



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**Sistema de Posgrado
Facultad de Jurisprudencia**

**ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO
PROCESAL**

II PROMOCIÓN

**LA PERTINENCIA Y LA VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS
DENTRO DEL PROCESO CIVIL**

ELABORADO POR

AB. ANDRÉS FERNÁNDEZ GARCÍA

TUTOR

DR. JAIME ORTEGA TRUJILLO

Guayaquil, Febrero de 2010

Dedicatoria:

Quiero dedicar especialmente esta tesis a mi querido y abnegado padre el Dr. Simón Fernández Jaramillo, quién dejó de existir hace poco más de un año, compañero de innumerables batallas, precisamente esta última sólo pudo vencerlo, es además la persona que siempre estuvo apoyándome en los momentos más duros de mi vida y es por él quién su memoria me incentiva a culminar este peldaño

INDICE

CAPITULO I

	Pág.
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	
Diagnóstico de la situación	3
Descripción del Objeto de la Investigación	5
OBJETIVOS	
Objetivo General	9
Objetivos Específicos	9
Justificación	9
DELIMITACIÓN	
Campo	13
Área	13
Aspecto	13
Tema	13
Problema	13
Delimitación Espacial	13

Delimitación Temporal	13
-----------------------	----

CAPITULO II

MARCO TEORICO

LAS PRUEBAS JUDICIALES

2.1. – Donde surge la prueba Judicial	
2.1.1 – Origen de la prueba	14
2.1.2. – Reseña Histórica de su Evolución	16
2.2. - ¿Qué es la prueba?	
2.2.1. – Definición de las pruebas judiciales	19
2.2.2. – Características e importancia de la prueba	22
2.2.3. – Requisitos Intrínsecos de la prueba	25
2.2.3.1 – Conducencia	25
2.2.3.2 – Pertinencia	26
2.2.3.3 – Utilidad	30
2.3. – Objeto de la Prueba	
2.3.1. - Cuales son los sujetos y órganos de la actividad probatoria	35
2.3.2. – A quien le corresponde la carga de la prueba	37
2.3.3. – Que son reglas de la experiencia	38
2.3.4. – Las reglas de la experiencia como objeto de la prueba	39
2.4. – Necesidad de la prueba	

2.4.1. – Hechos que necesitan ser probados	41
2.4.2. – Que entendemos por Notoriedad	42
2.4.3. – Fin de la prueba	44
2.5. – Medios Probatorios	
2.5.1. – Diversos medios de prueba y su clasificación	45
2.5.1.1. – Confesión judicial y la prueba testimonial	45
2.5.1.2. – La prueba por peritos	46
2.5.1.3. – Inspección Judicial	48
2.5.1.4. – La prueba por documentos	49
2.5.1.5. – La prueba de indicios	50
2.5.1.6. – Las presunciones en el derecho probatorio	51
2.6. – Sistema de Valoración de las pruebas	
Que es tarifa legal	53
La libre convicción o Sana crítica	54
Diversas conceptualizaciones de Valorización de prueba	55
1). – Desde el punto de vista autónomo procesal	56
2). – Desde un punto de vista constitucional. –	
a). – Clásico	57
b). – Neo constitucional	59

CAPITULO III

MARCO ADMINISTRATIVO

3.1. – Materiales	61
3.2. – Técnicos	61

3.3. – Humanos	62
3.4. – Económicos	62

CAPÍTULO IV

4.1. – Proyecto de Ley	63
Conclusiones y Recomendaciones	65
Bibliografía	66

INTRODUCCIÓN

Sin lugar a dudas una de las partes más importantes de todo procedimiento, sea cual fuere la rama de derecho que se estudie, es la etapa probatoria, por ser el requisito fundamental para la demostración de la verdad y el derecho que se nos ha conculcado y que queremos sea restituido. El problema surge cuando sabemos que nuestra legislación está tomando un nuevo rumbo, que por supuesto nuestro país intenta avanzar más adelante con la puesta a escena de mejores normas. No hay que olvidar que nuestro sistema probatorio dentro del aspecto civil ha sido olvidado y resulta un poco rezagado con las nuevas conceptualizaciones que se han venido implementando en las normas adjetivas.

De aquí surge entonces el problema de la pertinencia y valoración de la prueba dentro de los procesos civiles, más aún cuando debemos conocer realmente cuando una prueba es necesaria para aportarla, saber exactamente hasta donde nos puede conducir los medios de prueba como herramienta de hacer valer nuestro derechos, conocer además la utilidad y el beneficio de poder llevar una prueba conducente al proceso civil, de conocer que situaciones son inverosímil para el ámbito probatorio y que podemos hacer para que el proceso no se torne lento por los malos pedidos de prueba de las partes.

Este proyecto va dirigido a conocer temas importantes como el origen y surgimiento de las pruebas, a conocer un verdadero concepto de que podemos y debemos probar. Más adelante también encontramos los objetos de prueba una temática muy importante que va encaminada con el tema de pertinencia de la prueba y saber el porqué de la necesidad de introducir pruebas al proceso, de conocer que situaciones no son necesarias probar. Además se tomarán temas relativamente nuevos que han surgido en torno al nuevo sistema de neo constitucionalismo en que actualmente se instituyeron con la constitución del 2008 y que toman un sistema totalmente nuevo inexplorado por nuestras normas que deben ser adaptadas al mismo.

PROBLEMA

¿Es necesaria una reforma al Código de Procedimiento Civil, para determinar la pertinencia de la prueba dentro del proceso civil en base a la contundencia que debe tener la valoración de las mismas?

HIPOTESIS

Si se insertan requisitos de admisibilidad y valoración de las pruebas dentro del Código de Procedimiento Civil, se evitaría el abuso generado por las partes a través de los pedidos que en ocasiones se hacen en los juicios civiles simplemente con propósitos extraños al proceso.

TEMA

La Pertinencia y Valoración de las Pruebas en del Proceso Civil

CAPITULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Diagnóstico de la situación (antecedentes). –

La pertinencia y valoración de las pruebas dentro del proceso Civil ha sido uno de los temas olvidados por el legislador, y por los jueces al analizar el proceso y fallar. Esto ha creado una deformación del concepto de la prueba, que es de gran importancia para hacer prevalecer el derecho violentado o que se pretende violentar.

Vivimos en un momento histórico en el que la totalidad de las normas está sufriendo uno de los más importantes cambios evolucionando hacia un nuevo orden jurídico denominado el neo constitucionalismo en el que las garantías básicas del soberano se elevan a un nivel más alto de constitucionalidad. Esto se debe a que actual Constitución nos abre un cúmulo de principios garantistas de los derechos civiles, siendo así, la importancia de la prueba, particularmente la de los hechos, constituye un tema que es preciso analizar con detenimiento.

En este entorno no debemos olvidar el avance técnico científico de la ciencia, incrementado la forma en que los jueces pueden llegar al esclarecimiento de la verdad, es así que hablar de la ciencia de la documentología para verificar la alteración de un documento público o privado es de vital importancia, no así hace algunos años cuando sólo se utilizaba la grafología y la caligrafía para dicha verificación.

En el campo penal también existe un significativo avance de la prueba científica todo lo cual ayuda a los operadores de justicia a tener un mejor conocimiento de la verdad de los hechos y así realizar una mejor valoración de la pruebas y aplicar la sana crítica.

Anteriormente se decía que la prueba civil era considerada una prueba matemática y la penal científica.

Hoy existe un abuso exagerado por parte de los litigantes cuando haciendo pedidos dentro de la estación probatoria de situaciones que nada tienen que ver con el contexto que se ventila ocasionan un entorpecimiento de la justicia. Así Muchas veces los jueces permitiendo estas prácticas se convierten en cómplices de los litigantes al aceptar pedidos ilógicos dentro de la etapa probatoria, ignorando la importancia del concepto pertinencia que tienen las pruebas dentro del proceso civil.

Bien dice al respecto el Profesor Jairo Parra Quijano. “La prueba es necesariamente vital para la demostración de los hechos en el proceso; sin ella la arbitrariedad sería la que reinaría. Al juez le está prohibido basarse en su propia experiencia para dictar sentencia; esta le puede servir para decretar pruebas de oficio y, entonces su decisión se basará en pruebas oportunas y legalmente recaudadas. Lo que no está en el mundo del proceso, recaudados por los medios probatorios no existe en el mundo para el juez.”¹

Claramente el Profesor Parra Quijano nos da un concepto de la importancia que tiene la prueba, sin embargo también hay que entender que la poca preparación de los jueces acerca de esta temática ocasiona que la prueba y la sana crítica se vean tergiversadas en su concepción, al respecto Davis Echandia indica: La manifestación de prueba está presente, en todas las manifestaciones de la vida humana. De ahí que exista una noción ordinaria o vulgar de la prueba, al lado de una noción técnica, y que esta varíe según la clase de actividad o de ciencia a que se aplique² Sobre lo mismo, Carnelutti indica que: “El concepto de prueba se encuentra fuera del derecho y es instrumento indispensable para cualquiera que haga, no ya derecho, sino historia”³.

¹ MANUAL DE DERECHO PROBATORIO, Parra Quijano Jairo, Editorial ABC, Colombia, 2009, pág. 68

² TEORIA GENERAL DE LA PRUEBA JUDICIAL, Devis Echandia Hernando, editorial temis S.A., Bogotá, 2006, pág. 1

³ TEORIA GENERAL DE LA PRUEBA JUDICIAL, Devis Echandia Hernando, editorial temis S.A., Bogotá, 2006, pág. 2

En el Código de Procedimiento Penal ha tomado auge la importancia que tienen las pruebas y los medios probatorios, pero en sí el capítulo de las pruebas dentro del Código de Procedimiento Civil, no ha sufrido el más mínimo cambio, a excepción de trámite ordinario de ínfima cuantía en donde se le obliga al demandado a que dentro de sus excepciones anuncie sus pruebas que luego serán actuadas en audiencia, así mismo el actor deberá acompañar a la demanda las pruebas que disponga en ese momento.

Nuestro Código Orgánico de la Función Judicial, busca sancionar esta práctica a través de la implantación del Principio de lealtad procesal, en donde el operador de Justicia puede imponer multas a las maniobras dilatorias que concurren las partes dentro del proceso.

Así, resulta de gran importancia comprender, como indica Francisco Verbic, que: “....., el proceso se presenta ante la sociedad como un medio. Esto es, como el instrumento a través del cual el Estado –titular exclusivo de la fuerza pública con motivo del pacto constitucional- garantiza a los ciudadanos la posibilidad de acudir a un tercero imparcial para que ponga fin al conflicto con una sentencia sustancialmente justa”⁴

- Descripción del Objeto de la Investigación (Descripción de tema)

La prueba dentro de todo proceso, sea civil, administrativo, penal o laboral resulta de gran importancia, ya que como sabemos toda norma jurídica sea cual fuese su naturaleza, es fácticamente violable y la única forma con que el estado alcanzaría su nivel de función de hacer respetar los derechos de sus mandantes, es a través de sus operadores de justicia, quienes la única forma que tienen para el establecimiento de la

⁴ LA PRUEBA CIENTIFICA EN EL PROCESO JUDICIAL, Verbic Francisco, rubinzal – culzoni editores, Buenos Aires, Argentina, 2008, pág. 17

verdad frente a un hecho en disputa, es a través de las pruebas. Como lo indica Davis Echandía: tanto vale no tener un derecho, como no poder probarlo⁵

Jeremís Bentham escribió hace más de un siglo, que “el arte del proceso no es esencialmente otra cosa que el arte de administrar pruebas” y en nuestros días, Santiago Sentís Melendo observa, en el mismo sentido, que “la prueba constituye la zona, no sólo de mayor interés, sino también neurálgica del proceso; la prueba da carácter al proceso; un proceso es más o menos liberal, más o menos autoritario, sobre todo en razón de la libertad o del autoritarismo que dominan la materia de la prueba”⁶

Dentro de nuestro proceso Civil aún escrito resulta de vital importancia la pertinencia y conducencia ideal de la prueba, ya que hablamos de un juicio en donde aún es engorroso su trámite y no se da énfasis ni cumplimiento a principios necesarios, como la inmediación, concentración y la celeridad

Las nuevas tendencias apuntan a que los juicios civiles se sustancien de manera oral, hoy en día por primera vez se intento incluir la oralidad como sistema aplicable a nuestras leyes. Dentro de la constitución del año 98, incluso de daba un plazo de cuatro años para incluirla, tiempo que no se cumplió.

Ahora bien la Constitución de 2008 en su Art. 168 nos habla de la administración de justicia y de la oralidad en las causas. Tenemos que a excepción del trámite de ínfima cuantía incluido recientemente con las reformas al Código de Procedimiento Civil específicamente en el Art. 407, se ha incluido el sistema oral dentro del proceso civil, pues se obtiene un verdadero acercamiento con el juez, esto incluso haciendo derecho comparado se puede decir que tiene un parecido a lo hecho por los justiciables en España, aún con sus falencias.

⁵ TEORIA GENERAL DE LA PRUEBA JUDICIAL, Devis Echandía Hernando, editorial temis S.A., Bogotá, 2006, pág. 4

⁶ TEORIA GENERAL DE LA PRUEBA JUDICIAL, Devis Echandía Hernando, editorial temis S.A., Bogotá, 2006, pág. 5

La oralidad, nos indica Joan Picó Junoy “es aquella función de la cual la sentencia debe basarse sólo en el material procesal aportado en forma oral”, es decir, estamos frente a un proceso oral cuando predomina la palabra, frente a la escritura.

Sin lugar a dudas nuestra realidad nacional, al contar con muy bajo presupuesto para la creación de juzgados y con la sobrepoblación de demandas debido al principio de gratuidad de la Justicia, nos lleva a decir que el sistema por audiencias orales, llevaría a la postre a dar incumplimiento de los principios que en palabras del doctor José García Falconí, a continuación expongo acerca de los principios básicos de la oralidad como son los siguientes:

Principio de Inmediación. - Debe haber una comunicación directa, inmediata entre el juez y los distintos elementos del proceso como entre otros especialmente son las partes; desgraciadamente en nuestro medio no se cumple sino a medias este principio, a lo mejor por el cúmulo de trabajo que tienen los señores jueces.

Principio Dispositivo. - De acuerdo con el principio dispositivo, el proceso sólo puede iniciarse a instancia de quien pretende la tutela de un derecho y no puede desarrollarse sino mediante el impulso de las partes procesales y en ocasiones a través de la intervención de terceros a quienes en ocasiones la ley les permite introducirse en la relación procesal.

Principio de Concentración. - Esto es, que los medios de ataque y de defensa pueden ser empleados por regla general mientras no se decide el juicio, de tal modo que los incidentes deben ser resueltos en sentencia, así lo señala el Art. 277 del Código de Procedimiento Civil⁷.

⁷ www.derechoecuador.com, García Falconí José, 25 de octubre de 2009, Publicación del Diario “La Hora”

El Principio de Celeridad. – No es más que la terminación del proceso en el menor tiempo posible y sin retardo de ninguna naturaleza, Más adelante el profesor José García Falconí destaca además la importancia y la desventaja de un principio que rige nuestro procedimiento Civil y este es: El Principio de Escritura: Tiene el inconveniente de alargar el trámite del proceso y dilatar la decisión del litigio, pero ofrece la ventaja de que permite a las partes estudiar con cuidado sus peticiones antes de formularlas y al juez examinar con detenimiento las pruebas antes de decidir⁸, algo que lamentablemente no está ocurriendo.

Además dentro de la oralidad se ejecuta el principio de contradicción, pues da a las partes el poder de someter su prueba a la replica de la otra.

Las últimas leyes aprobadas que contienen este principio de oralidad acorde con las nuevas tendencias del derecho al presentar anuncio de pruebas desde la demanda, sucede con el Código de la Niñez y adolescencia y el Código de Trabajo también.

Las medidas que se adoptan en torno a la prueba en el procedimiento oral instaurado en el Art. 407 es el siguiente:

1. – La prueba se practica ante el juez que conoce la causa;
2. – La prueba de testigos sólo en la Audiencia
3. – Excepcionalmente la prueba de testigos ante otro juez por exhorto o deprecatorio
4. – Si en el lugar del domicilio de testigos existe sistema de internet, mediante video conferencia.
5. – El juez que actúa en la intermediación entre las partes y la prueba es el que debe dictar sentencia.
6. – Si dicta otro juez la sentencia se produce la nulidad de la sentencia.

⁸ www.derechoecuador.com, García Falconí José, 25 de octubre de 2009, Publicación del Diario “La Hora”

Existen temas que no han sido abordados por nuestro Legislador en base al ámbito probatorio, un ejemplo la prueba trasladada, que no es más que aquella como su nombre mismo lo indica prueba que puede trasladarse de un juicio principal a otro que depende lógicamente del primero, como sucede en los juicios de medidas preventivas, en donde el juicio principal es el ordinario y el secundario sería aquel en donde se solicita la medida, sucede que el uno depende inmediatamente del otro y puede suceder que una prueba sea conducente para determinar en los dos procesos la existencia de un derecho violentado.

- OBJETIVOS,

- A. OBJETIVO GENERAL

- Determinar la importancia que tiene en el proceso Civil la pertinencia y valoración que debe darle el juez a las pruebas dentro del juicio.

- B. OBJETIVOS ESPECIFICOS

- Analizar la necesidad de elaborar una reforma al Código de Procedimiento Civil, para mejorar la utilidad de la prueba en el proceso civil.
 - Enfocar la forma correcta de hacer la valoración que el juez debe hacer en base a las pruebas aportadas dentro del juicio civil.

- C. JUSTIFICACIÓN. –

La necesidad de incorporar dentro del Código de Procedimiento Civil, dentro de los medios probatorios, con el propósito de darle al juez las herramientas necesarias para alcanzar la búsqueda efectiva de la verdad, y a las partes de probarlas, normas que establezcan que deben darse cabida sólo a las pruebas que tengan la característica de útiles, pues de lo contrario lo único que se logra es entorpecer y retardar el proceso.

Las nuevas tendencias han llevado a que en nuestro país esté sucediendo un sin número de cambios, y dentro de aquellos también lo relativo a la valoración e importancia de las pruebas; para muestra tenemos, el Código de Trabajo, el Código de Procedimiento Penal, el de Niñez y Adolescencia, pero se ha dejado a un lado la importancia que tiene nuestro Código de Procedimiento Civil, que sigue siendo escrito.

La oralidad es la tendencia a la que nuestro sistema procesal civil tendrá que avanzar, pero para que se cumpla con su objetivo, se debería priorizar el material humano con la que se deberá contar dentro de los juzgados, sino se enfrascarían los procesos a la espera de los señalamientos de audiencias.

Neo constitucionalismo:

Con respecto al neo constitucionalismo, existe una gran diferencia. Anteriormente se hablaba de normas reglas, ahora se determinan principios, que son preceptos constitucionales que garantizan los derechos fundamentales.

Para entender mejor esta temática -recientemente implementada- es necesario analizar que nos dice el Dr. Zavala Egas:

El constitucionalismo contemporáneo o neo constitucionalismo genera el desarrollo de una nueva teoría jurídica, que tienen las siguientes características:

1. – Es un derecho más de principios que de reglas; mayor énfasis a los derechos consagrados en la constitución, es decir, si en un procedimiento se violare un principio fundamental básico, se le otorga mayor importancia al principio que al procedimiento
2. – Otorga mayor utilización del método de ponderación; en donde se compara la afectación que puede la no aplicación de un derecho constitucionalmente reconocido para con otro que sea igualmente reconocido

3. – Plenitud constitucional; mayor importancia a los preceptos constitucionales que a las normas legales, buscando armonía
4. – Poder del Juez, para la determinación de los derechos; deben siempre aplicar los preceptos constitucionales en los procedimientos que ellos conozcan, sobre todo en materia de derechos fundamentales
5. – Apertura a valores plurales⁹

Con lo citado podemos concluir que ahora mayor valor poseen los principios constitucionales que las mismas reglas de procedimiento.

Anteriormente las normas o las reglas cuando colisionaban, se consideraba que una era más importante que la otra haciendo referencia que dejándose de aplicar una de las que entraba en colisión se la debía declarar inválida, pero en la actualidad con las normas principios que nos trae la nueva constitución, la colisión de derechos fundamentales ocasiona que se jerarquice cuál es el más importante de acuerdo al caso que se trate, por ejemplo siempre se ha considerado que la intimidad es superior al derecho a la libertad de expresión, muy a pesar que los dos son importantes para vida de los seres humanos, se trata de buscar cuál tienen mayor importancia y esto se lo hace a través de la ponderación.

Con la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, publicada en el Registro Oficial N° 52, del 22 de octubre de 2009, se ponen reglas básicas al procedimiento de los nuevos derechos constitucionales del neo constitucionalismo implementado en la constitución del 2008. Más adelante trataré de ahondar más en esta temática es de suma importancia y nos trae un conglomerado de nuevos conceptos que deben ser analizados con cautela, entre estos la ponderación.

Para explicar esto entonces diremos que: “La ponderación se ha convertido en un criterio metodológico básico para la aplicación jurídica de los derechos

⁹ APUNTES SOBRE NEO CONSTITUCIONALISMO, ACCIONES DE PROTECCIÓN Y PONDERACIÓN, Zavala Egas Jorge, pág. 17

fundamentales a partir de la ponderación de los derechos, sopesar los principios que han entrado en colisión en el caso concreto para determinar cuál de ellos tienen mayor énfasis en la circunstancia específicas en donde colisionen y, por tanto, cuál de ellos determina la solución para el caso concreto¹⁰”.

¿Qué es Ponderar?

Un diccionario de la web nos da luces acerca de esta temática: *La ponderación es el peso que se atribuye a cada variable dentro de un conjunto que se pretende medir o expresar en un índice.*

Importancia que se concede a un objeto dentro de un grupo de ellos.

*Importancia relativa que se le concede a las partes dentro del todo.*¹¹

La Real Academia Española nos indica lo siguiente: *ponderar.* (Del lat. *ponderāre*). 1. tr. Determinar el peso de algo. 2. tr. Examinar con cuidado algún asunto. 3. tr. Exagerar, encarecer. 4. tr. Contrapesar, equilibrar. 5. tr. Mat. Atribuir un peso a un elemento de un conjunto con el fin de obtener la media ponderada.¹²

Por lo tanto con todos estos antecedentes, justifico la realización del presente trabajo, como una investigación acerca de la necesidad de incorporar dentro de nuestro Código de Procedimiento Civil una reforma en lo concerniente a la necesidad de incorporar nuevos conceptos en el ámbito probatorio.

¹⁰ APUNTES SOBRE NEO CONSTITUCIONALISMO, ACCIONES DE PROTECCIÓN Y PONDERACIÓN, Zavala Egas Jorge, pág. 85

¹¹ <http://es.mimi.hu/economia/ponderacion.html>, 05 de octubre de 2009

¹² http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=cultura, 05 de octubre de 2009, Real Academia Española, diccionario de la Lengua Española – vigésima segunda edición.

DELIMITACIÓN

- CAMPO:

Normativa civil

- ÁREA

Jurídica

- ASPECTO

Civil (en base a un proyecto legal para la inclusión de aspectos básicos en lo concerniente al capítulo de las pruebas)

- TEMA

La Pertinencia y Valoración de las Pruebas dentro del Proceso Civil

- PROBLEMA

¿Es necesaria una reforma al Código de Procedimiento Civil, para determinar la pertinencia de la prueba dentro del proceso civil en base a la contundencia que debe tener la valoración de las mismas?

- DELIMITACIÓN ESPACIAL

Esta reforma afecta a toda la sociedad ecuatoriana

- DELIMITACIÓN TEMPORAL

De septiembre de 2009 a febrero de 2010

CAPITULO II

MARCO TEORICO

2.1. – DONDE SURGE LA PRUEBA JUDICIAL

2.1.1 – Origen de las pruebas

Luego de la caída del imperio romano, se observa un cambio con tendencias claramente proporcionadas por la iglesia y el cristianismo, donde surgieron las primeras formas empíricas de lo que hoy conocemos como pruebas judiciales, cuyas características fueron básicamente rudimentarias, abandonadas en las impresiones personales, pero con características propias de cada lugar en donde fueron utilizadas

La importancia de Grecia, y como no del imperio Romano, cuyos textos hasta ahora prevalecen sobre todo en materia de derecho civil dentro de nuestra legislación, pero la prueba obtiene un significativo avance en el gran filósofo Aristóteles, quién lejos de todo fanatismo religiosos hace un estudio concienzudo, examina a la prueba desde la índole intrínseca y extrínseca, la clasifica en propia e impropia, artificial y no artificial y considera que la principal esta constituida por el silogismo¹³

Aristóteles de linaje Nicómaco pertenecía a la familia de los Asclepiades, que se reclamaba descendiente del dios fundador de la medicina y cuyo saber se transmitía de generación en generación. Ello invita a pensar que Aristóteles fue iniciado de niño en los secretos de la medicina y de ahí le vino su afición a la investigación experimental y a la ciencia positiva¹⁴, por tanto he aquí la extrema importancia que tuvieron Grecia en el ámbito probatorio.

Por regla general en Grecia existió el principio dispositivo, el mismo que hasta nuestros tiempos rige en la actualidad en el proceso civil y no es más que aquel que

¹³ TEORIA GENERAL DE LA PRUEBA JUDICIAL, Devis Echandía Hernando, editorial temis S.A., Bogotá, 2006, pág. 48

¹⁴ <http://www.biografiasyvidas.com/monografia/aristoteles/>, 06 de octubre de 2009, Biografías y Vidas, 2004

coloca a las partes en la reproducción y carga de la prueba, esto se encuentra dentro del Art. 113 del Código de Procedimiento Civil. En lo concerniente a la exposición de las pruebas eran eminentemente orales tanto para los procesos de tipo civil o penal, y muy pocas veces los jueces podían decretar pruebas de oficio, pero esto sólo sucedían en casos especiales.

En esos tiempos los principales medios de prueba consistían en pruebas documentales, testimoniales y algo que fue siempre fundamental el juramento, pero hubo un momento en la que se perdió casi por completo, claro está que en los actuales momentos lo sigue siendo, a excepción del área penal cuyos cambios que pretendieron llegar al sistema acusatorio permite valorar el testimonio del ofendido y su inculpación no exime de responsabilidad para que los jueces lleguen al esclarecimiento de la verdad

Un principio aristotélico que sin duda influyó en la regulación de la prueba testimonial en el derecho romano y moderno, es aquel que otorga mayores probabilidades de error en la percepción del mundo real, a medida que este se aleja de los propios sentidos del sujeto; de aquí se deduce la limitación del testimonio o lo percibido directamente por el testigo, y su exclusión cuando se trata de conjeturas o deducciones¹⁵, bien sabemos que la declaración de un testigo que obtuvo un discernimiento de la realidad en un determinado momento, se basa lógicamente en la memoria que puede tener el propio testigo al momento de realizar su relato y depende además de la forma en que el individuo percibe las circunstancias.

2.1.2. – Reseña Histórica de su Evolución

El profesor Davis Echandía divide en cinco las fases que ocasionaron la evolución de las pruebas en general:

¹⁵ TEORIA GENERAL DE LA PRUEBA JUDICIAL, Devis Echandía Hernando, editorial temis S.A., Bogotá, 2006, pág. 48

1. – La fase étnica o primitiva. – Es un derecho procesal rudimentario opuesto al ya civilizado derecho romano que en aquellos tiempos los juez tenía un carácter de árbitro, con absoluta libertad para apreciar o valorar la prueba, en este sentido en Europa luego de la caída del imperio romano, la prueba adquiere importancia en cuanto se basaran en las experiencia de los que ejercían justicia.

2. – La fase religiosa o mística. – Dentro de esta etapa existe una subdivisión:
 - a) El antiguo derecho germano, La prueba tenía una finalidad en sí misma y conducía de esta manera a fijar la sentencia, es decir, ataba de manos al juez para aceptarla de cualquier manera. Por lo tanto la formulación de pruebas dentro de todo proceso correspondía enteramente a las partes. Dentro de esta fase no se perseguía una verdad real, sino una verdad enteramente formal, ya que para presentar las pruebas al proceso tenían que pasar por un sistema muy riguroso, lo que claramente la deformaba y todo esto basados en creencias sobre divinidad. Aquí surgieron las odalías, los duelos judiciales y los juicios de Dios.

 - b). – Influjo del derecho canónico, se caracteriza por el avance de los medios probatorio, ya no es la libre convicción la que rige y se deja aún lado la barbarie que marcaba la fase anterior, como su nombre lo indica nace de la influencia enorme del derecho canónico, en donde los jueces eclesiásticos eran verdaderos magistrados

3. – La fase legal.- O más comúnmente denominada la tarifa legal, existe una regulación mejor detallada y mas avanzada acerca de los medios probatorios y mucho mejor aún existía una apreciación previa, en esta fase se agudiza aún más la influencia del derecho canónico. En esta fase se elaboran instrucciones basadas enteramente en el derecho canónico y se presentan ya reglas sobre pruebas, con toda la influencia del derecho romano y del método escolástico.

4. – La fase sentimental. – También denominada de la convicción moral y tiene su origen dentro de la Revolución Francesa, específicamente esta fase acoge para sí algunas de las teorías más importantes entre ellas están las de MONTESQUIEU y VOLTEIRE. Esta fase rigió más para el sistema penal, pues el civil que es el que nos interesa, siguió por el camino de la tarifa legal y que aún en nuestros tiempos tiene amplia acogida.¹⁶

5. – La fase científica. – Esta es una de las etapas más importantes de la evolución de las pruebas, pues en el futuro esperamos que el sistema civil sea oral, es decir la reproducción de la prueba se la da a través de audiencia, pero con el fracaso de los juicios orales de trabajo van incrementando el pronóstico de abstención a aventurarse hacía un sistema netamente oral. Pero si podemos decir que por la necesidad del avance científico deben implementarse ciertos cambios a nuestro código de procedimiento Civil.

¹⁶ TEORIA GENERAL DE LA PRUEBA JUDICIAL, Devis Echandía Hernando, editorial temis S.A., Bogotá, 2006, pág. 57

¿QUÉ ES LA PRUEBA?

La palabra prueba para algunos autores procede etimológicamente de probe, que significa honradamente, por considerar que obra con honradez quién prueba lo que pretende; para otros de probandum, de los verbos recomendar, aprobar, experimentar, paternizar, hacer fe.

Según el Vocabularie juridique: la prueba sería entonces la demostración de la existencia de un hecho material o de un acto jurídico, mediante las formas determinadas por la ley.¹⁷

El Diccionario de Guillermo Cabanellas nos indica que: “La Prueba es la demostración de la verdad de una afirmación, de la existencia de una cosa o de la realidad de un hecho. Cabal refutación de una falsedad. Comprobación. Persuasión o convencimiento que se origina en otro, y especialmente en el juez o en quién haya de resolver sobre lo dudoso o discutido¹⁸”.

El Dr. Juan Larrea Holguín define a la prueba de la siguiente manera: Medio de demostrar un hecho o un derecho,..... Las pruebas sobre todo se presentan en los juicios y están reguladas en los aspectos adjetivos por el Código de Procedimiento Civil..... Lo esencialmente sustantivo de las pruebas se trata en el Código Civil¹⁹ Jeremías Bentham nos dice: Se entiende por tal un hecho supuestamente verdadero que se presume debe servir de motivo de credibilidad sobre la existencia o inexistencia de otro hecho, en todos los casos la prueba es un medio encaminado a un fin²⁰

¹⁷ DERECHO INFORMATICO, Nieves Galarza Ricardo, ediciones “carpol” obras selectas, Cuenca, Ecuador, 2009, pág. 17

¹⁸ DICCIONARIO ENCICLOPEDICO DE DERECHO USUAL, Cabanella de Torres Guillermo, Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 2006, Pág. 563

¹⁹ DICCIONARIO DEL DERECHO CIVIL, Larrea Holguín Juan, Corporación de Estudios y publicaciones, Quito, Ecuador, 2006, pág. 392

²⁰ LA PRUEBA EN EL JUICIO ORAL PENAL, Bentham Jeremías, Ediciones Cueva Carrión, Quito – Ecuador, 2009, pág. 13

Carnelutti indica que: El concepto de prueba se encuentra fuera del derecho y es instrumento indispensable para cualquiera que haga, no ya derecho, sino historia. }

Sin lugar a dudas las primeras formas de probar se lo atribuyen a los científicos, quienes se afianzan en este medio para determinar que sus hipótesis han sido verdaderas, luego en un contexto más amplio las pruebas judiciales conceptualizan ya de mejor manera lo que significa probar hechos y derechos dentro de un proceso, esta conceptualización la trataremos más adelante

Baundry Lacantinare nos dice que “la prueba es el establecimiento por los medios legales, de la exactitud de un hecho que sirve de fundamento a un derecho que se reclama”²¹. Pienso que esta definición es absolutamente apegado a la realidad, pues si no se tienen las pruebas para demostrar un derecho, mal podemos demandarlo.

El maestro José Rodríguez Flores Ruiz nos indica: “El derecho probatorio es un conjunto de reglas relativas al recaudo y valoración de los diversos medios que pueden emplearse para convencer al juez sobre los hechos de interés para el proceso”²², de allí la importancia que cada vez más va teniendo el derecho probatorio, y más aún cuando la técnica científica avanza de manera vertiginosa, ayudando al operador de justicia a la búsqueda de la verdad.

2.2.1. – Definición de prueba judicial

De vital importancia es conocer el verdadero significado que diferencia a las pruebas de las pruebas judiciales.

²¹ DERECHO INFORMATICO, Nieves Galarza Ricardo, ediciones “carpol” obras selectas, Cuenca, Ecuador, 2009, pág. 17

²² <http://issuu.com/ngiraldo/docs/pruebasjudiciales>, 14 de octubre, Las pruebas judiciales, Hernández Darío Hermel

Vishinski indica: Las pruebas judiciales recaen sobre hechos ordinarios, que ocurren en la vida, sobre las mismas cosas, los mismos hombres y las acciones realizadas por estos²³. Por tanto toda prueba judicial comprende al menos dos hechos distintos: uno, que se puede llamar el hecho principal, o sea aquel cuya existencia o inexistencia se trata de probar; otro denominado hecho probatorio, que es el que se emplea para demostrar la afirmativa o la negativa del hecho principal²⁴

“En la prueba judicial, excepto en materia penal la determinación del objeto de ella, su extensión y la elección del procedimiento, corresponden a las partes en litigio y su función respectiva se encuentra distribuida en términos precisos”²⁵ Cuando presentamos nuestra demanda determinamos claramente los puntos que están en controversia y que luego serán el objeto claro de lo que queremos probar para que nuestro derecho conculcado sea restituido

Ahora bien trataremos a más de la valoración y pertinencia que debe tener toda prueba judicial, la utilidad de servicio que debe tener la prueba debidamente solicitada dentro del proceso civil, hay quienes confunden y creen que la actividad probatoria es un medio para retardar la justicia, abusando del hecho de que en la práctica no existen dentro de nuestra ley impedimentos suficientes para no dar paso a pruebas ilógicas y absurdas, en base incluso a hecho imposibles que muchas de las veces no se encuentra controvertidos.

Carnelluti indica lo siguiente: “El juez está en medio de un minúsculo cerco de luces, fuera del cuál todo es tiniebla: detrás de él está el enigma del pasado, y delante, el enigma del futuro. Ese minúsculo cerco es la prueba”²⁶ Por lo tanto es de vital importancia conocer que es lo que debemos probar en el proceso civil y que cosas no

²³ TEORIA GENERAL DE LA PRUEBA JUDICIAL, Devis Echandía Hernando, editorial temis S.A., tomo I Bogotá, Colombia, 2006, pág. 3

²⁴ LA PRUEBA EN EL JUICIO ORAL PENAL, Bentham Jeremías, Ediciones Cueva Carrión, Quito – Ecuador, 2009, pág. 13

²⁵ DERECHO INFORMATICO, Nieves Galarza Ricardo, ediciones “carpol” obras selectas, Cuenca, Ecuador, 2009, pág. 15

²⁶ TEORIA GENERAL DE LA PRUEBA JUDICIAL, Devis Echandía Hernando, editorial temis S.A., tomo I Bogotá, Colombia, 2006, pág. 5

deben ser sometidas a pruebas, ya que la dificultad de hacerle entender al juez nuestro derecho dentro del proceso civil, se debe enteramente a que el medio de prueba es escrito.

Definitivamente hemos dicho que la prueba sirve para determinar la verdad de los hechos que alegamos dentro de nuestras demandas o de las excepciones que planteamos.

Nieves Galarza nos indica al respecto: “La prueba civil, que es la que consideramos en la presente investigación, apunta normalmente a la comprobación, demostración, corroboración de la verdad o falsedad de las proposiciones formuladas en juicio”²⁷. Couture en cambio nos indica: Es así que la prueba civil se parece a la prueba matemática: una operación destinada a demostrar la verdad de otra operación.²⁸

Carnelutti muy acertadamente Apunta a lo siguiente que “el concepto de prueba en el lenguaje común se utiliza para controlar la veracidad de una proposición, señalando que no se habla de prueba sino en referencia a alguna cosa que viene afirmada y cuya exactitud se puede controlar”²⁹. Algo que hemos venido diciendo, la importancia que tiene dentro de un proceso judicial, la prueba permite hacerle conocer de nuestro derecho conculcado al juez que lleva la causa.

Muy bien expone Nicolás Framarino: La prueba, decíamos, es, en conclusión, la relación particular y concreta entre el convencimiento y la verdad³⁰. Por ende, nuestras universidades han olvidado la verdadera importancia de probar y de saber ¿Cómo probar? Cuando claramente sabemos el 99 % de las situaciones que podamos probar nos generará como resultado ganar los procesos judiciales.

²⁷ DERECHO INFORMATICO, Nieves Galarza Ricardo, ediciones “carpol” obras selectas, Cuenca, Ecuador, 2009, pág. 15

²⁸ DERECHO INFORMATICO, Nieves Galarza Ricardo, ediciones “carpol” obras selectas, Cuenca, Ecuador, 2009, pág. 15

²⁹ LA PRUEBA CIENTIFICA EN EL PROCESO JUDICIAL, Verbic Francisco, rubinzal – culzoni editores, Buenos Aires, Argentina, 2008, pág. 17

³⁰ LÓGICA DE LAS PRUEBAS, Framarino Nicolás, Valletta ediciones, Buenos Aires, Argentina, 2008, pág. 86

2.2.3. – Características e Importancia de las pruebas

Características. - Sin lugar a dudas dos son las características de la prueba dentro del proceso civil: la escritura y la firma o suscripción.

La primera se encuentra consagrada en los artículos 1726, 1727 y 1729 del Código Civil, siendo esta una premisa fundamental de que toda prueba debe estar escrita, esto en base a la noción que se tiene que la prueba dentro del proceso debe perdurar y para dicha constancia por ende toda prueba debe ser presentada por escrito.

Históricamente la prueba siempre ha sido un medio escrito, incluso algunas legislaciones aún sigue teniendo ese espíritu, “Así nos ilustra Carrascosa, Bauza, Gonzales, que expresan: Ya en el siglo VII A.C. en el antiguo Derecho Hebreo para probar la genealogía, el matrimonio y la venta de inmuebles, el documento escrito era obligatorio.

En el Código de Hammurabi (2250 A.C.) se encuentra ya la exigencia de la prueba escrita, (...). La ordenanza de Moulins del 23 de julio de 1566 exige que la prueba sea establecida por documento autentico, la ordenanza de Luis XIV de 1667 otorga el mismo valor a los actos privados firmados, disposiciones que luego fueron recogidas por el Código de Napoleón de 1804”³¹

Esto tiene su significado es por esto que incluso la Real Academia Española de la lengua, en sus múltiples significados indica que escritura nos es más que: Documento público, firmado con testigos o sin ellos por la persona o personas que lo otorgan, de todo lo cual da fe el notario³², pero al pasar el tiempo se han ido cambiando los

³¹ DERECHO INFORMATICO, Nieves Galarza Ricardo, ediciones “carpol” obras selectas, Cuenca, Ecuador, 2009, pág. 23

³² http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=cultura, 16 de octubre de 2009, Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, Vigésima segunda edición

conceptos de lo que actualmente a la escritura la define como: Representar las palabras o las ideas con letras u otros signos trazados en papel u otra superficie³³.

Por lo tanto siendo imprescindible la escritura como el medio para realizar la prueba, es muy acertado que la palabra escritura o escrito no haya sido definida por el legislador, ya que en muchas ocasiones erróneamente se hacen conceptualizaciones que nada tiene que ver con la realidad, veamos un poco de donde surge etimológicamente la palabra escritura, “proviene del latín “escribiré”, es decir grabar, lo cual significa representar algo en una determinada superficie.

Algunos determinan que escritura es hacerse entender a través de símbolos que pueden ingresar a nuestros sentidos a través de la percepción sensorial de las imágenes que se graban. Este significado pudo haber estado dentro de la realidad, pero en la actualidad los ciegos han inventado una forma de escritura denominada sistema braille, que incluso ha sido utilizado en las últimas votaciones para presidente, existen personas que reconocen monedas con sólo tocarlas sin mirarlas, por lo tanto nos parece muy bien que el legislador no haya definido a la escritura, por estas razones que hemos expuesto.

El material de escritura a través de los tiempos ha ido cambiando, tanto que en la época de Moisés Dios le entregó los diez mandamientos escritos en una piedra en el Monte Sinaí, también tenemos que al principio antes de la venida de Jesucristo, la famosa y estudiada criba de Eratóstenes, cuya principal escritura en sus tiempos fue el zinc, que sirvió para el estudio de los números primos menores a un número natural, es uno de los primeros algoritmos que se estudian en la matemática, así a través de los años, conforme han pasado los tiempos el medio de escritura ha ido cambiando, por ejemplo el acta de la declaración de independencia de los Estados Unidos, se la realizó en piel de animal silvestre, en los actuales momentos el principal medio de escritura es el papel.

³³ ibídem

- Importancia de la Prueba. –

Nadie puede contradecir la importancia que tiene el medio probatorio en un proceso judicial, aunque con la implementación del neo constitucionalismo el tema de la verdad por parte del juez es pues en una nueva perspectiva, se trata de desentrañar la importancia de derechos fundamentales y su verificación de incumplimiento, así pues la acción extraordinaria de protección busca poner fin a autos y decretos con fuerza de autos que vulneren derechos fundamentales.

Algo que claramente no desaparecerá dentro de los procesos civiles y penales es la prueba, porque sin lugar a dudas como nos dice Couture " dicese de todo aquello que sirve para la averiguación de un hecho, yendo de lo conocido a lo desconocido; es una forma de verificación de la exactitud o error de una proporción; es un conjunto de actividades realizadas en juicio, con el objeto de demostrar la verdad o falsedad de las manifestaciones formuladas en el mismo; son medios de evidencia, tales como: documentos, testimonios etc. que crean al juez la convicción necesaria para admitir como ciertas o rechazar como falsas las proposiciones formuladas en juicio".³⁴

Carnelutti se manifiesta sobre la importancia de la prueba de la siguiente manera: "Probar indica una actividad del espíritu dirigida a la verificación de un juicio. Lo que se prueba es una afirmación cuando se habla de probar un hecho, ocurre así por el acostumbrado cambio entre la afirmación el hecho afirmado. Como los medios para la verificación son las razones, esta actividad se resuelve en la aportación de razones. Prueba como sustantivo de probar, es pues, el procedimiento dirigido a la verificación"³⁵. Resaltamos entonces la vital importancia que tienen las pruebas dentro de un proceso civil.

Hemos analizado que la prueba es una de las formas en las que se llega a la verdad y al convencimiento del juez, por lo tanto el acto probatorio, no es más que la

³⁴ www.derechoecuador.com , 14 de octubre, Revista Judicial

³⁵ www.derechoecuador.com , 14 de octubre, Revista Judicial, Diario "La hora"

intervención de la voluntad humana, pues, como ya hemos dicho para probar ciertos hechos debemos recurrir a ciertos medios de prueba que nos da la ley para llegar a nuestro final objetivo, es decir, llegar a la verdad de los hechos. “la prueba es un acto jurídico material que ingresa al proceso mediante un acto jurídico procesal”

2.2.4. – Requisitos intrínsecos de la prueba

Estos requisitos son tres: Contundencia, pertinencia y utilidad.

2.2.4.1.- Conducencia: Es una relación de derecho entre el medio probatorio y la ley a fin de saber si el hecho se puede demostrar en el proceso con el empleo de ese medio probatorio. Es la idoneidad que tiene una prueba para demostrar determinado hecho³⁶ Como su nombre mismo lo indica la prueba debe conducirnos a la verdad alegada dentro del proceso, como por ejemplo si estamos frente a un juicio ordinario de daños y perjuicios por el incumplimiento de contrato de una obra civil, claramente el medio que conduzca a conocer si cumplió o no con el contrato sería una inspección judicial a fin de verificar la realidad de los hechos.

Según Hernando Davis Echandía nos enseña: “se persigue un doble fin: a) evitar un gasto inútil de tiempo, trabajo dinero, pues la inconducencia significa que el medio que quiere utilizarse es ineficaz para demostrar, así sea el hecho al que se refiere en concurrencia con otros;

b) proteger la seriedad de la prueba, en consideración del interés público que desempeña evitando que se entorpezca y se dificulte la actividad probatoria con medios que de antemano se sabe que no prestaría servicio alguno al proceso”³⁷

Ahora bien la conducencia exige dos requisitos:

1) Que el medio respectivo no esté prohibido por la ley; y

³⁶ MANUAL DE DERECHO PROBATORIO, , Parra Quijano Jairo, Editorial ABC, Colombia, 2009, pág. 145

³⁷ TEORIA GENERAL DE LA PRUEBA JUDICIAL, Devis Echandía Hernando, editorial temis S.A., tomo I Bogotá, Colombia, 2006, pág. 5

2) Que el medio este autorizado por la ley. Dentro del ámbito civil, es muy ambiguo pues permite incluso confesiones judiciales en juicios ejecutivos, inspecciones a los libros de los bancos para según ellos justificar los pagos, todo está permitido mientras se ocupen los medios probatorio, no así en el ámbito penal que existen ciertas prohibiciones de legalidad y constitucionalidad, lo que convierte a la famosa prueba ilegal o prueba ilícita, o los frutos del árbol envenado, esta temática la abordaremos más adelante.

2.2.4.2. – Pertinencia: Veamos que nos dice el Profesor Jairo Parra Quijano con respecto a esta temática: Es la adecuación entre los hechos que se pretenden llevar al proceso y los hechos que son tema de la prueba³⁸, por lo tanto debemos definir entonces ¿Qué es pertinente?, según Guillermo Cabanellas nos indica: Adecuado, oportuno, conducente al pleito, probanza eficaz³⁹ Bien nos indica la doctrina que la conducencia y la pertinencia van cogidas una a otra, pero sin embargo existen algunas diferencias, se puede decir que aquello que no es conducente, lógicamente es impertinente.

La pertinencia por lo tanto tiene con aportar al proceso hechos que tienen que ver con el objeto de la prueba, así por ejemplo imaginemos que dentro del Art. 248 del Código de Procedimiento Civil nos indicara que solo con la inspección judicial se pudiera probar los asuntos sobre localidades, linderos, cursos de aguas y otros casos análogos, que demanden examen ocular o conocimientos especiales, por lo tanto sería pertinente que en un proceso en donde se reclama daños y perjuicios por la no culminación de una obra de construcción de una vivienda, se lo quisiera probar con pruebas de testigos, pero como dijimos es necesario que el juez observe y recalce por medio de sus sentidos las verdades que han sido alegadas por las partes, por lo tanto dicha prueba sería inconducente por el hecho de que no tiene idoneidad legal para probar el incumplimiento del contrato

³⁸ MANUAL DE DERECHO PROBATORIO, , Parra Quijano Jairo, Editorial ABC, Colombia, 2009, pág. 145

³⁹ DICCIONARIO ENCICLOPEDICO DE DERECHO USUAL, Cabanella de Torres Guillermo, Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 2006, Pág. 263

Ricci separa adecuadamente las nociones de conducencia y pertinencia de la prueba indicando lo siguiente: “Aún cuando un medio este determinado y admitido por la ley, no basta para que el juez tenga, sin más, que admitirlo; es necesario que convenza de la pertinencia y eficacia de la prueba misma (idoneidad)⁴⁰”

Bien nos indica Roland Arazi cuando en base a la pertinencia de la prueba indica lo siguiente: “Puede referirse a los hechos o a la prueba. En uno u otro supuesto significa que se trata de medios idóneos para lograr el fin perseguido. En el caso de los hechos, que ellos sirvan para justificar la pretensión o defensa propuesta por las partes⁴¹”

Muchas de las veces nuestra propia legislación permite que pruebas impertinentes, que no van a ser valoradas por el juez, se la despache, so pretexto que no se puede impedir la actividad probatoria de las partes, este abuso de solicitar asuntos que nada tienen que ver con la controversia necesita ser tratado con detenimiento por el legislador, como sabemos el proceso civil se vuelve largo por el pedido de pruebas totalmente impertinentes.

Cuando hablamos de pertinencia estamos lógicamente tratando de la relevancia que debe tener la prueba dentro del proceso, lo que algunos entendidos en la materia no logran diferenciar lo que es conducencia y pertinencia.

Como decíamos y expusimos en los párrafos anteriores la conducencia tienen que ver con la capacidad que le otorga la ley a ciertas pruebas respecto a la relación que queremos probar y en su lugar la pertinencia no es más que la relación que el hecho que hemos de constar en nuestra demanda y que queremos probar tenga relación con el litigio, en este caso si tratamos de un juicio ordinario por daño moral, no podemos

⁴⁰ TEORIA GENERAL DE LA PRUEBA JUDICIAL, Devis Echandía Hernando, editorial temis S.A., tomo I Bogotá, Colombia, 2006, pág. 325

⁴¹ VALORACIÓN JUDICIAL DE LAS PRUEBAS, Varios Autores, editorial Jurídica Bolivariana, 2da edición Bogotá – Caracas – Panamá – Quito –, 2001, pág. 217.

pedir pruebas que no vayan dirigidas a la materia que estamos tratando, es decir, al daño material que ha incurrido un tercero en una persona X.

Entonces como conclusión podemos decir que, para determinar cuando una prueba debe ser inadmisibile como nos indica Arazi, “Cuando fuere manifiestamente improcedente o superflua, o meramente dilatoria, como lo que procura acreditar hechos cuya investigación está prohibida por la Ley, o que están exentos de pruebas; obviamente también es inadmisibile la prueba ofrecida fuera del plazo legal⁴²”

Jairo Parra Quijano indica: “la pertinencia también tiene que ver con la prueba, y es la capacidad que tiene la prueba de aportar hechos que tienen que ver con el objeto de la prueba⁴³” Lessona dice que “el juez debe admitir los medios legales de prueba, cuando tengan objeto idóneo” y “rechazar las que... no tengan objeto idóneo, a pesar de que su admisión sea consentida por las partes⁴⁴”. Planiol y Ripert dicen en el mismo sentido: “el derecho de probar sólo existe a condición de que la prueba sea útil, es decir, de la pertinencia de los hechos que vayan a probarse⁴⁵” Bonnier indica que el hecho debe ser concluyente, es decir, “de tal naturaleza que haga triunfar a la parte que lo alega⁴⁶”

Desde un punto de vista práctico, la prueba no prueba no pertinente resulta inútil, puede suceder que a pesar de la pertinencia del hecho sea inútil la prueba, porque este suficientemente acreditado con otras, o porque goce de presunción legal o de notoriedad pública o simplemente porque no pueda investigarse⁴⁷

⁴² VALORACIÓN JUDICIAL DE LAS PRUEBAS, Varios Autores, editorial Jurídica Bolivariana, 2da edición Bogotá – Caracas – Panamá – Quito –, 2001, pág. 217

⁴³ MANUAL DE DERECHO PROBATORIO, Parra Quijano Jairo, Editorial ABC, Colombia, 2009, pág. 147

⁴⁴ TEORIA GENERAL DE LA PRUEBA JUDICIAL, Devis Echandía Hernando, editorial temis S.A., tomo I Bogotá, Colombia, 2006, pág. 325

⁴⁵ TEORIA GENERAL DE LA PRUEBA JUDICIAL, Devis Echandía Hernando, editorial temis S.A., tomo I Bogotá, Colombia, 2006, pág. 325

⁴⁶ TEORIA GENERAL DE LA PRUEBA JUDICIAL, Devis Echandía Hernando, editorial temis S.A., tomo I Bogotá, Colombia, 2006, pág. 325

⁴⁷ TEORIA GENERAL DE LA PRUEBA JUDICIAL, Devis Echandía Hernando, editorial temis S.A., tomo I Bogotá, Colombia, 2006, pág. 325

Para terminar con esta conceptualización podemos agregar que cuando presentamos determinada prueba buscamos la convicción subjetiva del juez de que nuestro hecho está frente a un derecho, entonces la pertinencia de la prueba también radica en este presupuesto.

Con todas estas acotaciones podemos entender que la impertinencia o irrelevancia que puede tener una prueba, no sería otra que aquella que se aduce a fin de llevar al juez el convencimiento sobre hechos que por ningún aspecto se relacionan con el litigio o la materia del proceso voluntario o el incidente, y que por lo tanto, no puede influir en su decisión⁴⁸ Claramente la pertinencia o relevancia que puede tener una determinada prueba busca una relación entre el hecho objeto de ser probado y el medio utilizado.

Un concepto claro de lo que es prueba impertinente nos da el Diccionario Enciclopédico de Guillermo Cabanellas cuando indica: “Es aquella que es ajena a los hechos controvertidos en la causas, aún concerniente a ellos, la carente de trascendencia, sea cual sea su resultado⁴⁹” No cabe duda que muchas veces en los procesos, existen poco éticos abogados que solicitan todo tipo de cosas para retardar los procedimientos, por lo tanto he aquí la importancia de saber cuándo una prueba resulta pertinente para el esclarecimiento de la verdad.

Es así que estas dos características son importantes para determinar que pruebas son relevantes y debe permitirse su realización y evitar el entorpecimiento de las causas, por pedidos a todas luces inútiles. Bien nos indica Davis Echandía “la eficacia o ineficacia de la prueba es una noción más amplia que las de conducencia y pertinencia, porque incluye cualquier otra causa que impida que la prueba obtenga el resultado de darle el convencimiento al juez sobre los hechos del proceso, por

⁴⁸ TEORIA GENERAL DE LA PRUEBA JUDICIAL, Devis Echandía Hernando, editorial temis S.A., tomo I Bogotá, Colombia, 2006, pág. 324

⁴⁹ DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE DERECHO USUAL, Cabanella de Torres Guillermo, Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 2006, Pág. 567

ejemplo, los defectos del contenido del testimonio o documento, o la insuficiencia de los hechos observados en la inspección judicial.

De acuerdo a la doctrina es al juez a quién le corresponde apreciar determinada y prueba, siendo ya una cuestión estrictamente de hecho, por lo tanto nada tienen que ver con el derecho, ya que como sabemos es el operador de justicia, quién al final decide si determinada prueba puede servir para la búsqueda de la verdad, sin embargo esto en nuestra legislación aún no está reglada.

Ahora bien existen hechos que son alegados por las partes y que muchas de las veces se aceptan mutuamente existieron, pero sin embargo hay quienes exigen que esas verdades sean probadas, lo que claramente no tiene ningún fundamento porque ya no sería necesario probar algo que se presume existe como verdadero.

Sería también impertinente hacer solicitudes de pruebas de hechos inverosímiles, de hechos públicos y notorios, de hechos que serían imposibles ser probados desde el punto de vista lógico, sin embargo con el nuevo Código Orgánico de la Función Judicial, como novedad se instauró que los hechos públicos o notorios no deben ser motivo de prueba, de esto se tratara con detenimiento un poco más adelante

2.2.4.2. – Utilidad. – Ya hemos dicho en líneas anteriores la importancia que debe tener la conducencia y pertinencia de las pruebas, pero aún concurriendo éstos dos, no sería suficiente como para ordenar la práctica de ciertas pruebas, por ende también es muy importante este requisito de utilidad, pero bien al hablar de utilidad, significa que debe prestar algún servicio, que sea indispensable y que por sobre todas las cosas sea conveniente el medio utilizado.

Bien indica Jairo Parra Quijano. “Si nos valiéramos de una metáfora, podríamos decir que el proceso debe consumir las pruebas que le sean absolutamente necesarias para pronunciar el fallo y que no puede darse el lujo de recaudar pruebas que sobren,

superfluas, redundantes o corroborantes, cuando esto no sea absolutamente necesario⁵⁰.

Algunos casos de inutilidad son los siguientes:

a). – Prueba de hechos imposibles e inverosímiles. – La imposibilidad, puede ser metafísica, física o natural, y ordinaria o común, la primera se refiere a que la prueba vaya en contradicción con el principio de contradicción, la segunda que vaya contra las leyes naturales y la última cuando existe una clara oposición entre el hecho afirmado y lo que consideramos una regla segura de experiencia⁵¹.

b). – Imposibilidad jurídica del hecho en razón de la presunción de derecho. – Muy clara pues, la doctrina nos dice que una presunción de derecho no admite prueba en contrario y cuando la ley lo indica resulta innecesaria la práctica de dichas pruebas

c). – Pruebas de los hechos públicos y notorios. – Recién en nuestro Código Orgánico se implementa que no es necesario probar los hechos que son de relevancia públicos, pero ¿Cómo entender cuando los hechos son notorios?, mas adelante trataremos y explicaremos esta temática con mayor detenimiento.

d). – Hechos probados ya plenamente por otros medios. -. Resulta que muchas veces se realizan inspecciones judiciales previas para la investigación de un hecho que luego se adjuntan al proceso, pero muchas veces la parte afectada solicitan una nueva práctica de dicha diligencia, algo que ya está plenamente probado con la observación del juez.

e). – Hechos admitidos o confesados por ambas partes. – El mismo tema lo indica, cuando las partes han afirmado algo, resulta inadmisibles querer probar.

⁵⁰ MANUAL DE DERECHO PROBATORIO, , Parra Quijano Jairo, Editorial ABC, Colombia, 2009, pág. 148

⁵¹ TEORIA GENERAL DE LA PRUEBA JUDICIAL, Devis Echandía Hernando, editorial temis S.A., tomo I Bogotá, Colombia, 2006, pág. 325

f). – Hechos no alegados en la demanda, ni en su contestación. – Está es quizás la más importante, pues, muchas veces cuando se llega a la etapa probatoria, se quiere demostrar hechos que no se alegaron oportunamente en su demanda o en sus excepciones, lo que resulta inútil claramente para el proceso que estamos tratando

2.3. – OBJETO DE LA PRUEBA

Davis Echandía, nos indica que “Por objeto de la prueba debe entenderse lo que se puede probar en general, aquello sobre lo que puede recaer la prueba; es una noción puramente objetiva y abstracta, no limitada a los problemas concretos de cada proceso, ni a los intereses o pretensiones de la diversas partes, de idéntica aplicación en actividades extraprocesales, sean o no jurídicas, es decir, que, como la noción misma de prueba, se extiende a todos los campos de la actividad científica e intelectual”⁵²

Veamos algunos conceptos de esta temática. Schonke afirma que “el objeto de la prueba está constituido fundamentalmente por hechos”, los cuales los define como “todo suceso exterior o interno que sea o haya sido perceptible”.

Kish opina que “el objeto de la prueba está formado fundamentalmente por hechos” sin exigir la condición de controvertidos. Friedrich Lent afirma que “el objeto de la prueba está constituido por los hechos (afirmaciones de hecho). Una de los conceptos mas apropiados para entender el objeto de la prueba nos los da Aragonese quién indica “que sólo han de ser objeto de prueba los hechos controvertidos o dudosos que sean de influencia o pertinencia a los fines del proceso”⁵³; y que sucede en el juicio de divorcio contencioso en que el cónyuge demandado se allana a la demanda, sin embargo se abre el término de prueba, por trámite que se sigue estos procesos no pueden detenerse por el simple hecho de allanarse a las pretensiones, sino sería un juicio especial de mutuo consentimiento

⁵² TEORIA GENERAL DE LA PRUEBA JUDICIAL, Devis Echandía Hernando, editorial temis S.A., tomo I Bogotá, Colombia, 2006, pág. 136

⁵³ TEORIA GENERAL DE LA PRUEBA JUDICIAL, Devis Echandía Hernando, editorial temis S.A., tomo I Bogotá, Colombia, 2006, páginas 143 y 144

Jairo Parra Quijano nos indica lo siguiente: “Son objeto de la prueba las realidades susceptibles de ser probadas, sin relación con ningún proceso en particular; se trata de una noción objetiva y abstracta”⁵⁴, como aportación más adelante el mismo maestro indica que “la percepción es un proceso cognoscitivo, una forma de conocer el mundo”⁵⁵

La percepción no es más que la entrada de la realidad a través de nuestros sentidos, para recogerla en nuestra mente, pero según el autor Luis Muñoz I. Sabaté, entonces decimos que para recibir información de nuestros sentidos se requiere de lo siguiente: A) Un estímulo (afirmaciones de hecho de actor o demandado); B) Un receptor que la capte (jueces de toda índole); C) Un trasmisor que la conduzca a un centro capaz de “entenderla” (medios probatorios) D) Centro (estímulos nervios del cerebro, es decir, los alegatos de las partes frente a la prueba)⁵⁶

La percepción, muchos asocian con el conocimiento jurídico que tienen los operadores de justicia, acerca de la realización de ciertos hechos, saber hacia donde ir con los hechos que queremos probar, otras definiciones de percepción indican lo siguiente: “La percepción es la función psíquica que permite al organismo, a través de los sentidos, recibir, elaborar e interpretar la información proveniente de su entorno”⁵⁷ “Proceso mediante el cual el individuo selecciona, organiza e interpreta la información sensorial, para crear una imagen significativa del mundo”⁵⁸

Podemos asegurar entonces de conformidad con estas concepciones que el objeto de la prueba es todo aquello que puede ser probado, que es materia del proceso utilizando cualquiera de los medios probatorios y que conduzcan a alguna razón lógica de aseveración. He aquí la importancia que tiene esta temática. Muchos jueces

⁵⁴ MANUAL DE DERECHO PROBATORIO, , Parra Quijano Jairo, Editorial ABC, Colombia, 2009, pág. 121

⁵⁵ MANUAL DE DERECHO PROBATORIO, , Parra Quijano Jairo, Editorial ABC, Colombia, 2009, pág. 123

⁵⁶ MANUAL DE DERECHO PROBATORIO, , Parra Quijano Jairo, Editorial ABC, Colombia, 2009, pág. 123

⁵⁷ <http://es.wikipedia.org/wiki/Percepción>, Enciclopedia Virtual Wifipedia, 17 de octubre de 2009, Enciclopedia Libre

⁵⁸ www.sitographics.com/dicciona/p.html, Enciclográfica Diccionario de Arte y Diseño, 17 de octubre de 2009

aún no han sido preparados para determinar todas estas conceptualizaciones que he traído a colación, estamos completamente de acuerdo que si preguntamos a diez jueces de diferentes regiones del país ¿Qué es objeto de prueba? Necesariamente encontraremos muchas conceptualizaciones diferentes con respecto a esto, entonces ¿es Esto seguridad jurídica? Claro se ahonda el problema cuando el legislador no trabaja la ley en cuestión de la necesidad, sino de popularidad.

Por tanto el objeto de prueba tiene que ver con los hechos que afirmamos en nuestra demanda o en su defecto en las excepciones a las que nos creemos asistidos y que han sido negadas por la contraparte, porque sino los hechos no necesitarían ser probados, pero estas afirmaciones de hechos tienen que necesariamente ser comprobadas a través de cualquier medio probatorio y no se trata de afirmar hechos que pueden estar incluso fuera de toda lógica, pues, no tendría razón de ser dar paso a pruebas absurdas e intolerantes perdiendo tiempo y gastando esfuerzo vanamente.

Ahora bien que entendemos por hechos de conformidad a lo que nos dice el profesor Hernando Davís Echandía: a) Todo lo que puede representar una conducta humana... b) los hechos de la naturaleza, en que no interviene la actividad humana; c) las cosas o los objetos materiales, cualquier aspecto de la realidad material, sean o no productos del hombre, incluyendo los documentos; d) la persona física humana, su existencia y características, estado de salud, etc. e) Los estados y hechos psíquicos o internos del hombre⁵⁹. Demostrando la importancia de estos últimos para determinar que puede ser objeto de la prueba.

2.3.1. - Cuales son los sujetos y órganos de la actividad probatoria. Se entiende como sujetos de la actividad probatorio, los encargados de suministrar el medio probatorio, en este caso puede ser el actor o el demandado e incluso el juez, cuando decreta pruebas de oficio, que en nuestra realidad por lo riguroso y lento que se vuelven los juicios civiles, el juez muy rara vez ordena pruebas de oficio. Entonces

⁵⁹ TEORIA GENERAL DE LA PRUEBA JUDICIAL, Devis Echandía Hernando, editorial temis S.A., tomo I Bogotá, Colombia, 2006, pág. 136

tenemos que la prueba siendo de vital y fundamental importancia para conocer un hecho que se discute con el ánimo de llegar a la verdad, los sujetos no son más que los encargados de proporcionar estos datos y también el encargado de admitirla o decretarla.

Guasp y Aragonés hablan de sujetos activos y pasivos de la prueba: el primero sería la persona de quien procede o que la presenta; el segundo, quien soporta o sobre quien recaen tales actividades o la parte contraria de quien realiza la prueba⁶⁰ el Profesor Davis Echandía discrepa con esta descripción de dividir a los sujetos en activos y pasivos, lo que estoy muy de acuerdo pues las pruebas rara vez recaen sobre la parte que no la solicita, ya que el contendor no es el que debe aportar la prueba al proceso, a excepción de que se trate de alguna exhibición de documento, entonces se puede decir que solamente el contendor sufre los efectos que conlleva la prueba que no le es favorable.

Debo sin lugar a dudas transcribir un comentario que nos hace el mencionado profesor Davis Echandía como una aclaración muy importante acerca de cuándo es sujeto de prueba y cuando objeto de prueba al respecto indica: Puede pensarse que cuando una persona, parte o tercero, es examinada física o psíquicamente, para efectos probatorios, como el reconocimiento de heridas o el dictamen pericial sobre capacidad mental o defectos físicos, es entonces sujeto pasivo de esa prueba; sería en verdad el único caso en que la noción podría tener aplicación si desconocer la realidad procesal, pero aún así es más apropiado decir que esa persona es el objeto de la prueba⁶¹

Los órganos de la actividad probatoria son los auxiliares encargados de ayudar al juez y suministrar datos sobre determinadas situaciones, esto pueden ser los peritos, intérpretes, en el área penal sin lugar a dudas sería el Ministerio Público, la policía

⁶⁰ TEORIA GENERAL DE LA PRUEBA JUDICIAL, Devis Echandía Hernando, editorial temis S.A., tomo I Bogotá, Colombia, 2006, pág. 245.

⁶¹ TEORIA GENERAL DE LA PRUEBA JUDICIAL, Devis Echandía Hernando, editorial temis S.A., tomo I Bogotá, Colombia, 2006, pág. 246

Judicial, etc. Se van incorporando al proceso en cuanto sean requeridos por el juez, la modernidad de estos tiempos ha hecho que los conocimientos científicos de ciertas técnicas para determinar datos preciso sobre hechos que se tratan en el proceso, ha venido ocasionando que el dictamen de peritos sea fundamental para la final determinación a través de la sentencia.

Veamos que nos indica Jorge A. Clariá Olmedo: “son el conjunto de auxiliares del proceso, sin perjuicio de encontrar otras personas que se suman a ellos por el similar destino de su colaboración” con esta conceptualización quedamos en claro cuáles son los órganos de la actividad probatorio y más aún la plena importancia que tienen dichos auxiliares para llegar al descubrimiento de la verdad.

Para definir y diferenciar claramente lo que es sujeto y órgano de la actividad probatoria Davis Echandía indica lo siguiente: *“Por sujetos entendemos las personas que desempeñan alguna de las actividades procesales probatorias y órganos son las personas que se limitan a colaborar con el juez en la actividad probatoria”*⁶²

2.3.2. – A quien le corresponde la carga de la prueba. –

Nuestro Código de Procedimiento Civil en su Art. 113 Comienza indicando que es obligación del actor los hechos que ha propuesto afirmativamente y que el demandado al negado. Claro está más adelante indica que el demandado debe probar todas aquellas contestaciones que contienen negativas sin embargo llevan dentro una afirmación, es decir, en un juicio ejecutivo el demandado dice no debo nada, se lo tiene que interpretar lógicamente como si quisiera decir yo si pague la deuda, entonces esto debe demostrarse con los recibos de pago, etc.

En esta temática debemos distinguir dos aspectos fundamentales: 1). – Por una parte, es una regla para el juzgador o regla del juicio, porque le indica cómo debe fallar

⁶² TEORIA GENERAL DE LA PRUEBA JUDICIAL, Devis Echandía Hernando, editorial temis S.A., tomo I Bogotá, Colombia, 2006, pág. 248

cuando no se encuentre la prueba de los hechos sobre los cuales debe basar su decisión. 2). – es una regla de conducta de las partes, porque indirectamente les señala cuáles son los hechos que a cada uno le interesa probar.⁶³ Claro esto aparece siempre cuando se dicta sentencia, hace una ligera valoración de las pruebas que presentaron las partes y las que le sirve de fundamento para dictaminar.

Como un ejemplo claro de lo que es en realidad la carga de la prueba, la jurisprudencia del 14 de marzo de 1947 realizada por la 2da sala de la Corte Suprema de Justicia, al respecto nos indica lo siguiente: “el reo no ha comparecido a contestar la demanda, lo que implica negación de los fundamentos de la acción deducida, siendo indudable que la carga de la prueba quedo sujeta a lo dispuesto en los incisos primero y segundo 113 del Código de Procedimiento Civil. Como consecuencia de lo dicho, el actor debió probar los hechos que le sirvieron de fundamento a su pretensión, esto es, haberse celebrado el matrimonio sin la observancia de los requisitos exigidos por la ley para su validez; sin que pueda arguirse que aquel que alega, en su apoyo de su acción, un hecho negativo, no tienen la obligación de probarlo procesalmente; pues entonces ocurriría que el onus probandi pesaría sobre el contradictor, y nada mas inexacto que aquesto, porque la naturaleza del hecho objeto de la prueba, ya sea afirmativo, ya negativo, no modifica en forma alguna el papel que desempeña cada uno de los contendientes”⁶⁴

2.3.3. – Que son reglas de la experiencia. – Para Stein las precisa así: “Son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos”⁶⁵ Jairo Parra indica lo siguiente: El juez-ser humano, en la valoración de la prueba debe emplear

⁶³ TEORIA GENERAL DE LA PRUEBA JUDICIAL, Devis Echandía Hernando, editorial temis S.A., tomo I Bogotá, Colombia, 2006, pág. 405

⁶⁴ LA MAS PRÁCTICA ENCICLOPEDIA JURÍDICA, Compendio de Setenta años de jurisprudencia de la Corte Suprema, Espinoza galo, Imprenta “Don Bosco”, volumen IV Quito - Ecuador, 1999, pág. 734

⁶⁵ MANUAL DE DERECHO PROBATORIO, , Parra Quijano Jairo, Editorial ABC, Colombia, 2009, pág. 75

las reglas de la experiencia, es decir, eso que aprendió y que acumuló para ser empleado en nuevas situaciones. En otras palabras, lo que llamamos en el mundo del proceso reglas de la experiencia, no es más que la aplicación en concreto de la experiencia que todo hombre posee”⁶⁶

En general las reglas de la experiencia, es algo poco estudiado en la universidad, siendo uno de los temas fundamentales para la correcta aplicación de la sana crítica, pero que estos conocimientos o esta experiencia que posee todo juez es importante que sea actualizada, puede suceder que una verdad que un operador de justicia aún piensa que existe le ocasione una errónea interpretación o lo que se llama falsa ratiocinio, como ejemplo ponemos, que en un caso de alteración documentológica de una letra de cambio, se solicite una experticia grafo lógica, lo que claramente no nos llevaría a una conclusión, pues siendo la grafología una ciencia que estudia la personalidad del individuo, no se puede concluir que la firma es falsificada.

Jairo Parra indica: “En una apretada síntesis y mirada desde el lado de la razón, podríamos decir que para juzgar, la razón tiene que escrutar los hechos del proceso, utilizar las reglas de la experiencia, las reglas de la pericia correspondiente cuando sea necesario y dar cuenta de lo que se decide”⁶⁷.

2.3.4. – Las reglas o máximas de la experiencia como objeto de la prueba. – Sin lugar a dudas muchos autores piensan que las reglas de la experiencia es un objeto de la prueba, claro está, las reglas de las experiencias, en conjunto con las reglas de la lógica y de la ciencia son las bases mismas de lo que es la sana crítica y en un sistema de libre apreciación de la prueba se convierte en un pilar básico del objeto de probar. Es una especie de actividad mental en la que el juez, por prácticas anteriores enrumba un proceso, en este caso las pruebas que identifican ciertos hechos, a una sana conclusión lógica.

⁶⁶ MANUAL DE DERECHO PROBATORIO, , Parra Quijano Jairo, Editorial ABC, Colombia, 2009, pág. 74

⁶⁷ MANUAL DE DERECHO PROBATORIO, , Parra Quijano Jairo, Editorial ABC, Colombia, 2009, pág. 101

Pero las reglas de la experiencia, no debe ser aplicada por el juez cuando las aplica comparando lo existente en el proceso y lo aprendido, pues, resulta ser que el conocimiento científico avanza a pasos agigantados, por ende el juez debe basarse en la experiencia que ha llegado a conclusión por ciertos medios científicos y sobre todos modernos. Como ejemplo podemos tomar lo siguiente: Imaginemos que una persona que no puede hablar, realiza ciertas señales a un familiar indicando que tiene hambre, sueño, etc., un lenguaje que cualquier otra persona no podría entender, pero este familiar si lo puede interpretar, así mismo aplica el juez, sucede que por el uso continuo de los medios probatorios, la experiencia de los jueces apunta a que se debe probar en los procesos que tramita.

2.4. – NECESIDAD DE LA PRUEBA

Por necesidad de la prueba debemos entender todo aquello que dentro de un juicio, proceso o acción debe ser materia de la actividad probatoria, es decir, sobre los hechos que son desconocidos por el juez y de los cuales una vez probado tenga la plena determinación de la verdad que se busca. Podemos agregar para entender esta definición lo que nos dice Hernando Devis Echandía: “Es el conjunto de hechos materiales o psíquicos, en sentido amplio, que sirven de presupuesto a las normas jurídicas aplicables a cada proceso, en vista de las peticiones o excepciones de las partes o del efecto jurídico perseguido y que la ley exige probar por medios autorizados⁶⁸”

Entonces dentro de esta conceptualización antes citada podemos acotar que los hechos que no interesan para la solución del conflicto basados en derecho no deben ser considerados dentro del tema o de la necesidad de la prueba, así mismo todos aquellos hechos que son imposibles de ser comprobados por algún medio de prueba. Rosenberg observa que la necesidad de la prueba “se presenta según distintos presupuestos en un procedimiento con principio de disposición y en uno con principio inquisitivo⁶⁹”

2.4.1. – Hechos que necesitan ser probados. – Son todos aquellos hechos que han sido afirmados en la demanda, que se discute con la otra parte, es decir, que es controvertido o que es negado por la otra parte, desde el inicio de la demanda cuando queremos que nuestro derecho sea conculcado afirmamos ciertos hechos, que al ser negados por la otra parte se convierten en controvertidos y por ende la necesidad de que sean probados, para determinar cual de las partes tiene la razón en sus derechos.

⁶⁸ TEORIA GENERAL DE LA PRUEBA JUDICIAL, Devis Echandía Hernando, editorial temis S.A., tomo I Bogotá, Colombia, 2006, pág. 178

⁶⁹ TEORIA GENERAL DE LA PRUEBA JUDICIAL, Devis Echandía Hernando, editorial temis S.A., tomo I Bogotá, Colombia, 2006, pág. 178

Según Carnelutti, “la afirmación de un hecho es la posición de este como presupuesto de la demanda dirigida por el juez” por cuanto en sí dentro de una demanda, se la entiende como una solicitud que es dirigida al juez, con el ánimo de hacer que su pretensión sea ratificada por la autoridad, y la contestación a la demanda siempre se busca excepcionales ante las afirmaciones de la contraparte, entonces estos hechos que se alegan son motivos de prueba, dejando en claro que siempre que se los pueda hacer mediante el uso de los medios de prueba.

Ahora bien dentro existen así mismo hechos que no necesitan ser probados y estos claramente son los hecho no controvertidos, la notoriedad, los hecho imposibles, hechos cuya prueba prohíbe la ley, hechos indefinidos, etc. así por ejemplo cuando se dice que alguien se suicidó disparándose don balas al cerebro, es un hecho imposible. Así también puede existir que dentro del pleito, existan hechos que sean aceptado por la contraparte y que por la misma razón no necesitan ser probados, así por ejemplo en un juicio ejecutivo, se puede alegar que existen abonos no descontados por la otra parte y siendo estos libre de poderse probar se los tiene que hacer dentro de la estación probatoria.

Ahora bien dentro del nuevo Código Orgánico de la Función Judicial, se ha implementado el concepto de notoriedad, como aquellos hechos que no necesitan ser probado, así por ejemplo recientemente sucedió que un fiscal inició una instrucción en contra de un Ministro de Estado, cuando sabíamos que el único encargado de iniciar una acción, es el Fiscal General de la Nación, por razón del fuero que gozan los funcionarios de alto nivel, sin embargo dijo que como dentro del proceso no constaba la prueba de que el procesado era Ministro de Estado, él lo siguió hasta el final, totalmente fuera de la lógica y hasta llegando a lo absurdo, porque basta con saber y tener conocimiento que está persona hacía las veces de Ministro era razón suficiente para no iniciar una acción.

2.4.2. – Que entendemos por Notoriedad. – “Evidencia. Conocimiento general y cierto. Publicidad. Fama. Como noticia pública que todos tienen de algo, la

notoriedad puede ser de hecho, que versa sobre un suceso ocurrido (por ejemplo la fecha de un terremoto en una localidad), y la de derecho, fundada de la publicidad resultante”⁷⁰, así lo describe el diccionario de Guillermo Cabanellas a la notoriedad.

Existen algunas corrientes que tratan la temática de la notoriedad y es preciso citar a algunas con el ánimo de entender mejor el verdadero concepto de notoriedad:

a). – La doctrina alemana. Rosenberg nos indica acerca de los hechos notorios los siguientes: “los conocidos en un círculo mayor o menor por una multitud discrecionalmente grande o que fueron perceptibles en las mismas condiciones, en tanto que también los conozcan el tribunal⁷¹”, esta conceptualización va dirigida a tratar a los hechos notorios como algo cuya difusión ha sido comprendido por cantidades respetables de personas, como por ejemplo la actual recesión económica que sufre el país. Schonke estima lo siguiente: “conocidos por seguridad por todos o, al menos, por un gran círculo de personas⁷²”.

b). – La doctrina italiana. “Calamandrei estima que deben ser hechos tan generalmente conocidos e indiscutidos, que produzcan en la certeza del juez una certeza moral, racionalmente superior a la que nace de la prueba. Carnelutti considera que la notoriedad consiste en la certeza del juez compartida por una generalidad de personas o adquirida de determinados modos, es decir, mediante una certeza calificada. Como lo observa Stein las fuentes de la notoriedad son dos: percepción directa sensible de una multitud y la difusión (noticias, periódicos, etc.)⁷³”

c). – La doctrina Española. “Jaime Guasp considera que son notorios las verdades científicas, históricas, geográficas, generalmente reconocidas, así como los llamados

⁷⁰ DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE DERECHO USUAL, Cabanellas de Torres Guillermo, Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 2006, Pág. 563

⁷¹ TEORÍA GENERAL DE LA PRUEBA JUDICIAL, Devis Echandía Hernando, editorial temis S.A., tomo I Bogotá, Colombia, 2006, pág. 212

⁷² TEORÍA GENERAL DE LA PRUEBA JUDICIAL, Devis Echandía Hernando, editorial temis S.A., tomo I Bogotá, Colombia, 2006, pág. 212

⁷³ TEORÍA GENERAL DE LA PRUEBA JUDICIAL, Devis Echandía Hernando, editorial temis S.A., tomo I Bogotá, Colombia, 2006, pág. 213

hechos evidentes o axiomáticos. Silva Melero opina que el concepto de notoriedad se adhiere al de las máximas de la experiencia. De La Plaza dice que es un concepto vago por ser difícil separar aquellos hechos cuya certeza e indiscutibilidad son apreciables directa e inequívocamente por el juez, y aquellos otros que privadamente conoce⁷⁴”

d) La doctrina sudamericana. Alsina define el hecho notorio como aquel cuyo conocimiento forma parte de la cultura normal propia de un determinado círculo social en el tiempo en que ocurre la decisión. Couture dice que aún en los casos en que las partes no han suministrado prueba de un hecho, el juez puede dar por admitido este hecho si forma parte de su experiencia normal de las cosas de la vida⁷⁵”

2.4.3. – Fin de la prueba.- Como sabemos la prueba es una demostración de la verdad de un hecho, entonces su fin va dirigido hacia aceptar o rechazar ciertos hechos que fueron alegados por las partes, es sin lugar a dudas un medio de ataque y de defensa que son sometidas los medios probatorios con los que las partes intentan demostrar su verdad aducida en el proceso. Así Nicola Framarino dei Malatesta nos dice. “la finalidad suprema y sustancial de la prueba es la comprobación de la verdad⁷⁶” claramente entonces entendemos el fin que tiene la prueba dentro del proceso civil. Planiot y Ripert hablan también de las pruebas “como elementos de convicción y medios para convencer al juez”, respectivamente⁷⁷”

2.5. – Medios Probatorios. –

⁷⁴ TEORIA GENERAL DE LA PRUEBA JUDICIAL, Devis Echandía Hernando, editorial temis S.A., tomo I Bogotá, Colombia, 2006, pág. 215

⁷⁵ TEORIA GENERAL DE LA PRUEBA JUDICIAL, Devis Echandía Hernando, editorial temis S.A., tomo I Bogotá, Colombia, 2006, pág. 216

⁷⁶ TEORIA GENERAL DE LA PRUEBA JUDICIAL, Devis Echandía Hernando, editorial temis S.A., tomo I Bogotá, Colombia, 2006, pág. 229

⁷⁷ TEORIA GENERAL DE LA PRUEBA JUDICIAL, Devis Echandía Hernando, editorial temis S.A., tomo I Bogotá, Colombia, 2006, pág. 235

Los medios de prueba pueden considerarse desde dos puntos de vista. De conformidad con el primero, se entiende por medio de prueba la actividad del juez o las partes, que suministra al primero el conocimiento de los hechos del proceso y, por tanto, las fuentes de donde se extraen los motivos o argumentos para lograr su convicción sobre los hechos del proceso, la confesión de parte, la declaración de testigos, el dictamen de peritos, la inspección judicial, etc. Desde el punto de vista se entiende por medio de prueba los instrumentos y órganos que suministran al juez ese conocimiento, el perito, la parte confesante, etc., es decir los elementos personales y materiales de la prueba⁷⁸

Por lo tanto los medios de pruebas resultan de gran utilidad para el esclarecimiento de la verdad, se debe saber con certeza el medio que debemos recurrir para llegar a nuestras verdades alegadas dentro del proceso judicial, claro está medio debe ser lógico y concentrarse a la materia motivo del pleito, se suele confundir cuando utilizamos medios de prueba para retardar el proceso, debido a que ciertas diligencias por la acumulación de causas en los juzgados son señaladas para algunos días después de terminado el término probatorio.

2.5.1. – Diversos medios de prueba y su clasificación. – Entre los principales y más utilizados medios de prueba tenemos los siguientes:

2.5.1.1. – Confesión judicial y la prueba testimonial. –

Dentro del ámbito civil también se la conoce como declaración de parte, es una prueba en la cual se busca la verdad a través de la declaración de los sujetos intervinientes en la causa, haciéndole la otra parte una serie de preguntas que primero fueron presentadas en sobre cerrado y que son calificadas por el juez que lleva la causa al momento mismo de la diligencia, algunos jueces las realizan en forma

⁷⁸ TEORIA GENERAL DE LA PRUEBA JUDICIAL, Devis Echandía Hernando, editorial temis S.A., tomo I Bogotá, Colombia, 2006, pág. 527

personal cumpliendo con el principio de intermediación, aunque claramente sería muy bueno que se los operadores de justicia también pudieran hacer preguntas.

La diferencia entre la confesión judicial con la prueba testimonial radica en que la primera es realizada por las partes, por eso se la suele denominar declaración de parte, esto en referencia al proyecto de Nuevo Código de Procedimiento Civil que está realizando Pro Justicia, aunque en la actualidad aún se la conoce como confesión, y en su lugar la que realiza cualquier otra persona se denomina testimonio.

Dentro del ámbito penal no existe confesión de parte, sino sólo se la trata como testimonio propio y es la que realiza el procesado dentro de las diversas etapas del proceso penal. En su lugar el proceso civil es muy diferente al penal, ya que la declaración de testigos se lo hace dentro del término probatorio y pueden ser repreguntados sólo por escritos, en el ámbito penal también se repregunta a los testigos pero pueden ser de manera oral por la defensa,

Ahora nos indica el profesor Stefan Leible La prueba testimonial reconocidamente junto a la declaración de partes, la prueba peor y la más insegura de todas. En todas las personas la capacidad de apreciación y de recordar están limitadas así como la capacidad de relatar obviamente lo recordado. Otra vez nos remonta el ilustre maestro a las reglas de la experiencia para la evaluación de la credibilidad de una declaración testimonial.

2.5.1.2. – La prueba por peritos. – El avance científico ha traído como consecuencia, el nacimiento de innumerables ramas de la ciencia, tendientes a ayudar a los operadores de justicia en su búsqueda de la verdad, por esto debemos tener cierto grado de conocimiento de la pericia que solicitamos para poder llegar a una conclusión en torno al conflicto que se está disputando. Como nos explica el Davis Echandía “La peritación es una actividad procesal desarrollada, en virtud del encargo judicial, por personas distintas de las partes del proceso, especialmente calificadas por sus conocimientos técnicos, artísticos o científicos, mediante la cual se suministra al

juez de argumentos o razones para la formación de su convencimiento respecto de ciertos hechos cuya percepción o cuyo entendimiento escapa a las aptitudes del común de las personas⁷⁹»

El juez es un instrumento para alcanzar la realización de la Justicia, y por ende llegar a la verdad en base del derecho vulnerado, pero por lo general carece de conocimientos sobre nuevas ciencias y técnicas que requieren cierto estudio por su complejidad. Por lo tanto el perito se convierte en un auxiliar de la función judicial para explicar ciertos hechos que no de común conocimiento.

Veamos algunos criterios sobre esta temática:

Giuseppe Franchi indica: Se debe recurrir a la pericia siempre que en el proceso, civil o penal, se presente un problema técnico, y que es conveniente que el juez disponga de esta colaboración de manera estable, por lo cual puede hablarse de perito necesario, cuyo concurso previo es indispensable para la decisión⁸⁰.

Nicolás Framarino expone: el juez debe recurrir a ello, no solamente cuando la ley ordene su practica en un caso determinado y cuando la cuestión por investigar escape a sus conocimientos técnicos, sino cuando se considere capacitado para verificarla e interpretarla⁸¹

Florian estando completamente con lo expuesto por Nicolás Framarino: El juez puede practicar diligencias que exigen ciertos conocimientos técnicos, si los tiene, pero debe entenderse que se refiere a aquellos conocimientos técnicos elementales, que forman parte de la cultura ordinaria de los jueces y magistrados.⁸²

⁷⁹ TEORIA GENERAL DE LA PRUEBA JUDICIAL, Devis Echandía Hernando, editorial temis S.A., tomo II Bogotá, Colombia, 2006, pág. 277

⁸⁰ TEORIA GENERAL DE LA PRUEBA JUDICIAL, Devis Echandía Hernando, editorial temis S.A., tomo II Bogotá, Colombia, 2006, pág. 284

⁸¹ TEORIA GENERAL DE LA PRUEBA JUDICIAL, Devis Echandía Hernando, editorial temis S.A., tomo II Bogotá, Colombia, 2006, pág. 284

⁸² TEORIA GENERAL DE LA PRUEBA JUDICIAL, Devis Echandía Hernando, editorial temis S.A., tomo II Bogotá, Colombia, 2006, pág. 285

Dentro de nuestro ordenamiento Jurídico, la prueba por peritos se encuentra regulada dentro del Libro II, Título I, Sección 7ª, Parágrafo 6º, pero como toda ciencia u oficio, existen personas, sean estos los abogados que asesoran mal a sus clientes que utilizan el peritaje para provecho de su defensa y no para el interés del proceso, nuestra legislación ha incluido el error esencial en el informe del perito, con el fin de precautelar que los auxiliares de la ciencia cometan estas clases de enmendaduras, dándole entonces la posibilidad a la contraparte de contradecir probando sumariamente si el perito ha cometido el error esencial en su informe, con lo cual se ordenaría la inmediata comparecencia de un nuevo perito, so pena de dolo que haya incurrido el anterior peritaje.

2.5.1.3. – Inspección Judicial. – También denominada reconocimiento judicial, dentro de este medio probatorio el juez hace un reconocimiento del asunto materia del litigio, con el fin de hacer una valoración a base de la percepción de sus sentidos, con el fin de obtener argumentos de las partes sobre los hechos ocurridos y alegados dentro del proceso, dentro de nuestro Código de Procedimiento Civil, se ha implementado un parágrafo con respecto a la realización de una inspección judicial, se la puede llevar a cabo como diligencia preparatoria con el fin de obtener una información veraz.

Lessona dice: “es el acto por el cual el juez se traslada al lugar al que se refiere la controversia, o en el que se encuentre la cosa que la motiva, para obtener mediante examen personal elementos de convicción. Florian considera que la inspección es la institución procesal tradicional, encaminada a aplicar la percepción directa del juez, como medio de prueba, respecto de cosas, lugares o personas, y la define como el acto procesal mediante el cual el juez, observa, aprehende y percibe en cualquier forma y por sí mismo determinado objeto sensible⁸³”.

⁸³ TEORIA GENERAL DE LA PRUEBA JUDICIAL, Devis Echandía Hernando, editorial temis S.A., tomo II Bogotá, Colombia, 2006, pág. 408

Por lo tanto sin lugar a dudas la inspección judicial constituye uno de los medios probatorios más importantes dentro de la actividad judicial, sobre todo cuando se cree estar en posesión de la verdad, se considera como prueba evidente, ya que el juez con extrema certeza de lo que sus sentidos han percibido podrá declarar con lugar a una demanda, así tenemos que en nuestro Código de Procedimiento Civil en su Art. 248 nos indica claramente a que trámites judiciales la inspección constituirá un medio de prueba relevante.

2.5.1.4. – La prueba por documentos. – Etimológicamente la palabra documento, tiene su origen en el término griego dék correspondiente al verbo latino docere, “instruir”, de donde proviene el vocablo documentum, que originalmente significa: “lo que se enseña, con lo que alguien se instruye”, más ampliamente podemos traducir el verbo latino “docere” y el griego “dékomai” por “hacer ver a alguien algo claro, instruirlo”, por lo que documento es algo que muestra, que indica alguna cosa⁸⁴.

El documento como conocemos es producto de una actividad realizada por el ser humano, en sentido estricto “documento es toda cosa que sea producto de un acto humano, perceptible con los sentidos de la vista y el tacto, que sirve como prueba histórica indirecta y representativa de un hecho cualquiera⁸⁵” Bien nos dice Cabanellas: Instrumento con que se prueba, confirma o demuestra o justifica una cosa o, al menos, que se aduce con tal propósito⁸⁶

Veamos que dice la doctrina acerca de las pruebas documentales Gustavo Humberto Rodríguez sostiene:

⁸⁴ DERECHO INFORMATICO, Nieves Galarza Ricardo, ediciones “carpol” obras selectas, Cuenca, Ecuador, 2009, pág. 52

⁸⁵ TEORIA GENERAL DE LA PRUEBA JUDICIAL, Devis Echandía Hernando, editorial temis S.A., tomo II Bogotá, Colombia, 2006, pág. 473

⁸⁶ DICCIONARIO ENCICLOPEDICO DE DERECHO USUAL, Cabanellas de Torres Guillermo, Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 2006, Pág. 331

- a) Documento es un acto extraprocésal y pre procesal, porque se realiza con anterioridad al proceso para ser representado en este.
- b) Que representa o aporta datos o circunstancias, declaraciones de voluntad o de verdad
- c) Con relevancia jurídica probatorio (criterio de Carnelutti)
- d) En relación con el tema a probar
- e) Causado por autor individualizado e identificable

Por la tanto una hipoteca, un contrato, un pagaré, una letra de cambio, etc., son documentos capaces de representar un hecho cualquiera o una manifestación del pensamiento. Jaime Guasp indica lo siguiente: Prueba real es aquella en que un objeto físico sirve como instrumento para convencer al juez de la existencia o inexistencia de ciertos datos procesales. Las funciones jurídicas del documento teniendo en cuenta la finalidad que con él se persigue, el documento desempeña dos funciones distintas: a). – Una carácter extraprocésal; de naturaleza sustancial y solemne; b). – Otra de carácter procesal y probatorio

2.5.1.5. – La prueba de indicios. – Según el diccionario enciclopédico de Guillermo Cabanellas indicio es: Acción o señal que da a conocer lo oculto. Conjetura derivada de las circunstancias de un hecho. Sospecha que algo conocido permite sobre aquello otro aquello dudoso o desconocido... la prueba indiciaria ha renacido pujante, por los inmensos progresos científicos, que permiten aquilatar los más insignificantes vestigios del paso del hombre por un lugar, como huellas y sus impresiones digitales, alteraciones en la escritura, etc⁸⁷.

La prueba indiciaria históricamente fue utilizada en los procesos de tipos penales, aunque sigue teniendo el mismo auge en la actualidad en el área penal, es utilizada además, en el campo civil, sobre todo para el reconocimiento de enmendaduras en contratos. También se puede decir que Indicio es: un hecho conocido del cual se

⁸⁷ DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE DERECHO USUAL, Cabanellas de Torres Guillermo, Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 2006, Pág. 430

induce otro hecho desconocido, mediante un argumento probatorio del que se obtiene, en virtud de una operación lógica basada en normas generales de la experiencia o en principios científicos o técnicos

Por lo tanto concluimos diciendo que los indicios no son medios de prueba, sino objeto a ser probados, pero han sido incluidos en este capítulo ya que no se debe dejar de mencionar para el conocimiento general no podemos dejar de decir que en la mayoría de juicios sean penales y civiles los indicios forman parte del objeto mismo de la prueba y de la dirección que debe tomar la defensa en el momento mismo de determinar el medio probatorio a seguir.

2.5.1.6. – Las presunciones en el derecho probatorio. – De la presunción decían Las Partidas que era una sospecha, que en algún caso vale tanto como averiguamiento de prueba⁸⁸. En la selección de los trabajos de los jurisconsultos clásicos romanos, hecha por encargo del emperador Justiniano, se encuentran ya fragmentos de los clásicos anteriores en los que la palabra *praesumere* se usa en el sentido de opinión, suposición o creencia.... se da el significado de hipótesis que se tiene por cierta mientras no se destruya por una prueba en contrario⁸⁹

En la actualidad las presunciones sirven como base referencial para que a través de la lógica el juez llegue a la conclusión de un hecho determinado como cierto. Se basa en la probabilidad de ciertas circunstancias para determinar la realidad de un hecho, bien nos dice Framarino Dei Malatesta, cuando se condena a un individuo en el proceso penal, se debe tener pruebas de certeza y no de probabilidades para determinar un hecho. Sin embargo nos dice que cuando concurren varios hechos determinados como probables se llegara a la conclusión que existió tal evento.

⁸⁸ DICCIONARIO ENCICLOPEDICO DE DERECHO USUAL, Cabanellas de Torres Guillermo, Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 2006, Pág. 440

⁸⁹ TEORIA GENERAL DE LA PRUEBA JUDICIAL, Devis Echandía Hernando, editorial temis S.A., tomo II Bogotá, Colombia, 2006, pág. 677

Como el proceso civil difiere en mucho al proceso penal, ya que determinadas pruebas que determinan la probabilidad de un hecho se puede llegar a la sentencia con el solo hecho de traerlas a colación en base a las reglas de la experiencia. Sin embargo en nuestro Código Civil existieron dos tipos de presunciones las de derecho que son aquellas que no admiten prueba en contrario; y las de hecho que sí admiten prueba.

Que nos indica el Diccionario Enciclopédico de Guillermo Cabanellas en torno a las presunciones: Conjetura; suposición; Indicio; señal; sospecha; Decisión legal, excepto contraria prueba.... Según Caravantes “La palabra presunción se compone de la preposición para y el verbo sunco, que significa tomar anticipadamente; porque por las presunciones se forma o se deduce un juicio u opinión de las cosas y de los hechos...”⁹⁰

⁹⁰ DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE DERECHO USUAL, Cabanellas de Torres Guillermo, Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 2006, Pág. 440

SISTEMA DE VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS

Que es tarifa legal o prueba tasada. –

El sistema de la tarifa legal data de tiempos primitivos y en su sentido más formal en la antigüedad se le pretendió al juzgador limitar el conocimiento de la verdad y darle mayor relevancia a una prueba que a otra, tratando de encontrarse con una objetividad de la prueba, lo que le regulaba completamente la actuación y valoración de la prueba dentro de los procesos de la época, concluyendo entonces que la prueba legal son aquellas que de acuerdo con la ley pueden ser admitidas dentro del proceso, por lo tanto cada vez que la ley señale los medios probatorios adecuado existirá la tarifa legal.

Así Lessona indica que: “El sistema de la prueba positiva o legal,..., tuvo su origen en el procedimiento bárbaro y se esforzó cuando a éste le sustituyó el procedimiento romano canónico. En efecto el derecho canónico, con la saludable intención de excluir el arbitrio de los juzgadores y asegurar el triunfo de la verdad real, a la vez que tenía en cuenta la persuasión del juez, le dictaba reglas para dirigir su juicio respecto del valor de las pruebas. Así, para algunas de ellas, dictó reglas precisas, sacadas de los principios racionales, a cuya reglas les obligaba a atenerse, y obligándolos a sentenciar según los resultados externos del proceso, puede decirse que se inició el sistema que suele llamarse la tasa legal de las pruebas⁹¹”

Al respecto comenta Vishinski: “La teoría de las pruebas legales representó en una determinada etapa del derecho procesal un paso adelante –ya que restringía la desenfrenada arbitrariedad y el poder ilimitado, en vigor hasta entonces, de diferentes grupos y de personas influyentes⁹²” Podemos decir que este sistema rigió tiempo atrás nuestro ordenamiento jurídico, así tenemos que el Dr. Alfonso Troya Cevallos haciendo un comentario a nuestro Código Adjetivo Civil de la época indica en su

⁹¹ VALORACIÓN JUDICIAL DE LAS PRUEBAS, autores varios, editorial jurídica bolivariana, II edición 2001, Bogotá-Caracas-Panamá-Quito, 2000, pág. 147

⁹² *Ibidem*

libro elementos del Derecho Procesal Civil lo siguiente: “Las pruebas se clasifican en plenas y semiplenas según el CPC. Claro que se refiere a la eficacia del acto probatorio esta clasificación legal”⁹³ Más adelante indica: “el 118 del CPC dispone que a falta de prueba plena, el juez deberá decidir por las semiplenas, según el valor que tengan a su juicio, estableciendo presunciones que deducirá de los documentos y actuaciones producidas en juicio.

La libre convicción o Sana crítica. –

Es la base de la valoración de la prueba en donde convergen tres aspectos, las reglas de la experiencia, las reglas de la lógica y las reglas de la ciencia. Según Couture la sana crítica son reglas del correcto entendimiento humano, contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar, pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe darse apoyo a la sentencia. Así mismo nos indica que la sana crítica consiste en un sentido formal en una operación lógica, el maestro Ángel Martínez Pineda dice que Se necesita una elevada razón lógica y jurídica que demuestre la plenitud de la prueba por su calidad de absoluta

Reglas de La Experiencias

Para dar una correcta valoración de las pruebas y hablando del testimonio propio por ejemplo y de los testigos tenemos que tener en cuenta las reglas de la experiencia siguientes. A) El Carácter de las personas (máximas de la experiencia) al mentiroso no le creemos, no le debemos creer. B) En principio, a quién le tenga interés no le debemos creer (presumiblemente puede mentir por ese interés) por lo tanto como nos indica Nicolás Framarino Dei Malatesta En un testigo puede concurrir peculiares condiciones psicológicas o patológicas, todo lo cual rebaja el valor probatorio de su testimonio, en cuanto a la materia a que se refieren aquellas personas condiciones de perfección e imperfección.

⁹³ ELEMENTO DE DERECHO PROCESAL CIVIL, Troya Cevallos Alfonso, ediciones universidad Católica; Quito – Ecuador, 1976, pág. 382

Deben tomarse en cuenta por lo tanto dos condiciones que deben darse como inherentes al sujeto del testimonio, y sin las cuales no puedan inspirar fe. 1. Que el testigo no se haya equivocado y 2.- que no quiera engañar. En base a las causas psicológicas de verdad o de la falsedad, Jeremías Betham indica lo siguiente, la voluntad de mentir obedece a dos causas 1. La existencia de un motivo seductor, es decir, de un motivo que se relacione con el interés del testigo; 2 la obediencia de un hábito de falta de probidad.

Veamos ahora lo siguiente suponiendo al testigo en la disposición más favorable a la verdad, el mérito de su testimonio dependerá del estado de sus facultades intelectuales. Por lo tanto es necesario que el testigo haya estado situado en una posición que le permitiese ver la totalidad del objeto. Reglas de la experiencia tres personas que ven una riña por ejemplo verán objetos muy diferentes por el estado de confusión. Ahora bien, el mismo Jeremías Betham indica lo siguiente con respecto a la memoria del testigo “una causa de inexactitud en el testimonio es la falta de memoria que puede ultrajar bien por debilidad en los aspectos de percepción o bien por el transcurso del tiempo”. Por lo tanto hay hechos los más numerosos, tan poco importantes que pasan como sombras sin dejar ningún rastro en la memoria, esto es máxima de la experiencia, pues como los testigos pueden recordar un hecho inverosímil para ellos pues no tenía ninguna importancia.

Podemos decir que las reglas de la experiencia se basan también en lo que es el sentido común que no es más que la racionalidad aplicada a los hechos y que permite al hombre decidir en uno y otro sentido.

Diversas conceptualizaciones de Valorización de prueba. –

Según Couture: “ El tema de valoración de la prueba busca una respuesta para la pregunta ¿Qué eficacia tiene los diversos medios de prueba establecidos en el derecho positivo? Ya no se trata de saber que es en sí misma la prueba, ni sobre que debe

recaer, ni por quién o cómo debe ser producida. Se trata de señalar, con la mayor exactitud posible, como gravitan y que influencia ejercen los diversos medios de prueba, sobre la decisión que el magistrado debe expedir”⁹⁴

Para Enrico Liebman nos indica que la valoración de la prueba debe ser considerada de la siguiente manera: Adquirido para la causa el material probatorio, el juez debe valorarlo libremente “según su prudente apreciación”, esto es, con el uso de la razón y la experiencia; y del proceso lógico seguido así como de los resultados de tal valoración debe dar cuenta sucintamente o exhaustivamente, en la motivación de la sentencia⁹⁵

Bien explica Jorge Claria Olmedo: “El resultado probatorio en que desemboca la valoración con relación al íntegro objeto procesal establece la base fáctica del pronunciamiento jurisdiccional definitivo. Ese resultado debe reflejar el estado subjetivo del juzgador en cuanto al grado de convencimiento obtenido con respecto a la verdad del acontecimiento sometido a su decisión: duda, probabilidad (o improbabilidad) y certeza tanto en sentido afirmativo como negativo”⁹⁶.

Desde el punto de vista autónomo procesal. –

En la actualidad la valoración de prueba de conformidad a lo establecido en el Art. 115 del Código de Procedimiento Civil, se utiliza el sistema de la sana crítica que ha sido estudiado en este mismo capítulo, en donde no hay que dejar de mencionar tiene que cumplirse ciertas formalidades que nos señala el Art. 117 del mismo cuerpo legal.

Sin embargo no hay que dejar de indicar que dentro de la sección en la que se trata la prueba dentro del Procedimiento Civil, deberían incluirse una reforma que vaya

⁹⁴ VALORACIÓN JUDICIAL DE LAS PRUEBAS, autores varios, editorial jurídica bolivariana, II edición 2001, Bogotá-Caracas-Panamá-Quito, 2000, pág. 12

⁹⁵ VALORACIÓN JUDICIAL DE LAS PRUEBAS, autores varios, editorial jurídica bolivariana, II edición 2001, Bogotá-Caracas-Panamá-Quito, 2000, pág. 398

⁹⁶ VALORACIÓN JUDICIAL DE LAS PRUEBAS, autores varios, editorial jurídica bolivariana, II edición 2001, Bogotá-Caracas-Panamá-Quito, 2000, pág. 596

encaminada a mejorar el estado probatorio de los juicios, no se diferencia la importancia que debe tener la estación probatoria en los juicios contenciosos o en los ejecutivos, dando como producto final el abuso de los abogados al hacer pedidos de pruebas exacerbados, incluso no propios del trámites con los que se está tratando, lo que ocasiona un total desinterés en la plena relevancia que deben tener las pruebas aportadas

No hay que menospreciar que en nuestra legislación a pesar de lo incluido dentro del Art. 117 del Código de Procedimiento Civil, se cometen una serie de arbitrariedades por la poca importancia que le damos al ámbito probatorio. Vale mencionar que en relación a las pruebas de oficio, muy pocos jueces son los que verdaderamente las decretan, muchos con temor a ser denunciados por prevaricato, otros por no tener el tiempo suficiente para despachar las causas y otros por temeridad, algo que sin lugar a dudas debe cambiar.

Desde un punto de vista constitucional

Clásico. – Desde el inicio del constitucionalismo en nuestro país se ha venido dando una gran importancia al imperio de la Ley, regido hasta el año 1998 en un estado liberal de derecho, es decir, en donde todo el andamiaje del sector público actuaba conforme a la norma escrita dentro de la ley, que fue conocido entonces como el derecho de las Instituciones públicas, integrado por un conjunto de normas fundamentales. Bien lo indica el Dr. Jorge Zavala Egas “La ley en sentido formal era el distintivo del Estado, las constituciones terminaron siendo meras cartas políticas y lo proclamados derechos constitucionales sólo tendrían eficacia jurídica en la medida en que la ley los reconociera y con el alcance que las ley les diera, de modo que no constituirían un límite a la legislación⁹⁷”

⁹⁷ APUNTES SOBRE NEO CONSTITUCIONALISMO, ACCIONES DE PROTECCIÓN Y PONDERACIÓN, Zavala Egas Jorge, pág. 15

Como hemos indicado, la verdadera realización de un sistema procesal transparente en el estado constitucional clásico, estaba expedido por el espíritu de la norma, en donde se darían las reglas básicas para una valoración de la prueba, en nuestro país ha ido evolucionando en este sentido muy lentamente, especialmente en el área civil que ha sido totalmente olvidada por el legislador, ya que se permite que ha cualquier cosa se le llame prueba, quitando la verdadera relevancia de esta temática.

Entonces decimos que desde el punto de vista constitucional clásico nuestro estado estaba estructurado de la siguiente manera: 1) el reconocimiento de carácter normativo superior a la ley; 2). – La aplicación de la Constitución, esto es, su concreción normativa a través de la ley y, 3). – La jurisprudencia interpretativa de la ley, vía recurso de casación, era la fuente primaria del derecho⁹⁸.

Ahora bien, en el constitucionalismo clásico se inspira en el positivismo legalista antiguo, en donde se daban mayor importancias a la reglas incluidas en la norma, cuya protección a los derechos fundamentales adquirirían verdadera importancia, en la medida que la ley los consagra. Así tenemos cuatro aspectos fundamentales de este constitucionalismo clásico:

1. – Un conjunto de normas (reglas) e institucional básico
2. – Dificilmente reformable (rigidez constitucional)
3. – Regulador de la organización y ejercicio del poder del Estado
4. – Garantizador de derechos y libertados de los individuos y grupos

Con respecto a este último ninguno era regulado por las constituciones, sino por la ley, todo este sistema ha sido totalmente reformado por el actual modelo neo constitucional instaurado con la nueva constitución que ha alcanzado una garantía más profunda y mejor regularizada que la del derecho constitucional clásico en donde

⁹⁸ APUNTES SOBRE NEO CONSTITUCIONALISMO, ACCIONES DE PROTECCIÓN Y PONDERACIÓN, Zavala Egas Jorge, pág. 15

los derechos fundamentales adquieren mayor importancia y son tratados de mejor manera

Neo constitucional. – La nueva época de constitucionalismo, ha traído a colación una serie de nuevos principios y de dogmas modernos que buscan dar la verdadera relevancia que debe tener una constitución en el andarivel de los pueblos. Se han elevado a una categoría superior las normas incluidas en los textos constitucionales, ya no son meros enunciados que sólo servían como ejercicios líricos de los procesos instaurados.

Vale indicar entonces: “Una constitución normativa significa que, además de regular la organización de poder fuentes de derecho, genera de modo directo derechos y obligaciones inmediatamente exigibles”⁹⁹. En el derecho procesal, la prueba sirve como un método de demostración de que un hecho genera un derecho, en su defecto en el neo constitucionalismo no se tomarán en cuenta los hechos, sino el conflicto surgido por una norma que se contrapone con otra que ha sido elevada a nivel constitucional

Anteriormente cuando dos derechos colisionaban se decía que uno debía siempre dar paso al otro, quedaba entonces subsumido, la realidad ahora es que para dar solución a este tipo de conflictos se utiliza el método de la ponderación, para determinar qué derecho es superior al otro, pero sólo para determinado caso, como por ejemplo cuando una persona es afectada por una noticia que afecta a su derecho al honor. Se puede decir entonces que el periodista hizo fiel uso de su derecho a informar y la persona afectada sufrió un quebrantamiento en su derecho al honor, como sabemos el honor adquiere mayor peso, esto es ponderar, por sobre todo cuando desde tiempos antiguos el derecho al honor es uno de los bienes jurídicos mayor protegidos por la norma.

⁹⁹ APUNTES SOBRE NEO CONSTITUCIONALISMO, ACCIONES DE PROTECCIÓN Y PONDERACIÓN, Zavala Egas Jorge, pág. 17

Este modelo o teoría de la ponderación cuyo inventor es el profesor Robert Alexy nos indica que “Consiste en un procedimiento por el cual se establece una relación de precedencia condicionada entre derechos fundamentales que se hallan en conflicto. Como resultado uno de los derechos ha de preceder en el caso. El instrumento que se emplea es la denominada “ley de la ponderación”, según el cual cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro¹⁰⁰”

En cuanto a la ponderación el Dr. Jorge Zavala Egas indica: “de acuerdo a esta regla, el sacrificio impuesto a un principio (puede ser enunciativo de un bien o de un derecho) en beneficio de otro, sólo se justifica en la medida que sea en el mínimo necesario para no impedir la satisfacción del otro principio considerado como más importante en estas circunstancias concretas”¹⁰¹

¹⁰⁰ CONFLICTOS ENTRE DERECHOS FUNDAMENTALES, Mijail Mnedoza Escalante, ediciones Palestra; Lima – Perú, 2007, pág. 95

¹⁰¹ APUNTES SOBRE NEO CONSTITUCIONALISMO, ACCIONES DE PROTECCIÓN Y PONDERACIÓN, Zavala Egas Jorge, pág. 87

CAPITULO IV

MARCO ADMINISTRATIVO

MATERIALES:

500 Hojas de papel bond A4

Materiales de oficina (computador e impresora copiadora)

2 cd de información del tema

1 grabadora para entrevistas

Bibliografías (libros especializados en la materia)

50 copias fotostáticas

2 cartuchos de tinta de inyección

TÉCNICOS:

Proyecto de Tesis

Legislación vigente

Reglamentos de la Corte Suprema de Justicia

Obras jurídicas científicas acerca de la temática

Internet

Diccionarios Jurídicos

HUMANOS:

1 secretaria

1 Auxiliar de Investigación

ECONOMICOS:

DESCRIPCIÓN	CANTIDAD	VALOR
CARTUCHOS	2	U\$ 20
OBRAS JURÍDICAS	2	U\$ 30
DICCIONARIOS JURÍDICOS	1	U\$ 25
IMPRESIONES INTERNET	15	U\$ 2
IMPRESIONES FOTOS	1	U\$ 1
ANILLADO	1	U\$ 1

TOTAL:

79,00

4.1.- Proyecto de Reforma

LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL EN LO CONCERNIENTE AL AMBITO PROBATORIO

Art. 1.- Agréguese al Art.- 113 del Código de Procedimiento Civil lo siguiente:

1. – Cuando al tiempo de dictar sentencia, el juez considere dudosos los hechos relevantes para la decisión, desestimaré las pretensiones de las partes, según corresponda a unos o a otros la carga de probar los hechos que pertenezcan inciertos y fundamenten las pretensiones

Art. 2. – Agréguese al Art. 115 del Código de Procedimiento Civil lo siguiente:

1. – La prueba deberá ser apreciada en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, *dicho poder jamás podrá ser arbitrario, por lo tanto su evaluación probatoria supone necesariamente la adopción de los criterios de racionalidad, objetividad, seriedad y responsabilidad, sin alejarse de los criterios de la ciencia, en los procesos en donde existan exámenes periciales conducentes*, sin perjuicio de las solemnidades en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos.

Art. 3.- Agréguese al Art.- 116 del Código de Procedimiento Civil lo siguiente:

1. - Las pruebas deben concentrarse al asunto que se litiga y a los hechos sometidos al juicio *y el juez tendrá la obligación de rechazarlas de oficio al momento de admitirla o a petición de parte una vez que haya sido notificada, toda prueba que por inconducente, impertinente, inútil o repetitiva pretenda retardar el procedimiento de la causa. El auto que proceda a rechazar deberá ser fundamentado y debidamente motivado indicando la razón por la que se la inadmite.*

Art. 4. - Agréguese dentro después del Art. 117 del Código de Procedimiento Civil lo siguiente:

1. – Se inadmitirán además las pruebas que hayan sido obtenidas de manera ilegal, el juez tendrá la obligación de rechazar la prácticas de las pruebas que sean ineficaces, las que versan sobre hechos notoriamente impertinentes, o que hayan sido aceptado por las partes y las manifiestamente superfluas. El rechazo de las mismas será debidamente motivado y se tendrá el derecho a la réplica por tres días luego de haber sido notificada
2. – Toda prueba que haya sido realizada de conformidad a lo que establece el Art. 117 Se podrá trasladar a otro proceso, en copia certificada, y para su apreciación será necesario que en el proceso original se haya practicado a petición de la parte contra quién se le quiere hacer valer.
3. – Carece de eficacia probatoria toda aquella prueba que haya sido ordenada por medio de actos simulados, dolo, violencia física o moral, o soborno.
4. – La prueba sobre hechos nuevos o supervinientes que no hayan sido alegados por las partes en su demanda o en sus excepciones, son motivo de prueba, siempre que estas nuevos hechos aparezcan en el camino del proceso
5. – Los indicios son objeto de prueba, siempre y cuando se los pueda demostrar por alguno de los medios probatorios

Conclusiones. –

1. – Determinar la Pertinencia que debe contener las pruebas que se solicitan por las partes dentro del respectivo término probatorio con el fin de llegar a la búsqueda de la verdad dentro del proceso.
2. – Establecer la Valoración que deben hacer los jueces ante las pruebas que fueron aportadas por las partes y que buscan el esclarecimiento de la verdad.
3. – Instituir dentro de nuestra legislación procesal civil, un capítulo mayormente especializado acerca de la prueba
4. – Comprobar a través de ejemplos los cambios que se deben efectuar en nuestra legislación para dar cumplimiento con los nuevos principios que rigen nuestro nuevo ordenamiento legal instaurado con la constitución de 2008

Recomendaciones. –

1. – Regular a través de la ley la pertinencia que debe tener la prueba solicitada por la parte con el fin de cumplir con la función de utilidad dentro del proceso civil
2. – Determinar la necesidad de tener una mejor legislación para evitar el fraude que buscan las partes al hacer pedidos de prueba con el ánimo de entorpecer la administración de Justicia

BIBLIOGRAFÍA

DEVIS ECHANDÍA HERNANDO, Teoría General De La Prueba Judicial, editorial temis S.A., Bogotá, 2006.

VERBIC FRANCISCO, La Prueba Científica En El Proceso Judicial, rubinzal – culzoni editores, Buenos Aires, Argentina, 2008.

ZAVALA EGAS JORGE Apuntes Sobre Neo Constitucionalismo, Acciones De Protección Y Ponderación.

NIEVES GALARZA RICARDO, Derecho Informático, ediciones “carpol” obras selectas, Cuenca, Ecuador, 2009.

DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE DERECHO USUAL, Cabanella de Torres Guillermo, Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 2006.

DICCIONARIO DEL DERECHO CIVIL, Larrea Holguín Juan, Corporación de Estudios y publicaciones, Quito, Ecuador, 2006, pág. 392

BENTHAM JEREMÍAS, La Prueba En El Juicio Oral Penal, Ediciones Cueva Carrión, Quito – Ecuador, 2009.

FRAMARINO NICOLÁS, Lógica De Las Pruebas, Valletta ediciones, Buenos Aires, Argentina, 2008.

PARRA QUIJANO JAIRO, Manual De Derecho Probatorio, Editorial ABC, Colombia, 2009.

VARIOS AUTORES, Valoración Judicial De Las Pruebas, editorial Jurídica Bolivariana, 2da edición Bogotá – Caracas – Panamá – Quito –, 2001.

ESPINOZA GALO, La Mas Práctica Enciclopedia Jurídica, Compendio de Setenta años de jurisprudencia de la Corte Suprema, Imprenta “Don Bosco”, volumen IV Quito - Ecuador, 1999.

MIJAIL MNEDOZA ESCALANTE Conflictos Entre Derechos Fundamentales, ediciones Palestra; Lima – Perú, 2007.

Páginas Electrónicas

www.derechoecuador.com

<http://es.mimi.hu/economia/ponderacion.html>

http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=cultura

<http://www.biografiasyvidas.com/monografia/aristoteles/>

<http://es.wikipedia.org/wiki/Percepción>,

www.sitographics.com/dicciona/p.html

Legislación

Constitución Política de la República del Ecuador de 1998

Constitución de la República

Código Civil

Código de Procedimiento Civil

Código Penal

Código de Procedimiento Penal