitirán evidenciar la problemática planteada en este trabajo investigativo. Y, por último, como **novedad científica** resulta necesario presentar una propuesta de proyecto de reforma al artículo 172 del COGEP, a fin de que en los casos en que un juez de primer nivel fundamente su resolución exclusiva o principalmente en su presunción, la sentencia dictada por éste pueda ser recurrida de modo automático, sin necesidad de apelación, bajo el mismo sistema de la consulta obligatoria que mantienen las sentencias dictadas contra el Estado.

De este modo, se evitaría que en un caso donde no ha existido oposición del demandado (que podría darse por motivos ajenos a su voluntad) y donde el actor no ha presentado ni anunciado pruebas suficientes a su favor, éste pueda verse favorecido con una sentencia donde el juez “por presunción” decide concederle el derecho. No obstante,

no haya oposición, el juez deberá valorar la prueba aportada y sólo dar la razón al actor en caso de considerarla válida y suficiente, salvo en los casos en que la ley disponga que la falta de contestación tenga otro efecto. Esta fórmula protegerá a las personas que son demandadas en ausencia –muchas veces de modo fraudulento- como, por ejemplo, los divorcios en ausencia de una de las partes, que ni siquiera ha sido informada de la existencia de este, así como temas de prescripciones adquisitivas u otros de similar especie.

CAPÍTULO TEÓRICO

La prueba

Mediante el proceso civil, hay que señalar que existen tres etapas en las cuales las partes ejercen el derecho a su defensa y ellas son: la de alegaciones, la de prueba y la decisoria; en la primera fase, se observa a las partes procesales con sus fundamentos de hecho y derecho, plasmados en la presentación de la demanda y contestación de esta, pero sin duda para que las partes puedan obtener sus pretensiones o excepciones, deben conseguir la convicción del juez respecto de la veracidad de sus afirmaciones.

Así, Eduardo Pallares expone que las fases del procedimiento “son las partes en que lógica y jurídicamente se desarrolla el procedimiento desde que se inicia hasta que llega a su fin para que alcance su objeto normal, que es la terminación del litigio” (2012); y, divide a las fases del procedimiento, desde una perspectiva lógica, en las siguientes:

- a) La inicial en que las partes determinan las cuestiones litigiosas que ha de resolver el juez en la sentencia definitiva;
- b) Los procedimientos relativos a las pruebas y alegaciones que rinden y producen los litigantes, a fin de dar al juez el material suficiente para que pueda resolver el litigio;
- c) La sentencia definitiva en la que se decidan las cuestiones litigiosas, y en su caso, la ejecución de la misma. (Pallares, 2012, p. 18).

En este apartado se estudiará el concepto de prueba, la expresión derecho a la prueba, sus componentes, sus antecedentes, al igual que las clasificaciones de los distintos medios probatorios. Es innegable que, lo que se busca en un proceso judicial es que se resuelva una controversia determinada a través de la obtención de una sentencia, para

llegar a esto, el juzgador, debe o tiene que, comprobar la verdad de las afirmaciones que realicen los litigantes, en relación con los medios de prueba proporcionados para su acreditación.

Así, el jurista argentino Ricardo Levene, manifiesta que, la prueba viene del vocablo latino *probus* que significa “bueno” “confiable” se puede intuir su significado como el hecho de confiar en alguien sobre algún hecho. “Se suele definir la prueba como el conjunto de actividades destinadas a obtener cercioramiento judicial acerca de los elementos indispensables para la decisión del litigio sometido a proceso” (Levene, 1993, p. 565).

Entonces decimos que, la veracidad mayor o menor de los hechos amerita comprobación de parte del que los alega, comprobación que ha de hacerse por los medios que se encuentre determinados por la ley; aquí estamos ante uno de los actos del proceso, el de la prueba de los hechos; finalmente el acto de fallar sigue a la comprobación y es también parte del proceso, es por esto por lo que colocamos a la prueba, como el objeto de estudio de nuestra investigación.

En un sentido etimológico, para Sentis Melendo, la palabra prueba, tiene su origen del término latín *probatio o probationis*, que a su vez proviene del vocablo *probus* cuyo significado es: bueno, por tal razón, lo que resulta probado es bueno y se ajusta a la realidad; de lo que se infiere, que probar consiste en verificar o demostrar la autenticidad de una cosa. (1973, p. 17).

Pero ¿Qué es la Prueba?, a continuación, compartiremos la opinión de distintos autores:

El Dr. Juan Cabañas, frente a este planteamiento, formula:

...la palabra 'prueba' identifica [...] al [...] estado psicológico de convencimiento del juez sobre la veracidad de todos o algunos de los hechos alegados por las partes. En efecto, una afirmación de hecho no estará 'probada' [...] si finalmente [...] no excita en el juez la certidumbre de la realidad física del acontecimiento descrito en esa afirmación. (1992, p. 21).

Decimos entonces que, bajo este enunciado que, la prueba es el medio por el cual los sujetos procesales utilizan para justificar una pretensión o una excepción. Se busca representar un hecho para construir la verdad procesal y llevar al convencimiento del juzgador, a través de los diferentes medios legales disponibles por las partes.

Michelle Taruffo, menciona que entre los especialistas en el área de derecho jurídico y procesal hace falta la debida concepción de los problemas que surgen al momento de la valoración de las pruebas, ya que estas inician cuando el juez debe de formular su decisión referente a los hechos suscitados. Mucho más allá del solo análisis normativo surgen dificultades en relación del orden lógico y teórico respecto al razonamiento decisorio ya que no eran considerados, o también eran relegados a los filósofos ya que se alega que los juristas solo debían de ocuparse de las normas sin excepción alguna. En la rama filosófica, los filósofos del derecho no se preocupaban de estos problemas ya que mencionaban que se trataba de asuntos que deben de ser confrontados y resueltos por juristas. Además, Taruffo, menciona que a finales de los años ochenta se han presentado algunos aportes con la intención de proporcionar versiones probabilísticas del derecho probatorio, de un lado, y, por otra parte, menciona los estudios de William Twining en donde se presenta la tradición racionalista del derecho angloamericano de las pruebas. (2011, pp. 12-13).

Manuel Tama, referencia a Jorge Cardoso, quien en su publicación denominada “Pruebas Judiciales” plantea una definición para el término probar, en donde indica:

Es la demostración al otro, de la verdad de algún hecho. Para hacerlo se acostumbra utilizar medios habitualmente considerados como aptos, idóneos y suficientes. El otro, es el crítico, el que recibe esa demostración; y si acepta esa verdad, se dice que hay convicción, es decir, la certeza que emana de la conjugación entre la verdad interna o subjetiva con la verdad externa u objetiva del hecho que está frente a sí. (2013, p. 42).

El Dr. Guillermo Cabanellas, es del criterio que la prueba constituye “ la manifestación de la verdad de una afirmación, sobre la existencia de una cosa, de algo en específico o de la realidad cierta de un hecho” (2009, p. 221)

Por otro lado, el tratadista Víctor De Santo, brinda varias significaciones a la prueba: el procedimiento, el medio, el resultado.

a) La prueba como procedimiento

Denota la peculiar actividad que se desarrolla en el transcurso del proceso por obra de las partes y del juez.

b) La prueba como medio

Se entiende por prueba el conjunto de modos (v.gr. el reconocimiento judicial, el examen de un documento y la eventual comprobación de su autenticidad, la declaración de la parte, del testigo) que se extraen mediante la fuente que proporcionan.

c) La prueba como resultado

Significa el hecho cierto del convencimiento judicial, es decir, ella es consecuencia del resultado de la actividad probatoria: se afirma que

algo está probado cuando ya ha quedado suficientemente acreditado como cierto [...] (1988, p. 8).

Taruffo, un jurista italiano, hace hincapié acerca del problema de la prueba en el proceso que ocurre previo a la obtención de una verdad, como bien sabemos, la prueba es admitida como un instrumento para determinar o establecer si un determinado hecho se ha consumado o no. (2011, p. 21). Probablemente esta idea se encuentra por debajo de todas las concepciones modernas que tiene que ver con el proceso, aunque con diferentes grados de conciencia y racionalización. Pese a tantas contrariedades, Taruffo hace mención que la prueba tiene como objetivo alcanzar la verdad de los hechos y debido a todo el proceso esta puede parecer poco clara, discutible y dudosa ya que es vista desde diferentes perspectivas. Estas oscilaciones surgen debido a las inconsistencias que concebidas dentro de las teorías procesales.

Brindando su aporte, el Dr. Couture Eduardo, indica que “la prueba civil es, normalmente, comprobación, demostración, corroboración de la verdad o falsedad de las proposiciones formuladas en el juicio” (1987, p. 178). En tal sentido, las pruebas se orientan a que quien afirma un hecho lo tenga que probar o demostrar, lográndose que el juez tenga certeza, que le permitirá emitir un fallo lo más apegado a la verdad. En el proceso se busca la igualdad de las partes ante la ley al momento en que tienen que probar sus afirmaciones. El desarrollo del sistema probatorio, indudablemente se convierte en una garantía de la protección de derechos que posee toda persona.

La prueba constituye la fase vital de un proceso, a esta fase resultan convocados con urgencia las partes que intervienen en una contienda judicial. Al demandante para que demuestre los fundamentos de sus pretensiones, y al demandado, para que desvirtúe las pretensiones o atenúe

la magnitud de la misma. El resultado del proceso, expresado en el fallo, dependerá de las pruebas esgrimidas en esa fase del juicio. (Moran, 2003, p. 235).

A más de las acepciones presentadas, también se puede conceptualizar a la prueba como “el conjunto de razones que son el resultado de todos los elementos que han sido incluidos al proceso y que le suministran al sentenciador el conocimiento sobre la existencia de todos los hechos que forman el objeto del conflicto judicial sobre el cual debe decidir” (Jauchen, 2014, p. 19).

Por otra parte, Hernando Devis Echandía, expresa que:

Las pruebas son los medios para llevar al juez, en el proceso, ese conocimiento, y, por tanto, existe siempre la posibilidad de que a pesar de cumplir tal función no reproduzcan exactamente la verdad, sino apenas la idea deformada de esta, aunque por ello no dejan de cumplir el fin a que están destinadas: permitirle al juez resolver el litigio o la petición del proceso voluntario, con arreglo a lo que considera que es la verdad, o dicho de otra manera, en virtud del convencimiento o la certeza (moral o legal, según el sistema de apreciación que rijan) que adquiere sobre los hechos. (2006, p. 238).

Xavier Abel Lluch, en su obra Derecho Probatorio, define la prueba como:

[...] la actividad desplegada generalmente por las partes, y excepcionalmente de oficio por el juez, cuya finalidad es verificar las afirmaciones sobre los hechos aportados por las partes y determinar la certeza de los hechos controvertidos, que se plasman en la sentencia a través

de la motivación fáctica, basada ora en reglas tasadas ora en la sana crítica.
(2012, p.19).

El abogado en derecho procesal, Luis Muñoz Sabaté, sostiene que la prueba es una actividad que no debe de ser desmerecida ya que, al ser presentada o analizada, esta implica una complejidad que merece ser analizada muy detenidamente. Para los abogados, la prueba comprende actos de indagación, exploración y producción de la «fórmula heurística», por tanto, para el juez significa el discernimiento y la valoración de la prueba, ésta última se traduce en «inferencias o presunciones hominis» (1967, p. 170).

Con estas nociones, podemos certificar que, sin duda, en un proceso y, en particular, la decisión final pretenden resolver la incertidumbre que se da respecto a la verdad o falsedad de los enunciados que tiene que ver con los hechos relevantes de la causa, por lo tanto la prueba se configura como ese mecanismo que tiene el juzgador para alcanzar la certeza acerca de los hechos presentados en el proceso a través de los medios de prueba, afirmando que, es a través de la prueba que, los sujetos procesales logran o pueden justificar sus pretensiones o excepciones, siendo la forma por la cual representan un hecho por la cual se construye la verdad procesal y llevan al convencimiento del juzgador.

Principios generales de la prueba

Devis Echandía en su obra “Teoría General de la Prueba” realiza una extensa clasificación de principios probatorios, de los cuales y para fines de este trabajo se ha procedido a tomar en consideración los siguientes numerales:

1º basar la decisión judicial, estén plenamente demostrados con pruebas que se aportaron al proceso por cualquiera de las partes o por el juez, si éste tiene facultades [...]

2° Principio de la eficacia jurídica y legal de la prueba. Si la prueba es necesaria para el proceso, debe tener eficacia jurídica para llevarle al juez el convencimiento o la certeza sobre los hechos que sirven de presupuesto a las normas aplicables al litigio, o a la pretensión voluntaria, o a la culpabilidad penal investigada. [...]

3° Principio de la unidad de la prueba. Normalmente la prueba que es aportada al proceso es múltiple: en oportunidades veces los medios son variados (indicios, testimonios y documentos); muchas veces hay distintas pruebas de una misma clase (varios documentos, testimonios etc.). Este principio significa que el conjunto probatorio de todo el juicio forma una unidad, y que, de esta manera, debe ser examinado, valorado y apreciado por el juez, para poder confrontar todas las pruebas [...]

4° Principio de la comunidad de la prueba, también conocido como de adquisición. Este principio es una consecuencia de la unidad de la prueba es su totalidad, es decir, que ella no pertenece a la parte que la aporta al proceso judicial por tal razón no se concibe creer que sólo a éste beneficie, ya que, una vez que entra al proceso, se considera que es de todas las partes quienes se pueden beneficiar de ella [...]

5° Principio del interés público de la función de la prueba. Siendo la finalidad de la prueba que con ella el juez puede dictar su sentencia conforme a derecho, existe un interés público indudable y manifiesto para la función que se desempeña en el proceso [...]

6° Principio de la lealtad y probidad o veracidad de la prueba.

Este principio es una derivación de los anteriores. Cuando la prueba es común las partes, existe su unidad y su función de interés general, no debe utilizarse para ocultar o deformar la realidad, con la finalidad de inducir al operador de justicia a engaño, sino con lealtad veracidad y probidad, que sea consecuencia de la iniciativa de las partes, o de la actividad inquisitiva del juez. [...]

7° Principio de contradicción de la prueba. Este principio significa que contra quien se haya opuesto la prueba se le debe garantizar la oportunidad procesal para contradecirla [...]

8° Principio de igualdad de oportunidades para la prueba. Para garantizar este principio se hace necesario que exista total contradicción entre las partes y significa algo más que las partes tengan a su disposición igualdad de oportunidades para solicitar o practicar las pruebas. [...]

9° Principio de publicidad de la prueba. Este principio contempla que todas las partes del proceso deben tener acceso a las pruebas presenciar cuando se materializan las mismas ello con la finalidad de posteriormente poder contradecirlas [...]

10° Principio de la formalidad y legitimidad de la prueba. Significa que la prueba se debe realizar de acuerdo a lo establecido en el ordenamiento jurídico para que la misma tenga validez en el juicio [...]

11° Principio de la legitimación para la prueba. Este principio consagra que es obligatorio que el sujeto que pretende ingresar la prueba al proceso debe tener la legitimidad procesal para hacerlo [...]

12° Principio de la preclusión de la prueba. Significa que cada prueba debe evacuarse en la oportunidad procesal prevista por la ley o por el juez y en caso de no practicarse en dicho momento por inasistencia de una parte la misma no podrá practicarse nuevamente, con esto se busca que una de las partes no ingrese una prueba en último momento [...]

13° Principio de inmediación y de la dirección del juez en la creación de la prueba. Para que la prueba sea eficaz en el proceso se requiere que la misma sea practicada en presencia del juez de la causa para que el observe de manera directa los resultados de la misma. [...]

14° Principio de imparcialidad del juez en la dirección y evaluación de la prueba. Este principio hace referencia que el juez no debe tener interés en los resultados del juicio para de esta manera garantizar una sentencia equilibrada al final del proceso. [...]

15° Principio de originalidad de la prueba. Significa que la prueba debe describir con exactitud el hecho que se quiere probar [...]

(2006, p.s. 115-141).

Derecho a la prueba

Una vez establecido el concepto de lo que es la prueba, nos concentraremos en analizar la expresión derecho a la prueba, institución jurídica que se configura como un principio

con rango constitucional y como una garantía procesal. La jurista francesa Aurélie Bergeaud, dice que, el derecho a la prueba es ante todo un concepto, una manera de representar y de organizar las percepciones y los conocimientos. (2013, p. 6).

Por su parte, y en términos más concisos, Joan Picó define este derecho como “el que posee el litigante consistente en la utilización de los medios probatorios necesarios para formar la convicción del órgano jurisdiccional acerca de lo discutido en el proceso” (1996, p. 18-19). Se dice entonces que, este derecho a la prueba es aquel que encierra el presente o futuro justiciable o litigante de exigirle al Estado la protección, la elaboración y evaluación de los medios de prueba relevantes.

Debido al apogeo de las garantías procesales y de la constitucionalización, el derecho a la prueba debido a su importante carga procesal también ha sufrido cambios, tal como se menciona a continuación:

La constitucionalización del derecho a la prueba se debe a la vital importancia desde el punto de vista procesal que tiene la actividad probatoria, en la medida que ella cumple con su finalidad de evidenciar los hechos alegados por las partes que el juez debe valorar en su sentencia. La prueba se configura, así como la actividad procesal clave en la historia de todo pleito, pues de ella depende que el juez logre su convencimiento acerca de los hechos litigiosos y aprecie o desestime las pretensiones formuladas por las partes (Picó, 1996, págs. 528-529).

El derecho a la prueba es una garantía procesal del derecho que, al ser aplicada en el debido proceso, esta adquiere una naturaleza fundamental. Debido al fenómeno de la constitucionalización de las garantías procesales, el derecho a la prueba no es determinado como absoluto o ilimitado ya que puede limitarse en el momento que se requiera la

justificación de la debida protección de un bien, valor protegido u otro derecho fundamental protegido constitucionalmente. (Picó, 2007, p.43). Al indagar respecto a los derechos fundamentales encontramos que estos son: irrenunciables, intransigibles, inalienables, intransigibles, indisponibles, condicionantes de la legitimidad de los poderes públicos, conferidos a través de reglas de carácter constitucional, universales, inalienables e inviolables. (Ferrajoli, 2009, pp. 29 - 35).

Con respecto a las opiniones vertidas en el párrafo anterior, el Dr. Luigi Ferrajoli, en su publicación denominada “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, plantea una definición más figurada de los derechos fundamentales indicando que:

Son «derechos fundamentales» todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a «todos» los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por «derecho subjetivo» cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por «status» la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas. (Ferrajoli, 2009, p. 19)

La concepción del derecho a la prueba como una garantía procesal y la consideración de esta dentro del ordenamiento jurídico permiten que esta pertenezca a una garantía del derecho fundamental al debido proceso y debido a estos caracteres el derecho a la prueba es también reconocido en nuestra constitución para dar legitimidad al Estado. Pese a esto, si los derechos fundamentales son irrenunciables, se debe de elaborar una distinción entre el ejercicio del derecho y la renuncia a su contenido, esto con la intención de que las partes

procesales sean libres de ejercitarlo o no, por tanto, no se pueden renunciar a su contenido debido a su vertiente objetiva, es decir, de garantía procesal.

Constitucionalmente se discurre al Derecho a la Prueba una *conditio sine qua non* del inalienable Derecho a la Defensa, pues su contravención u omisión comprendería la indefensión del afectado, vulnerándose así la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos y la seguridad jurídica. Las partes por tanto concretan los hechos que van a ser materia del juicio y la forma en que estos serán probados, mientras que el juez garantiza a las partes sus derechos y decide sobre los mismos. Las pruebas son directas e indirectas, las primeras tienen por objeto el, y las segundas del que se puedan extraer deducciones sobre el primero. Así también, se expone la opinión de los siguientes autores:

Jorge Cardozo Isaza, en su obra Pruebas Judiciales, menciona que la prueba es:

[...] cualquier cosa que, siendo susceptible de ser percibida por la vista o el oído, o por ambos, sirve por sí misma para ilustrar o comprobar, por vía de representación, la existencia de un hecho cualquiera o la exteriorización de un acto humano. (1985, p. 359).

Francisco Ramos, intenta abreviar el fin de la prueba indicando que:

En pocas palabras la prueba procesal anhela a convencer al juez de la precisión de las aseveraciones expresadas por las partes, siendo que las afirmaciones fácticas aparecen siempre mediatizadas por el propio lenguaje y por los juicios de valor que vierten las partes litigantes al realizarlas. (1990, p. 540)

Con relación a la opinión vertida en el párrafo anterior, Michele Taruffo opina que:

Los medios de prueba constituyen datos cognitivos e información a partir de los cuales se puede derivar la verdad de los hechos en litigio, si se sacan las inferencias apropiadas a partir de ellos y tales inferencias conducen a la verdad de los hechos motivo de la disputa. (2008, p. 34).

Ante esta apreciación podemos descifrar que el medio de prueba es la guía de lo que puede ser tomado en consideración, de manera significativa, para sustentar la prueba de un hecho contenido.

El autor Víctor De Santo destaca que dentro del sistema judicial se han elaborado varias tipologías para diferenciar los medios de prueba:

a) Directos (o inmediatos) e indirectos (o mediatos). Esta distinción se funda en que algunos medios (reconocimiento judicial), la prueba que suministran se halla constituida por el hecho mismo que se desea probar, es decir, en ellos existe una coincidencia, entre el dato percibido por el juez (fuente) y el hecho a probar (objeto) [...] Los medios de prueba indirectos, atendiendo a la circunstancia de que el dato percibido por el juez revisto o no carácter representativo de hecho a probar, suelen a su vez, clasificarse en históricos y críticos. Los primeros, reproducen de algún modo el hecho que se trata de probar, mientras que en los segundos sólo se llega al conocimiento mediante inducciones o inferencias. Son medios de prueba históricos, la prueba documental, la prueba de testigos, las fotografías...; entre los medios de prueba críticos se incluyen las presunciones. Por lo tanto, la prueba directa tiene una relación evidente con los hechos que se investigan, sirviendo para lograr la certeza en el juez; la prueba indirecta, es la que no tiene una relación determinante con los hechos.

b) Reales y personales Son medios de prueba reales aquellos cuyo instrumento está constituido por una cosa o bien exterior distinto de la persona humana (prueba documental, reconocimiento judicial), mientras que personales, los constituyen los que tienen como objeto instrumental a una persona (prueba de confesión, prueba de testigos). (1988, p. 11-14).

De estas afirmaciones, podemos concluir que, sin duda los medios de prueba son los elementos, que se pueden utilizar para instituir la verdad de los hechos en una causa. Sobre este aspecto, valdría señalar que en todo litigio se originan hechos que son disputados por las partes y que esta controversia necesita ser definida por la autoridad judicial, para conseguir encontrar la verdad sobre los hechos motivo de la disputa, sin embargo, la prueba tiene que ser necesaria o conveniente para el convencimiento del juez respecto de los hechos en los cuales se funda la pretensión.

A continuación, se trabajará referente a los principios que rigen la valoración de la prueba, así encontramos el Principio de Inmediación, el mismo que en opinión de Joan Picó, se establece como:

Presencia judicial en las declaraciones, pruebas y vistas, una de las características básicas del principio de inmediación, surge como consecuencia de la aplicación de la oralidad, además que los aspectos de una misma cosa se conjugan en una íntima correlación entre oralidad e inmediación. (2013, p.208).

Por otra parte, encontramos el Principio de la Unidad de la Prueba, el mismo que:

Generalmente, la prueba que es aportada por las partes a un proceso es de carácter múltiple: en tal sentido veces los medios probatorios son varios (indicios testimonios, y documentos); en oportunidades varias pruebas de

una misma clase (varios testimonios o documentos, etc.). Esto significa que todas las pruebas forman una unidad, y que, como tal, debe ser examinado valorado y apreciado por el juez, para de esta manera comprobar las distintas pruebas, y especificar la vinculación o no entre ella [...]. Esa unidad se refleja en el fin propio de la prueba judicial y en la función que desempeña; es decir, que, no obstante, el interés de cada parte en sacar adelante sus propias pretensiones o excepciones con las pruebas que aporta, en oposición a lo perseguido por la otra con las que por su lado aduzca, existe una unidad de fin y de función en esa prueba: obtener la convicción o certeza del juez y suministrarle “los medios de fallar conforme a la justicia”. (Devis, 2006, p. 110)

La actividad probática

La actividad probática es aquella actividad o proceso operatorio, físico o mental que es llevado a cabo por el abogado, fiscal, perito, policía, etc., con el fin de indagar y/o comprobar un hecho tomado en consideración dentro de un proceso judicial que se está preparando o ya está llevándose a cabo. Para efectuar la actividad en mención, es indispensable la contar con cuatro habilidades las cuales son: observación, capacidad de inferencia, conocimiento del medio y coherencia narrativa. La actividad probática, de forma regular suele ser atribuida única y exclusivamente al abogado y el por esta razón que el abogado Luis Muñoz Sabaté, partiendo de este enfoque brinda unas recomendaciones para el desarrollo de la actividad probática:

1. Exposición fáctica del caso por el cliente o justiciable, con suministro de datos orales o documentos, complementando todo ello con una anamnesis o interrogatorio por parte del abogado. En el proceso penal

sucede lo mismo si se trata de preparar una denuncia o querrela o si se trata de preparar una defensa.

2. Centraje del *thema probandi* consistente en desarrollar un acercamiento al hecho o hechos que se consideran decisivos para la *litis*, escarbando en su contenido esencial, sin olvidar las pertinentes consideraciones y referencias al derecho sustantivo de fondo, cuyos descriptores, de los cuales vamos a extraer el hecho constitutivo o extintivo, son a veces de difícil interpretación, pero que resultan necesarios para suministrar orientaciones o insinuaciones sobre cuestiones probáticas y muy particularmente las referentes a la carga de la prueba.
3. Reflexión crítica sobre los materiales recogidos en los puntos anteriores y que habrá de servir para gestionar la investigación de las fuentes y la posterior elaboración de la estrategia de la fórmula probática.
4. Demostración empírica y argumentación retórica de los resultados con vistas a producir evidencia, aprovechando para ello la fase de conclusiones. Todo ello sin perder de vista, usando la expresión de *TWINING*, «esa borrosa línea entre el argumento racional y la efectiva persuasión del juez», ya que es posible que esta última no responda siempre a lo que el abogado espera de la racionalidad de sus conclusiones.
5. Obviamente, cuando el hecho a probar requiera conocimientos técnicos o científicos especiales, no es prudente relegar su conocimiento y argumentación a la sola prueba pericial. El operador jurídico debe documentarse científicamente en la medida en que exista una

divulgación seria y asequible sobre el tema (...) debería estudiar el tema científico cual si se tratara de un curso integral de formación acelerada.

Para esta actividad le servirán al abogado los heurigramas, el acervo experimental (...) la investigación propia o por medio de detectives (...) la «ideación en grupo» también conocido como «lluvia de ideas» (2013, pp. 33-35).

La prueba y el proceso judicial

Michelle Taruffo, en su publicación denominada “La prueba”, hace mención de dos teorías del proceso. Una de estas tiene como planteamiento que la meta del proceso judicial es la verdad de los hechos en controversia. En cambio, la otra teoría apunta que el objetivo principal del proceso radica en la resolución de controversias entre particulares, sin la necesidad de determinar la verdad de los hechos en disputa. Resulta útil determinar el grado de verdad de un hecho, pero esa ya no es la meta del proceso. (2008, pp. 20-22).

Aunque estas teorías representan un papel protagónico en la edificación de los sistemas procesales y en la valoración de su interpretación y funcionamiento. El conflicto existente entre estas puede resolverse anteponiendo una de las concepciones sobre la otra. Tomando en consideración este punto de vista de Taruffo, se puede interpretar que la verdad de los hechos es un requisito necesario de toda disposición justa y legítima, y por consiguiente de cualquier valor acertada y oportuno del debate que hay entre las partes. (2008, p. 23).

Presunciones Judiciales

De acuerdo con el Diccionario del Español Jurídico, se define el término presunción en su sentido general como la “aceptación de un hecho del que no se tiene prueba y que se infiere de otro hecho demostrado” (RAE, 2019). Además de esta acepción

de aspecto general, se ofrece una definición más detallada para su valor en el derecho procesal:

Sistema o mecanismo para la fijación de los hechos que, sin constituir propiamente un medio de prueba, está integrado por operaciones intelectuales, autorizadas por la norma o practicadas de acuerdo con el recto sentido de una persona con experiencia, que aprueban tener como cierto un hecho (hecho presunto) a partir del valor formal como cierto de otro hecho (indicio o base). (Real academia española, 2019).

Dentro de este parámetro del trabajo de investigación me parece necesario para poder conceptualizar que comprende la “presunción” partir por su origen etimológico; así expongo lo desarrollado por Jairo Parra Quijano en uno de sus artículos publicados, establece que “el término presunción tiene su origen en el latín compuesto *pre-sume-re*, el cual significa tomar antes, resolver con antelación, presentir, anticipar, prever, conjeturar” (2015, p. 1).

Se puede afirmar, entonces, que *presume* es aquel que toma de un manera anticipada como evidente aquello de lo cual no ha tenido conocimiento. Además, se afirma que el término presunción proviene de los vocablos “*prae*” y “*numere*”, entendiéndose de esta manera al presumir nos encontramos con un prejuicio que no tiene prueba alguna, concluyendo que la presunción es el equivalente a afirmar una cosa como cierta sin que esta se haya probado, sin que realmente nos conste. Este término “presunción” está compuesto de un prefijo “*pera*” y el verbo “*sunco*”, lo que significa que previamente, la función de ellas es deducir una valoración o juicio de los hechos y cosas, previo a que estos se demuestren o emerjan por sí mismos (Navarrete, 2016, p. 4).

En tal en tal sentido se puede afirmar que la palabra presunción está compuesta por tres elementos que nos presupone que el juez entabla una valoración anticipada para sí, mediante la cual llega a la verdad mediante hechos de carácter secundarios. Una vez entendida la estructura etimológica de la palabra presunción, resulta menos complicado comprender conceptos más técnicos que nos ofertan distintos doctrinarios respecto al tema en cuestión (Navarrete, 2016, p. 4).

Ante la definición de presunción, el Dr. Guillermo Cabanellas la define de la siguiente forma:

Conjetura, suposición, indicio, señal, sospecha, decisión legal, excepto contraria prueba, inferencia de la ley que no cabe desvirtuar, vanagloria. De la presunción decían las Partidas que quería decir tanto como sospecha, que en algún caso vale tanto como averiguamiento de prueba, en la doctrina moderna se considera también como verdad legal provisional o como consecuencia que la ley o el juzgador saca de un hecho conocido para establecer otro desconocido. (2009, p. 390).

Basado en un razonamiento inductivo, Enrique Falcón refiere a la presunción como:

[...] la consecuencia de un silogismo, fundado en premisas, llamadas indicios, que se apoyan en hechos reales y probados, graves, precisos y concordantes, que nos llevan al convencimiento de que determinados hechos se produjeron de cierta manera, aunque no tengamos la totalidad de sus elementos constitutivos para dar fundamento completo a nuestra elaboración. (2009, p. 745).

El Dr. Falcón, fundamenta su teoría en basándose en que:

[...] la mente puede reconstruir el hecho, aunque tenga elementos parciales, si ellos reúnen una serie de requisitos [...] la reconstrucción de la mente se realiza por vía de inducción a partir de una serie de rastros huellas vestigios o circunstancias que sean numerosos, graves, precisos y concordante. (2011, p.285).

Cipriano Gómez Lara, define la presunción de la siguiente forma:

La presunción jurídica debe entenderse como la inferencia o conclusión que se obtiene en relación a un hecho concreto, con anterioridad antes de que éstos se demuestren o aparezcan por sí mismos. En tal sentido se puede, afirmar que la presunción, en el sentido jurídico que es el que nos interesa, se puede entender como un mecanismo de razonamiento, como el raciocinio por el cual se llega al conocimiento de ciertos hechos que se desconocen partiendo de hechos de los cuales ya se tiene un conocimiento. Por la prueba presuncional de esta manera se llega al conocimiento indirecto de los hechos controvertidos, independientemente de que no se tenga conocimiento de estos. (2013, p.173).

Las conceptualizaciones señaladas anteriormente por los distintos autores señalan una definición para todas las clases de presunciones y señalan que, mediante estas, el juez puede atribuir un hecho, partiendo de otro.

Tradicionalmente la doctrina ha clasificado a las presunciones en dos grandes categorías, presunciones legales y presunciones judiciales. Cuando el legislador es el sujeto que realiza el enlace se estará ante una presunción legal, en esta clasificación, es el legislador quien determina previamente y con carácter general el enlace de la presunción y ordena al juez que dé por existente el hecho presumido cuando se haya acreditado el hecho

base; por otra parte, cuando el enlace lo realiza el juez se estará ante una presunción judicial. En este caso, es el propio juez el que se encarga de determinar el enlace en cada caso concreto. Las presunciones judiciales son las que hace el juez fundándose en los hechos que aparecen acreditados en el proceso. Es un razonamiento probatorio que permite al juez dar por probado un hecho cuando es posible inferir su existencia de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas, siempre que medie entre ambos un nexo lógico.

El tratadista Rodrigo Rivera Morales en su obra “Las Pruebas en el Derecho Venezolano”, indica que el término presunción:

[...] en principio se deriva de la voz latina *praesumere*, que significa resolver de antemano, anticipar, tomar una cosa cierta sin que esté probada. Su evolución llevó a considerarla en el Digesto como forma de prueba y se decía: “*praesumptio iuris et de iure non admittit probationem in contrarium*”, o sea, la presunción fuerte no admite prueba en contrario. No obstante, se verificó otro tipo presunciones y se aminoró su valoración, diciéndose: “*praesumptioni standum nisi contrarium probetur*”, que significa que la presunción ha de mantenerse hasta prueba en contrario; más tarde se establecieron unos principios que decían “*probatio vincit praesumptionem*” (la prueba vence a la presunción) y “*praesumptio cedit veritati*”, (la presunción cede a la verdad). Con la reaparición del derecho romano (con los glosadores) y su integración con el derecho canónico se incorporaron diversos tipos de presunciones: *praesumptiones iuris et de iure*, *praesumptiones iuris tantum* y *praesumptiones facti*. (2009, p. 212).

El jurista Hernando Devis Echandía, formula lo siguiente:

La presunción es un juicio de carácter lógico emanado de la ley o del juez, en virtud del cual se considera algo como verdadero cierto o probable un hecho, partiendo de las máximas generales de la experiencia, las cuales indican cual es la manera o el modo normal como se ocurren las cosas y los hechos. Desde otro punto de vista y cuando son simples presunciones de hombre, están formadas por principios de carácter lógicos que tienen su base en las reglas de la experiencia, las cuales permiten una correcta valoración de las pruebas; en tal sentido, no son en realidad presunciones, sino reglas para el criterio del juez. (2006, p. 694).

En el desarrollo del presente trabajo se han presentado un abanico de percepciones y concepciones, todas referentes a las presunciones judiciales, sin embargo, para una mejor asimilación de los contenidos presentados, resulta necesario presentar las tipologías, las cuales son las presunciones absolutas (*iuris et de iure*) y presunciones relativas (*iuris tantum*).

Iuris et de iure. - El abogado chileno, Luis Claro Solar, en su obra denominada “Explicaciones del Derecho Civil Mexicano”, establece que este término “etimológicamente tiene su origen del latín “*juris*”, ya que son establecidas por la ley y “*et de jure*” porque dichas presunciones son establece por la ley el derecho y se les reputa como ciertas” (Claro, 1942, p.20).

A esta definición se suma la Dra. Edna Ullmann-Margalit, quien explica que:

[...] la noción de presunción desempeña un papel importante en toda deliberación práctica, por lo que su función en el derecho cobra, en determinados contextos, relevancia especial. Y esto es así porque, según afirma, las presunciones legales fuerzan a tomar algo como verdadero bajo

determinados supuestos; en ocasiones, el derecho interviene y establece reglas en forma de presunciones en virtud de las cuales se «infiere» un hecho controvertido, a partir de ciertos hechos básicos ya establecidos, mientras no se aporten elementos de prueba suficientes en sentido contrario. De este modo, las presunciones indican anticipadamente una respuesta posible a la cuestión controvertida, a los efectos de producir una decisión. En otros términos: con el fin de resolver un caso, el juzgador debe, por disposición legal, tomar como cierta determinada proposición o como producido determinado estado de cosas, mientras no existan elementos de prueba en contra. (1983, p.147).

Iuris tantum.- Este término latín hace referencia de que la ley presupone la existencia de algún hecho determinado, y a diferencia de las anteriormente citadas, las presentes admiten prueba en contrario. Alfredo Domínguez, señala que:

[...] las presunciones legales *iuris tantum* hacen plena prueba, mientras no se demuestre lo contrario en los términos señalados en la ley, es decir dentro de las formalidades establecidas en el procedimiento, no en cualquier sitio o tiempo, ni como consecuencia de la acción de un tercero que no tenga tener interés legítimo en ello (1977, p. 245).

Se evidencia una gran distinción entre las presunciones determinadas por la ley y las que instaura el hombre en la práctica judicial. Pero, entre ambas, lo importante es que existe una aplicación de las máximas de experiencias, que al final se opera mediante una operación lógica inducción-deducción.

Una vez establecido un concepto básico acerca de lo que implica la presunción y sus clasificaciones en el Derecho, se pondrán de manifiesto las acepciones de distintos

autores respecto a la presunción judicial como tal, previo consideramos exponer lo conceptualizado por Cabanellas en su diccionario jurídico, respecto a los términos “presunción” y “judicial”:

PRESUNCION. Conjetura. Suposición. Indicio. Señal. Sospecha. Decisión legal salvo prueba en contrario. Inferencia legal que no cabe desvirtuar. Vanagloria. Jactancia, alarde. JUDICIAL. Inferencia que el juzgador extrae de los hechos de autos, llegando de lo probado a afirmar la veracidad de lo probable o desconocido. (2008, p. 255).

El abogado Cándido Dinamarco realiza su aportación, aludiendo que:

Presunción es un proceso racional del intelecto por el cual del conocimiento de un hecho se infiere con razonable probabilidad la existencia de otro o estado de una persona o cosa. La experiencia personal del hombre y la cultura de los pueblos muestran que existen relaciones razonablemente constantes entre la ocurrencia de ciertos hechos y la de otros, lo que permite formular juicios probabilísticos siempre que se tenga conocimiento de aquellos. Esta es la razón por la que el hombre presume, apoyado en la observación de lo que ordinariamente ocurre. El momento inicial de dicho proceso psicológico es el conocimiento de un hecho-base, o indicio revelador de la presencia de otro hecho. Su momento final, o su resultado, es la aceptación de un otro hecho, sin que de él se tenga un conocimiento directo. (2002, p. 114).

Del mismo modo, Jorge Kielmanovich nos indica que:

[...] para quien las presunciones judiciales son aquellas que el juez establece según su ciencia y conciencia, y que son un medio de prueba

crítica que se sirve de la comprobación de ciertos y determinados hechos que no están constituidos por la representación de éstos, a partir de los cuales se los deduce o induce “mediante un argumento probatorio”, según normas de la experiencia común o científica del magistrado. El autor señala que los indicios son datos que provocan mentalmente una vinculación de ideas encaminadas a probar otro hecho que tiene, por definición, una naturaleza accidental y no esencial; por otra parte, la presunción, en cambio, es la actividad del operador de justicia que partiendo de un indicio afirma un hecho diferente pero vinculado con el primero "causal o lógicamente". (2009, p. 228)

Benigno Cabrera, manifiesta que:

La presunción es la operación lógica, fundada en la ley, o en normas de experiencia, o en principios científicos, mediante la cual, partiendo de un hecho conocido, se llega a la aceptación como existente de otro hecho desconocido o incierto. La presunción es la inferencia que la ley o el magistrado saca de un hecho conocido para llegar a establecer otro hecho desconocido producto de la experiencia que el legislador la contempla en ciertos casos y en otros la determina la ley. (1996, p. 464-465).

El Dr. Cabrera, además menciona que: “De lo expuesto, se puede afirmar que la presunción parte de un hecho conocido, producto de la experiencia que el legislador la contempla en ciertos casos y en otros la determina el juez”. (Cabrera, 1996, p. 456).

El jurista italiano, Michele Taruffo, entiende que:

[...] la giustizia della decisione assume la forma di un algoritmo che ricomprende e collega tre ordini di valori. I tre criteri ai quali si allude sono

i seguenti: a) correttezza della scelta e dell'interpretazione della regola giuridica applicabile al caso; b) accertamento attendibile dei fatti rilevanti del caso; c) impiego di un procedimento valido e giusto per giungere alla decisione. [...] In modo tale da poterlo affermare “una decisione è giusta in senso proprio solo se è giusta sulla base di tutti e tre i criteri. (1997, p. 317:319)

Esto es, para que una decisión judicial sea justa es necesaria la concurrencia, de forma conjunta, de tres condiciones: que (i) la decisión sea resultado de un proceso justo, (ii) la correcta interpretación y aplicación de la norma asumida como criterio de decisión, así como (iii) la determinación verdadera de los hechos por el juez. En consecuencia, el primer paso esencial para que el juez pueda dictar una resolución justa es que establezca cuáles han sido los hechos verdaderos que han dado lugar a la controversia jurídica entre las partes, puesto que “un accertamento veritiero dei fatti della causa è a sua volta necessario in quanto nessuna decisione può considerarsi giusta se si fonda sui fatti sbagliati, ossia su una ricostruzione erronea o falsa delle circostanze che stanno alla base della controversia” (Taruffo, 1997, p. 318).

Para el Dr. Gustavo Carmelo Díaz, las presunciones judiciales son:

[..] aquéllas que extrae el juez en base a indicios o hechos que no tienen relación directa con el hecho a probar; pero que, uniéndolos, tienen fuerza convictiva suficiente. Reconoce que la doctrina vacila entre considerarlos un medio de prueba o una forma particular de juicio lógico, lo que —a su entender— no obsta que el mecanismo con el que opera sea el mismo, esto es, partir de indicios que son evaluados de un modo lógico para establecer

una determinada certeza referida a un hecho o circunstancia fáctica de la que se derivan efectos jurídicos. (2002, p. 111).

De todas estas conceptualizaciones, podemos expresar que, las presunciones judiciales, entonces se miran como la facultad que tiene el juez ante la situación planteada, haciendo uso de su experiencia y la lógica, la califica basándose en comprobaciones durante el proceso, para dar solución al caso que se le presenta, y teniendo en cuenta que puede usar este tipo de presunciones únicamente con hechos comprobados y teniendo en cuenta que concorde con los demás medios de prueba que se hayan rendido en el proceso.

Para culminar esta parte de conceptualización se hace necesario acotar que las presunciones judiciales pueden ser de dos clases, pueden ser relativas o absolutas, así lo determina Hernando Devis Echandía, mismo que señala la siguiente distinción:

Presunciones Judiciales Relativas: En ellas el razonamiento presuntivo puede llevar a una conclusión probable del hecho investigado, cuya calificación le corresponde de manera exclusiva al juez, en cuyo caso esa presunción no podrá darle a este, por sí misma, la certeza necesaria para declarar como cierto ese hecho específico, con base en la prueba a la cual se va a aplicar, como suele ocurrir en la de indicios contingentes. En tal sentido, si el juez encuentra otras presunciones parecidas convergentes que tienen un vínculo en otra prueba, que concurren en el mismo sentido, esas presunciones comienzan a formar parte del conjunto de argumentos probatorios que en definitiva determinan la decisión del juzgador.

Presunciones Judiciales Absolutas: Por otra parte, puede suceder también que una sola presunción judicial que tenga su base en un hecho o en un conjunto de hechos que se encuentran plenamente probados, sea tan

convinciente, que le dé al juez la convicción sobre un hecho investigado.

(1988, p. 539)

Por otra parte, la Dra. María Lourdes Martínez, en una de sus publicaciones, analiza la evolución de las presunciones mediante la historia, frente a la cronología y a los datos que se evidencian de su investigación señala que en el Derecho Romano los medios probatorios se clasificaban en dos grupos “los medios probatorios directos (*probationes*) y las presunciones (*probationes artificiales, praesumptiones*)” (2007, p. 34).

Jairo Parra Quijano, en soporte a lo dicho por la Dra. Martínez, es del criterio “al inicio en el Derecho Romano, en la etapa clásico romano, el juez podía ser convencido por cualquier medio probatorio, inclusive utilizando la prueba de indicios; se puede decir que el juez presumía. [...] Existían para esa época las presunciones hominis, pero no como una técnica legislativa” (2015, p. 2).

En consecuencia, las presunciones existen desde la época del Derecho Romano, pero eran aplicadas de una manera diferente a la actual, era una simple opinión del juez, sin que se llegue a pensar que algún momento de la historia podrán adquirir la categoría de prueba. Esto es señalado por la Dra. Martínez, quien ratifica que:

Las presunciones no fueron conocidas en un sentido estricto como tales sino hasta la época de Justiniano, y posteriormente en la época clásica eran conocidas como *opinio*, que significaban: la opinión que tenía el juez de la causa, una suposición o una creencia, pero sin constituir un medio probatorio, sino tan solo un elemento en el proceso lógico, mediante el que se forma la opinión del *iudex*. (2007, p. 42).

Si hablamos de la evolución histórica de las presunciones, es necesario hacer referencia al Juicio de Salomón, en donde Lisbeth Villalobos Bohórquez, en su tesis de grado titulada “Las presunciones como medio probatorio”, describe lo siguiente:

Precedido de la disputa surgida entre dos mujeres en relación a la maternidad de un solo niño, en la cual el Faraón ordenó que el niño en disputa fuera dividido en dos y se entregará una mitad a cada una de las pretendidas madres. La verdadera madre del niño suplico que el niño se entregase vivo a la impostora, actitud que demostró una vehemente presunción de verdadero amor maternal, por lo que Salomón entregó el niño a esa mujer. (2006, p. 14-15).

Por lo tanto, si bien no se niega la existencia de las presunciones en la época del Derecho Romano Clásico, ya posteriormente en el periodo Justiniano donde se utilizó dicha institución como un instrumento de técnica legislativa y posteriormente ya aparece en el Derecho material. Para el Dr. Jairo Parra, se atribuye a este período la aparición de las presunciones legales:

La comisión compiladora de Justiniano encontró en los clásicos el término "*praesumere*", que lleva al sentido de opinar. Interpolaron los textos trayendo como consecuencia en el proceso por primera vez en la historia y también en el derecho material. Por ejemplo: "*praesumptum esse debet, nisi contrarium probetur*", que traducido del latín al español significa: “debería ser una presunción salvo prueba en contrario. (2015, p. 2-3).

El mismo autor, nos presenta el siguiente ejemplo de presunción en el Código Justiniano:

[...] en caso de que exista desgracia se presume que el hijo púber sobrevivió a sus padres, mientras que el impúber premurió a ellos, la que presume que el soldado no ha recibido ninguna remuneración econoc, salvo que se trate de una causa castrense, y otras que suelen citar los autores, sobre la existencia del matrimonio, paternidad de los hijos de mujer casada. (Parra, 2015, p. 3)

Sin embargo, en esta época de la historia tampoco es posible encontrar entre los ciudadanos romanos, una definición de presunción, y es en el Código Napoleónico donde inicialmente fueron incorporadas las Presunciones Judiciales conforme a lo publicado por el Dr. Hernando Devis:

En el Derecho Romano no encontraos un sistema cierto de presunciones, con efectos generales sobre la carga de la prueba. Siglos más tarde en el derecho canónico parecen las verdaderas presunciones, algunas de ellas que no admiten prueba en contrario, es decir son *iure et de iure*, tal como actualmente son concebidas. Al desarrollarse más tarde la teoría legal de la prueba, se generalizó una tendencia a sustituir por presunciones la prueba por indicios, posteriormente vino la división tripartita hecha por los glosadores, de “*praesumptiones iuris et de iure, praesumptiones iuris tantum y praesumptiones facti*” (la última conocida como judiciales o de hombre) que fue incluida al código Napoleónico y subsiste en el Derecho Moderno. (1988, p.529).

Establecidos los conceptos y las clases de presunciones y realizada la conceptualización específica de las presunciones judiciales a través de la cita de varios autores, se considera necesario, abordar la naturaleza jurídica de las presunciones

judiciales, problemática que discute la doctrina, respecto a considerar si es que, las presunciones judiciales constituyen medio de prueba o no, así, procederemos a citar las posturas de distintos autores.

Para poder determinar lo que atañe a esta figura legal se hace necesario definir con exactitud el término “prueba” para de esta manera determinar en que consisten los “medios probatorios”, además de analizar las posiciones a favor y en contra que las presunciones puedan ser consideradas como medios probatorios, ya que en la doctrina hay un grupo que se inclina a que son medios probatorios y otro grupo que afirma que no.

Para el tratadista Eduardo Couture, nos manifiesta que:

En su acepción común, la prueba consiste en la acción y el efecto de probar; y probar consiste en demostrar de alguna forma la certeza de un hecho o confirmar la verdad de una afirmación. En tal sentido la prueba es, una operación, una experiencia, un ensayo, que tiene como fin patente la exactitud o inexactitud de una proposición. (1987, p. 215).

El Dr. Cabanellas, por su parte, define la prueba como:

La verificación de la verdad de una afirmación, así como también de la existencia real de una cosa o de la realidad de un hecho. Es considerada de igual manera la persuasión o convencimiento que se origina en otro, y principalmente en el juez o en quien haya de resolver sobre lo dudoso o discutido. Es la razón, el argumento, declaración, documento u otro medio para patentizar la verdad o la falsedad de algo. (2008, p. 313).

Una vez definido lo que se entiende como prueba, se hace necesario realizar una diferenciación entre la prueba de los medios probatorios. Cuando se habla de medios

probatorios se vincula a los elementos mediante los cuales el operador de justicia adquiere pruebas. Se puede señalar que todo medio probatorio instaura una manera de alcanzar un fin, de obtener de alguna manera un resultado; y el fin de toda de la prueba no es otra que lograr la verdad y el esclarecimiento en un hecho que es controvertido para las partes. Los medios de probatorios se centran en la incorporación legal de los elementos de prueba en un juicio determinado, con las garantías suficientes para que los medios de prueba sean idóneos y de esta manera formar la convicción del juez.

Una vez asimilados los conceptos de prueba y medios probatorios, y con la facultad dada al juez para resolver controversias basadas en estas, resulta necesario analizar si es que, las presunciones se constituyen o no como medios probatorios, respecto a esto encontramos las siguientes posturas:

Las presunciones si son medios de pruebas

Las presunciones permiten aclarar un hecho de carácter principal mediante la justificación de un hecho secundario, por tal razón son consideradas como medios probatorios, mismo que se basa en una operación de lógica-deductiva. Sin lugar a dudas se está en frente a un medio probatorio diferente al resto, ya que este se presupone o auxilia de un medio probatorio directo.

Las presunciones tienen como objetivo demostrar un hecho principal partiendo de un hecho secundario, por tal razón se considera como un verdadero medio probatorio, lo que sucede es que su método se basa en una operación de lógica deducción. Los catedráticos Gerardo y Luis Rojas Ramírez parten del criterio que en este tema nos encontramos frente a un medio probatorio bastante peculiar, que se diferencia del resto, ya que se auxilia de otro medio probatorio directo, y señala:

Como medio probatorio la presunción va a depender, a diferencia de los restantes medios probatorios, de un supuesto de hecho que habrá de ser, como ya se expresó, probado mediante los medios tradicionales de prueba, de allí que quien lo haga, como requisito indispensable para su admisión, correrá con la carga de la prueba del referido hecho que sirve de base a la presunción, mientras que sobre la otra parte recaerá la inversión de la carga de la prueba, en tal sentido para poder desvirtuarla se requeriría que la parte contraria destruya la veracidad del hecho del dicha presunción se hace depender. (2015, p. 6).

A criterio de estos autores ellos defienden la teoría de catalogar a las presunciones como medios probatorios, pero además se les reconoce que las mismas pueden considerarse como pruebas indirectas.

Las presunciones no son medio de prueba

La abogada procesalista, María Escrivá Rubio, en una de sus publicaciones señala:

Las presunciones judiciales, también denominadas *presumptio hominis* o *facti*, a mi juicio no deben ni pueden confundirse con los medios de prueba, ya que la finalidad de ellas no es la de acreditar hechos, sino la de que se tengan por acreditados, que no es lo mismo. De la misma manera que la notoriedad y la conformidad de las partes, las presunciones constituyen un mecanismo que tiene como fin la fijación de los hechos que se tienen por ciertos a los efectos del proceso. (Rubio, 2011, p. 1).

El Dr. Manuel Serra Domínguez, en una publicación formula que:

La presunción no es un medio de prueba, sino que funciona una vez incorporados al proceso los resultados de los medios de prueba, los que son valorados críticamente por el juez. En este sentido, solamente cuando el juez crea acreditado un hecho determinado se puede formar la presunción, superponiéndose a los resultados de los medios de prueba en concreto.

Además, para que la presunción pueda constituirse es necesario que la afirmación base haya quedado plenamente acreditada. Si mediante la presunción se pasa de un hecho conocido a otro desconocido, es inescindible a la propia naturaleza de la presunción que el hecho o afirmación base sea conocido plenamente por el juez, lo cual ocurre solamente a través de la prueba efectuada en el proceso, que haya provocado una convicción afirmativa del juez en torno a la realidad de la afirmación base. (1981, p.560).

El Dr. Lino Enrique Palacio en su autoría “Manual de Derecho Procesal Civil”, citado por la abogada Andrea Navarrete Ríos, última que:

[...] las presunciones judiciales no pueden constituirse como medios probatorios debido a que ellas no significan más que el resultado del raciocinio del operador e justicia que tiene una base en indicios y en tal sentido expone lo siguiente: “no son medios, sino argumentos de prueba”. De esta misma manera indica que las presunciones judiciales son un conjunto de reglas basadas en la experiencia de la valoración de la prueba, y es indudable que sean reglas de prueba, pero no pueden constituirse en medios de pruebas, se considera regla de prueba, únicamente la que sirve para su valoración. (Navarrete, 2016, p. 9-10).

Es indudable que una de las etapas más importantes de todo proceso es la probatoria de las pretensiones y excepciones que se han presentado por las partes ante los jueces, de ella dependerá la decisión jurisdiccional, tan alta es su jerarquía que desde hace siglos atrás ya se propugnaba “el arte de todo proceso judicial no es esencialmente más que el arte de producir las pruebas” (Bentham, Dumont, y Gómez, 1835, p. 15).

Es fundamental resaltar se clasifican en directas e indirectas. Las pruebas directas son aquellas que ofertan la existencia de hechos al juez de una manera inmediata y directa, sin tener la necesidad de que esta requiera raciocinio por parte de este, ella por si misma le forja convicción al juez sin mayor esfuerzo. Por otro lado, se encuentran las pruebas indirectas que son aquellas que versan en relación de aspectos distintos al proceso y que se encuentran articulados por una inferencia, que concebirá el hecho que intenta probarse, puede afirmarse que implican deducciones de las pruebas directas. El COGEP, en su artículo 172 contempla la “presunción judicial” como una manera que el juez resuelva la controversia (Navarrete, 2016, p. 21).

Ante la situación planteada y respecto a los efectos de las presunciones, el catedrático venezolano Rodrigo Rivera, refiere:

Las presunciones judiciales tienen un papel fundamental que es de convencer al juez de la causa, no obstante, su grado de aporte de certeza puede variar. Algunas de ellas solo proveen probabilidad, pero si se dispone de otras pruebas que concurren con ella, entran a formar parte de todos los argumentos probatorios. Puede suceder que concurren varias presunciones en relación a un mismo hecho, las cuales pueden ser extraídas por diferentes medios que pueden llevar certeza al juez, pero también hay que señalar que

una sola presunción grave y precisa puede producir certeza por sí sola.
(2009, p. 680).

Este autor deja muy clara su opinión al determinar señalar que una sólo presunción, tiene la capacidad de llevar certeza al juez siempre y cuando la misma cumpla con los requisitos necesarios, es decir debe ser grave, precisa y concordante. En tal sentido se deduce que existen dos opiniones, un sector en la doctrina defiende que las presunciones pueden tener efectos de carácter secundario, y a criterio de otro sector que afirma que podrían tener el mismo valor que se le otorgan a las otras pruebas.

Jorge Rosas Yataco, nos explica estas dos posiciones:

1. La prueba indiciaria como de carácter secundario o supletorio:

para algunos doctrinarios como Siracusa, Pisan, Florín otorgan a la prueba indiciaria un valor subsidiario. Otros autores señalan que son idóneos para complementar la prueba del autor. Por último, se afirma que ella tiene un valor probatorio relativo, al afirmar que se trata de una prueba que se encuentra sujeta a una graduación, por ser indirecta.

2. La prueba indiciaria tiene el mismo valor que se le otorgan a las otras pruebas: este es el criterio de la doctrina dominante (Mittermaier, Lucchini, Manzini, Silva Melero) que si la considera como una de las pruebas más importantes dentro del proceso penal. Se afirma que la prueba indiciaria es rechazada por ser imperfecta, en contraposición a las llamadas pruebas legales es, no obstante, la más razonable cuando el vínculo que debe mediar entre los supuestos conocidos y el hecho que se quiere demostrar es tan íntimo, que el raciocinio cree ver entre lo que aspira a probar y los medios de prueba una verdadera relación de causa a efecto. En

suma, el valor de la prueba indiciaria es igual al de las pruebas directas.
(2004, p. 297).

José Manuel Campero Vélez, al respecto manifiesta:

El valor probatorio de las presunciones va a depender de la prueba de los hechos que le sirven de sustento. En otras palabras, las pruebas de que hablamos, para que se puedan considerar como prueba plena, deberá ser tal que, en primer lugar, todos los indicios estén perfectamente demostrados. Posteriormente, se puede saber que, por una parte, los hechos en que se basa la prueba deben estar probados como ciertos; además, la relación de dichos hechos será de carácter objetiva y necesaria: no sujeta al criterio de un tercero y necesaria entre los hechos probados y los que se requieran probar, así, tomando en consideración los dos elementos señalados anteriormente, el operador de justicia podrá determinar el valor probatorio de una presunción: la certeza de los hechos y el que se hagan relaciones y razonamientos correctos y verdaderos, pudiendo obtener de esta manera el conocimiento de los hechos no conocidos y buscados y cuya existencia se pretende demostrar. (2012, p. 47).

Gerardo y Raúl Rojas, de igual manera analizan los efectos de la prueba indiciaria y acotan:

[...] las presunciones no solo tienen vinculación con la actividad probatoria como una entidad independiente, es decir como medio de prueba sino que además se proyecta en beneficio de la referida labor probatoria, como un método recurrible en cualquier tipo de valoración procesal que necesita realizar; en este caso, es decidir como argumento de prueba pudiera

tener lugar en el momento que se han corroborado hechos que pudieran advertirse como iniciadores como ante la conjetura que origina a una deducción que estreche el vínculo que no pudo lograr una prueba directa, en cuyo caso se precisa del análisis de carácter lógico -racional- y en apoyo en lo cual vendría en auxilio el argumento de la presunción que se encuentra implícito en el asunto [...] (2014, p. 10).

Las presunciones hominis

Luis Muñoz Sabaté, hace mención que el proceso de valoración de la prueba es el engranaje principal para el funcionamiento del sistema probatorio y éste reposa sobre presunciones. El proceso de valoración de la prueba es un proceso inferencial que irá variando la complejidad conforme al hecho implicado. Este proceso lógico que parte de algo desconocido hacia algo por conocer, con distintas gradaciones que van a depender también conforme la dificultad del caso. (2017, pp. 172-174).

El doctor Muñoz indica que los procesos mentales implicados en la valoración de la prueba no siempre van en dirección a un determinado esquema lógico. Esta situación surge ya que en muchos de los casos en que los jueces dan su veredicto basado en intuiciones, lo que da a conocer la capacidad de ciertos instrumentos probatorios para persuadir al juez y esto con absoluta independencia de su categoría probatoria. La intuición es el mecanismo que permite al juez elaborar una vaga anticipación del resultado, pero esto no significa que la implementación de un factor intuitivo vaya a excluir al factor lógico, ya que la razón y la intuición lejos de contraponerse se complementan. Dentro del proceso de complementación la prueba emerge cuando partiendo de una intuición, el juez trata de evidenciar su consistencia lógica mediante la aplicación de un proceso inferencial; o a la contraria, al intervenir la intuición después del razonamiento lógico, dotándolo de

confianza ya que corresponde con máximas de experiencia. Ya en este punto, Sabaté considera que el juez corre el peligro de converger en la fantasía al percatarse que en dicha intuición no se encuentra dirigida y fiscalizada. Éste es un riesgo inevitable del que se puede combatir o contrarrestar basándose en una sólida formación jurídica y cultural. (2017, pp. 179-181).

En cuanto a la conformación estructural de las presunciones *hominis*, el autor manifiesta que, si las presunciones residen en un razonamiento que parten de una información dada a conocer para llegar a una información desconocida, a la premisa conocida se le llama indicio o afirmación de base, y a la desconocida tiene por nombre dato inferido o afirmación consecuencia. Frecuentemente, dentro de un caso existen varias inferencias intermedias, de modo que la una reposa sobre la otra y así sucesivamente, a modo de una cadena articulada de grilletes. (Muñoz, 2017, pp. 190-191).

A lo largo de la línea de tiempo existieron varias discusiones respecto a la estructura lógica de la presunción, a ver si se trata de un razonamiento inductivo o deductivo. Muñoz Sabaté toma en consideración la postura en la que la inducción y la deducción se involucran en el resultado del juicio lógico-crítico, siendo desestimados todos los esfuerzos encaminados a indagar si la presunción constituye una inducción o una deducción. (2017, p. 187).

Luís Muñoz Sabaté, hace mención que las presunciones de hecho son denominadas por la ley como presunciones judiciales ya que nacen dentro del proceso. A su vez señala que la creación puede proceder de las partes intervinientes o del juzgador, a pesar de que la decisión va a depender de este último. Además, menciona que esta tipología de presunciones puede inquirir un razonamiento inductivo. Este razonamiento se erige a partir de los datos que proporcionan los medios de prueba y que a su vez es asentado sobre

un modelo conjetural. También indica que en la actualidad ha nacido la tendencia de sobrevalorar la presunción *ad homini*, probablemente se debe a casusa de las continuas actualizaciones jurisprudenciales que se han dado a este respecto. (2013, pp. 145-148).

En cuanto a la estructura de las presunciones *hominis*, Muñoz Sabaté señala que los elementos que constituyen una presunción de primer grado son:

Una línea basal constituida por un indicio o una serie de indicios (el *probatum*).

Un haz inferencial basado en la experiencia (vulgar o científica) y en la lógica cuyas raíces parten de cada indicio y convergen hacia una conclusión expresada en términos de evidencia (el *probandi*). Se trata de relaciones de causalidad en las cuales, o bien el indicio puede ser la causa del hecho a probar, o bien su efecto, o bien una circunstancia necesaria para que el hecho se produzca.

Por debajo de la línea basal, una línea de fijación en donde tiene lugar la prueba singularizada de cada indicio.

Por debajo de la línea de fijación, una línea de verificación, no siempre necesaria, encargada de la prueba de la prueba, esto es, cuando se pone en cuestión la fijación del indicio.

Una interrelación conectiva o solidaria entre todos los indicios creando una dependencia de totalidad, o como si fueran notas de un mismo sistema [...]. En este sentido los indicios tienen una potencia agónica, es decir, el uno incrementa la potencia del otro y viceversa, una potencia antagónica

cuando el uno desvirtúa la del otro [...]. Los indicios tienen «valencias» que les permiten asociarse entre ellos. (2013, pp. 148 - 150).

Continuando con su teoría, el doctor Muñoz señala a las presunciones de segundo grado en donde el *probandi* ya no sería denominado como tal, sino que se transformaría como un segundo *probatum* de donde yacería un segundo haz inferencial, indisputablemente menos atenuado, pero conservando una rotunda fuerza probática reflejada en un escalando y más alejado *probandi*. (2013, p. 151).

Motivación de la presunción *homini*

Muñoz Sabaté opina que las presunciones se ubican en el recuadro de la narrativa procesal, ya sea en los escritos de alegaciones de las partes o en sus conclusiones. Es preciso que el juez explique en su sentencia los motivos por los cuales ha escogido un resultado en referencia a los demás, en el entendido que las partes han planteado alternativas a la presunción del juez. De la misma forma que hay que proponer la presunción seleccionada es indispensable motivar las informaciones citadas por las partes. Además, destaca que el correcto proceder ante una motivación presuncional es que se dispongan los grados de evidencia de los indicios y la racionalidad de la inferencia, aunque en ciertas ocasiones basta con la práctica ya que es suficiente el hecho de mencionar los indicios (2013, pp. 159-160).

Continúa con su exposición indicando que el indicio puede tener dos puntos de vista: una de carácter historicista en donde es el vestigio que marca el hecho histórico y sus circunstancias, y, desde el punto de vista jurídico es un determinado hecho puede llegar a permitir la presunción de otro hecho. Además, señala que la Semiótica Probática es la ciencia que se encarga del estudio, clasificación, indagación y explicación de los indicios que se dan en las fases heurísticas y probáticas de los procesos judiciales. La semiótica

puede ser metódica en el caso de dedicarse al estudio de una determinada idiosincrasia de un indicio sin atender al *probandi*. (Muñoz, 2013, pp. 167-172).

Referentes Empíricos

Como referentes empíricos, se ha procedido a tomar en consideración algunas tesis de autores que han realizado sus estudios respecto a esta novedad procesal incorporada en el COGEP:

La abogada Sandra Díaz Valle, realiza un análisis del artículo 172 del COGEP, y manifiesta en su trabajo de investigación que, las presunciones judiciales a pesar de las múltiples críticas y la división doctrinaria que existe para definir si son o no un medio de prueba, a la actualidad no cabe duda de que en nuestro ordenamiento jurídico constituyen un medio de prueba, el cual no recibió en su momento la importancia necesaria en el Código de Procedimiento Civil, pero este fue enmendado por el COGEP; el cual señala que:

Constituye un error creer que la utilización de la prueba indirecta pueda originar inseguridad jurídica, ya que ella solamente será utilizada a falta de pruebas directas que permitan a las partes demostrar lo alegado, además los jueces tienen la obligación de obrar de manera objetiva ante todo tipo de prueba. (2016, p. 89).

Por otra parte, encontramos a Gabriela Hidalgo Sáez, quien en su investigación denominada “Análisis conceptual y descriptivo del concepto de prueba por presunciones” concluye que:

4. Aunque tradicionalmente los códigos procesales habían tratado a la “presunción judicial como un medio de prueba, la doctrina concluye

que esta no sería un verdadero medio de prueba, sino que más bien corresponde caracterizarla como una actividad que tiene lugar en el proceso y que únicamente realiza el propio juez.

5. Es correcto equiparar el concepto de “presunción” con el de prueba indirecta. En consecuencia, “presunción” haría referencia a un razonamiento probatorio de carácter indirecto en el que se considera como acreditado un hecho a partir de la prueba de otro hecho [...]
7. La calificación de la prueba por presunciones como prueba inferior es característica de los sistemas probatorios de prueba legal que se impusieron durante la Edad Media, pero actualmente podemos observar que su fuerza probatoria dentro del campo de acción del Derecho procesal es igual a la de cualquier otro medio de prueba. (2015, p.34).

Ambigüedad del artículo 172 del COGEP

El artículo 172 del Código Orgánico General de Procesos ha sido polémico porque de su lectura no resulta una única interpretación y esta situación trae como consecuencia inseguridad jurídica para las partes que se encuentran en un juicio. En este aspecto el autor Nisimblat señala en primer lugar que no se define legalmente los conceptos que lo determinan, no hace referencia a los términos de grave, preciso y concordante lo que hace que el juzgador lo interprete a su libre conveniencia, en tal sentido un juez no puede interpretar una norma de una manera y otro a su prudente arbitrio ya que las normas jurídicas solo pueden tener una sola interpretación ya que eso constituye una garantía para el ciudadano (2016, p.108).

Por otro lado, afirma de igual manera Nisimblat el artículo 172 del COGEP evidencia una ambigüedad sintáctica, ya que no establece de una manera clara si los actos, circunstancias y signos deben cumplir esas tres características allí establecidas es decir deben ser “graves, precisos y concordantes” o basta una sola de ellas para que se pueda aplicar una presunción legal. De igual manera en el enunciado “graves, precisos y concordantes” no se determina si el prefijo “y” actúa de manera incluyente o excluyente, en tal sentido puede el juez de la causa efectuar una interpretación de acuerdo pudiendo el juez tomar la línea interpretativa a su criterio (2016, p.109).

De lo antes expuesto, se evidencia que la norma citada anteriormente es ambigua e inexacta, lo que trae como consecuencia que deja un margen muy abierto a la interpretación del juez. Al permitir el COGEP al juez dictar una sentencia tomando como base una presunción legal debe ser muy cuidado, ya que al no estar bien determinados los límites dentro de los cuales se va a tomar la decisión, se le da mayor potestad al juez en su decisión.

Por último, el artículo 172 del COGEP hace ver a las presunciones legales como un medio probatorio más, en un mismo nivel que los demás medios probatorios existentes en el COGEP y no es así, ya que un juez debe fundar su decisión en una presunción legal solamente en los casos que no existan medios probatorios para fundar su decisión, o que estos medios sean impertinentes para fundar su sentencia.

CAPITULO METODOLÓGICO Y RESULTADOS

La Metodología

El enfoque que asume esta investigación es de carácter cualitativo, y tiene como propósito describir el objeto y campo de estudio, a través de técnicas e instrumentos específicos; que permiten la obtención de información directamente de la observación, mediante el análisis de documentos, informes, normas o leyes escritas, archivos y todo aquel material fehaciente que contenga información tendiente a describir puntualmente el fenómeno en particular.

Los métodos teóricos que se utilizarán son el de análisis síntesis, deductivo y exegético: mediante el método de análisis-síntesis se logra descubrir las causas del problema específico mediante la descomposición de sus elementos y su posterior reunión para su entera comprensión, con el deductivo se analizara el problema de lo general a lo particular para poder llegar a una conclusión y el método exegético, para interpretar la normativa legal y social ecuatoriana para dilucidar la forma idónea de presentación de los medios probatorios.

Alcance de la Investigación

El presente trabajo de investigación asume un alcance exploratorio, descriptivo y explicativo. La investigación resulta exploratoria porque partimos analizando supuestos doctrinales y teóricos respecto a la institución jurídica de la prueba y las presunciones judiciales.

Se evidencia que se tiene un alcance descriptivo porque se especifican características y rasgos importantes respecto al objeto y campo de estudio de nuestra investigación; y se describe la problemática que existe en la actual legislación que inserta a las presunciones y sus posibles o probables consecuencias.

Además, tiene un alcance explicativo debido que se analiza el artículo 172 del COGEP que erige a las presunciones judiciales como forma de resolver controversias y se argumenta la ambigüedad de la norma.

Categorías, Dimensiones, Instrumentos y Unidades de Análisis

En la presente investigación se estudiará a la institución jurídica de la prueba y a las presunciones judiciales, como objeto de estudio y campo de estudio respectivamente, para lo cual se efectuará un análisis normativo comparativo, jurisprudencial y se realizarán entrevistas a tres expertos en el área procesal, mecanismos que permitirán evidenciar la problemática planteada en este trabajo investigativo.

Tabla 1.

Métodos Empíricos

Categorías	Dimensiones	Instrumentos	Unidades de Análisis
La Prueba	Presunción Judicial	Análisis Documentos (Normativa)	Código de Procedimiento Civil
			Código Orgánico General de Procesos
			Ley de Reordenamiento en Materia Económica en el Área Tributaria Financiera.
			Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos y Seguros y de la Junta Bancaria. Legislación Comparada
		Análisis de precedentes judiciales	2 precedentes judiciales
Entrevistas	3 expertos en el área procesal		

Fuente: Elaboración propia

Criterios éticos

Los criterios éticos de la presente investigación de carácter cualitativa responden a las reflexiones realizadas por la investigadora, en virtud del alcance, las consecuencias y los elementos que implican el problema, objeto y campo de estudio, métodos, instrumentos y las opiniones de los sujetos involucrados en el estudio, considerando las distintas posturas que han permitido obtener una propuesta para la solución de la problemática planteada.

Resultados

Código de Procedimiento Civil. En este código procesal ya derogado, no existía norma expresa que instituyera la presunción judicial como tal, pero al realizar un análisis extensivo, podemos considerar que se permitía discurrir a las mismas, prueba de ello lo encontramos los siguientes artículos:

Art. 121.- Las pruebas consisten en confesión de parte, instrumentos públicos o privados, declaraciones de testigos, inspección judicial y dictamen de peritos o de intérpretes.

Se admitirá también como medios de prueba las grabaciones magnetofónicas, las radiografías, las fotografías, las cintas cinematográficas, los documentos obtenidos por medios técnicos, electrónicos, informáticos, telemáticos o de nueva tecnología; así como también los exámenes morfológicos, sanguíneos o de otra naturaleza técnica o científica. La parte que los presente deberá suministrar al juzgado en el día y hora señalados por el juez los aparatos o elementos necesarios para que pueda apreciarse el valor de los registros y reproducirse los sonidos o figuras. Estos medios de prueba serán apreciados con libre criterio judicial según las circunstancias en que hayan sido producidos.

Se considerarán como copias las reproducciones del original, debidamente certificadas que se hicieren por cualquier sistema. (Congreso Nacional del Ecuador, 2005, p. 38).

En este artículo, en donde se mencionaba las clases de prueba enumerando taxativamente y luego dejando la posibilidad de que existan otras posibles; establecía que “las pruebas consisten en confesión de parte, instrumentos públicos o privados, declaraciones de testigos, inspección judicial y dictamen de peritos o de intérpretes...” (Congreso Nacional del Ecuador, 2005, p. 38); en este fragmento, claramente encontrábamos las pruebas de manera taxativa siendo medios de prueba los contenidos en el mismo. Continuando con la lectura del mismo artículo, encontramos que: Se admitía también como medios de prueba a

[...] las grabaciones magnetofónicas, las radiografías, las fotografías, las cintas cinematográficas, los documentos obtenidos por medios técnicos, electrónicos, informáticos, telemáticos o de nueva tecnología; así como también los exámenes morfológicos, sanguíneos o de otra naturaleza técnica o científica. La parte que los presente deberá suministrar al juzgado en el día y hora señalados por el juez los aparatos o elementos necesarios para que pueda apreciarse el valor de los registros y reproducirse los sonidos o figuras. Estos medios de prueba serán apreciados con libre criterio judicial según las circunstancias en que hayan sido producidos. Se considerarán como copias las reproducciones del original, debidamente certificadas que se hicieren por cualquier sistema. (Congreso Nacional del Ecuador, 2005, p. 38).

La segunda parte del artículo ampliaba los medios probatorios sin determinarlos y dejando *numerus apertus*, observando, además, que la norma realizaba una invitación al

juez de hacer un ejercicio intelectual de valoración a su libre criterio. En este fragmento podemos decir que, se incluía la presunción judicial como medio de prueba, porque en definitiva la prueba no es taxativa se admitían distintas clases en lo que respecta al proceso y al permitir al juez valorar según su criterio se le accedía a priori concluir en sus propias presunciones, que en definitiva podrían configurar la institución de presunciones judiciales.

Art. 142.- La confesión prestada en un acto en los juicios civiles, es indivisible; debe hacerse uso de toda la declaración o de ninguna de sus partes, excepto cuando haya graves presunciones u otra prueba contra la parte favorable al confesante. (Congreso Nacional del Ecuador, 2005, p. 42).

En este artículo del Código de Procedimiento Civil ya derogado, existía una regla general con respecto a la confesión donde se especificaba que, la interpretación es indivisible excepcionalmente cuando haya graves presunciones contra la parte favorable al confesante, o siendo claro el alcance del término “graves presunciones” al no establecer cuáles son los requisitos que debe cumplir una presunción para denominarla grave, ni estableciendo si se trata de una presunción legal o judicial, pudiendo, entonces, el juez utilizar cualquiera de las dos.

Art. 510.- Aunque no se ordene la detención del deudor, éste no podrá ausentarse del territorio nacional sin permiso del juez, quien, para concederlo, cuando no haya presunciones de culpabilidad o fraudulencia, deberá exigir fianza que asegure la restitución del deudor al territorio nacional o el pago de una cantidad equivalente, por lo menos, al cincuenta por ciento del monto del pasivo. (Congreso Nacional del Ecuador, 2005, p. 120).

El Código de Procedimiento Civil, en la institución del Concurso de Acreedores, establecía, en su artículo 510, que el deudor no podría ausentarse del país sin permiso del

juez, y que sólo podía permitirlo si es que no hubieran existido presunciones de culpabilidad o fraudulencia -norma que no consta en el COGEP- con lo cual la presunción de culpabilidad quedaría al arbitrio del juez, dejando esta figura carente de existencia objetiva. Se puede inferir que al referirse de presunción de culpabilidad hablamos de presunción judicial pues es una secuencia lógica basada en la experiencia y la razón del juez sobre la causalidad de supuestos hechos o actos fraudulentos con perjuicio al patrimonio de otra persona.

Código Orgánico General de Procesos. El COGEP, instituye a la presunción judicial como una forma resolver controversias en el siguiente artículo:

Art. 172.- Presunción judicial. Los actos, circunstancias o signos suficientemente acreditados a través de la prueba y que además sean graves, precisos y concordantes, adquieren significación en su conjunto cuando conducen unívocamente a la o al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias expuestos por las partes con respecto a los puntos controvertidos. Por lo tanto, la o el juzgador puede resolver la controversia sobre la base de estas conclusiones que constituyen la presunción judicial. (Asamblea Nacional, 2015, p. 26).

La inclusión de esta norma representa una novedad dentro de nuestra legislación puesto que el derogado Código de Procedimiento Civil, no contemplaba esta posibilidad y sus disposiciones se limitaban a mencionar de forma expresa a las presunciones legales. Como hemos expresado en líneas anteriores, el Código de Procedimiento Civil no incluía un artículo que instituyera la presunción judicial como tal y además permitiera al juez resolver una controversia a través de la extracción de conclusiones que constituyen una presunción judicial, el artículo 172 del COGEP, introduce en nuestra legislación a la llamada “presunción judicial” enunciando que los actos, circunstancias o signos suficientemente

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

Ley de Reordenamiento en Materia Económica en el Área Tributaria Financiera.

Al llegar las presunciones al campo normativo – administrativo, se produjeron algunas polémicas de alcance nacional. Quizás uno de los casos más emblemáticos que se han dado en el Ecuador de los últimos años se dio con la aparición de la denominada “Ley de Reordenamiento en Materia Económica en el Área Tributaria Financiera”, en donde la Agencia de Garantías y Depósito (AGD) se valió del artículo 29 de esta Ley para incautar los bienes de la familia Isaías. En este apartado se menciona lo siguiente:

[...] en aquellos casos en que los administradores hayan declarado patrimonios técnicos irreales, hayan alterado las cifras de sus balances o cobrado tasas de interés sobre interés, garantizarán con su patrimonio personal los depósitos de la institución financiera, y la Agencia de Garantía de Depósitos podrá incautar aquellos bienes que son de público conocimiento de propiedad de estos accionistas y transferirlos a un fideicomiso en garantía mientras se prueba su real propiedad [...] (Congreso Nacional del Ecuador, 1998, p. 13).

Esta norma constituyó una verdadera revolución en materia legal, lamentablemente no en la mejor forma. El antecedente de la misma data de la denominada “crisis bancaria” mediante la cual se determinó que un factor clave para su configuración fue la existencia de una serie de compañías creadas por los directores de las instituciones financieras que servían para esconder la mala situación patrimonial de tales instituciones. Cuando se

investigaba quiénes eran los dueños o las direcciones de tales compañías se descubrió que los primeros solían ser personas sencillas que en no eran los verdaderos propietarios (es decir los llamados “prestanombres” o “testaferros”) mientras que las direcciones utilizadas eran imprecisas y en ocasiones hasta falsas. Esto fue una realidad imposible de ocultar, sin embargo, la “solución” creada a través de la norma antes citada tuvo muchos más elementos de revanchismo que de justicia ya que la norma fue creada de manera tan abierta y ambigua que podía aplicarse contra quien se quisiera amparándose en la vaguedad de la expresión “público conocimiento” que nadie definió y que terminó convirtiéndose en una herramienta de presunción absolutamente indiscriminada.

Esta indefinición normativa, aplicada por funcionarios que salían en televisión hablando en tono revanchista y justiciero, terminó siendo un campo de impunidad para una serie de abusos. Bastaba una simple resolución donde se dijera que una compañía o bien determinado era de “público conocimiento” de propiedad de uno de los accionistas de una institución financiera para que fuese incautada y aportada a un fideicomiso, cuyo contenido e instrucciones nadie conocía y cuya custodia o situación era imposible investigar. Estos bienes casi nunca fueron desincautados, a pesar de que existieron cientos de peticiones en tal efecto, debido a que el instructivo para efectuar dicha gestión se hizo de modo tal que resultará casi imposible aplicarlo.

Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos y Seguros y de la Junta Bancaria. Años después, en lugar de corregir el tema, no sólo que se lo confirmó sino que se lo afianzó aún con mayor fuerza cuando en la Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos y Seguros y de la Junta Bancaria, del Subtítulo III denominado “De la vinculación”, correspondiente al Título VII llamado “De los activos y de los límites de crédito”, constaba el Capítulo I “Determinación de personas vinculadas por la propiedad o gestión con las instituciones controladas por la Superintendencia de

Bancos” que pasó a llamarse “Determinación de vinculación de las personas naturales y jurídicas por propiedad, administración o presunción con las instituciones del sistema financiero por la Superintendencia de Bancos” incorporándose el siguiente artículo:

Artículo 4.- Se presume que una persona está vinculada o relacionada con una institución controlada, cuando:

4.1 La institución controlada sea su socia o accionista, salvo el caso de las sociedades referidas en el inciso segundo del artículo 1, de la sección II "Disposiciones generales", de este capítulo;

4.2 A la fecha del otorgamiento del crédito o los créditos, el deudor hubiese presentado un patrimonio, ingresos o capacidad de pago insuficientes con relación al monto de los créditos concedidos y no existan garantías adecuadas o suficientes;

4.3 No existan antecedentes que permitan determinar la identidad de sus socios o accionistas de la sociedad deudora; o, cuando la situación patrimonial de dichos socios o accionistas, no guarden relación con el aporte efectuado al capital de dicha sociedad;

4.4 Se le haya concedido créditos en condiciones de plazos o tasas de interés más favorables que a la mayoría de los deudores. Y también cuando una persona haya obtenido condiciones en plazos o tasas de interés más favorables en los depósitos y captaciones o servicios que la institución preste;

4.5 Sus obligaciones se encuentren caucionadas con garantías otorgadas por una persona vinculada por propiedad o administración con la institución acreedora aun cuando la vinculación sea por presunción;

4.6 Su representante legal sea, al mismo tiempo, representante legal de una sociedad vinculada por propiedad o administración con la institución acreedora, aun cuando la vinculación sea por presunción;

4.7 Reciba de una institución controlada, créditos que superen el 10% del patrimonio técnico de la institución acreedora, sin garantías adecuadas;

4.8 Reciba de una institución controlada, créditos que superen el 20% del patrimonio técnico de la institución acreedora, no obstante, mantengan garantías adecuadas;

4.9 Siendo un deudor único de la institución controlada haya recibido créditos que superen el 200% de su patrimonio;

4.10 Se le haya concedido créditos por reciprocidad con otra institución controlada, sin considerar su capacidad de pago;

4.11 Se le haya concedido créditos a prestatarios o grupos de deudores por reciprocidad con otra institución controlada, existiendo como garantía o colateral de dichas operaciones, depósitos o inversiones efectuados por la institución prestamista. Existirá vinculación por presunción siempre que dichas operaciones sean otorgadas a personas vinculadas por propiedad o administración con la institución que realizó el depósito o inversión, aun cuando la vinculación sea por presunción; y,

4.12 Del análisis de las operaciones activas o contingentes efectuadas por una institución controlada, la Superintendencia de Bancos determine razonablemente que existen motivos para presumir la existencia de vinculación.

Los presupuestos de vinculación por presunción detallados en los numerales anteriores, serán aplicables para el caso de inversiones y operaciones

contingentes de una institución controlada, en lo que fuere pertinente.

(Superintendencia de Bancos y Seguros, 2001, p. 185-186).

Esta reforma, determino la existencia de la vinculación (estableciendo una serie de causales para que se verifique) incluyo 12 causales – que se observan del artículo que se ha transcrito- en las cuales el funcionario ya no sólo puede “presumir” sino que puede alegar que aplica una “presunción legal” ya que los casos que se encuentra determinados en la norma. Hubiese sido mejor cada una de las causales estuviesen determinadas de una manera específica y no quedaran en de una manera abiertas a fin de evitar precisamente aquello que se refirió antes: el exceso de liberalidad por parte del juez; sin embargo, aquello fue ilusorio ya que muchas de las causales siguieron estando abiertas a pesar de la aparente concreción de sus enunciados. Para ilustrar una la idea al respecto cuando se afirma que una de esas causales es que al deudor se le haya concedido créditos en condiciones de plazos o tasas de interés más favorables que a la mayoría de los deudores, en ninguna parte se determina cual es el significado de la expresión “más favorable” ni a qué se refiere con “la mayoría”. (Montero & Reyes, 2010, p. 24). A manera de otro ejemplo, veamos un paralelo: A fue beneficiario de un crédito en el cual se le asignó una tasa preferencial por tratarse de una empresa que le daba servicios especiales a la institución financiera, o porque se trataba de un proyecto que a la institución le era conveniente apoyar por cuanto se trataba de una nueva industria con una amplia proyección y quería adueñarse de ese nuevo mercado. Para este caso lo que se observa es una estrategia financiera y de ningún modo una vinculación.

Lo que se podía ver como un aspecto “favorable” podía ser sencillamente una estrategia comercial. Probablemente, no existían relaciones ni comerciales, ni familiares, ni de amistad entre el prestamista y el beneficiario, sin embargo, en este caso, ya no se puede,

sino que se “debe” presumir que en ese caso hay una vinculación entre ellos, porque la ley así lo establece y no da ningún tipo de excepción, limitándose a alegar que:

[...] en aquellos casos en que la institución que se encuentra controlada necesite desvirtuar las circunstancias que permitieron determinar a un sujeto de crédito como vinculado por una presunción, el podrá presentar las pruebas documentales que sean obligatorias al Superintendente de Bancos, en un plazo máximo de 15 días, los cuales serán contados a partir de la notificación, para efectos de la resolución correspondiente [...]

(Superintendencia de Bancos y Seguros, 2001, p. 186).

Al señalar esta norma, se desprende que el sistema es aún más perverso, ya que invierte toda la carga de la prueba haciendo que el funcionario administrativo aplique de manera cómoda y fácil una presunción con elementos que resultan tan subjetivos y abiertos como los de la norma referida y luego sea responsabilidad de la persona que ha sido acusada el tener que demostrar su inocencia, mediante el mismo procedimiento que antes fue señalado como engorroso puesto que, por coincidencia, a ese reglamento no se le aplicó ningún tipo de reforma.

Sentencias. En la jurisprudencia ecuatoriana se han encontrado distintos casos en donde la presunción judicial entra en la *ratio decidendi*. Como ejemplo tenemos:

- La Resolución No. 008-2012 sobre un caso de arrendamiento en la que el demandante afirmó que no se ha hecho la presunción sobre determinados hechos debido a que el juez de la causa no ha valorado las pruebas documentales que fueron presentadas, señalando que el operador de justicia debía valerse de lo tangible y no de las simples suposición de hechos, sin embargo la sala confirmó en la sentencia que el juez sentenció de acuerdo a lo señalado en el 1729 del Código Civil

en concordancia con el artículo 262 del derogado Código de Procedimiento Civil, es decir se puede recurrir a las presunciones judiciales cuando una prueba vaya en contra de su convicción. (Consejo de la Judicatura, 2012, p. 1-3).

- La Resolución No. 0067-2009-2SP en la Sala de lo Penal la recurrente señaló “El juez debe racionalizar las evidencias y no sólo enunciarlas... es decir se hace obligatorio realizar un análisis completo de la prueba que ha sido aportada” lo que se busca es que se haga el ejercicio intelectual de poder armonizar todas las evidencias que el concluye en presunciones. (Corte Nacional de Justicia, 2008).

El denominador común que se encuentra en ambas sentencias, respecto a las presunciones, es que ambos demandantes piden una explicación que no fue aportada por parte del juzgador. En el primero de los casos expuestos, éste hace uso de la institución de presunción judicial, pero no motiva su decisión ni señala porque utilizó la presunción, en el segundo, se intenta aplicar, pero no fue concretada dejando de esta manera un vacío en la resolución. De todo lo expuesto se puede deducir que parte de la motivación que nos exige las garantías básicas de todo proceso judicial, resultan aún más indispensables cuando se invoca a las presunciones judiciales cuando se va a dictar una sentencia, esto es que las partes tengan el conocimiento de cuál fue el bosquejo racional del juez. El juzgador tiene la obligación de señalar en la sentencia el razonamiento, interpretación y el esquema secuencial de las pruebas aportadas. De no hacer esto se estaría en presencia de un pronunciamiento judicial precario y carente de lógica (Navarrete, 2016, p. 25).

La motivación, según lo contemplado en la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 76, se limita a expresar “No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia

de su aplicación a los antecedentes de hecho” (Asamblea Nacional del Ecuador, 2008, p. 56). Pero no incluye el esbozo de la operación lógica que realiza el juez al aplicar las presunciones judiciales, siendo fundamental explicar las mismas en la sentencia para que las partes procesales tengan conocimiento del “por qué” de las presunciones si es que son punto clave para resolver la controversia (Navarrete, 2016, p. 25). Por este motivo se hace necesario considerar un proyecto de reforma con la finalidad que el juez, al momento de emitir una presunción atribuya una consecuencia de inversión de la carga de la prueba para que, en virtud del principio de contradicción, la parte que sienta que se le están lesionando sus derechos a consecuencia de esa presunción pueda tener opción de refutarla como fundamento de su apelación, ya que la presunción judicial, es casi equivalente a otra prueba que ha sido presentada en el proceso.

Resulta ineludible para esta reforma que, previo a resolver en ejercicio de los principios garantizados por el COGEP, el operador de justicia exponga la presunción judicial para no dejar a la otra parte en grado de indefensión. Se hace necesario presentar una propuesta de proyecto de reforma con la finalidad de que en los casos en que un juez de primer nivel fundamente su resolución exclusiva o principalmente en base a una presunción, la sentencia dictada por éste pueda ser recurrida de una manera automática, sin que sea necesario apelar, bajo el mismo sistema de la consulta obligatoria que mantienen las sentencias que son dictadas contra el Estado. De esta manera, se evitaría que en un caso donde no ha existido oposición del demandado (que podría darse por motivos ajenos a su voluntad) y donde el actor no ha presentado ni anunciado pruebas suficientes a su favor, éste último pueda verse favorecido con una decisión donde el operador de justicia “por presunción” decide concederle el derecho. Sin embargo, no haya oposición, el juez deberá valorar la prueba aportada y sólo conceder la razón al demandante en caso de considerarla válida y suficiente, salvo en los casos en que la ley establezca que la falta de contestación

tenga otro efecto. Esta fórmula tiene como fin proteger a aquellas personas que son demandadas en ausencia –muchas veces de una manera fraudulenta- como, por ejemplo, los divorcios en ausencia de una de las partes, que ni siquiera ha sido informada de la existencia de este, o también en temas de prescripciones adquisitivas u otros de similar especie.

Legislación Comparada. Para el presente estudio se han escogido la legislación colombiana y española. Así, en la legislación colombiana, en el Código Judicial (Ley 105 de 1931), encontramos los siguientes artículos, respecto a las presunciones judiciales:

Art. 660.- Cuando la ley establece presunción de derecho no se admite prueba en contrario.

Art. 661.- Los antecedentes en que se apoya una presunción legal se deben establecer plenamente, y en este caso, la presunción prueba en favor del que la tiene, a menos que la otra parte la infirme probando lo contrario.

Art. 662.- Las demás presunciones fundadas en pruebas incompletas o indicios, tienen más o menos fuerza, según sea mayor o menor la relación o conexión entre los hechos que las constituyen y el que se trata de averiguar.

Art. 663.- Un solo indicio hace plena prueba cuando se considera necesario, es decir, que es tal la correspondencia entre el hecho indicio y el que se investiga, que, existiendo el uno, no puede menos que existir o haber existido el otro.

Art. 664.- Una sola presunción también prueba plenamente cuando, a juicio del juez, tenga caracteres de gravedad y precisión suficientes para formar su convencimiento.

Art. 665.- Por regla general, los indicios no necesarios forman plena prueba cuando son en número plural, graves, precisos y conexos entre sí, de modo

que concurran todos a demostrar, sin lugar a duda, la verdad del hecho controvertido.

Art. 666.- Los hechos accesorios que suministran los indicios o conjeturas referentes al hecho investigado, deben probarse plenamente y nunca por medio de otros indicios.

Art. 667.- Cuando muchos indicios se refieren a uno solo, y cuando los argumentos sobre un hecho dependen todos de un solo argumento, la suma de estos, por numerosos que sean, no forman plena prueba, y todos juntos no constituyen sino un solo indicio o un solo argumento. (Congreso de Colombia, 1931).

La legislación colombiana en su código de procesos vigente no utiliza como expresión propia “presunciones judiciales”, sino que aplica la palabra “indicios”, los mismo que para que configure prueba plena deben estar debidamente acreditados.

Por otra parte, en la Ley de Enjuiciamiento Civil de España, en la sección novena, encontramos los artículos que tratan a las presunciones:

Artículo 385. Presunciones legales.

1. Las presunciones que la ley instaura dispensan de la prueba del hecho presunto a la parte a la que este hecho beneficie. Tales presunciones sólo serán aceptables cuando la certeza del hecho indicio del que parte la presunción haya permanecido determinada a través de admisión o prueba.
2. Cuando la ley establezca una presunción salvo prueba en contrario, ésta podrá dirigirse tanto a probar la inexistencia del hecho presunto como a demostrar que no existe, en el caso de que se trate, el enlace que ha de haber

entre el hecho que se presume y el hecho probado o admitido que fundamenta la presunción.

3. Las presunciones establecidas por la ley admitirán la prueba en contrario, salvo en los casos en que aquella expresamente lo prohíba.

Artículo 386. Presunciones judiciales.

1. A partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el supuesto hay un enlace preciso y directo según las reglas del juicio humano. La sentencia en la que se aplique el párrafo anterior deberá incluir el razonamiento en virtud del cual el tribunal ha establecido la presunción.

2. Frente a la posible formulación de una presunción judicial, el litigante perjudicado por ella siempre podrá practicar la prueba en contrario a que se refiere el apartado 2 del artículo anterior. (Jefatura del Estado, 2000, p. 156).

A diferencia de la legislación colombiana y ecuatoriana, la normativa española trata a las presunciones judiciales como un tipo de regla de la alteración de la carga de la prueba, acusando la necesidad de probar la inexistencia de una presunción a la parte afectada por esa presunción; es decir, a la parte frente a la que se alega dicha presunción.

Entrevistas a expertos en el área de derecho procesal

La entrevista fue realizada a tres profesionales en el área del derecho, los cuales se han dedicado a especializarse en el área procesal, estos son: el Ab. Cristóbal Mantilla Moscoso, el Ab. Jeffrey Zúñiga Ruilova y el Ab. Alberto Montalvo Landín.

Este recurso de recopilación de datos consta de cuatro preguntas que se presentan a continuación, las cuales conciernen con los objetivos de la tesis.

1. Para usted ¿las presunciones judiciales constituyen o no un medio de prueba?
2. ¿Considera que el artículo 172 del COGEP, referente a las presunciones judiciales, que establece que:

Los actos, contextos o signos adecuadamente acreditados mediante de la prueba y que también sean graves, precisos y concordantes, logran significación en su conjunto cuando llevan unívocamente a la o al juzgador al convencimiento de los hechos y situaciones expuestos por las partes con respecto a los puntos controvertidos; Por lo tanto, la o el juzgador puede resolver la controversia sobre la base de estas conclusiones que constituyen la presunción judicial, en la práctica resulta inaplicable

3. ¿Cómo abogado, en el libre ejercicio de su profesión, como percibiría el que, un administrador de justicia resuelva una controversia fundamentada en sus presunciones como juzgador?
4. ¿Cómo abogado, en el libre ejercicio de su profesión, como percibiría el que, un administrador de justicia resuelva una controversia fundamentada en sus presunciones como juzgador?

Entrevista a Cristóbal Francisco Mantilla Moscoso



Profesión: Abogado

Cargo: Libre ejercicio

Edad: 50 años

Competencia Jurídica: Derecho laboral y procesal

1. Para usted ¿las presunciones judiciales constituyen o no un medio de prueba?

Constituyen un medio de prueba siempre y cuando no existan otros elementos de carácter probatorio reconocidos por nuestras normas procesales que se hayan podido hacer valer en juicio porque en el fondo son conjeturas o conclusiones sujetas a la interpretación de los jueces.

2. ¿Considera que el artículo 172 del COGEP, referente a las presunciones judiciales, que establece que:

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

A mi criterio si resulta inaplicable por lo antes dicho. Son declaraciones de una de las partes que pretende convencer al juez por falta de otros medios probatorios.

3. ¿Cómo abogado, en el libre ejercicio de su profesión, como percibiría el que, un administrador de justicia resuelva una controversia fundamentada en sus presunciones como juzgador?

Siempre y cuando no existan otros elementos probatorios presentados por las partes y siempre y cuando estos tengan relación con el objeto de la demanda o de la contestación.

4. En su opinión ¿Cree que es necesario reformar el artículo 172 del Código Orgánico General de Procesos?

Si. Debería reformárselo y aclararse que las presunciones únicamente constituyen medios de prueba si no existen otros elementos que permitan demostrar los hechos demandados o excepciones propuestas.

Entrevista a Jeffrey Gerardo Zúñiga Ruilova



Profesión: Abogado

Cargo: Procurador – Universidad Politécnica Salesiana

Edad: 43 años

Competencia Jurídica: Derecho laboral, procesal y empresarial

1. Para usted ¿las presunciones judiciales constituyen o no un medio de prueba?

Las presunciones judiciales no son un medio de prueba, son un ejercicio mental que hace el juez para determinar si un hecho es verdadero o no de acuerdo con los indicios de prueba que se le presenten.

2. ¿Considera que el artículo 172 del COGEP, referente a las presunciones judiciales, que establece que: *“Los actos, circunstancias o signos suficientemente acreditados a través de la prueba y que además sean graves, precisos y concordantes, adquieren significación en su conjunto cuando conducen unívocamente a la o al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias expuestos por las partes con respecto a los puntos controvertidos; Por lo tanto, la o el juzgador puede resolver la controversia sobre la base de estas conclusiones que constituyen la presunción judicial”, en la práctica resulta inaplicable?*

En la práctica de lo que tengo conocimiento, difícilmente los jueces en los momentos actuales se animan a dictar una sentencia basada en indicios, por lo que siempre exigen prueba plena para pronunciarse, lo cual de alguna forma hace que este artículo sea inaplicable

3. ¿Cómo juzgador, en el ejercicio de sus funciones y como administrador de justicia, resolvería una controversia sobre una presunción judicial?

Bajo las estrictas reglas de lo que conlleva pronunciarse sobre indicios que conlleven de manera inequívoca al convencimiento de los hechos, yo si lo resolvería, porque lo contrario es denegar la justicia que se busca cuando se acude a un juzgado o tribunal, la doctrina ha incluido estas formas de administrar justicia, en los casos que es tan difícil aportar prueba.

4. En su opinión ¿Cree que es necesario reformar el artículo 172 del Código Orgánico General de Procesos?

Personalmente, creo que lo que se debe reformar no es el artículo que está correctamente establecido, sino la mente de los jueces que temen aplicarlo.



Profesión: Abogado

Cargo: Asesor Laboral de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil

Edad: 73 años

Competencia jurídica: Derecho laboral y procesal

1. Para usted ¿las presunciones judiciales constituyen o no un medio de prueba?

Podría ser, las considero más bien parte de la actividad probatoria que debe realizar el juez.

2. ¿Considera que el artículo 172 del COGEP, referente a las presunciones judiciales, que establece que: “Los actos, circunstancias o signos suficientemente acreditados a través de la prueba y que además sean graves, precisos y concordantes, adquieren significación en su conjunto cuando conducen unívocamente a la o al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias expuestos por las partes con respecto a los puntos controvertidos; Por lo tanto, la o el juzgador puede resolver la controversia sobre la base de estas conclusiones que constituyen la presunción judicial”, en la práctica resulta inaplicable?

A mi criterio si resulta inaplicable, deben tomarse siempre en cuenta las pruebas para mejor resolver.

- 3. ¿Cómo abogado, en el libre ejercicio de su profesión, como percibiría el que, un administrador de justicia, resuelva una controversia fundamentada en sus presunciones como juzgador?**

Siempre y cuando exista una verdadera motivación en derecho por parte del juez y no exista prueba para mejor resolver.

- 4. En su opinión ¿Cree que es necesario reformar el artículo 172 del Código Orgánico General de Procesos?**

Sí. Debería reformárselo y esclarecer que los jueces solo podrán resolver en base a estas cuando no existan pruebas para mejor resolver.

CAPÍTULO DE PROPUESTA

El COGEP establece en su artículo 172 a la llamada “presunción judicial” de este modo:

Los actos, circunstancias o signos suficientemente acreditados a través de la prueba y que además sean graves, precisos y concordantes, adquieren significación en su conjunto cuando conducen unívocamente a la o al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias expuestos por las partes con respecto a los puntos controvertidos. Por lo tanto, la o el juzgador puede resolver la controversia sobre la base de estas conclusiones que constituyen la presunción judicial. (Asamblea Nacional, 2015, p. 26).

Sin duda al leer simple vista se evidencia la ambigüedad, pues pueden extraerse variadas interpretaciones, sin dar una guía para su aplicación. Debería comenzar por definirse legalmente los conceptos que lo determinan. Para iniciar, jurídicamente no hallamos el concepto de grave, preciso y concordante por lo que nos remitimos al Diccionario de la Real Academia Española que las define en los siguientes términos:

Grave: dicho de una cosa: Que pesa. Otro significado de grave en el diccionario es grande, de mucha entidad o importancia.

Preciso: necesario, indispensable, que es menester para un fin. Otro significado de preciso en el diccionario es puntual, fijo, exacto, cierto, determinado.

Concordante: dicho de una norma: Que completa, aclara o interpreta a otra. (RAE, 2014).

Aún conceptualizadas estas acepciones, se sigue observando un alto grado de vaguedad, puesto que no se fijan los parámetros necesarios que se deben de determinar a cada una, ni

los requisitos que estos “actos, circunstancias o signos” deben tener de manera obligatoria para ser calificados de graves, precisos y concordantes.

Además, el artículo señalado adolece de ambigüedad sintáctica, ya que él no contempla si es que los actos, circunstancias y signos deben cumplir esas tres características o es procedente con una sola de ellas. En el enunciado “graves, precisos y concordantes” no se determina si el prefijo “y” actúa de manera excluyente o incluyente pudiendo el juez tomar la línea interpretativa a su criterio. Bajo esta línea de ideas, es necesario que la norma sea específica en cuanto a estos términos, ya que al no hacerlo deja una puerta abierta al saber y entender de los jueces.

Al permitir el COGEP al juez resolver la controversia con base a las presunciones, habrá que tener mucho cuidado pues, al no estar determinados de manera específica estos parámetros que deben cumplir las mismas -o al menos no con exactitud- se le da una amplia potestad al operador de justicia en cuanto a futuras decisiones pudiendo derivar en resoluciones de carácter arbitrarias. Por todo lo expuesto podemos afirmar, como corolario de este acápite, que, si bien el Código de Procedimiento Civil no plasmó las presunciones como tales, su normativa permitía inferirlas por otras vías, dando al juez la potestad de interpretar bajo su arbitrio, concepción distinta a la de las presunciones legales. Entonces, la novedad no son las presunciones judiciales como institución procesal, sino la divergencia que existía respecto a estas y que en la actualidad se encuentra concentrada en un solo artículo, estableciendo ciertos parámetros no conceptualizados adecuadamente.

De todo lo expuesto se puede concluir que parte de la motivación que se exige a las garantías básicas del proceso judicial, resultan aún más sustanciales cuando se invoca a las presunciones judiciales al momento de resolver, esto es que las partes deben tener la razones por la cuales el juez dictó su sentencia. El juzgador debe plasmar en las sentencias el razonamiento, interpretación y el esquema secuencial de las pruebas aportadas. De no

hacer esto estaríamos frente a un pronunciamiento judicial ilegal, precario y carente de lógica.

Es inevitable para esta reforma que, previo a resolver en ejercicio de los principios acogidos por el COGEP, el operador de justicia exponga la presunción judicial para no dejar a la otra parte en una posición de indefensión. Es por ello por lo que considero necesario un proyecto de reforma con la finalidad que en los casos en que un juez de primer nivel fundamente su resolución exclusiva o principalmente en su presunción, dicha sentencia pueda ser recurrida de manera automática, sin necesidad de apelación, bajo el mismo sistema de la consulta obligatoria que mantienen las sentencias que son dictadas en contra del Estado. De esta manera, se evitaría que en un caso donde no ha existido oposición por parte del demandado (que puede darse por razones ajenas a su voluntad) y donde el actor no ha presentado ni anunciado pruebas suficientes a su favor, éste pueda verse favorecido con una sentencia donde el juez “por presunción” decide concederle el derecho. No obstante, si no existió oposición, el operador de justicia deberá valorar la prueba aportada y sólo dar la razón al actor para el caso de considerarla válida y suficiente, salvo en los casos en que la ley disponga que la falta de contestación tenga otro efecto. Esta fórmula tiene como fin proteger a las personas que son demandadas en ausencia – muchas veces de una manera fraudulenta- como, por ejemplo, los divorcios que se realizan en ausencia de una de las partes, que ni siquiera ha sido informada de la existencia de este, así como temas de prescripciones adquisitivas u otros de similar especie.

Con lo dicho, la reforma quedaría de la siguiente manera:

ARTICULO REFORMADO: Presunciones judiciales.

Los actos, circunstancias o signos suficientemente acreditados a través de la prueba y que cumplan los requisitos de graves, precisos y concordantes, adquieren significación en

su conjunto cuando conducen unívocamente al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias expuestos por las partes con respecto a los puntos controvertidos.

La acreditación implicará la demostración de su existencia dentro del proceso, obrada en la oportunidad debida y con las formalidades requeridas para cada caso y los elementos adicionales de gravedad, precisión y concordancia, deberán motivarse en la sentencia, misma que deberá incluir el razonamiento en virtud del cual el juzgador ha establecido la presunción.

Si la presunción judicial se establece como fundamento principal de una sentencia de primer grado, la sentencia subirá en consulta, con los mismos efectos del artículo xx de este Código, aun cuando la parte no apele, salvo que manifieste su conformidad con ella e modo expreso.

CONCLUSIONES

Luego de culminar la presente investigación que tuvo como objetivo general, analizar a las Presunciones Judiciales como forma de resolver los procesos regidos por el COGEP, se obtienen las presentes conclusiones en base a cada uno de los objetivos específicos y a los resultados obtenidos.

- Las presunciones judiciales, son herramientas con que cuenta el juez al momento de dictar una sentencia, pero el juez solo debe sentenciar de acuerdo a ellas cuando no existan otros medios probatorios o estos sean insuficientes para dictar una sentencia conforme a derecho.
- Toda sentencia que este fundamentada en una presunción legal, debe estar perfectamente motivada y muy bien sustentada, es decir el juez de la causa en su sentencia debe hacer una valoración precisa de los, motivos por los cuales decidió sentenciar conforme a una presunción legal, ya que ella constituye una excepción aplicable solamente cuando no existan otros medios probatorios.
- Se debe efectuar una modificación al artículo 172 del COGEP ya que dicho artículo no especifica que el juez solo puede utilizarlas ante la carencia o insuficiencia de otros medios probatorios. De igual manera se propone una modificación a dicha norma forma dicho artículo manifiesta una ambigüedad sintáctica, porque al señalar Los actos, circunstancias o signos suficientemente acreditados deben ser graves, precisos y concordantes, no establece si es que los actos, circunstancias y signos deben cumplir esas tres características o una de las tres mencionadas. Es por este motivo que en la propuesta que se realiza en esta investigación, se establece que los elementos adicionales de gravedad, precisión y concordancia, deberán motivarse en la sentencia y la acreditación implicará la demostración de su existencia dentro del proceso.

RECOMENDACIONES

Luego de culminar la presente investigación que tuvo como objetivo general analizar a las Presunciones Judiciales como forma de resolver los procesos regidos por el COGEP se realizan las presentes recomendaciones conclusiones en base a cada uno de los objetivos específicos y a los resultados obtenidos.

- Las presunciones judiciales, constituyen una de las múltiples herramientas con que cuenta el juez al momento de dictar una sentencia, ahora bien, como lo expresaron los expertos en la presente investigación, el juez debe acudir a las presunciones solamente cuando no existan otros medios probatorios o estos sean insuficientes para dictar una sentencia conforme a derecho. Al existir carencia de pruebas el juez debe decidir conforme a las presunciones judiciales, ya que en caso contrario estaría denegando justicia que es precisamente lo que buscan las partes al acudir a la instancia judicial.
- Las presunciones legales como antecedentes a las decisiones judiciales deben estar motivadas y muy bien sustentadas, es decir el juez en su sentencia debe hacer una valoración precisa de las causas y motivos por los cuales decidió sentenciar conforme a una presunción, legal encuadrando de manera perfecta los hechos sucedidos dentro de la presunción legal.
- En relación a la ambigüedad que presenta la redacción del artículo 172 del COGEP se recomienda la modificación de dicho artículo especificando que las presunciones solo se deben utilizar como base de una sentencia cuando no existan otros medios de prueba así como también la modificación de dicho artículo debe establecer que los elementos adicionales de gravedad, precisión y concordancia, deberán motivarse en la sentencia y la acreditación implicará la demostración de su existencia dentro del proceso.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Asamblea Nacional del Ecuador. (2008). Constitución de la República del Ecuador. Recuperado de <http://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/private/asambleanacional/files/asambleanacionalnameuid-20/transparencia-2015/literal-a/a2/Const-Enmienda-2015.pdf>.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2015). Código Orgánico General de Procesos. Recuperado de <http://www.funcionjudicial.gob.ec/pdf/CODIGO%20ORGANICO%20GENERAL%20DE%20PROCESOS.pdf>.
- Bentham, J., Dumont, E. y Gómez, J. (1835). *Tratado de las pruebas judiciales*. Madrid, España: Don Tomas Jordan.
- Bergeaud-Wetterwalt, A. (2013). *La preuve pénale: Problèmes contemporains en droit comparé*. Francia, Paris: L'Harmattan.
- Cabanellas, G. (2009). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Buenos Aires, Argentina: Heliastra.
- Cabanellas, G. (2008). *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires, Argentina: Heliastra.
- Cabañas, J. (1992). *La valoración de las pruebas y su control en el proceso civil. Estudio dogmático y jurisprudencial*. Madrid, España: Trivium.
- Cabrera, B. (1996). *Teoría general del proceso y de la prueba*. Bogotá, Colombia: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez.
- Campero, J. (2012). La presunción como medio probatorio. *El mundo del Abogado*, 15(154), 46-48. Recuperado de https://issuu.com/elmundodelabogado/docs/154_2012_febrero.
- Cardoso, J. (1985). *Pruebas judiciales*. Bogotá, Colombia: Librería Jurídica Wilches. Recuperado de [http://sidn.ramajudicial.gov.co/SIDN/DOCTRINA/TABLAS%20DE%20CONTENIDO%20Y%20TEXTOS%20COMPLETOS/345%20-%20DERECHO%20PROCESAL%20PENAL%20Y%20PROCESAL%20CIVIL/BELM-7895\(Pruebas%20judiciales%20parte%20general,%20-Cardoso\).pdf](http://sidn.ramajudicial.gov.co/SIDN/DOCTRINA/TABLAS%20DE%20CONTENIDO%20Y%20TEXTOS%20COMPLETOS/345%20-%20DERECHO%20PROCESAL%20PENAL%20Y%20PROCESAL%20CIVIL/BELM-7895(Pruebas%20judiciales%20parte%20general,%20-Cardoso).pdf).
- Carmelo, G. (2002). Presunciones, res ipsa loquitur y cargas dinámicas. En Trionfetti, V. (Comp.) *Materiales de Derecho Procesal*. Buenos Aires, Argentina: Departamento de Publicaciones de la Universidad de Buenos Aires.
- Claro, L. (1942). *Explicaciones del derecho civil chileno y comparado*. Santiago de Chile, Chile: El Imparcial.

- Congreso de Colombia. (1931). Código Judicial de Colombia. Recuperado de <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1639321>.
- Congreso Nacional del Ecuador. (2005). Código de Procedimiento Civil. Recuperado de <https://www.planificacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2015/04/Codigo-de-Procedimiento-Civil.pdf>.
- Congreso Nacional del Ecuador. (1998). Ley de Reordenamiento en Materia Económica, en el Área Tributario Financiera. Recuperado de <http://descargas.sri.gov.ec/download/pdf/leyreordmateri.PDF>.
- Congreso Nacional del Ecuador. (2012). Ley de Reordenamiento en Materia Económica en el Área Tributaria Financiera. Recuperado de <https://www.registroficial.gob.ec/index.php/registro-oficial-web.html>.
- Consejo de la Judicatura. (2012). Resolución No. 008-2012. El Pleno del Consejo de la Judicatura. Recuperado de <http://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/resoluciones/2012/008-2012.PDF>.
- Corte Nacional de Justicia. (2008). Resolución No: 67-2009 Juicio No: 370-2009 HP. Recuperado de <https://vlex.ec/vid/-412505226>.
- Couture, E. (1987). Fundamentos de Derecho Procesal Civil. Buenos Aires, Argentina: Editorial De Palma.
- De Santo, V. (1988). El Proceso Civil. Buenos Aires, Argentina: Editorial Universidad.
- Devis, H. (1988). Compendio de Derecho Procesal Tomo II y III. Bogotá, Colombia: ABC.
- Devis, H. (2006). Teoría General de la Prueba Judicial. Bogotá, Colombia: Temis.
- Díaz, S. (2016). Análisis del artículo 172 del Código Orgánico General de Procesos. (Trabajo de Grado). Universidad de Cuenca. Cuenca, Ecuador.
- Dinamarco, C. (2002). Instituições de Direito Processual Civil. São Paulo, Brasil: Malheiros.
- Domínguez, A. (1977). Compendio Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil. Ciudad de México, México: Porrúa.
- Falcón, E. (2011). Tratado de derecho procesal civil y comercial. Santa Fe, Argentina: Rubinzal Culzoni.
- Falcón, E. (2009). Tratado de la prueba. Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- Ferrajoli, L. (2009). Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid, España: Trotta
- Gómez, C. (2013). Derecho Procesal Civil. Ciudad de México, México: Oxford University Press.
- Hidalgo, G. (2015). Análisis conceptual y descriptivo del concepto de prueba por presunciones. (Trabajo de Grado). Universidad Austral de Chile. Valdivia, Chile.

- Jauchen, E. (2014). Tratado de la Prueba en materia penal. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal-Culzoni.
- Jefatura del Estado. (2000). Ley de Enjuiciamiento Civil de España. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/pdf/2000/BOE-A-2000-323-consolidado.pdf>.
- Kielmanovich, J. (2009). Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y Anotado. Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot.
- Levene, R. (1993). Manual de Derecho Procesal Penal. Buenos Aires, Argentina: Depalma.
- Lluch, X. (2012). Derecho Probatorio. Barcelona, España: Jose Maria Bosch.
- Martínez, M. (2007). Régimen jurídico de las presunciones. Madrid, España: Dykinson.
- Montero, A. y Reyes, I. (2010). Auditoría Financiera al Rubro de Cartera de Crédito de una Institución Financiera (Trabajo de Grado). Escuela Superior Politécnica del Litoral, Guayaquil, Ecuador.
- Morán, R. (2003). Derecho Procesal Civil Practico. Guayaquil, Ecuador: Edilex.
- Muñoz, L. (2017). Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso. Madrid, España: La ley.
- Muñoz, L. (2013). Curso superior de probática judicial. Cómo probar los hechos en el Proceso. Madrid, España: La Ley.
- Navarrete, A. (2016). Las Presunciones Judiciales introducidas como medio probatorio en la Legislación Ecuatoriana a través del art 172 del COGEP (Trabajo de Grado). Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Guayaquil, Ecuador.
- Nisimblat, N. (2016). Derecho Probatorio. Quito: Ediciones Doctrina y Ley.
- Palacio, L. (2003). Manual de Derecho Procesal Civil. Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot. Recuperado de https://www.academia.edu/27626905/Derecho_Procesal_Civil_-_Lino_Enrique_Palacio?auto=download
- Pallares, E. (2012). Apuntes de Derecho Procesal Civil. México: Ediciones Coyoacán.
- Parra, J. (2015). Reflexiones sobre las presunciones. Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. 8(8). Recuperado de www.publicacionesicdp.com/index.php/Revistas-icdp/article/download/288/pdf
- Parra, J. (2006). Manual de Derecho Probatorio. Bogotá, Colombia: Librería Ediciones del Profesional LTDA.
- Picó, J. (1996). El derecho a la prueba en el proceso civil. Barcelona, España: Jose Maria Bosch.
- Picó, J. (2007). Las garantías constitucionales del proceso. Barcelona, España: Jose Maria Bosch.

- Picó, J. (2008). El derecho constitucional a la prueba y su configuración legal en el nuevo proceso civil español. En Ferrer, E. y Zaldívar, A. (Coord.). La ciencia del derecho procesal constitucional, Tutela Judicial y Derecho Procesal. Ciudad de México, México: Universidad Autónoma de México.
- Picó, J. (2013). Principios y garantías procesales: Liber Amicorum en homenaje a la profesora María Victoria Berzosa Francos. Barcelona, España: Jose Maria Bosch.
- Ramos, F. (1990). Derecho Procesal Civil. Barcelona, España: Jose Maria Bosch.
- Real Academia Española (2014). Diccionario de la lengua española. Recuperado de <http://dle.rae.es>.
- Real Academia Española (2019). Diccionario del español jurídico. Recuperado de <https://dej.rae.es/>.
- Rivera, R. (2009). Las pruebas en el derecho venezolano: Referidas a los procedimientos civil, penal, agrario, laboral, de niños y adolescentes. Barquisimeto, Venezuela: Librería Jurídica Rincón G. C. A.
- Rojas, G. y Rojas, R. (2014). La presunción como medio de prueba en el proceso civil cubano. Revista Caribeña de Ciencias Sociales. Recuperado de <http://caribeña.eumed.net/presuncion-prueba/>.
- Rosas, J. (2004). “Prueba Indiciaria: Doctrina y Jurisprudencia Nacional”. Anuario de Derecho Penal 2004. La Reforma del Proceso Penal Peruano. Lima, Perú.
- Rubio, M. (2011). ¿Resulta «siempre» posible practicar prueba en contrario de una presunción judicial? Revista electrónica Dialnet. Valencia, España. Recuperado de <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/3025/documento/escriba.pdf?id=2787>.
- Serra, M. (1981). De las presunciones, en comentarios al Código Civil y compilaciones. Revista de Derecho Privado. 16(2). Madrid, España.
- Solar, C. (1942). Explicaciones del Derecho Civil Mexicano. México: EDJURICH.
- Superintendencia de Bancos y Seguros (2001). Libro I.- Normas Generales para la Aplicación de la Ley General de Instituciones del Sistema financiero. Recuperado de http://web.sbs.gob.ec:7778/medios/PORTALDOCS/downloads/normativa/nueva_codificacion/todos/lib_I_tit_IX_cap_III.pdf.
- Tama, M. (2013). Sinopsis gráficas de juicios y asuntos civiles. Guayaquil, Ecuador: Edilex S.A.
- Taruffo, M. (2011). La motivación de la sentencia civil. Madrid, España: Editorial Trotta.
- Taruffo, M. (1997). Idee per una teoría della decisione giusta. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. 51(2). Recuperado de <https://iris.unipv.it/handle/11571/210895?mode=full41>.
- Taruffo, M. (2008). La Prueba. Madrid, España: Ediciones Jurídicas y Sociales.

- Ullmann-Margalit, E. (1943). On Presumption. *The Journal of Philosophy*. 80(3). Canadá
- Villalobos, L. (2006). *Las presunciones como medios probatorios* (Trabajo de grado).
Universidad de Zulia, Venezuela.
- Wróblewski, J. (1989). *Sentido y hecho en el derecho*. Lejona, España: Fontamara.



DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, **Navarrete Ríos Andrea Isabel**, con C.C: 1313807362 autora del trabajo de titulación: **Las Presunciones Judiciales como forma de resolver los procesos regidos por el COGEP** previo a la obtención del título de **Magister 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 titulación 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 titulación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, 8 de junio de 2020

f. _____

Nombre: **Navarrete Ríos Andrea Isabel**

C.C : 1313807362

REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGIA

FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE GRADUACIÓN

TÍTULO Y SUBTÍTULO:	Las Presunciones Judiciales como forma de resolver los procesos regidos por el COGEP		
AUTOR(ES) (apellidos/nombres):	Navarrete Ríos Andrea Isabel		
REVISOR(ES)/TUTOR(ES) (apellidos/nombres):	Abg. De La Pared Darquea Johnny Dagoberto, MSC.		
INSTITUCIÓN:	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
UNIDAD/FACULTAD:	Sistema de Posgrado		
MAESTRÍA/ESPECIALIDAD:	Maestría en Derecho mención Derecho Procesal		
GRADO OBTENIDO:	Maestría en Derecho mención Derecho Procesal		
FECHA DE PUBLICACIÓN:	8 de junio 2020	No. DE PÁGINAS:	100
ÁREAS TEMÁTICAS:	Derecho Procesal		
PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:	Presunciones judiciales, pruebas, derecho procesal, decisiones judiciales, medio probatorio.		

RESUMEN/ABSTRACT (150-250 palabras): El presente trabajo de investigación estudia a las Presunciones Judiciales como forma de resolver los procesos regidos por el COGEP, analizando el déficit normativo que presenta la norma que configura a la presunción judicial como un método conjetural de resolver los litigios, examinando a las presunciones como antecedente las decisiones judiciales y desarrollando la ambigüedad sintáctica del artículo 172 del COGEP; a través del cumplimiento del objetivo general y los objetivos específicos, realizando una propuesta de reforma a la norma.

La reforma busca que al otorgar la posibilidad al juez de razonar presuntivamente con el material probatorio, se precise con la condición de que argumente los resultados que por su intermedio ha obtenido. Esto

significaría que, la sentencia, como construcción discursiva, no contendrá un reflejo del razonamiento (que se manifiesta en la mente del juez), sino una argumentación sobre los pasos, elementos considerados y resultados obtenidos en ese razonamiento.

Todo esto, fundamentado, representa la consecuencia de la indagación e investigación a través de técnicas e instrumentos específicos, utilizando como métodos teóricos el de análisis síntesis, deductivo y exegético, para interpretar la normativa legal y social ecuatoriana para dilucidar la forma idónea de presentación de los medios probatorios y como métodos empíricos el análisis de contenido, análisis normativo comparativo, jurisprudencial y se realizarán entrevistas a expertos en el área procesal, mecanismos que ha permitido evidenciar la problemática planteada en este trabajo investigación.

ADJUNTO PDF:	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO
CONTACTO CON AUTOR/ES:	Teléfono: 0998455176	E-mail: andeanavarreter@outlook.es
CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN:	Nombre: Ing. Andrés Isaac Obando	
	Teléfono: 0982466656	
	E-mail: : ing.obandoo@hotmail.com	
SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA		
N° DE REGISTRO (en base de datos)		
N° DE CALIFICACIÓN:		
DIRECCIÓN URL (tesis en la web)		