

# Apuntes sobre la Prueba en el **COGEP**



CORTE NACIONAL DE  
**JUSTICIA**

*Verdad, Seguridad y Paz  
Illumanta, Kamaymanta, Kasikmanta*

**Carlos Ramírez Romero**

# **Apuntes sobre la Prueba en el COGEP**





CORTE NACIONAL DE  
**JUSTICIA**

# **Apuntes sobre la Prueba en el COGEP**

**Carlos Ramírez Romero**

*Corte Nacional de Justicia*

*Apuntes sobre la Prueba en el COGEP. Primera edición, xxxx 2017.*

*Quito: Corte Nacional de Justicia, 2017.*

*Xxxp.: 11cm x 17cm*

*1. Apuntes sobre la Prueba en el COGEP. Ecuador. Corte Nacional de Justicia.*

### **Autor**

Dr. Carlos Ramírez Romero  
*Presidente de la Corte Nacional de  
Justicia*

### **Comité editorial**

Dr. Darwin Eugenio Aguilar Gordón  
Dr. Manuel Agustín Chamba Chamba  
Dr. Raúl Mariño Hernández  
Dr. Jorge Alejandro Miranda Calvache

### **Diseño y diagramación**

Javier Leiva Espinoza

### **Impresión**

Jefatura de Biblioteca,  
Gaceta y Museo de la CNJ  
Primera edición, agosto 2017  
Quito, Ecuador

# Índice

<b>Capítulo I. Cuestiones Generales</b>		
I.1.	Importancia de la prueba	19
I.2.	La actividad probatoria en nuestro ordenamiento procesal (Sistemas fundamentales)	21
I.3.	Principios relacionados con la prueba	26
I.3.1.	Principios Constitucionales	26
I.3.2.	Principios relacionados con la actividad jurisdiccional	34
I.3.2.1.	Principio de necesidad de la prueba	34
I.3.2.2.	Principio de la eficacia jurídica	34
I.3.2.3.	Principio de la unidad de la prueba	35
I.3.2.4.	Principio de la comunidad de la prueba	35
I.3.2.5.	Principio del interés público de la función de la prueba	36

1.3.2.6.	Principio de la lealtad y veracidad de la prueba	37
1.3.2.7.	Principio de contradicción de la prueba	39
1.3.2.8.	Principio de publicidad de la prueba	39
1.3.2.9.	Principio de formalidad y legitimidad de la prueba	40
1.3.2.10	Principio de la preclusión de la prueba	41
1.3.2.11	Principio de inmediación y de la dirección del juez en la producción de la prueba	42
1.3.2.12	Principio de imparcialidad del juzgador	43
1.3.2.13	Principio de concentración de la prueba	44
1.4.	Finalidad de la prueba	44
1.5.	Objeto de la prueba	47
1.6.	Necesidad de la prueba	51
1.6.1.	Excepciones del tema a probar	52
1.6.1.1.	Los hechos afirmados por una de las partes y admitidos por la parte contraria	53

1.6.1.2.	Los hechos imposibles	54
1.6.1.3.	Hechos notorios	55
1.6.1.4.	Los hechos que la ley presume de derecho	60
1.6.1.5.	Afirmaciones o negaciones indefinidas	62
1.6.1.6.	Aplicación del derecho	63
1.6.1.6.1.	Aplicación del derecho extranjero	63
1.6.1.6.2.	Aplicación de la costumbre	64
1.7.	Objeciones de la Prueba	68
<b>Capítulo 2. Fases de la Actividad Probatoria</b>		
2.1.	Oportunidad - anuncio - presentación y acuerdos probatorios	75
2.2.	Calificación.- Admisibilidad	80
2.2.1.	Requisitos de admisibilidad	80
2.2.2.	Recursos en la etapa del debate probatorio	84
2.3.	Ordenación de medidas respecto a las pruebas	85
2.4.	Práctica de la prueba	89

2.4.1.	Aspectos generales	89
2.4.2.	Prueba en la audiencia preliminar y fase de saneamiento	92
2.5.	Valoración de la prueba	96
2.5.1.	Motivación y valoración. Apreciación y valoración de la prueba	96
2.5.2.	Reexamen de admisibilidad de los medios de prueba. Recalificación de las pruebas	100
2.5.3.	Disponibilidad y regularidad formal de los medios de prueba	102
2.5.4.	Ordenación lógica de los medios de prueba	103
2.5.5.	Normas aplicables	105
2.5.6.	Confrontación de los hechos con las diversas pruebas.	105
2.5.7.	Sistemas de valoración de la prueba	106
2.5.7.1.	Prueba legal	106
2.5.7.2.	Reglas de la sana crítica	108
2.5.8.	Reglas sobre la valoración de la prueba en el COGEP	110

2.5.9.	Improcedencia e ineficacia de la prueba	115
2.5.10.	Estándares de prueba	116
2.5.11.	Valoración resultado	117
<b>Capítulo 3. Clasificación de las pruebas</b>		
3.1.	Prueba de oficio	121
3.2.	Prueba traslada	126
3.3.	Pruebas directas e indirectas	128
3.4.	Pruebas positivas y negativas	132
3.5.	Pruebas reales o materiales y pruebas personales	133
3.6.	Prueba nueva	135
3.6.1.	Procedimiento para anunciar prueba nueva	136
3.6.2.	Prueba nueva en segunda instancia	136
3.6.3.	Prueba nueva dirigida al perito	138

<b>Capítulo 4. Carga de la Prueba</b>		
4.1.	La interacción en el marco del proceso: derechos, deberes, obligaciones, responsabilidades que se generan en el proceso	141
4.2.	Carga procesal	143
<b>Capítulo 5. Medios de Prueba</b>		
5.1.	Prueba Testimonial	153
5.1.1.	En qué consiste la prueba testimonial	153
5.1.2.	Normas constitucionales	154
5.1.3.	Anuncio de prueba testimonial	156
5.1.4.	Declaración anticipada	157
5.1.5.	Declaración de parte	158
5.1.5.1.	Naturaleza de la declaración de parte	158
5.1.5.2.	Reglas sobre la declaración de parte	159
5.1.5.3.	Declaración de parte mediante la emisión de informe	160
5.1.5.4.	Efectos de la declaración de parte sobre la verdad de la demanda	162

5.1.6.	Declaración de testigos	163
5.1.6.1.	Quiénes no pueden declarar como testigo	163
5.1.6.2.	Reglas sobre la comparecencia de testigos	164
5.1.6.3.	Comparecencia de testigos que no residen en el lugar del juicio.	165
5.1.7.	Práctica de la Prueba Testimonial	165
5.1.7.1.	Reglas sobre la práctica de la prueba testimonial	165
5.1.7.2.	Atribuciones del juzgador en la práctica del testimonio	169
5.1.7.3.	Atribuciones de las partes en la práctica de la prueba testimonial	170
5.1.7.3.1.	En qué casos la o el declarante puede negarse a responder cualquier pregunta	170
5.1.7.3.2.	Objeciones a preguntas en la prueba testimonial	171
5.1.7.3.2.1.	En qué consiste la objeción	171
5.1.7.3.2.2.	Derecho a objetar.- Quién puede objetar las preguntas	172

5.1.7.3.2.3.	En qué casos pueden las partes objetar las preguntas? Causales de procedencia	172
5.1.7.3.2.3.1.	Causales de procedencia	173
5.1.7.3.2.4.	Tipos de preguntas	176
5.1.7.3.2.5.	Trámite de las objeciones	182
5.1.7.3.3.	Objeciones a respuestas	182
5.1.7.4.	Cómo introducir la prueba testimonial	183
5.1.7.4.1.	El interrogatorio o examen directo	183
5.1.7.4.1.1.	Directrices para el examen directo	185
5.1.7.4.1.2.	Organización del interrogatorio directo	187
5.1.7.4.1.3.	Interrogatorio “Redirecto”	189
5.1.7.4.2.	El contrainterrogatorio o contraexamen.	190
5.1.8.	Juramento como medio de prueba	195
5.1.8.1.	Juramento decisorio	195
5.1.8.2.	Juramento deferido	196

5.1.8.2.1.	Casos en los que se acepta el juramento deferido	196
5.1.8.3.	Diferencias entre el juramento decisorio y el juramento deferido	197
5.1.9.	Valoración de la prueba testimonial	198
5.2.	Prueba documental	199
5.2.1.	Qué se entiende por documento	199
5.2.2.	Clases de documentos	200
5.2.3.	Requisitos para la existencia jurídica de los documentos	204
5.2.4.	Requisitos para la validez del documento como medio de prueba	205
5.2.5.	Requisitos para la eficacia de la prueba documental	205
5.2.6.	Diferencias entre documento y la declaración contenida en este	210
5.2.7.	Documento público	211
5.2.8.	Valoración de los documentos privados sin firma	212
5.2.9.	Reconocimiento de documentos privados	213

5.2.10.	Prueba documental de gran volumen o formato	214
5.2.11.	Requisitos para que hagan fe las copias y las compulsas	215
5.2.12.	Práctica de la prueba documental	216
5.2.13.	Objeción al documento como medio de prueba	218
5.3.	Prueba Pericial	220
5.3.1.	Definición	220
5.3.2.	Principios	221
5.3.3.	Quiénes están autorizados para emitir informes periciales?	221
5.3.4.	Objeto	222
5.3.5.	Finalidad	223
5.3.6.	Naturaleza	223
5.3.7.	Procedimientos	223
5.3.7.1.	Pericia previa	224
5.3.7.2.	Cuando las partes no tienen acceso al objeto de la pericia	224
5.3.7.3.	Cuando las partes tienen acceso al objeto de la pericia	225
5.3.8.	Caso de informes periciales contradictorios	226

5.3.8.1.	Debate	226
5.3.8.2.	Peritaje de oficio	227
5.3.9.	Informe pericial en inspección judicial	227
5.3.10.	Pericia como diligencia preparatoria	228
5.3.II.	Práctica de la prueba pericial	229
5.3.II.1.	Contenido del informe	229
5.3.II.2.	Sustentación del informe del perito	230
5.3.II.3.	Contradicción del informe pericial.- Objeción al medio de prueba pericial	231
5.3.II.4.	Error esencial	232
5.3.II.5.	Informes de autoridades y funcionarios públicos	233
5.3.II.6.	Casos especiales de avalúos	233
5.3.II.7.	Derechos de los peritos – honorarios y gastos del peritaje	234
5.4.	Inspección Judicial	235
5.4.1.	Definición	235
5.4.2.	Principios	235
5.4.3.	Objeto	236

5.4.4.	Finalidad	236
5.4.5.	Naturaleza	237
5.4.6.	Legitimación para solicitar y para ordenar la inspección judicial	237
5.4.7.	Procedimientos	239
5.4.7.1.	Inspección judicial como diligencia preparatoria	239
5.4.7.2.	Solicitud de inspección judicial en los actos de proposición	241
5.4.7.3.	Inspección de oficio	241
5.4.8.	Desarrollo de la inspección judicial	242
5.4.9.	Objeción a la inspección judicial como medio de prueba	243

---

**Capítulo 1.**  
**Cuestiones Generales**





### 1.1. Importancia de la prueba

La prueba tiene una trascendental función en toda actividad humana y obviamente en la actividad jurisdiccional, extraprocesal y procesal. Nos interesa tratar ahora del tema de la prueba en los procesos judiciales.

Sin la prueba la o el juzgador no puede pronunciarse sobre los asuntos sustanciales de la controversia, no puede administrar justicia; y, por tanto, no se puede efectivizar derechos. Y si la justicia es fuente generadora de paz social, orden, bienestar, seguridad jurídica, podemos comprender mejor la trascendencia de la prueba en los procesos judiciales.

Para destacar la importancia de la prueba Hernando Devis Echandía (ob. cit., tomo I, pág. 4-5) menciona un viejo adagio: “Tanto

vale no tener un derecho, cuanto no poder probarlo”; es decir, si no puedo probar el derecho es como no tenerlo. Y se refiere también al criterio de Jeremías Bentham de que “el arte del proceso no es esencialmente otra cosa que el arte de administrar las pruebas”.

Y si tenemos presente la prevalencia del derecho sustancial, debemos concluir que la vivificación del derecho se logra con la prueba de los hechos controvertidos, lo que permite a la o el juzgador dictar la sentencia de fondo para hacer justicia; bien sea, en materias penal, no penal, constitucional o asuntos transversales (garantizando el derecho a la vida, libertad, dignidad, patrimonio, etc.).

Para Carnelutti, citado por Ana Giacomette (ob. cit., pág. 143) las pruebas son “un instrumento elemental no tanto del proceso como del Derecho”; pues al respecto, debemos tener presente la relación complementaria del derecho sustancial y el procesal. Es decir que, el ejercicio efectivo del derecho sustancial se sustenta en la prueba.

La Constitución impone a los jueces la función de administrar justicia; y, sin la prueba no se puede cumplir éste mandato Constitucional.

## 1.2. La actividad probatoria en nuestro ordenamiento procesal (Sistemas fundamentales)

La Constitución de la República establece que “La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo”. (Art. 168, número 6).

En desarrollo de esta norma constitucional, primero el Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ), en su artículo 19, determinó: “todo proceso judicial se promueve por iniciativa de parte legitimada”, y, posteriormente el Código Orgánico General de Procesos (COGEP) establece que corresponde a las partes procesales el impulso

del proceso, conforme con el sistema dispositivo (Art. 5).

La actividad procesal y probatoria, según lo dispuesto en el COGEP, se rige por el principio dispositivo, lo que implica, entre otros aspectos, que:

- a) Todo proceso se inicia con la presentación de la demanda (Art. 141).
- b) Las partes anunciarán los medios de prueba en la demanda, contestación a la demanda, reconvencción y contestación a la reconvencción; y, adjuntarán la prueba documental con que cuenten (Arts. 142.7; 152; 159).
- c) La parte actora, dentro de los términos previstos en el inciso cuarto y quinto del Art.151 del COGEP, puede anunciar prueba sobre los hechos expuestos en la contestación a la demanda.
- d) Las partes pueden conciliar en cualquier estado del proceso, así como celebrar transacción. (Art. 233).
- e) La parte demandada podrá allanarse expresamente a las pretensiones de la

demanda en cualquier estado del proceso, antes de la sentencia (Art. 241).

- f) La parte actora podrá retirar su demanda antes de que esta haya sido citada (Art. 236).
- g) En cualquier estado del proceso antes de la sentencia de primera instancia, la parte actora podrá desistir de su pretensión. La parte demandada que reconvenga, podrá desistir de su pretensión o renunciar al derecho (Art. 237 incisos primero y tercero).
- h) Las partes podrán reducir, suspender o ampliar los términos judiciales de común acuerdo (Art. 76 inciso segundo).
- i) La parte tiene derecho a presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistido y replicar los argumentos de la otra parte; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra. (Art. 76.7.h). CRE).

Sin embargo, la vigencia del principio dispositivo no implica que toda la dinámica procesal esté ligada a las actuaciones e impulso de las partes; pues el proceso judicial

se encuentra dentro del ámbito del derecho público, el COGEP ha consagrado a la o al juzgador como director del proceso, y ha previsto términos que el juzgador debe cumplir para la continuidad del proceso, como la convocatoria a las audiencias que debe realizarlas sin esperar petición de parte, dentro de los términos previstos en la ley, según el tipo de proceso que se trate (ordinario, sumario, ejecutivo, monitorio).

Por lo expresado, el principio dispositivo no alcanza a toda la dinámica procesal; porque además éste principio tiene que contemplarse y aplicarse dentro del principio constitucional de celeridad.

En el campo probatorio el juzgador tiene facultades inquisitivas limitadas, en cuanto excepcionalmente puede:

- a) Ordenar de oficio la práctica de la prueba que juzgue necesaria para el esclarecimiento de los hechos controvertidos (Art. 168, 294.7.b) COGEP y Art. 130.10 COFJ);

- b) Rechazar de oficio prueba impertinente, inútil e inconducente (Art. 160 inciso 2);
- c) Examinar directamente lugares, cosas o documentos, cuando lo considere conveniente o necesario para la verificación o esclarecimiento del hecho o materia del proceso (Art. 228);
- d) Ordenar prueba pericial, cuando la percepción sensorial de la o del juzgador sobre lugares, cosas o documentos examinados no sea suficiente para obtener una conclusión precisa de la diligencia (Art. 229 inciso 2);
- e) Cuando se trate de derechos de niñas, niños y adolescentes, en materia de derecho de familia y laboral, la o el juzgador ordenará a las partes que pongan con anticipación suficiente a disposición de la contraparte, la prueba que esté o deba estar en su poder, así como dictar correctivos si lo hace de manera incompleta (Art. 169 inciso 3).

### 1.3. Principios relacionados con la prueba

#### 1.3.1. Principios Constitucionales

La Constitución de la República contempla principios que rigen la actividad probatoria para garantizar el esclarecimiento de la verdad procesal y lograr la efectivización de derechos de los justiciables.

1. La Constitución reconoce a toda persona el derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos; y, para garantizar estos derechos se aplican los principios de inmediación y celeridad. (Art. 75)

La inmediación que asegura la relación o intervención directa del juzgador con las partes y la práctica de la prueba, lo que garantiza transparencia, imparcialidad en la práctica de la prueba y, en la resolución, sobre la verdad de un hecho o la existencia de un derecho.

El principio de celeridad implica que “La administración de justicia será rápida y oportuna, tanto en la tramitación y resolución de la causa, como en la ejecución de lo decidido” (Art. 20 COFJ). Este principio tiene relación con el de concentración, que conlleva a reunir la actividad procesal en la menor cantidad de actos. En aplicación de estos principios en el proceso ordinario se ha concentrado la actividad procesal en dos audiencias, la preliminar y la de juicio; y, en los demás procesos, en una sola audiencia con dos fases, la de saneamiento y la de juicio.

Además, en el COGEP se ratifica el principio del juez activo, en el sentido de que el juzgador debe proseguir el trámite conforme a ley, sin esperar petición de parte y observando el principio dispositivo.

Todo ello contribuye a la celeridad en la administración de justicia.

2. Como garantía básica del debido proceso en relación a la prueba, la Constitución establece que “a. Las pruebas

obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la Ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria”. (Art. 76.4)

3. El derecho a la defensa, que es una garantía del debido proceso, tiene una relación directa con la actividad probatoria; al respecto, la Constitución de la República, conforme el bloque de constitucionalidad previsto a partir del Art. 8 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, contempla las siguientes garantías básicas para el derecho de defensa:

Art. 76.7: El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

- a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.
- b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.
- c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.

- d) Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento.

Entre los casos de audiencias reservadas, como ejemplos podemos citar los siguientes previstos en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia:

1. En el procedimiento administrativo de protección de derechos, en la audiencia se oirán los alegatos verbales de las partes, comenzando por el denunciante, concluidos los cuales se oirá reservadamente al adolescente en todo caso, o al niño o niña que estén en condiciones de expresar su opinión. (Art. 238).
2. Las causas en que se encuentre involucrado un adolescente se tramitarán reservadamente.

Según lo dispuesto en el Art. 562 del Código Orgánico Integral Penal, son reservadas las audiencias sobre

delitos contra la integridad sexual y reproductiva, violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar y contra la estructura del Estado Constitucional.

- e) Nadie podrá ser interrogado, ni aún con fines de investigación, por la Fiscalía General del Estado, por una autoridad policial o por cualquier otra, sin la presencia de un abogado particular o un defensor público, ni fuera de los recintos autorizados para el efecto.
- f) Ser asistido gratuitamente por una traductora o traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma en el que se sustancia el procedimiento.
- g) En procedimientos judiciales, ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público; no podrá restringirse el acceso ni la comunicación libre y privada con su defensora o defensor.
- h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las

- otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.
- i) Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto.
  - j) Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo.
  - k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto.
  - l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.

4. En todas sus etapas, los juicios y sus decisiones serán públicos, salvo los casos en que expresamente señala la ley que se tramitarán reservadamente.
5. La Constitución, en el Art. 168.6, establece que “La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral”; y, que esta sustanciación se hará de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo.
6. Teniendo presente que la justicia es el fin, la Constitución en el Art. 169 establece que “Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso”.
7. La Constitución de la República establece que “La mala fe procesal, el litigio malicioso o temerario, la generación de obstáculos o dilación procesal, serán sancionados de acuerdo con la ley” (Art. 174, inciso 2).

Por ello, un principio rector del COGEP es el del litigio responsable, que tiene relación con la lealtad procesal, particularmente con la actividad probatoria. Para impedir la prueba sorpresa, la prueba para dilatar el proceso, como regla general se exige: que sea anunciada en la demanda y contestación a la demanda, reconvencción y contestación a la reconvencción (Art. 159); la admisión de la prueba en la audiencia preliminar en el proceso ordinario o en la primera fase de la audiencia única en los demás tipos de procesos; la práctica de la prueba en la audiencia de juicio o en la segunda fase de la audiencia única, con la intervención directa del juzgador; la no repetición de prueba en segunda instancia. Como excepción, se puede solicitar “prueba nueva” en los casos previstos en los artículos 166 y 258 del COGEP, como se analizará más adelante.

El COFJ obliga al juez o jueza exigir a las partes y a sus abogadas o abogados que observen una conducta de respeto recíproco e intervención ética; es deber de las partes y sus abogados(as) actuar con buena fe y

lealtad procesal. Será sancionada la prueba deformada, el abuso del derecho, el empleo de artimañas y procedimientos de mala fe para retardar indebidamente el progreso de la Litis (Art. 26 COFJ).

### **1.3.2. Principios relacionados con la actividad jurisdiccional**

#### **1.3.2.1. Principio de necesidad de la prueba**

Los hechos alegados por las partes en el proceso, y sobre los cuales debe fundarse la resolución del juzgador, deben probarse, salvo los que no requieran. (Art. 162 COGEP). El juzgador debe resolver conforme a los hechos probados.

#### **1.3.2.2. Principio de la eficacia jurídica**

La prueba obtenida debe tener eficacia para llevar a la o el juzgador al convencimiento de la verdad sobre los hechos controvertidos (Art. 158-160).

La eficacia probatoria se refiere a la capacidad de lograr la demostración que se desea con el medio de prueba empleado.

### 1.3.2.3. Principio de la unidad de la prueba

El juzgador debe examinar y apreciar el conjunto de pruebas, que forman una unidad, confrontarlas y apreciarlas bajo la orientación de esclarecer la verdad procesal (Art. 160-164).

La unidad implica una evaluación integrada de todo el material probatorio del proceso, que permitirá al juez sobre su convicción llegar a una conclusión.

### 1.3.2.4. Principio de la comunidad de la prueba

Si el conjunto probatorio de un proceso conforma una unidad, **no puede pretenderse que las pruebas actuadas beneficien solamente a la parte que las aportó**, porque la finalidad de la prueba es establecer la verdad procesal. (Art. 160-164)

Una de las consecuencias del principio de la comunidad de la prueba es la de que es improcedente la renuncia o desistimiento de las pruebas practicadas. Una vez practicada la prueba, ésta le pertenece al proceso.

Antes de que se practique la prueba, en la audiencia preliminar o en la fase de saneamiento, pueden las partes retirar la prueba documental que acompañaron, salvo que haya objeción fundada de la contraparte, argumentando que esa prueba le es útil a su interés y defensa. En este caso, el juzgador se pronunciará aceptando o negando su retiro.

#### **1.3.2.5. Principio del interés público de la función de la prueba**

La Constitución establece el derecho al debido proceso y una de las garantías básicas del debido proceso es el de que “Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria” (Art. 76.4 CRE).

La función del juzgador es administrar justicia (Art. 72 CRE); y, por ello la finalidad de la prueba es llevar al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias controvertidas a través del esclarecimiento de la verdad procesal (Arts. 2-158-160)

Es obligación del juez o jueza ordenar la práctica de toda la prueba admitida, a fin de que su decisión pueda estar fundamentada en los elementos aportados por las partes al proceso.

El Art. 19 del COFJ, determina que las juezas y jueces resolverán de conformidad con lo fijado por las partes como objeto del proceso y en mérito de las pruebas pedidas, ordenadas y actuadas de acuerdo con la ley.

#### **1.3.2.6. Principio de la lealtad y veracidad de la prueba**

De acuerdo a los principios anteriormente enunciados, el juzgador no admitirá prueba encaminada a dilatar el proceso, a ocultar la verdad, a inducirlo a engaño. La

prueba se practicará con lealtad y veracidad (Arts. 2, 160).

Es prohibido a los abogados en el patrocinio de las causas, ejercer el derecho de acción o contradicción de manera abusiva, maliciosa o temeraria, violar el principio de buena fe y lealtad, a través de prácticas tales como presentación de prueba deformada, empleo de artimañas y ejecución de procedimientos de mala fe para retardar indebidamente el progreso de la Litis (Art. 335 numeral 9 COFJ).

En el patrocinio de las causas, es **deber** de los abogados y abogadas:

1. Actuar al servicio de la justicia y, colaborar con los jueces y tribunales;
2. Patrocinar con sujeción a los principios de lealtad, veracidad, honradez y buena fe;
3. Defender con sujeción a las leyes, la verdad de los hechos; entre otros.

### 1.3.2.7. Principio de contradicción de la prueba

Las partes tienen derecho a conocer oportunamente las pruebas que se van a practicar, tienen derecho a oponerse de manera fundamentada y contradecirla. Para garantizar este derecho, el actor en la demanda debe anunciar los medios de prueba que se ofrece para acreditar los hechos, acompañar los documentos que disponga; y, la parte demandada en el escrito de contestación de la demanda deberá anunciar todos los medios probatorios destinados a sustentar su contradicción, adjuntar los documentos con que cuenta. (Arts. 142.7, 152, 159, 160 inciso 4º, 165).

### 1.3.2.8. Principio de publicidad de la prueba

Este es un principio consecuencia del de contradicción; pues, como se ha descrito anteriormente, a las partes debe permitirse conocer las pruebas de la contraparte, intervenir en la práctica, objetarlas si es del caso, alegar respecto a las mismas, conocer las conclusiones del juzgador; pues, además,

es pública la información de los procesos sometidos a la justicia, así como las audiencias, las resoluciones judiciales y las decisiones administrativas, con las excepciones de ley. (Arts. 8; 294.8; 297.7).

### **1.3.2.9. Principio de formalidad y legitimidad de la prueba**

Para que la prueba sea admitida en el proceso y tenga validez debe reunir los requisitos de: pertinencia, utilidad, conducencia.

Para que tenga eficacia la prueba obtenida debe estar exenta de vicios, como la simulación, dolo, fuerza física, fuerza moral, soborno, falta de oportunidad de contradicción.

Igualmente no tiene validez, en general, la prueba obtenida con violación de la Constitución o de la ley (Art. 76.4 CRE) puesto que es una prueba improcedente. (Art. 160-161).

En la audiencia preliminar del procedimiento ordinario o fase de saneamiento en

los otros procesos la o el juzgador excluirá la práctica de medios de prueba ilegales, incluyendo los que se han obtenido o practicado con violación de los requisitos formales, normas y garantías previstas en la Constitución, en los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos y en el COGEP.

### **1.3.2.10. Principio de la preclusión de la prueba**

El anuncio y la práctica de las pruebas están regulados por la ley en el tiempo, lo que tiene relación con los principios de lealtad procesal y contradicción; y, la regulación tiene como propósito impedir que se sorprenda a la contraparte con pruebas de último momento, que no alcance a controvertir. (Arts. 142.7; 152; 294.7 a; 297.3).

La prueba debe ser anunciada, presentada, solicitada, practicada e incorporada en el momento procesal en que debe cumplirse, so pena de carecer de eficacia si se cumple fuera de la etapa procesal determinada por la ley.

### 1.3.2.II. Principio de inmediación y de la dirección del juez en la producción de la prueba

La o el juzgador celebrará las audiencias en conjunto con las partes procesales; y, en consecuencia estará en relación directa con las partes y la práctica de la prueba.

En la audiencia preliminar, en procedimiento ordinario o fase de saneamiento en los otros procesos con comparecencia de las partes y el juzgador, se anunciará la totalidad de las pruebas que serán presentadas en la audiencia de juicio; y, el juzgador resolverá sobre la admisibilidad de la prueba. En la audiencia o fase de juicio, así mismo con la comparecencia de las partes, el juzgador ordenará la práctica de las pruebas admitidas. (Arts. 6, 294.7.a; 297.3)

La inmediación es un principio general en el proceso, pero adquiere mayor relevancia en la práctica de la prueba, pues, como dice Carnelutti: “La prueba es tanto más segura cuanto más próximo a los sentidos

del juez se halle el hecho a probar” (ob. cit., pág. 121)

En el sistema de justicia en audiencia, sobre todo, el juez es **director del proceso y, por tanto, director del debate probatorio**, lo que le permitirá una mejor apreciación de la prueba. (Art. 160)

### 1.3.2.12. Principio de imparcialidad del juzgador

Una de las garantías básicas del debido proceso es el de la imparcialidad del juez (Art. 76.7.k CRE); y, por ello el art. 160 COGEP establece que “La o el juzgador dirigirá el debate probatorio con imparcialidad y estará orientado a esclarecer la verdad procesal”.

Y es que si el juzgador es el director del debate probatorio, sí puede excepcionalmente ordenar de oficio la práctica de pruebas, dejando siempre, expresa constancia de las razones de su decisión (Art. 168).

### 1.3.2.13. Principio de concentración de la prueba

Debe procurarse que la práctica de la prueba tenga lugar en una sola instancia y en una diligencia.

El COGEP procura la práctica de la prueba en primera instancia, pues en la audiencia de segunda instancia se practicará prueba “exclusivamente si se trata de acreditar hechos nuevos” o cuando sólo haya sido posible obtener la prueba con posterioridad a la sentencia de primera instancia. (Art. 258).

### 1.4. Finalidad de la prueba

Para destacar la finalidad de la prueba es importante referirnos a las teorías del proceso; y, al respecto anotamos lo siguiente:

- a) Una “teoría afirma que el objetivo principal del proceso judicial, y, más en general, de la administración de justicia, es resolver el conflicto entre las dos partes

del caso” (Taruffo, La Prueba, pág. 21); teoría que, dice el Dr. Taruffo, tiene sus orígenes en la ideología liberal tradicional de justicia civil y en las ideas básicas de la libertad individual y de empresa. No es necesario, según ésta tesis, establecer la verdad de los hechos, pues lo que importa es resolver el conflicto restaurando las relaciones pacíficas entre los individuos.

Es decir, no importa como el juez resuelva la controversia, no importa la verdad procesal, “podría incluso resolverla lanzando una moneda al aire”, dice el Dr. Taruffo (ob. cit., Pág. 21).

- b) Para otra teoría, **establecer la verdad de los hechos es uno de los principales propósitos del proceso judicial**, “El concepto de “Verdad Judicial” puede ser discutido, pero las cosas son bastante claras cuando la verdad de los hechos en disputa se asume como la meta del proceso judicial y como un rasgo necesario de las decisiones judiciales” Taruffo (ob. cit., pág. 20).

En un Estado constitucional de derechos y justicia la decisión tiene que ser “justa”, es decir no interesa exclusivamente poner fin a un conflicto, sino hacer justicia.

Al respecto, el COGEP en el Art. 158 establece que “La prueba tiene por finalidad llevar a la o al juzgador al **convencimiento de los hechos** y circunstancias controvertidos” y, a esta certeza hay que llegar con la verdad, no simplemente con retórica.

Las pruebas no siempre reproducen la verdad material de los hechos; sin embargo el juez debe resolver la controversia con los elementos de la verdad procesal, con los elementos que lo llevaron a su convicción sobre la verdad o falsedad de los hechos que son materia del litigio.

La demanda y la contestación a la demanda pueden sustentarse en presupuestos fácticos verdaderos o falsos; la prueba, entonces, tiene que establecer la verdad de los enunciados fácticos para que la o el juzgador pueda hacer justicia.

## 1.5. Objeto de la Prueba

**E**l tema objeto de la prueba responde a la interrogante **qué es lo que se puede probar en general**; que es susceptible de probar en un proceso. En cambio, con la expresión **necesidad** de la prueba nos referimos a lo que **debe** probarse en el proceso en el caso concreto.

Para Chiovenda (ob. cit., pág. 502) “objeto de la prueba son los hechos no admitidos y que no sean notorios, ya que los hechos que no puedan ser negados sin tergiversación no necesitan pruebas”. Éste es un concepto que más bien se refiere a la necesidad de la prueba.

Para el profesor Jairo Parra Quijano (ob. cit., pág. 121) “**Son objeto de la prueba judicial las realidades susceptibles de ser probadas**, sin relación con ningún proceso en particular; se trata de una noción objetiva y abstracta”.- Ahora, ¿cuáles pueden ser los hechos objeto de la prueba? Al respecto, el profesor Hernando Devis Echandía (ob. cit.,

tomo I, pág. 150-151) enseña que “Cuando se dice que el objeto de la prueba judicial son los hechos, se toma esta palabra en un sentido jurídico amplio, esto es, como todo lo que puede ser percibido y que no es simple entidad abstracta o idea pura, y no en su significado literal, ni mucho menos circunscrito a sucesos o acontecimientos; en otra forma no podría incluirse en el término todo lo que puede probarse para fines procesales.

En este sentido jurídico se entiende por hechos:

a) Todo lo que pueda representar una conducta humana, los sucesos o acontecimientos, hechos o actos humanos, voluntarios o involuntarios, individuales o colectivos, que sean perceptibles, incluso las simples palabras pronunciadas, sus circunstancias de tiempo, modo y lugar, y el juicio o calificación que de ellos se tenga; b) los hechos de la naturaleza, en que no interviene 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 hombre, incluyendo el conocimiento de algo, cierta intención o voluntad y el consentimiento tácito o la conformidad (el expreso se traduce en hechos externos: palabras o documentos), siempre que no implique una conducta humana apreciable en razón de hechos externos, porque entonces correspondería al primer grupo.

Por el principio *Iura Novit Curiae*, las normas o reglas jurídicas no pueden ser objeto de prueba judicial, salvo las extranjeras (Art. 162 inciso 2).

Para Carnelutti (ob. cit., pág. 43) el uso de la palabra prueba para el conocimiento de las reglas de derecho es no solo inoportuno, sino, en rigor, impropio. “Lo que no es un hecho, es decir, lo que no tiene existencia concreta, no se representa”. “Ello significa que no constituyen objeto de la prueba histórica las entidades abstractas, como son las reglas de experiencia o de derecho: lo que se

puede probar históricamente es el hecho de su función o de su afirmación, no la regla misma. No existe un testigo o un documento de la regla, porque la regla no puede ser percibida; existen tan sólo testigo o documento de su formación o de su afirmación”. Carnelutti, (ob. cit., págs. 102-103).

Para Florián, citado por H. Devis Echandía (ob. cit., pág. 173) las normas jurídicas también son hechos legislativos y, por tanto, pueden ser objeto de prueba, en cuanto no opere la presunción jurídica de conocimiento del derecho.

“La doctrina francesa asimila por lo común la prueba de la norma extranjera y consuetudinaria a la de los hechos... Cuando la ley nacional exige la prueba de la ley extranjera y de la costumbre por la parte que las alegue, no puede dudarse de que sean **objeto de prueba**, e incluso, tema de prueba en ese proceso”. Devis Echandía, (tomo I, pág. 174).

“...la cuestión de derecho forma parte del hecho que se trata de probar; pero no

creemos aceptable decir que por sí misma constituya objeto de la prueba...”. Devis Echandía, (ob. cit., tomo I, pág. 175).

Por lo dicho, autores como Guasp, Echandía, manifiestan que no es posible hacer una separación radical de las cuestiones de derecho y de hecho, frente a la prueba.

“...en los contextos jurídicos los hechos están “cargados de derecho”...Es algo trivial que los “hechos en litigio” se determinan sobre la base de las normas jurídicas que se aplican para resolver el caso”. (Dr. Taruffo, La Prueba, pág. 17).

## 1.6. Necesidad de la prueba

El tema o necesidad de la prueba se concreta a la afirmación positiva o negativa de los hechos que deben investigarse y probarse en el proceso determinado, por ser materia de la controversia o de la cuestión planteada, a fin de que la o el juzgador pueda pronunciarse sobre los méritos de la controversia.

La expresión necesidad de la prueba se concreta en la interrogante qué debe probarse en el proceso en concreto; que serán los hechos alegados por las partes, que traban la litis con las excepciones de ley.

### 1.6.1. Excepciones del tema a probar

Hay hechos que no requieren ser probados. Por disposición del art. 162 del COGEP “Deben probarse todos los hechos alegados por las partes, salvo los que no lo requieran”.

Y, según lo previsto en el Art. 163 del COGEP, “No requieren ser probados:

1. Los hechos afirmados por una de las partes y admitidos por la parte contraria en la contestación de la demanda o de la reconvencción o los que se determinen en la audiencia preliminar.
2. Los hechos imposibles.
3. Los hechos notorios o públicamente evidentes.
4. Los hechos que la ley presume de derecho”.

**1.6.1.1. Los hechos afirmados por una de las partes y admitidos por la parte contraria en la contestación de la demanda o en la reconvencción o los que se determinen en la audiencia preliminar**

Si los hechos afirmados por una de las partes son admitidos por la parte contraria, obviamente no requieren ser probados.

Esa aceptación de los hechos puede producirse en los siguientes momentos: a) en la contestación de la demanda; b) en la reconvencción; c) en la contestación a la reconvencción; d) o pueden determinarse en la audiencia preliminar o en la primera fase de la audiencia única.

Si en la fase de saneamiento de la audiencia única, el empleador demandado admite que sí hubo despido intempestivo que reclama el trabajador, ese hecho ya no requiere ser probado en la fase de prueba.

### 1.6.1.2. Los hechos imposibles

“La imposibilidad del hecho debe aparecer como algo notorio e indudablemente absurdo, **de acuerdo con el concepto de expertos** y no por conocimientos personales del juez, a menos que pertenezca a las reglas comunes de la experiencia. La imposibilidad puede referirse a los medios de prueba que la ley permite, a su absoluta e indudable incapacidad para establecer el hecho, pese a ser admitida comúnmente su existencia...

El juez debe obrar con suma prudencia cuando se trate de rechazar pruebas por este motivo, y en caso de duda debe aceptarlas, ya que en la sentencia podrá calificar su mérito definitivamente”. Hernando Devis Echandía (ob. cit., tomo I, págs. 195-196)

**La posibilidad de un hecho alude a la circunstancia de si puede o no suceder o acontecer en el mundo real.**

Mas, es necesario distinguir al hecho imposible del medio de prueba imposible, así; la

imposibilidad del medio de prueba se refiere a su impracticabilidad, como es el caso, dicen algunos autores, del pedido de declaración testimonial de una persona que ha fallecido.

La imposibilidad alude a la carencia absoluta de la aptitud de que el hecho suceda, con independencia del lugar, del tiempo y de la evolución de la ciencia o de cualquier otro factor, como por ejemplo: que la gestación de un ser humano en el vientre materno dure veinte y cuatro meses; o, **como dicen algunos autores, que una persona pueda encontrarse al mismo tiempo en dos lugares diferentes**. Esto no requiere prueba porque es imposible que ello ocurra.

En la resolución de controversias, descartando hechos imposibles se puede llegar a la verdad.

### 1.6.1.3. Hechos notorios

La norma transcrita (Art. 163 COGEP) califica, asimila a los hechos notorios a los “públicamente evidentes”.

Evidente es lo “cierto, claro, patente y sin la menor duda” DRA. El hecho notorio tiene que ser un suceso, un acontecimiento cierto, real, que se ha realizado.

El hecho notorio tiene que ser públicamente conocido; y, susceptible de determinación por la o el juzgador.

El COFJ, en su artículo 27, precisa que el juez o la jueza resolverán únicamente atendiendo a los elementos aportados por las partes, que no se exigirá prueba de los hechos públicos y notorios.

Los hechos notorios pueden ser de la más diversa naturaleza.

Otra cuestión a dilucidar es si el hecho notorio debe ser alegado. Al respecto, el profesor Jairo Parra (ob. cit., pág. 137) dice: “El hecho notorio, pues, debe ser alegado, inclusive para que la parte, que pretenda decir que no lo es, lo discuta; o si sostiene que a pesar de ser un hecho notorio es éste equivocado,

poder argumentar en este sentido. (Art. 177 CPC)”. Criterio que compartimos.

Respecto a los hechos notorios Giuseppe Chiovenda enseña: “Los poderes del juez respecto a la determinación y fijación del material de la causa experimentan una ampliación importante en caso de **hechos notorios**, y una gran limitación en caso de **hechos confesados**.”

**Los hechos notorios.** El concepto de notoriedad es muy indeterminado, pero puede delimitarse del siguiente modo: se consideran en primer término notorios los hechos que por el conocimiento humano general son estimados ciertos e indiscutibles, pertenezcan a la historia, o a leyes naturales, o a la ciencia, o a las vicisitudes de la vida pública actual; se habla, además, de una notoriedad más restringida, a saber: la de los hechos comúnmente sabidos en un determinado distrito, de suerte que toda persona que lo habite esté en condiciones conocerlos. En ambos casos, el juez puede tener en cuenta estos hechos independientemente de la alegación que de ellos

haga, o de la prueba que de ellos presente, una parte. Rara vez ocurrirá que estos hechos tengan importancia en el pleito directamente, como hechos jurídicos; pero puede suceder (puede ser notoria, por ejemplo, la muerte de una persona y que sea condición del surgir o del cesar de un derecho); más a menudo, se trata de hechos simples, de los cuales cabe sacar argumentos relativos al juicio. Otra cuestión es si el juez está obligado a conocer los hechos notorios, o si puede ignorarlos y considerarlos no existentes o no probados, ni no lo son por una de las partes. Indudablemente hay casos en que la notoriedad misma es a su vez objeto de prueba (CC, art. 696). Pero lo cierto es que el juez puede siempre servirse del conocimiento que posea de los hechos notorios, porque está en la litis no como autó-mata, sino como como órgano activo, al que no le es dable desmentir aquel conjunto de nociones que son comunes a todos los hombres o a un número tan grande de hombres que la verdad de su conocimiento se puede comprobar sin más, y que las partes pueden presumirlo en él (no cabe pretender que ignore, por ejemplo, los días del calendario).

Depende de su cultura que los hechos notorios que conoce sean muchos o pocos; el juez superior puede tener en cuenta y valorar lo notorio en casos en que el juez de la instancia inferior no lo hizo. Además, tampoco es necesario que el juez conozca realmente, *en el momento de la discusión*, el hecho notorio, para tenerlo en cuenta, porque puede procurarse ese conocimiento al estudiar la causa.

Notorio no es lo que efectivamente se conoce, sino lo que puede ser conocido por medio de ciencia pública y común, previsible y controlable, en consecuencia, por las partes. Pero en todo caso, el campo de los hechos notorios, sin más, debe ser delimitado restrictivamente.

El juez no puede, en cambio, servirse de aquel conocimiento que tenga en virtud de circunstancias personales (*conocimiento privado del juez*). Las partes no deben presumir ese conocimiento en él; y, en todo caso, no estarían en posibilidad de comprobar su exactitud. El juez debería comprobar por sí mismo la propia *observación*; pero esto

es, psicológicamente, incompatible con su cometido de juez, pues como juez debe formarse un convencimiento comprobando de manera imparcial *las observaciones ajenas* (de los testigos, de los peritos, etcétera)". Giuseppe Chiovenda, (ob. cit., págs. 433-434).

La publicidad de los hechos notorios debe ser considerada, según el caso, de acuerdo al espacio geográfico donde tiene lugar la causa.

Jaime Guasp, citado por H. Devis Echandía, (ob. cit., tomo I, pág. 215) considera como hechos notorios las “verdades científicas, históricas, geográficas, generalmente, reconocidas, así, como los llamados hechos evidentes o axiomáticos”.

#### 1.6.1.4. Los hechos que la ley presume de derecho

Las presunciones pueden ser:

- a) Legales, que son las que determina la ley.
- b) Judiciales, cuando son deducidas por el juez.

Las presunciones legales, a su vez, se dividen en:

- a) Legales que admiten prueba en contrario (*iuris tantum*);
- b) Las presunciones de derecho que no admiten prueba en contrario (*iuris et de iure*). “Si una cosa, según la expresión de la ley, se presume de derecho, se entiende que es inadmisibile la prueba contraria, supuestos los antecedentes o circunstancias” (art. 32 Código Civil). Ejemplo: “Se presume de derecho que la concepción ha precedido al nacimiento no menos de ciento ochenta días cabales, y no más de trescientos, contados hacia atrás, desde la media noche en que principie el día del nacimiento”. (Art. 62 Código Civil). Según la disposición transcrita, no requiere ser probada la época de la concepción porque la ley la presume de derecho y, por tanto no admite prueba en contrario.

### 1.6.1.5. Afirmaciones o negaciones indefinidas

Otro aspecto que debemos tratar en este campo de la necesidad de la prueba, es el de las afirmaciones o negaciones indefinidas.

Según la doctrina, las afirmaciones pueden ser definidas o indefinidas. “Las definidas tienen por objeto la afirmación de hechos concretos, limitados en tiempo y lugar...”; “las afirmaciones indefinidas son aquellas que no implican, ni directa ni implícitamente la afirmación de hecho concreto y contrario alguno”. (Jairo Parra, *ob. cit.*, pág. 139).

Las negaciones definidas no pueden estar excusadas de prueba, porque el hecho contrario es susceptible de prueba: cuando digo “esta pulsera no es de plata”, demostrando que es de otro metal, queda probado que no es de plata. Las negaciones definidas contienen la afirmación de un hecho contrario.

En cambio cuando la afirmación o negativa es indefinida, la prueba no es posible:

si afirmo que nunca he visitado tal lugar, la prueba es imposible, por ausencia de constatación material que configure prueba directa.

#### **1.6.1.6. Aplicación del derecho**

Las normas jurídicas de alcance nacional no necesitan prueba; el juez conoce el derecho (*iura novit curiae*)

Excepciones:

##### **1.6.1.6.1. Aplicación del derecho extranjero**

“La parte que invoque la aplicación del derecho extranjero o disienta de ella, presentará la **certificación del agente diplomático sobre la autenticidad y vigencia de la ley.**

A falta de agente diplomático, la parte podrá solicitar a la o al juzgador que requiera al Estado de cuya legislación se trate que certifique por la vía diplomática la autenticidad y vigencia de la ley”. (Art. 162 COGEP).

### 1.6.1.6.2. Aplicación de la costumbre

La costumbre es fuente secundaria de derecho que se origina en la repetición de actos que llevan a establecer una regla con obligatoriedad jurídica (animus de la costumbre). Por ello, es que, de acuerdo a lo señalado en el Art. 2 del Código Civil: “La costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella”.

En cambio, el Art. 4 del Código de Comercio dispone: “Las costumbres mercantiles suplen el silencio de la Ley, cuando los hechos que la constituyen son uniformes, públicos, generalmente ejecutados en la República, o en una determinada localidad, y reiterados por más de diez años”.

En comentario de Juan Larrea Holguín, con relación a la ley: la costumbre puede ser:

Costumbres “Secundum Legem”, “Praeter legem” y “Contra Legem”.

La Costumbre “Extra Legem” o “Praeter Legem”, es la que versa sobre asuntos no legislados, viene a llenar las “lagunas” o vacíos de la ley.

“La Costumbre “Contra Legem” es la que se opone a las disposiciones legales; a veces se produce porque la ley es injusta, otras veces simplemente porque llegan a cambiar sustancialmente las circunstancias o supuestos hipotéticos de la ley de modo que ya no se adapta a las nuevas condiciones de la sociedad”.

### ¿La costumbre debe probarse?

“Un punto discutible consiste en saber si en materias civiles la costumbre deberá probarse por quien la alega, o si por el contrario debe presumirse que es conocida de todos, puesto que se trata de un fenómeno social o público. Don Luis Felipe Borja considera que por ser un hecho, la costumbre debe probarse, y replica Pérez Guerrero que también la ley es un hecho y sin embargo no debe probarse, pero a mi modo de ver no

hay una razón suficiente a favor de ninguna de las dos tesis contrapuestas, y creo que estamos ante una cuestión práctica que debe resolverse así: si la costumbre es realmente un fenómeno social, público y notorio, no requiere prueba, en cambio si la costumbre está circunscrita a un grupo reducido de personas (tal vez las mismas que litigan), como por ejemplo, las que forman una corporación o una sociedad mercantil, en estos casos no siendo un hecho evidente y cierto, debe probarse tal costumbre por quien pretende hacerla valer”. Juan Larrea Holguín, (ob. cit., pág 41). Comentario que compartimos.

El Código Civil se remite a la costumbre en algunos casos, como:

1. No se tomarán en cuenta para la imputación a legítima los presentes hechos a un descendiente, con ocasión de su matrimonio, ni otros regalos de **costumbre**. (Art. 1221).
2. No se tomará en cuenta como donaciones, para la computación de las legítimas y mejoras, los regalos moderados,

autorizados por la **costumbre** en ciertos días y casos, ni los dones manuales de poco valor. (Art. 1211).

3. Art. 1562 Código Civil: “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, por la ley o la **costumbre**, pertenecen a ella”.
4. “Sin necesidad de estipulación expresa se entiende hacerse a prueba la venta de todas las cosas que se **acostumbra** vender de ese modo” (Art. 1763, inciso 2º).
5. “El arrendatario está obligado a las reparaciones locativas. Se entiende por reparaciones locativas las que, según la **costumbre** del país, son de cargo de los arrendatarios...” (Art. 1881).
6. “El pago del precio o renta se hará en los períodos estipulados o a falta de estipulación, conforme a la **costumbre** del país...” (Art. 1885).
7. “Si no se ha fijado tiempo para la duración del arriendo, o si el tiempo no es determinado por el servicio especial a

que se destina la cosa arrendada, o por la **costumbre**, ninguna de las dos partes podrá hacerlo cesar sino por desahucio, esto es, noticiándose anticipadamente a la otra parte” (Art. 1892).

8. “Si nada se ha estipulado sobre el tiempo del pago, se observará la **costumbre** del lugar”. (Art. 1928).
9. “La remuneración (del mandato remunerado), llamada honorario, determinase por convención de las partes, antes o después del contrato, por la ley, la **costumbre**, o el juez”. (Art. 2021).

### 1.7. Objeciones a la Prueba

Al tratar de objeciones es importante distinguir entre fuente de la prueba del medio probatorio.

A la **fuentes probatoria** la constituyen la persona o cosa que proporciona la información sobre los hechos controvertidos (testigo, perito, documento).

El **medio probatorio** se refiere al elemento por el que se manifiesta la fuente probatoria (declaración testimonial, informe y sustentación del informe por el perito).

De manera general, las objeciones son una expresión del derecho de contradicción que busca impedir en el juicio oral el ingreso de fuentes o medios probatorios, reducir su valor y evitar actuaciones indebidas de las partes que puedan afectar los principios de lealtad, buena fe, veracidad, celeridad y eficacia procesal. En el COGEP, entre otros, encontramos los siguientes casos en que las partes pueden presentar objeción a la fuente probatoria:

1. Al discutirse la admisión de la prueba, en la audiencia preliminar en el juicio ordinario y en la primera fase de la audiencia única en los demás procesos, las partes podrán objetar cualquier prueba impertinente, inútil o inconducente. (Arts. 170, 294.7.a).
2. Se objeta la fuente probatoria cuando las partes alegan que la prueba ha sido

obtenida con violación de la Constitución o de la ley; o cuando ha sido obtenida por medio de simulación, dolo, fuerza física, fuerza moral o soborno; así como cuando la prueba ha sido actuada sin oportunidad de contradecir. (Art. 160).

3. Según lo previsto en el Art. 294.7.c), en la audiencia preliminar o en la fase de saneamiento en los procesos de audiencia única, las partes pueden solicitar la exclusión, rechazo o inadmisibilidad como fuente de la prueba sobre hechos que no requieren ser probados, como: a) Los hechos afirmados por una de las partes y admitidos por la parte contraria en la contestación de la demanda o de la reconvencción o los que se determine en la audiencia preliminar o en la primera fase de la audiencia única, según el caso; b) Los hechos imposibles; c) Los hechos notorios o públicamente evidentes; d) Los hechos que la ley presume de derecho. (Art. 163).
4. En la audiencia preliminar o en la fase de saneamiento las partes anunciarán la totalidad de las pruebas que serán

presentadas en la audiencia de juicio; y, asimismo, pueden formular objeciones como por ejemplo sobre la utilidad, pertinencia y conducencia de la fuente probatoria. (Art. 294.7.a).

5. Al testigo se lo puede objetar desde que consta en el acto de proposición, por encontrarse en las situaciones determinadas en el Art. 189 del COGEP; esto es: a) En cuanto no ha percibido a través de sus sentidos directa y personalmente los hechos relacionados con la controversia; b) Por ser absolutamente incapaz; c) Por padecer enfermedad mental, que le prive la capacidad de percibir o comunicar objetivamente la realidad; d) Por cuanto al momento de ocurridos los hechos sobre los cuales debe declarar se encontraba en estado de embriaguez o bajo el efecto de sustancias estupefacientes o psicotrópicas.
6. De acuerdo a lo dispuesto en el Art. 151, la parte demandada deberá pronunciarse en forma expresa sobre la autenticidad de la prueba documental que se haya acompañado a la demanda, con indicación categórica de lo que admite y de lo

- que niega. Igual obligación tiene el actor al contestar la reconvencción (Art. 155).
7. Se puede objetar la fuente probatoria de la prueba pericial en los siguientes casos: a) Por cuanto la persona natural o jurídica no se encuentra acreditada por el Consejo de la Judicatura; y, en consecuencia no está autorizada para emitir informes periciales, intervenir y declarar en el proceso (Art. 221); b) Cuando el informe pericial no ha sido notificado a las partes con el término de por lo menos diez días antes de la audiencia o con el término ampliado, en el caso del Art. 225 (cuando alguna de las partes justifique no tener acceso al objeto de la pericia).
  8. Se puede objetar la fuente probatoria, inspección judicial en cuanto no sea necesaria para la verificación o esclarecimiento del hecho materia del proceso. (Art. 228).

De los casos citados, se desprende al menos cuatro elementos fundamentales que deben reunir las objeciones a la prueba: Ser oportuna, específica, trascendental y, fundamentada.

---

**Capítulo 2.**  
**Fases de la actividad  
probatoria**





### 2.1. Anuncio, presentación, oportunidad y acuerdos probatorios

La demanda deberá contener el anuncio de los medios de prueba para acreditar los hechos alegados; y, la contestación a la demanda, el anuncio de los medios probatorios destinados a sustentar su contradicción. (Arts. 142-152 COGEP).

Igualmente, el inciso segundo del Art. 159 establece que “La prueba a la que sea imposible tener acceso deberá ser anunciada y aquella que no se anuncie no podrá introducirse en la audiencia, con las excepciones previstas en éste Código”.

En concordancia de esta norma con lo prescrito en los artículos 142.7 y 152, se establecen las siguientes reglas:

- a) Deben ser anunciados los medios de prueba a los que sea imposible tener acceso. Se refiere a la prueba documental y a la pericial, en este caso debe describirse el contenido de la prueba documental o al objeto de la pericia, con indicaciones precisas sobre el lugar en que se encuentran y la solicitud de medidas pertinentes para su práctica.
- b) Aquellos medios de prueba que no se anuncien en la demanda, contestación a la demanda, reconvención y contestación a la reconvención, no podrán introducirse en la audiencia.
- c) La regla de que los medios de prueba que no se anuncien no podrán introducirse en la audiencia tiene excepciones, como es el caso de la prueba sobre hechos nuevos, la prueba para mejor resolver.

En cuanto a la prueba, a la demanda se acompañará:

- a) La nómina de testigos con indicación de los hechos sobre los cuales declararán.
- b) La especificación de los objetos sobre los

que versarán las diligencias, tales como la inspección judicial, la exhibición.

- c) Los informes de peritos
- d) La prueba de la calidad de heredera o heredero, o cónyuge, curadora o curador de bienes, administradora o administrador de bienes comunes, albacea o de la condición con que actúa la parte actora, salvo que tal calidad sea materia de la controversia.
- e) Los documentos de que se disponga, destinados a sustentar la pretensión, precisando los datos y toda la información que sea necesaria para su actuación. (Art. 143 inciso final. Arts. 142.7, 143, 190)

A la contestación a la demanda se acompañará:

- a) La nómina de testigos indicando los hechos sobre los cuales deberán declarar.
- b) La especificación de los objetos sobre los que versarán las diligencias tales como la inspección judicial, la exhibición.
- c) Los informes de peritos.

- d) La prueba documental de que disponga.  
(Art. 152)

En la audiencia preliminar en el juicio ordinario (en la primera fase de la audiencia única en los demás procesos), las partes anuncian oralmente la totalidad de los medios de prueba que ya fueron anunciados por escrito, sin que se pueda agregar otros medios de prueba. Aquí se debate sobre la admisibilidad de los medios de prueba, pudiendo las partes formular solicitudes, objeciones y planteamientos que estimen relevantes referidos a la oferta de prueba de la contraparte. (Art. 294.7.a).

De acuerdo al principio dispositivo, las partes tienen la carga procesal de probar los hechos que alegan, y, según este mismo principio, las partes pueden realizar acuerdos probatorios, salvo en casos de derechos indisponibles, considerados por Santoro Pasarelli, como aquellos derechos inalienables (intransferibles no cedibles) entre vivos, intransmisibles por causa de muerte e irrenunciables. Por ejemplo, el derecho a pedir

alimentos, los derechos fundamentales de la persona (vida, libertad).

Al respecto, de conformidad con lo previsto en el Art. 294.7 literales e), f), existen las siguientes reglas:

1<sup>a</sup> El acuerdo probatorio puede realizarse cuando sea innecesario probar el hecho.

2<sup>a</sup> El acuerdo probatorio puede provenir de la propuesta mutua de las partes, o de la petición de una de las partes con aceptación de la otra.

3<sup>a</sup> Las partes pueden acordar que no es necesario la comparecencia del perito a la audiencia de juicio a sustentar oralmente su informe

4<sup>a</sup> Para el caso de las pruebas que deban practicarse antes de la audiencia de juicio, como la declaración testimonial urgente, inspección judicial, pericia, etc., la o el juzgador **conjuntamente con las partes**, harán

los señalamientos correspondientes con el objeto de **planificar la marcha del proceso**.

## 2.2. Admisibilidad. Art. 160

**E**n la audiencia preliminar, en el proceso ordinario, y en la fase de saneamiento en los demás procesos, la o el juzgador resolverá sobre la admisibilidad de la prueba; a fin de ordenarla, excluyendo la práctica de medios de prueba ilegales, incluyendo los que se han obtenido o practicado con violación de los requisitos formales, las normas y garantías constitucionales, los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos y el COGEP, y que fueron anunciados por los sujetos procesales. (Art. 294.d, Art. 160).

### 2.2.1. Requisitos de admisibilidad

Para la admisión de la prueba, ésta **debe** reunir los siguientes requisitos:

### a) Pertinencia

La pertinencia se refiere a la relación directa o indirecta que los hechos por probar tengan con lo que es materia de la controversia o litigio, con lo que es objeto de prueba en el proceso. “La prueba deberá referirse directa o indirectamente a los hechos o circunstancias controvertidos”, dispone el Art. 161, inciso 2 COGEP.

La prueba debe ser apta, apropiada, para aportar hechos que tienen que ver con otras pruebas o para demostrar los hechos cuestionados por decidir. Por ejemplo, los hechos objeto de prueba en un proceso de honorarios profesionales, no deben estar relacionados a justificar la personalidad del deudor.

Si queremos probar prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio de un inmueble, la prueba deberá referirse a los actos de posesión del bien con las exigencias que establece la ley al respecto.

## b) Utilidad

Que la prueba sea útil significa que va aprovechar o servir para llevar a la o al juzgador al convencimiento de los hechos controvertidos.

La utilidad es un requisito que se aplica solo al medio de prueba. Puede suceder que las pruebas pertinentes sean inútiles; pues ¿para qué practicar prueba sobre un hecho que fue admitido por la contraparte?

Se admitirán las pruebas necesarias para llevar a la o el juzgador al convencimiento de los hechos y pronunciar el fallo. Sería inútil practicar pruebas **encaminadas a demostrar hechos contrarios a una presunción de derecho, por ejemplo.**

Debe practicarse pruebas que realmente sirvan para demostrar la afirmación positiva o negativa de los hechos controvertidos, que trabaron la litis.

### c) Conducencia

Se refiere a la idoneidad legal para probar hechos alegados.

“La conducencia de la prueba consiste en la aptitud del contenido intrínseco y particular para demostrar los hechos que se alegan en cada caso”. (Art. 161 COGEP)

La conducencia, “Es la idoneidad legal que tiene una prueba para demostrar determinado hecho”. Jairo Parra Q., (ob. cit., pág. 145).

Se refiere a la posibilidad legal de demostrar el hecho alegado con un determinado medio de prueba eficaz.

Por ejemplo, si se pretende probar la compraventa de un bien raíz con el documento privado, no existe idoneidad legal; en cambio la escritura pública si es la prueba idónea de la compra-venta de inmueble.

La prueba anunciada que no reúna estos requisitos, es decir, la prueba impertinente,

inútil o inconducente, será rechazada por la o el juzgador en la audiencia preliminar, de oficio o a petición de parte. (Art. 160, inc. 2º).

Es decir esas pruebas ya no se practican en la audiencia de juicio.

### **2.2.2. Recursos en la etapa del debate probatorio**

Cuando el juzgador no admita un medio de prueba, la parte que lo anunció puede interponer recursos horizontales determinados en la ley, así como el recurso de apelación; y, el de hecho, si le fuere negado el de apelación. (Art. 160, inc. último, Arts. 250-253, Art. 262, número 3).

Si el juzgador admite el medio de prueba y la contraparte la objeta, ésta no podrá apelar de la decisión del juez.

### 2.3. Ordenación de medidas respecto a las pruebas

Una vez que la o el juzgador, en la audiencia preliminar en el juicio ordinario, ha admitido la prueba conducente, pertinente y útil, en ciertos casos debe hacer los señalamientos y dictar las órdenes correspondientes para la producción de la prueba anunciada y solicitada. Así:

1. En el Art. 142, que establece el contenido de la demanda, el numeral 7 dispone que: “Si (el actor) no tiene acceso a las pruebas **documentales o periciales**, se describirá su contenido, con indicaciones precisas sobre el lugar en que se encuentran y **la solicitud de medidas pertinentes para su práctica**”.
2. En el inciso 3 del Art. 152 se establece que si la parte demandada no tiene acceso a las pruebas documentales o periciales, se describirá su contenido, indicando con precisión el lugar en que se encuentran y **solicitando las medidas pertinentes para su incorporación al proceso**.

3. Cuando el documento o información no esté en poder de las partes y para ser obtenido requiere del auxilio del órgano jurisdiccional, faculta a la parte a solicitar a la o el juzgador que ordene a la otra parte o a terceros que la entreguen o faciliten de acuerdo con las normas del COGEP. (Art. 159, inc. 3º)
4. La o el juzgador podrá aceptar o no la solicitud de prueba nueva, de acuerdo con su sana crítica, hasta antes de la convocatoria a la audiencia de juicio, conforme a lo prescrito en el Art. 166 COGEP.
5. Para la práctica de prueba testimonial en el extranjero, ya sea declaraciones de parte o declaraciones de testigos, se notificará a los funcionarios consulares del Ecuador del lugar, para que los reciban a través de medios telemáticos. (Art. 162-167).
6. Según lo dispuesto en el Art. 169 COGEP, “La o el juzgador **ordenará** a las partes que pongan con anticipación suficiente a disposición de la contraparte, la prueba que esté o deba estar en su poder, así como **dictar correctivos** si lo hace de

manera incompleta. Cuando se trate de derechos de niñas, niños y adolescentes, en materia de derecho de familia y laboral, la o el juzgador lo hará de oficio en la audiencia preliminar”.

7. Si la o el declarante ignora el castellano su declaración será recibida con la intervención de un intérprete, nombrado por la o el juzgador de acuerdo con las reglas generales para designación de peritos. (Art. 174, inciso 3º COGEP).
8. Los testimonios de las personas gravemente enfermas, de las físicamente imposibilitadas, de quienes van a salir del país y de todas aquellas que demuestren que no pueden comparecer a la audiencia del juicio, puede el juzgador recibirlos como prueba anticipada en audiencia especial, siempre que se garantice el ejercicio del derecho de contradicción de la contraparte. (Art. 181).
9. Para el reconocimiento de firma y rúbrica en un documento privado, la o el juzgador fijará día y hora para la audiencia, en la que se recibirá la declaración de la o del autor, previo juramento. (Art. 217).

10. Cuando la parte pretenda utilizar documentos privados originales o en copia, **que se hallen en poder de un tercero** y relacionado con la materia del proceso al presentar la demanda o la contestación, la reconvencción o la contestación a ésta, a su pedido el juzgador ordenará que se le notifique a esa persona que tiene en su poder los documentos para **su exhibición** en el día y hora señalados para la audiencia. (Art. 219).
11. Cuando la parte requiera un documento privado que se encuentra en poder de la contraparte, a su pedido el juzgador ordenará su presentación hasta la audiencia. (Art. 220 COGEP).
12. Cuando alguna de las partes justifique no tener acceso al objeto de la pericia, solicitará en la demanda o contestación, reconvencción o contestación a la reconvencción, que la o el juzgador ordene su práctica y designe el perito correspondiente. (Art. 225).
13. Para el caso de las pruebas que deban practicarse antes de la audiencia de juicio, la o el juzgador, conjuntamente con

las partes en la audiencia preliminar, harán los señalamientos correspondientes con el objeto de planificar la marcha del proceso. (Art. 294.7 e) COGEP).

## 2.4. Práctica de la prueba

### 2.4.1. Aspectos generales

En este punto nos referimos a los aspectos y reglas generales sobre la práctica de la prueba; y, al tratar de cada uno de los medios de prueba comentaremos específicamente de su práctica.

El COGEP establece las siguientes reglas para la práctica de la prueba:

1<sup>a</sup> La práctica de la prueba será de manera oral en la audiencia de juicio (Art. 159, inciso 4). Salvo los casos de declaración anticipada que se practicará en audiencia especial (Art. 181).

Se cumple con ello el principio de intermediación que rige en el sistema oral, que

implica que el juzgador tiene una relación directa personal con las partes y con la prueba. No hay preguntas por escrito en la práctica de la prueba testimonial. El perito sustentará su informe oralmente en la audiencia.

2<sup>a</sup> La prueba se practicará según la ley, con lealtad y veracidad.

Ya no se admitirán pruebas para dilatar el proceso, o pruebas para sorprender a la contraparte o al juzgador; no procede la repetición de pruebas en segunda instancia; las pruebas deben conducir a la verdad procesal.

3<sup>a</sup> La o el juzgador dirigirá el debate probatorio con imparcialidad y estará orientado a esclarecer la verdad procesal (Art. 160). Por esta razón está prevista la prueba de oficio conforme a la ley, con sujeción a la no discrecionalidad y a las reglas de la sana crítica.

4<sup>a</sup> Deben probarse todos los hechos alegados por las partes, salvo que no lo requieran.

(Art. 162). Para que el juzgador pueda resolver la litis y pronunciar sentencia de fondo tiene que probarse los hechos alegados.

5<sup>a</sup> El juzgador no podrá aplicar como prueba su conocimiento propio sobre los hechos o circunstancias controvertidas. (Art. 162, inc. 3<sup>o</sup>). Una de las garantías del debido proceso es la imparcialidad del juzgador; y, además debe observarse el principio de contradicción en el debate probatorio.

6<sup>a</sup> Las partes tienen derecho a: 1) conocer oportunamente las pruebas que se van a practicar; 2) oponerse de manera fundamentada; y, 3) contradecirla. (Art. 163)

7<sup>a</sup> Las partes podrán objetar las actuaciones contrarias al debido proceso o lealtad procesal, así como cualquier prueba impertinente, inútil o inconducente. Este es un medio de control que tienen las partes para que la prueba se practique con lealtad procesal, orientada a esclarecer la verdad, sin dilaciones.

8ª El juzgador, de acuerdo con su sana crítica, podrá aceptar o no la práctica de prueba nueva. (Art. 166)

9ª Actor y demandado determinarán el orden de la práctica de las pruebas solicitadas; y, el juzgador ordenará la práctica de las pruebas admitidas en el orden solicitado. (Art. 297, número 2 y 3)

#### **2.4.2. Prueba en la audiencia preliminar y fase de saneamiento**

El demandado, al contestar la demanda, podrá plantear las excepciones previas que determina la ley. (Art. 153).

El momento procesal en el que el juzgador debe resolver las excepciones previas subsanables o no subsanables es en la audiencia preliminar, en el proceso ordinario, y en la fase de saneamiento, en los demás procesos.

Para resolver el juzgador necesita pruebas. Al respecto, el demandado, al contestar

la demanda, deberá deducir todas las excepciones de las que se crea asistido contra las pretensiones de la parte actora, con expresión de su fundamento fáctico; así mismo deberá anunciar todos los medios probatorios destinados a sustentar su contratación, precisando toda la información que sea necesaria para su actuación; acompañará los documentos de que disponga, en caso contrario, “Si no tiene acceso a las pruebas documentales o periciales, se describirá su contenido, indicando con precisión el lugar en que se encuentran y solicitando las medidas pertinentes para su incorporación al proceso”. (Arts. 143, 151, 152).

De acuerdo a lo previsto en el Art. 294.1 COGEP, en la audiencia preliminar (o en la fase de saneamiento) luego de que las partes se pronuncien sobre las excepciones previas propuestas, de ser pertinente, el juzgador resolverá en la misma audiencia preliminar.

Es decir que, las excepciones previas, subsanables o no subsanables, serán examinadas,

probadas y resueltas por el juzgador en la audiencia preliminar, en el juicio ordinario.

En la audiencia de juicio o fase de juicio debe practicarse la prueba para lo que es el objeto del juicio, es decir la resolución del fondo de la controversia.

¿Se puede practicar prueba en la audiencia preliminar? O las partes siempre deben acompañar la prueba que disponga o pedir que se practique antes de la audiencia preliminar o fase de saneamiento?

En el derecho comparado, el Código General de Proceso de la República Oriental del Uruguay, en el Art. 341 se establece: “En la audiencia preliminar se cumplirán las siguientes actividades: 4) Recepción de la prueba sobre las excepciones, en la situación extraordinaria de entender el tribunal que existe algún hecho a probar, en cuyo caso se recibirán exclusivamente las pruebas solicitadas en el escrito en que se hubieren opuesto o contestado las excepciones y las que el tribunal ordenare de oficio”.

El Código General del Proceso de Colombia establece que cuando las excepciones previas requieran prueba esta se practicará en la audiencia inicial y el juez las resolverá (Art. 101.2).

En la audiencia preliminar y en la fase de saneamiento deben practicarse las pruebas necesarias para resolver las excepciones previas.

Las excepciones no subsanables implican decisión sobre asuntos sustanciales del proceso, por tanto tal decisión tiene naturaleza declarativa (Art. 295.1); y, en consecuencia, tendrá que resolverse en sentencia, salvo en los casos de las excepciones previas que se refieren a una cuestión exclusivamente procesal, como el caso de litispendencia, en que la decisión se tomará mediante auto interlocutorio.

## 2.5. Valoración de la prueba

### 2.5.1. Motivación y valoración-apreciación y valoración de la prueba

La Constitución de la República establece que toda resolución de los poderes públicos debe ser debidamente motivada; y, ello significa que en la resolución deben enunciarse las normas o principios jurídicos en que se funda y explicar la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. (Art. 76.7.l).

La exigencia constitucional de la motivación de las resoluciones reconoce el derecho de las personas a que los asuntos que han sido sometidos a conocimiento y decisión de la administración de justicia sean resueltos mediante fallos cuyo contenido no deje lugar a dudas sobre el análisis de los hechos, la valoración de la actividad probatoria y la aplicación de las normas jurídicas pertinentes. Hay que justificar la decisión, superando el plano de la mera explicación, ya que los argumentos dados por el juez deben evidenciar que se ha tomado en cuenta en

su análisis las alegaciones de las partes y el conjunto de la prueba eficaz.

Y ese sustento jurídico y fáctico está estrechamente vinculado con la valoración de la prueba.

Por “valoración o apreciación de la prueba judicial se entiende la operación mental que tiene por fin conocer el mérito o valor de convicción que pueda deducirse de su contenido”. H. Devis Echandía, (ob. cit. tomo II, pág. 287).

Sin embargo, para Juan Montero Aroca: (En Nociones Generales sobre la Prueba entre el Mito y la Realidad, pág 48-49) “Lo primero que hay que advertir es que, a pesar de lo que pudiera parecer, las palabras apreciar y valorar, con relación a la prueba, no son sinónimos, pues la primera tiene un significado más amplio que la segunda, de modo que en aquella se comprenden en realidad dos operaciones”.

“Esas dos operaciones son:

1ª Interpretación: Después de practicada la prueba lo primero que debe hacer el juzgador, y con relación a cada una de las fuentes-medios, es determinar cuál es el resultado que se desprende de ella, lo que tiene que hacerse ineludiblemente de modo aislado, esto es, con referencia una por una a las fuentes-medios. Se trata, por tanto, sin atender al valor probatorio, de establecer qué es lo que el testigo ha dicho, cuál es la conclusión a la que llega el dictamen pericial, qué es lo que realmente se dice en el documento, etc. A esta operación puede llamarse interpretación de la prueba porque consiste en, partiendo de una forma de representación de los hechos, fijar los que el testigo afirma, del documento se deduce, el perito concluye.

2ª Valoración: Establecido el resultado de cada fuente-medio, el paso siguiente ha de consistir en determinar el valor concreto que debe atribuirse al mismo en la producción de certeza, lo que comporta una decisión sobre su credibilidad.

Se trata ahora de decidir si el testigo merece crédito y puede concluirse que ha dicho la verdad, si el documento es auténtico y representa fielmente los hechos tal y como se produjeron, si el perito es creíble y sus razonamientos están apoyados en la lógica, etc.

**“Al conjunto, pues, de la interpretación y de la valoración puede llamarse apreciación de la prueba, la cual consiste en operaciones mentales que ha de realizar el juzgador para, partiendo de las fuentes-medios de prueba, llegar a establecer certeza respecto de las afirmaciones de hechos de las partes, afirmaciones que se refieren al supuesto fáctico de la consecuencia jurídica que piden”.** Montero Aroca, (ob. cit., pág. 50).

La interpretación nos lleva a captar el contenido de la prueba producida; la valoración implica una decisión sobre la credibilidad de la fuente-medio de prueba.

El COGEP utiliza los términos apreciación y valoración de la prueba. (Arts. 164, 171).

### 2.5.2. Reexamen de admisibilidad de los medio de prueba. Recalificación de las pruebas

En la audiencia preliminar o en la fase preliminar, en los procesos en los que existe audiencia única, el juzgador resolverá sobre la admisibilidad de las pruebas anunciadas por las partes; y, rechazará de oficio o a petición de parte, la prueba impertinente, inútil e inconducente. (Art. 160 inc. 2º; Art. 294.7.d).

Al respecto, Selva Klett (ob. cit., pág. 184), refiriéndose al Código Procesal Uruguayo sostiene que “...antes de asignarle un peso o valor probatorio a un cierto medio, el tribunal debe reexaminar su admisibilidad –en sentido amplio– y debe analizar la incolumidad, integridad o inmaculación de la prueba producida”.

“En otros términos, –dice Selva Klett– según lo establece el Art. 216, las pruebas producidas, que fueron consideradas admisibles, conducentes y pertinentes en la audiencia preliminar, pueden ser recalificadas

en sentido adverso y desecharse en la sentencia definitiva, como lo establece el Art. 144.2” (ob. cit., pág. 185).

En el COGEP, el Art. 164, inc. 3º, establece que “La o el juzgador tendrá la obligación de expresar en su resolución, la valoración de todas las pruebas que le hayan servido para justificar su decisión”. Es decir que, si bien no hay norma expresa que establezca la recalificación de pruebas producidas, el juzgador no tiene la obligación de mencionar en su resolución la valoración de todas las pruebas producidas, sino “la valoración de todas las pruebas que le hayan servido para justificar su decisión”, lo que quiere decir que pueden haber pruebas producidas, que fueron en principio calificadas como pertinentes, útiles y conducentes en la audiencia preliminar, y sin embargo al juzgador no le sirvieron para justificar su decisión.

### 2.5.3. Disponibilidad y regularidad formal de los medios de prueba

El COGEP contempla como medios de prueba: la prueba testimonial que comprende la declaración de parte y declaración de testigos; prueba documental, prueba pericial, inspección judicial.

Sin embargo, el COGEP, en el Art. 159 inc. 4º, establece que “Para demostrar los hechos en controversia las partes podrán utilizar cualquier tipo de prueba que no violente el debido proceso ni la ley”.

Es decir que, los hechos materia de la controversia pueden ser demostrados por otros medios de prueba no expresamente previstos por la ley, y que brindan nuevas posibilidades de verificación de los hechos, siempre que esos nuevos tipos de prueba no violenten el debido proceso, la ley ni el orden público.

Igualmente el juzgador debe realizar el análisis de la regularidad formal de la

prueba producida por determinado medio; pues ese medio de prueba puede contener un vicio; pueden existir informes periciales recíprocamente contradictorios o esencialmente divergentes.

Ese control tiene que realizarse con cada medio de prueba.

#### **2.5.4. Ordenación lógica de los medios de prueba**

Dentro de las operaciones intelectuales que se deben realizar para dictar sentencia, se debe tener presente la ordenación lógica de los diversos medios de prueba; pues hay medios de prueba que tienen un carácter directo, otros acuden a la reconstrucción o representación de los motivos de prueba; y, otros se apoyan en un sistema lógico de deducciones o inducciones. Y siguiendo el pensamiento de Couture (ob. cit., pág. 265-266). “El orden de esas tres formas de producirse la prueba es el que se pasa a enunciar:

- a) En primer término aparece la prueba directa por percepción, como la inspección judicial.
- b) El medio sustitutivo de la percepción es la representación, que se produce mediante documentos, o mediante relatos, es decir mediante una reconstrucción efectuada a través de la memoria humana. Es decir estamos en presencia de la representación mediante cosas y de la representación mediante relatos de personas.
- c) La prueba por deducción o inducción. Existe la posibilidad de reconstruir hechos mediante deducciones lógicas, infiriendo de los hechos conocidos los hechos desconocidos. Tal cosa se obtiene mediante la labor del propio juez, por el sistema de las presunciones”. “La regla general que conviene retener es la de que existen variantes de eficacia entre los diversos medios de prueba, dependientes de la mayor o menor proximidad del juez con los motivos. A mayor proximidad, mayor grado de eficacia; a mayor lejanía, menor valor de convicción”. Couture, (ob. cit., pág. 268).

### 2.5.5. Normas aplicables

El juzgador debe motivar debidamente el fallo; y ello implica que en la resolución debe enunciarse las normas o principios jurídicos en que se funda y sustentar la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho.

Para determinar el valor de un acto jurídico debe estarse a la ley vigente en el momento del acto; y, en cambio el procedimiento probatorio se rige por la ley vigente en el momento del proceso.

### 2.5.6. Confrontación de los hechos con las diversas pruebas

“La prueba tiene por finalidad llevar a la o al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias controvertidos”. (Art. 158 COGEP). En otras palabras, la finalidad de la prueba es determinar la verdad procesal para hacer justicia; y, para ello, entre las operaciones intelectuales que implica la actividad de la valoración de la prueba, el juzgador debe

confrontar los hechos con las diversas pruebas producidas; debe examinar y reexaminar los hechos y las pruebas en su conjunto.

### 2.5.7. Sistemas de valoración de la prueba

Para la valoración de la prueba el COGEP reconoce el sistema de la sana crítica; pero subsiste también en ciertos casos la prueba legal.

#### 2.5.7.1. Prueba Legal

Es un sistema basado en reglas fijadas por el legislador, que establecen de manera general el valor probatorio de determinados medio de prueba; y, en consecuencia, como enseña Couture, señala por anticipado al juzgador el grado de eficacia que debe atribuir a ese medio de prueba. Así, en el COGEP, podemos citar como ejemplo los siguientes casos:

1. “La declaración legítimamente hecha sobre la verdad de la demanda termina el proceso”. (Art. 183)

2. “La declaración de parte es indivisible en todo su contenido, excepto cuando exista otra prueba contra la parte favorable del declarante”. (Art. 187, inc. 2º)
3. “La prueba que resulte de los documentos públicos y privados es indivisible, en consecuencia no se podrá aceptar en una parte y rechazar en otra y comprende aun lo meramente enunciativo, siempre que tenga relación directa con lo dispositivo del acto o contrato”. (Art. 199)
4. “Para que los documentos extendidos en idioma distinto del castellano puedan apreciarse como prueba, se requerirá que hayan sido traducidos por un intérprete y cuenten con la validación conforme lo dispuesto en la ley”. (Art. 200).
5. “El instrumento público hace fe, aun contra terceros, de su otorgamiento, fecha y declaraciones que en ellos haga la o el servidor público que los autoriza, pero no en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él hayan hecho las o los interesados. En esta parte no hace fe sino contra las o los declarantes.

Las obligaciones y descargos contenidos en el instrumento hacen prueba con respecto a las o los otorgantes y de las personas a quienes se transfieren dichas obligaciones y descargos, a título universal o singular”. (Art. 208)

6. “Los actos administrativos gozan de las presunciones de legitimidad y ejecutoriedad”. (Art. 329)

#### 2.5.7.2. Reglas de la Sana Crítica

El COGEP establece como regla general el sistema de la sana crítica para la valoración de la prueba; así el art. 164 dispone que “La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica”.

“Las reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba (ya sea de testigos, de peritos, de inspección judicial, de confesión en los casos

en que no es lisa y llana) con arreglo en la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas.

El juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica, no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente. Esta manera de actuar no sería sana crítica, sino libre convicción. La sana crítica es la unión de la lógica y de la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento". E. Couture, (ob. cit., pág. 271).

Para el sistema de sana crítica, a la valoración de la prueba por el juzgador contribuyen tanto los principios de la lógica como las máximas de la experiencia (ambos elementos a la vez).

Es necesario también tener presente que el derecho, como constructo cultural que es, se construye y desarrolla en el tiempo y en el espacio, de acuerdo a la realidad social,

cultural, económica, así como de acuerdo a los avances de la ciencia y de la tecnología.

Por tanto, en la aplicación de la sana crítica para la valoración de la prueba, deben estar presentes los cambios, variaciones, el desarrollo y avances del derecho, de la ciencia, de la tecnología, así como la actualización de la experiencia humana.

Debemos estar claros también de que la valoración de la prueba no puede ser una libre declaración de voluntad del juzgador, sino una declaración de certeza, que se sustenta en la verdad procesal, con aplicación de los sistemas de valoración que contempla el COGEP.

#### **2.5.8. Reglas sobre la valoración de la prueba previstas en el COGEP**

El COGEP establece algunas reglas generales sobre la actividad de valoración de la prueba, y otras relativas a determinados medios de prueba, así:

1. Para que las pruebas sean apreciadas por el juzgador deberán: 1) solicitarse, 2) practicarse, 3) incorporarse dentro de los términos señalados en éste Código (Art. 164, inciso 1º)
2. La prueba **deberá** ser **apreciada**: a) en conjunto; b) de acuerdo con las reglas de la sana crítica. (Art. 164, inc. 2º)  
De acuerdo a esta norma, el juzgador imperativamente **deberá** apreciar en conjunto toda la prueba producida por todos los medios. Mas aún, esta apreciación en conjunto se vuelve necesaria cuando varios medios de prueba se complementan entre sí: cuando el resultado de unos incide en el resultado de otros (varios testigos declaran sobre un mismo hecho; existen declaraciones de testigos y documentos privados no reconocidos); cuando existen pruebas cuyos resultados son contradictorios. Ver Montero Aroca, (ob. cit., pág. 64).
3. El juzgador tendrá obligación de expresar en su resolución la valoración de todas las pruebas que le hayan servido para justificar su decisión. (Art. 164, inciso 3º).

4. Para la apreciación de la prueba trasladada es indispensable que en el proceso original se haya practicado a pedido de la parte contra quien se la quiere hacer valer o que esta haya ejercido su derecho de contradicción. (Art. 171).
5. “Para valorar la prueba testimonial, la o el juzgador considerará el contexto de toda la declaración y su relación con las otras pruebas”. (Art. 186).
6. “La declaración de parte es indivisible en todo su contenido, excepto cuando exista otra prueba contra la parte favorable del declarante”. (Art. 187, inc. 2º).
7. Para que el juzgador pueda considerar la eficacia de la prueba documental se requiere que los documentos auténticos y sus copias o compulsas: 1) no estén defectuosos ni diminutos; 2) que no estén alterados en una parte esencial, de modo que pueda argüirse falsedad; 3) que en los autos no haya instancia ni recurso pendiente sobre el punto que, con tales documentos se intente probar. (Art. 199).

8. El juzgador no puede aceptar en una parte y rechazar en otra la prueba que resulte de los documentos públicos y privados, por cuanto esta es indivisible. (Art. 199).
9. Para que el juzgador pueda apreciar como prueba a los documentos extendidos en idioma distinto del castellano, se requiere que hayan sido traducidos por un intérprete y cuenten con la validación conforme lo dispuesto en la ley. (Art. 200).
10. En la valoración del medio de prueba instrumento público, el juzgador tendrá presente el alcance probatorio que establece el art. 208, en el sentido de que: a) el instrumento público hace fe, aun contra terceros, de su otorgamiento, fecha y declaraciones que en ellos haga la o el servidor público que los autoriza; b) que el instrumento público no hace fe contra terceros en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él hayan hecho las o los interesados. En esta parte no hace fe sino contra las o los declarantes. (Art. 208).

11. Las compulsas de las copias de una actuación judicial o administrativa y en general toda copia con valor de instrumento público, harán fe si han sido ordenadas judicialmente y con citación o notificación en persona o por una boleta a la parte contraria, o sea a aquella contra quien se quiere hacer valer la compulsas. Los poderes no están sujetos a esta disposición. (Art. 211).
12. Si hay alguna variación entre la copia y la escritura matriz prevalecerá lo que esta contenga. Igual regla se aplica a las compulsas con relación a la copia respectiva. (Art. 213).
13. “El reconocimiento de firma, certificación o protocolización de un instrumento privado no lo convierte en instrumento público”. (Art. 218).
14. Las reproducciones digitalizadas o escaneadas de documentos públicos o privados que se agreguen al expediente electrónico, tienen la misma fuerza probatoria del original (Art. 115 inciso 2).

### 2.5.9. Improcedencia e ineficacia de la prueba

Una de las garantías básicas del debido proceso es la de que “Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria”. (Art. 76, número 4 CRE).

El art. 160, inciso 4º del COGEP desarrolla esta norma al establecer que “Carece de eficacia probatoria la prueba obtenida por medio de la simulación, dolo, fuerza física, fuerza moral o soborno. Igualmente será ineficaz la prueba actuada sin oportunidad de contradicción”. Si la prueba actuada ha sido obtenida por medio de estos vicios la misma carece de eficacia.

La eficacia se refiere a la carencia de vicios de la prueba.

“La eficacia probatoria la determina la ley en la tarifa legal o el juez en el sistema de libre apreciación, pero en ambos casos está

dirigida principalmente a este, a fin de obtener su convencimiento en caso de litigio”. Hernando Devis Echandía, (tomo I, pág. 311, ob. cit.).

En la fase de valoración de la prueba el juzgador determinará su eficacia o ineficacia.

#### 2.5.10. Estándares de prueba

Sobre un hecho pueden existir pruebas contradictorias, entonces en doctrina se dice que la o el juzgador tiene que hacer un balance de probabilidades y “sopesar” las diferentes versiones sobre los hechos para llegar a una conclusión de convencimiento de los hechos y circunstancias controvertidos.

Según explica el Dr. Taruffo (ob. cit., pág. 138) el estándar de preponderancia de la prueba, al que hacemos referencia en el párrafo anterior, es una racionalización adecuada del principio de la libre valoración de la prueba, tanto en las familias jurídicas del Common Law como en los del Civil Law. Agrega que en ciertos casos se debe aplicar

estándares más exigentes, como el de la “prueba clara y convincente” o de la “prueba clara, precisa e indubitable”.

Por ejemplo, en materia penal se aplica el criterio de la “prueba por encima de cualquier duda razonable” o “más allá de una duda razonable”, que constituye un instrumento para reducir el riesgo de condenas apoyadas en errores de hecho (indubio pro reo).

### 2.5.II. Valoración resultado

En orden a precisar cuál debe ser el resultado de la valoración de la prueba, recordemos que “La valoración de la prueba tiene por objeto establecer la conexión final entre los medios de prueba presentados y la verdad o falsedad de los enunciados sobre los hechos en litigio”; y, en este contexto “un enunciado sobre los hechos está probado cuando, sobre la base de las pruebas, se considera verdadero. A la inversa, un enunciado sobre los hechos es verdadero cuando se ha probado debidamente mediante las pruebas presentadas ante el tribunal”. Dr. M. Taruffo, ob. cit., pág. 132).

En otras palabras, como dice la Dra. Selva Klett (ob. cit., pág. 190) la valoración de la prueba debe conducir a una “certeza razonada, objetiva y objetivada en la adecuada fundamentación del fallo”.

Si la finalidad de la prueba es llevar al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias controvertidos, con la verdad procesal (Arts. 158-160), la valoración de la prueba debe llegar a determinar esta verdad para hacer justicia.

---

**Capítulo 3.**  
**Clasificación de las**  
**pruebas**





### 3.1. Prueba de oficio

El proceso y el debate probatorio están orientados a esclarecer la verdad procesal. Por ello es que el art. 168 del COGEP ha previsto la prueba de oficio para mejor resolver. Establece esta disposición que la o el juzgador podrá ordenar de oficio la práctica de la prueba que juzgue necesaria para el esclarecimiento de los hechos controvertidos. Esta facultad del juez de ordenar prueba de oficio se ejercerá cumpliendo tres exigencias: a) podrá hacerlo excepcionalmente; b) debe dejar expresa constancia de las razones que tiene para tomar la decisión de ordenar prueba de oficio; c) la prueba que el juzgador ordene de oficio debe ser aquella que juzgue necesarias para el esclarecimiento de los hechos controvertidos. (Art. 168).

La o el juzgador podrá ordenar la práctica de pruebas de oficio en la audiencia preliminar. (Art. 294.7b) y en la audiencia de juicio.

La doctrina considera que para ordenar pruebas de oficio deben cumplirse las siguientes reglas: a) la prueba ordenada de oficio debe limitarse a los hechos controvertidos; b) debe determinar las pruebas cuya práctica ordena; c) debe garantizarse la observancia de los principios de contradicción y de defensa.

En conclusión, si **los medios probatorios aportados por las partes en el proceso resultan insuficientes para esclarecer la verdad procesal** y llevar a la o el juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias controvertidos, podrá ordenar de oficio, mediante decisión motivada, la práctica de la prueba que juzgue necesaria para el esclarecimiento de los hechos controvertidos.

Si el fin del proceso y la prueba es el esclarecer la verdad procesal, esta facultad activista del juzgador de ordenar la práctica

de pruebas de oficio, según el art. 168 COGEP, **se convierte en un deber del juzgador** cuando las pruebas aportadas por las partes resultan insuficientes para encontrar la verdad procesal; y, por ésta misma razón la imparcialidad del juez no se afecta ni se rompe al decretar prueba de oficio.

Estimo de interés para este estudio exponer en resumen algunos criterios jurisprudenciales referidos a las pruebas de oficio, extraídos de sentencias de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia tomadas de Jairo Parra Quijano, (ob. cit., pág. 188-202).

1. “El juez puede oficiosamente ordenar la práctica de las pruebas que las partes pidieron extemporáneamente o sin llenar los requisitos exigidos por la ley para su decreto” pág. 188.
2. “El juez debe decretar de oficio todas las pruebas que estime necesarias, siempre que ellas sean pertinentes y eficaces, y que no sean superfluas o prohibidas por la ley” pág. 191.

3. “El juez debe decretar pruebas de oficio, siempre que los hechos alegados por las partes requieran ser demostrados, incluso si la parte que los alega hubiese sido desidiosa en esa labor” pág. 192.
4. “La omisión del decreto oficioso de pruebas, configura error de derecho y da lugar al recurso de casación si debido a ostensibles particularidades que circundan la litis, constatadas objetivamente y ajenas por lo demás a cualquier manipulación fraudulenta de las partes, el uso de aquellas facultades se torna ineludible...”
5. “El hecho de que una prueba sea decretada de oficio, no le otorga atribución alguna al juez para obrar con discrecionalidad en su práctica, es decir, hacerla o no, sino que por el contrario, le incumbe un mayor deber en su ejecución...”
6. “Se configura error de derecho a consecuencia de no decretar pruebas de oficio cuando la necesidad de decretar y practicar esa prueba es impuesta por la ley como en los juicios de filiación respecto de la prueba antropoheredobiológica, o la inspección judicial en tratándose de

procesos de pertenencia, y cuando tal se impone objetivamente por la índole del proceso, es decir, se torna ineludible a efectos de evitar una sentencia absurda, imposible de conciliar con dictados elementales de justicia” pág. 198.

7. “El carácter netamente dispositivo del proceso civil ha perdido vigencia dada la aparición de principios tales como el de la cooperación procesal, la adquisición de la prueba, el compromiso de los jueces con la verdad jurídica objetiva y el ejercicio responsable de la jurisdicción” pág. 200.
8. “Las autoridades jurisdiccionales deben hacer uso de la posibilidad de decretar pruebas de oficio a fin de lograr la comprobación de los supuestos fácticos del proceso, obedeciendo así el mandato constitucional por virtud del cual debe buscarse la prevalencia del derecho sustancial” pág. 202. Sin incurrir en un carácter inquisitivo al ejercerla.

### 3.2. Prueba trasladada

Conforme a lo previsto en el art. 171 COGEP, “La prueba practicada válidamente en un proceso podrá incorporarse a otro en copia certificada”. Es decir, en un proceso se puede utilizar la prueba practicada en otro, **más para su apreciación se exige, de manera indispensable:** a) que en el proceso original se haya practicado a pedido de la parte contra quien se la quiere hacer valer; b) o que ésta haya ejercido su derecho de contradicción.

En lo que respecta al traslado de la prueba se pueden presentar las siguientes situaciones:

- a) Que en el proceso original y el otro al que se traslada la prueba coincidan las partes.
- b) Que las partes coincidan parcialmente.
- c) Que las partes no coincidan.

En estos casos, para la apreciación de la prueba trasladada debe cumplirse las reglas previstas en el Art. 171 COGEP.

La doctrina sostiene que las pruebas trasladadas no llevan el imperio de la **valoración que hizo el juzgador en el proceso de donde se traslada**. Así mismo las transcripciones de pruebas y conclusiones que hagan en una sentencia no suplen ni constituyen traslado de prueba.

En cuanto a la procedencia del traslado de prueba de procesos de distinta materia, en criterio de Devis Echandía (ob. cit., tomo I, pág. 355) “Dada la unidad de la jurisdicción, no obstante la división y especialización que para su ejercicio se haga, es jurídicamente igual que la prueba trasladada se haya recibido en un proceso anterior civil o penal o contencioso administrativo, etc., siempre que haya sido pública y controvertida por la parte contra quien se aduce en el nuevo proceso”.

No importa entonces, la materia de la que provenga la prueba, sino que ella cumpla con las garantías de validez, eficacia y contradicción, es decir que sea incorporada con intervención de la parte contra quien se pretende emplear.

### **Traslado de pruebas practicadas en un proceso anulado.**

De acuerdo al COGEP, la validez del proceso se determina antes de la audiencia o fase de juicio en donde se práctica la prueba; más sí se puede anular un proceso en casación.

Si el proceso se anula por vicios procesales que no tienen que ver con la prueba; es decir, si la prueba se decretó y practicó observando todas sus formalidades y hubo la contradicción y demás requisitos, el traslado es procedente. En cambio, si la nulidad se declara por vicios en la práctica de la prueba, la prueba es inválida.

### **3.3. Pruebas directas e indirectas**

**E**n doctrina se dice que cuando existe identidad o conexión entre los hechos principales en litigio, hechos objeto de la prueba y el hecho que constituye el objeto inmediato del medio de prueba, el hecho probado, estas pruebas son directas; pues el juez en este caso llega a conocimiento del

hecho por probar mediante su percepción personal; ejemplo de prueba directa es la inspección judicial.

La prueba es indirecta cuando el medio de prueba versa sobre un hecho diferente al hecho que prueba, y el juzgador en este caso puede extraer una inferencia de un tercero con respecto al objeto probatorio.

“...son pruebas indirectas la confesión, los testimonios, los dictámenes de peritos, los documentos e indicios, pero el juez solo percibe la narración de la parte o el testigo, la relación del perito, el escrito o los hechos indiciarios y de esa percepción induce la existencia o inexistencia, del hecho por probar...”. Devis Echandía, (ob. cit., tomo I, pág. 498).

Desde luego, en doctrina hay puntos de vista o criterios diferentes al anterior, y consideran como pruebas directas a los documentos, testimonios, confesiones, dictámenes de peritos, inspecciones judiciales “Cuando versan sobre el hecho que desea probarse, es decir, medios de prueba que no

son el mismo hecho por probar pero que lo demuestran directamente o recaen directamente sobre este. Prueba indirecta viene a ser, en cambio, la que versa sobre un hecho diferente al que se quiere probar o es tema de prueba, de tal manera que el segundo es apenas deducido o inducido del primero, por una operación lógica o el razonamiento del juez; por consiguiente, solo la prueba indiciaria o circunstancial (también la de presunciones para quienes la consideran un medio de prueba) tiene siempre ese carácter y los demás medios son indirectos cuando versan sobre hechos, indicios y no sobre el que se trata de probar (un documento o testimonio o experticia o una confesión pueden referirse a un hecho distinto al que se trata de probar, que sirve de indicio de la existencia o inexistencia de este), pero entonces estos medios se refunden con la prueba indiciaria o son elementos de esta...”. Devis Echandía, (ob. cit., tomo I, pág. 500).

Algunos autores coinciden en que todas las pruebas son en el fondo directas con relación a un hecho o a un tema probatorio

concreto o indirectas con relación a otros: por ejemplo: la inspección judicial es prueba directa de las cosas observadas por el juez, pero si éstas sirven únicamente para demostrar otro hecho, dicha prueba adquiere el carácter de indirecta.

“...Cualquier medio de prueba puede ser indirecto cuando tiene que ver con aspectos circunstanciales más que con un hecho principal, como en el caso de un testigo que habla de hechos circunstanciales que rodean a los hechos principales de la causa...”. Taruffo, (ob. cit., pág. 60).

“cuando las inferencias acerca de la verdad de un enunciado sobre un hecho principal se obtiene asumiendo otro hecho como premisa, éste último se considera un medio de prueba indirecto sobre aquel hecho principal”. Taruffo, (ob. cit., pág. 104).

### **Presunción judicial**

“Se llama presunción la consecuencia que se deduce de ciertos antecedentes o

circunstancias conocidas”. (Art. 32 Código Civil).

La presunción judicial constituye un medio para resolver las controversias, según lo dispuesto en el Art. 172 COGEP.

Con la presunción judicial, la o el juzgador llega al convencimiento de los hechos y circunstancias controvertidas mediante inducción o deducción a partir de actos, circunstancias o signos que reúnan las siguientes características: a) que sean suficientemente acreditadas a través de la prueba; b) y además que sean graves, precisos y concordantes.

#### 3.4. Pruebas positivas y negativas

Para la doctrina esta distinción es funcional, pues una prueba positiva tiene por objeto demostrar la verdad de un enunciado fáctico; en cambio, la prueba negativa o contra-prueba tiende a demostrar que un enunciado fáctico es falso, es decir, que el hecho no sucedió.

### 3.5. Pruebas reales o materiales y pruebas personales

La fuente de las pruebas puede estar en personas y en cosas. Es decir que, la información sobre los hechos materia de la controversia puede tener su origen en los conocimientos y declaraciones de las personas y en documentos, objetos, cosas.

Prueba material es aquella en la que la información fáctica emerge de cosas, documentos, instrumentos, objetos.

Para la doctrina, los indicios tangibles que conducen a presunciones judiciales son medios de prueba reales.

La declaración de testigos, la declaración de parte, el informe de peritos, constituye la llamada prueba personal.

La doctrina opina que en la inspección judicial se combinan elementos personales y reales: el juzgador personalmente obtiene

conocimientos de los hechos; y, a ello se suma los sujetos y cosas que examina.

La prueba material está relacionada con la cuestión planteada en la demanda o en su contestación; si por ejemplo se trata de justificar los daños producidos en un bien inmueble, será necesario solicitar una inspección judicial, prueba material directa que proviene de la observación personal o del conocimiento del juzgador, pudiendo determinar el resultado del proceso, sin ningún tipo de presunción o inferencia adicional.

En relación al tema en análisis, y, tomando en cuenta lo previsto en el Art. 142 número 7 COGEP, de que, la demanda debe contener, “El anuncio de los medios de prueba que se ofrece para acreditar los hechos... y la especificación de los objetos sobre los que versarán las diligencias, tales como la inspección judicial...”, es procedente comentar que, de conformidad con lo previsto en el Art. 231, numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial, a

las juezas y a los jueces de contravenciones les corresponde conocer las diligencias preprocesales de **prueba material documental** en materias no penales.

En cambio, el trámite de una declaración de parte (confesión) preprocesal, por ejemplo, corresponde a las o los jueces de lo civil.

### 3.6. Prueba nueva

**E**l COGEP en el art. 166 establece que: “Prueba nueva. Se podrá solicitar prueba no anunciada en la demanda, contestación a la demanda, reconvencción y contestación a la reconvencción, hasta antes de la convocatoria a la audiencia de juicio, siempre que se acredite; 1) **que no fue de conocimiento de la parte a la que beneficia o** 2) **que, habiéndola conocido, no pudo disponer de la misma. La o el juzgador podrá aceptar o no la solicitud de acuerdo con su sana crítica”.**

Por lo previsto en la disposición citada, prueba nueva es aquella que no ha sido

anunciada o no ha podido ser anunciada en la demanda, contestación a la demanda, reconvencción y contestación a la reconvencción porque no fue de conocimiento de la parte o habiéndola conocido, no pudo disponer de la misma.

### 3.6.1. Procedimiento para anunciar prueba nueva

La parte actora podrá anunciar nueva prueba que se referirá a los hechos expuestos en la contestación a la demanda, **en el término de diez días a partir de la notificación con el contenido de la contestación.** En materia de niñez y adolescencia este anuncio de nueva prueba podrá hacerlo en el término de tres días. (Art. 151.4.5).

### 3.6.2. Prueba nueva en segunda instancia

Cuando existe apelación de la resolución de primera instancia, en la audiencia de segunda instancia solamente se puede practicar prueba, en dos casos:

- a) Exclusivamente si se tratara de acreditar hechos nuevos; esto es hechos que no fueron conocidos por las partes al momento de presentar la demanda o la contestación a la demanda, y por tanto en principio no fueron materia de la controversia.

Es decir que, son hechos nuevos los sucesos acaecidos con anterioridad a la demanda o a la contestación; pero que son conocidos por el actor o demandado con posterioridad a los actos de proposición.

- b) La prueba que verse sobre los hechos materia de controversia y sólo haya sido posible obtenerla con posterioridad a la sentencia. (Art. 258, inciso 2º y 3º).

Debemos destacar que, de acuerdo a lo prescrito en el art. 258, la prueba nueva en segunda instancia puede tener lugar si se trata de acreditar **hechos nuevos** sobre hechos materia de la controversia. En cuyo caso:

1. La parte que apele anunciará la prueba en el escrito de fundamentación del recurso.
2. La contraparte anunciará ésta prueba en la contestación a la fundamentación del recurso.

### 3.6.3. Prueba nueva dirigida al perito

Durante la audiencia de juicio o en la etapa de juicio, según el tipo de proceso, se puede dirigir a la o el perito preguntas y presentar pruebas no anunciadas oportunamente orientadas a:

- a) Determinar su parcialidad y no idoneidad;
  - b) A desvirtuar el rigor técnico o científico de sus conclusiones;
  - c) Cualquier otra prueba destinada a solventar o impugnar su credibilidad.
- (Art. 223 COGEP).

---

Capítulo 4.  
**Carga de la prueba**





#### 4.1. La interacción en el marco del proceso: derechos, deberes, obligaciones, responsabilidades que se generan en el proceso

**E**l proceso se construye con la actuación del juzgador, de las partes y de terceros; y, en el desarrollo del proceso judicial se generan **derechos, deberes, obligaciones, responsabilidades, facultades, cargas procesales**, ya sea de las partes, del juzgador, de terceros, por lo que es necesario hacer las precisiones del caso.

En la relación jurídica procesal surgen **derechos** de las partes y terceros, como el derecho de contradicción, el de impugnación.

Así mismo existen facultades procesales que corresponden al juzgador: **ordenar de oficio prueba para mejor resolver; dirigir la**

**audiencia y ejercer facultades disciplinarias** para mantener el orden y garantizar su eficaz realización: (Art. 8o COGEP)

**Facultad** de las partes: recusar al juzgador por causales legales.

En el desarrollo del proceso se generan **deberes** del juzgador, de las partes y terceros. El juzgador, por ejemplo debe calificar la demanda, convocar a audiencias, dirigir el proceso. Las partes deben obrar con lealtad, buena fe en el proceso.

Las partes son **responsables** de probar lo alegado, salvo casos de reversión establecidos en la ley.

El incumplimiento de **cargas procesales** incumbe a las partes y no al proceso.

El incumplimiento de **deberes** acarrea sanciones.

Las **obligaciones** procesales surgen para las partes, tienen un contenido patrimonial, como las costas, multas, honorarios.

#### 4.2. Carga Procesal

La actividad de las partes en el proceso es de trascendencia para sus pretensiones y defensa en la controversia; así como determinar la verdad procesal, que es el fin del proceso; por ello existen las cargas procesales.

Existe carga procesal cuando la ley o el juzgador establece una determinada responsabilidad por interés propio para las partes o el interés público.

Las cargas procesales surgen para las partes; nunca para el juzgador.

Carnelutti, citado por Hernando Devis Echandía (ob. cit., tomo I, pág. 383) “Distingue las nociones de **acto necesario** y **acto debido**; aquella, para aplicarla a la carga y esta para determinar la obligación”. “El primero

es un acto jurídico que debe ejecutarse si se quiere obtener cierta finalidad, en interés propio; el segundo es un acto jurídico que el derecho objetivo exige que se cumpla para tutelar un interés ajeno. Ambos están subordinados a un interés personal y a un interés por el derecho, pero el titular de ese interés varía”, conforme la disponibilidad del derecho en controversia. (H. Devis Echandía, ob. cit., tomo I, pág. 383).

“...en la carga se subordina “un interés propio a otro también propio” (esto excluye la idea de ilicitud en su inobservancia), mientras que la obligación impone la necesidad de “subordinar un interés propio a un interés ajeno (lo cual explica la ilicitud de su incumplimiento)”. H. Devis Echandía, (ob. cit., tomo I, pág. 384)

“...para Sentis Melendo (citado por H. Devis Echandía. *Ibídem*) la característica fundamental de la carga procesal consiste en ser una facultad y un acto necesario pero libre, no exigible a otra persona”.

En realidad, en la carga procesal no se trata de un derecho ni de un deber, **sino de una facultad de las partes**; por tanto para la realización de la carga procesal no existe posibilidad de coacción.

La inobservancia de una carga procesal no implica perjuicio para el proceso; afecta a la parte que la inobserva y, en consecuencia no puede haber sanción o coacción.

**La parte que soporta la carga procesal está en libertad de asumirla o no**; si no la asume puede sufrir consecuencias desfavorables, pero no sanciones.

Dentro del género carga procesal está la carga probatoria; esta es una vertiente de la primera.

Sobre la carga de la prueba, el art. 169 del COGEP establece las siguientes reglas:

1. “Es obligación de la parte actora probar los hechos que ha propuesto afirmativamente

- en la demanda y que ha negado la parte demandada en su contestación”.
2. “La parte demandada no está obligada a producir pruebas si su contestación ha sido simple o absolutamente negativa”.
  3. La parte demandada **sí deberá** producir pruebas si su contestación contiene afirmaciones explícitas o implícitas sobre el hecho, el derecho o la calidad de la cosa litigada.
  4. “La o el juzgador ordenará a las partes que pongan con anticipación suficiente a disposición de la contraparte, la prueba que esté o deba estar en su poder, así como dictar correctivos si lo hace de manera incompleta”
  5. “Cuando se trate de derechos de niñas, niños y adolescentes, en materia de derecho de familia y laboral, la o el juzgador lo hará de oficio en la audiencia preliminar”; es decir, ordenará a las partes que pongan con anticipación suficiente a disposición de la contraparte, la prueba que esté o deba estar en su poder.

## Inversión legal de la carga de la prueba

La doctrina se inclina por la tendencia de que la inversión de la carga de la prueba generalmente se presenta en los casos de responsabilidad civil y en materia contractual, donde se dejan establecidos determinados supuestos de hecho. El COGEP, ha establecido casos de inversión de la carga de la prueba en los siguientes casos:

6. “En materia de familia, **la prueba de los ingresos de la o del obligado por alimentos recaerá en la o el demandado**, conforme con lo dispuesto en la ley sobre el cálculo de la pensión alimenticia mínima”.
7. “En materia ambiental, **la carga de la prueba sobre la inexistencia de daño potencial o real recaerá sobre el gestor de la actividad o la o el demandado**”.
8. “También serán admisibles otros casos de inversión de la carga de la prueba de conformidad con la ley”

La carga de la prueba es una responsabilidad de las partes. El concepto **carga de**

la prueba hace alusión a lo que cada parte tiene interés en probar de los hechos controvertidos.

“...Los efectos negativos que se derivan de la falta de prueba suficiente de un hecho se cargan sobre la parte que formuló una pretensión basada en ese hecho. Cada parte cargará con los efectos negativos que se derivan de no haber probado los hechos sobre los que fundó sus pretensiones”. Dr. Michele Taruffo, (ob. cit., pág. 147).

Para el Dr. Taruffo “la carga de la prueba es el criterio que determina la decisión final cuando no se ha probado un hecho principal”. (ob. cit., pág. 149)

La doctrina destaca dos aspectos de la noción carga de la prueba:

- a) Que la carga de la prueba es una regla para el juzgador o regla de juicio, puesto que el juzgador basa su decisión en la prueba de los hechos controvertidos, y a falta de la prueba dicta sentencia inhibitoria.

- b) Que la carga de la prueba “es una regla de conducta para las partes, porque indirectamente les señala cuales son los hechos que a cada uno le interesa probar”. Devis Echandía, (ob. cit., tomo I, pág. 406). Es “un principio de autorresponsabilidad de las partes meramente facultativo”. *Ibidem*.

“La carga de la prueba determina lo que cada parte tiene interés en probar para obtener éxito en el proceso, es decir, cuáles hechos, entre los que forman el tema de la prueba en ese proceso, necesita cada uno que aparezcan probados para que sirvan de fundamento a sus pretensiones o excepciones (sin que se trate de una obligación o deber) y le dice al juez cómo debe fallar en caso de que esas pruebas falten”. H. Devis Echandía, (ob. cit., tomo I, pág. 135)

**La carga de la prueba, entonces, determina a quien interesa la demostración del hecho controvertido o de hecho en que se fundamenta la pretensión o excepción. De ahí que, según H. Devis Echandía, resulta**

incorrecto decir que la carga de la prueba determina **quién debe probar** cada hecho; pues que resulta más exacto decir que la carga de la prueba indica “a quien corresponde evitar que falte la prueba de cierto hecho, si pretende obtener una decisión favorable basada en él. Si el juez o la contraparte la suministran, queda cumplido el interés de quien era sujeto de tal carga y satisfecha ésta; si es un hecho exento de prueba, no existe carga de probarlo”. H. Devis Echandía, (ob. cit., tomo I, pág. 407)

Una vez acreditado el hecho controvertido, al juzgador le es indiferente si es el actor o el demandado quien logró su convencimiento acerca de la existencia de tal hecho. Es decir que, lo que importa es qué ha de ser probado en el proceso; esto es lo que la doctrina llama carga material.

---

**Capítulo 5.**  
**Medios de Prueba**





### ¿En qué consisten los medios de prueba?

Son los elementos personales y materiales a través de los que el juzgador llega a conocimiento de los hechos materia de la controversia.

Para demostrar los hechos en controversia, el COGEP establece libertad probatoria, en cuanto a que las partes podrán utilizar cualquier tipo de prueba, siempre y cuando no violente el debido proceso ni la ley. (Art. 159).

## Sección 5.1. Prueba Testimonial

### 5.1.1. ¿En qué consiste la prueba testimonial?

“Es la declaración que rinde una de las partes o un tercero”. (Art. 174). Es decir que, la prueba testimonial puede consistir

en declaración de parte o en declaración de testigos.

“Declaración de parte es el testimonio acerca de los hechos controvertidos, el derecho discutido o la existencia de un derecho rendido por una de las partes”. (Art 187)

Declaración de testigos es la que rinde “toda persona que ha percibido a través de sus sentidos directa y personalmente hechos relacionados con la controversia”. (Art. 189)

### 5.1.2. Normas Constitucionales

La Constitución de la Republica en el Art. 168.6 establece que “La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y **diligencias** se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo”. Y, la Constitución, en el Art. 76.7.j) como garantía básica del debido proceso dispone que “Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a

comparecer ante la Jueza, Juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo”.

De acuerdo con el Mandato Constitucional las pruebas se practicarán y debatirán de forma contradictoria, observando los principios dispositivo, de concentración e inmediatez.

“Las pruebas **obtenidas** o **actuadas** con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria”. (Art. 76.4 CRE)

La Constitución reconoce el derecho de defensa de las personas y una de sus garantías es la de: “Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistido y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra”. (Art. 76.7.h CRE).

El juzgador mantiene una relación directa en audiencia, con las partes, testigos y peritos; ello garantiza oportunidad, transparencia, certeza en las decisiones.

### 5.1.3. Anuncio de prueba testimonial

En lo que tiene que ver con la prueba testimonial, la demanda contendrá:

- a) En general, el anuncio de los medios de prueba que se ofrece para acreditar los hechos;
- b) La nómina y domicilio de las y los testigos llamados a declarar;
- c) La expresión sucinta del o los hechos sobre los cuales serán interrogados.  
(Arts. 142.7, 190)

Igualmente la parte demandada al contestar la demanda deberá:

- a) En general, anunciar todos los medios probatorios destinados a sustentar su contradicción, precisando toda la información que sea necesaria para su actuación;
- b) Acompañar la nómina y domicilio de testigos indicando los hechos sobre los cuales deberán declarar. (Arts. 152-190)

#### 5.1.4. Declaración anticipada

La regla general es la de que la prueba testimonial se practicará en la audiencia de juicio; pero excepcionalmente se puede recibir en forma anticipada, bajo las exigencias y en los casos que se indican:

- a) La o el juzgador podrá recibir prueba testimonial anticipada en **audiencia especial**;
- b) Podrá recibir como prueba anticipada, los testimonios de las personas gravemente enfermas, de las físicamente imposibilitadas, de quienes van a salir del país; y, de todas aquellas que demuestren que no pueden comparecer a la audiencia de juicio en el proceso ordinario o a la audiencia única en los procesos sumario, ejecutivo o monitorio;
- c) Debe garantizarse el ejercicio del derecho de contradicción de la contraparte;
- d) Se observarán las demás reglas sobre la práctica de la prueba testimonial.  
(Arts. 174, 181, 188).

### 5.1.5. Declaración de parte

Declaración de parte (la llamada confesión en el Código de Procedimiento Civil derogado) es el testimonio rendido por una de las partes, acerca de los hechos controvertidos, el derecho discutido o la existencia de un derecho. (Art. 187; 122; 177.6.7; 188, 183)

#### 5.1.5.1. Naturaleza de la declaración de parte

“La declaración de parte es indivisible en todo su contenido, excepto cuando exista otra prueba contra la parte favorable del declarante.”

El Código de Procedimiento Civil contemplaba la confesión ficta, que tenía lugar en el caso de que la persona llamada a confesar no compareciere, o si compareciendo se negare a prestar la confesión, o no quisiere responder, o lo hiciere de modo equívoco u oscuro. En este caso el juez podía declararla confesa, quedando a su libre criterio, lo mismo que a los jueces de segunda instancia, el

dar a esta confesión tácita el valor de prueba, según las circunstancias que haya rodeado al acto.

El COGEP elimina la confesión judicial ficta.

### 5.1.5.2. Reglas sobre la declaración de parte:

1<sup>a</sup>. La declaración de parte se practicará en la audiencia de juicio (en la audiencia única en los procesos sumario, monitorio, ejecutivo), salvo el caso de declaraciones urgentes. (Arts. 188, 333.4, 354 inciso 2 y 259).

2<sup>a</sup>. Se puede pedir como diligencia preparatoria, las declaraciones urgentes de las personas, excepcionalmente, en los siguientes casos:

- a) Cuando se trata de personas de avanzada edad;
- b) A personas que por su grave enfermedad se tema fundadamente puedan fallecer;

c) A quienes estén próximos a ausentarse del país en forma permanente o por un largo periodo. (Art. 122, número 7; 188).

3<sup>a</sup>. Podrán formularse preguntas sugestivas, conforme a lo dispuesto en el Art. 177. 7

4<sup>a</sup>. El juzgador negará las preguntas inconstitucionales, impertinentes, capciosas, oscuras, compuestas y aquellas destinadas a coaccionar ilegítimamente al declarante.

5<sup>a</sup> La declaración se practica a través de interrogatorio y contrainterrogatorio.

No hay pliego de posiciones.

No procede rendir declaración de parte por apoderado.

#### **5.1.5.3. Declaración de parte mediante la emisión de informe**

Las autoridades y funcionarios que a continuación se indica, que deban rendir declaración de parte, emitirán informe con

juramento sobre los hechos con respecto a los cuales se les haya solicitado: “La o el Presidente de la República, la o el Vicepresidente de la República, las o los asambleístas, las o los ministros de Estado, la o el Secretario General de la Administración Pública y los demás Secretarios con rango de ministro, la o el Fiscal General del Estado, la o el Defensor del Pueblo, la o el Defensor Público, las o los jueces de la Corte Constitucional, las o los jueces de la Corte Nacional de Justicia, las o los vocales del Consejo de la Judicatura, las o los consejeros del Consejo del Participación Ciudadana y Control Social, las o los consejeros del Consejo Nacional Electoral, las o los jueces del Tribunal Contencioso Electoral, la o el Procurador General del Estado, la o el Contralor General del Estado, las o los Superintendentes, las o los alcaldes, las o los prefectos, las o los gobernadores regionales, las máximas autoridades de las instituciones del Estado y las o los agentes diplomáticos”. (Art. 177.9).

Al respecto, debemos tener presente que, según lo dispuesto en el Art. 310 COGEP,

para las acciones contencioso tributarias y contencioso administrativas son admisibles todos los medios de prueba, excepto la declaración de parte de los servidores públicos. Por tanto, “Los informes que emitan las autoridades demandadas por disposición de la o del juzgador, sobre los hechos materia de la controversia, no se consideran declaración de parte”.

#### **5.1.5.4. Efectos de la declaración de parte sobre la verdad de la demanda**

“La declaración legítimamente hecha sobre la verdad de la demanda termina el proceso”. (Art. 183)

Para que la declaración de parte sobre la verdad de la demanda termine el proceso, tiene que ser legítima; es decir, una declaración de la verdad sustentada en lo que es justo y equitativo.

Al respecto, debemos tener presente que, según lo dispuesto en el Art. 242 COGEP: “El allanamiento será ineficaz:

1. Cuando la o el demandado sea incapaz, excepto cuando se trate del allanamiento de personas jurídicas.
2. Cuando el derecho no sea susceptible de disposición de las partes.
3. Cuando los hechos admitidos no puedan probarse por medio de la declaración de parte.
4. Cuando la sentencia deba producir efecto de cosa juzgada con respecto a terceros”.

#### 5.1.6. Declaración de testigos

**Testigo.** “Es toda persona que ha percibido a través de sus sentidos directa y personalmente hechos relacionados con la controversia”. Art. 189. Según este concepto está descartado el testigo referencial.

##### 5.1.6.1. Quiénes no pueden declarar como testigos

Por regla general, cualquier persona puede declarar como testigo, con excepción de las siguientes:

1. Las absolutamente incapaces.

“Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y la persona sorda que no pueda darse a entender de manera verbal, por escrito o por lengua de señas”. Art. 1463 Código Civil (Ref. RO.S 796-2012-09-25).

2. Las personas que padecen enfermedad mental; pero cuando ésta les prive las capacidades de percibir o comunicar objetivamente la realidad.
3. Las que al momento de ocurridos los hechos sobre los cuales deben declarar se encontraban en estado de embriaguez o bajo el efecto de sustancias estupefacientes o psicotrópicas. (Art. 189).

#### 5.1.6.2. Reglas sobre la comparecencia de testigos

1<sup>a</sup>. “La o el testigo será notificado mediante boleta, con tres días de anticipación a las diligencias”.

2<sup>a</sup>. En la notificación se le advertirá la obligación de comparecer y se le prevendrá

que, de no hacerlo y no justificar su ausencia, será conminado a comparecer con el apoyo de la Policía Nacional.

### **5.1.6.3. Comparecencia de testigos que no residen en el lugar del juicio**

En el caso de que los testigos residan en otro lugar del juicio, la o el juzgador puede ordenar, cuando lo crea conveniente, que se presenten a la audiencia o declaren por medio de videoconferencia u otro medio de comunicación de similar tecnología.

Los costos del traslado y permanencia correrán a cargo de la parte que solicitó el traslado.

## **5.1.7. Práctica de prueba testimonial**

### **5.1.7.1. Reglas sobre la práctica de la prueba testimonial**

1. La prueba testimonial se practicará en la audiencia de juicio o en la audiencia única, según el tipo de proceso, ya sea en

forma directa o a través de videoconferencia u otro medio de comunicación de similar tecnología.

2. La prueba se llevará a cabo mediante interrogatorio de quien la propone y contrainterrogatorio de la contraparte; ya no existe el pliego de preguntas o posiciones.
3. “La o el juzgador puede pedir aclaración sobre un tema puntual de considerarlo indispensable”.
4. “Si la o el declarante ignora el idioma castellano se hará conocer este hecho al momento de la solicitud y su declaración será recibida con la intervención de un intérprete, quien prestará previamente el juramento de decir la verdad”.
5. “La o el juzgador podrá ordenar a la o el declarante que responda lo preguntado”.
6. En la prueba testimonial la declaración será precedida del juramento rendido ante la o el juzgador, quien advertirá al declarante su obligación de decir la verdad y de las penas de perjurio.
7. “La o el declarante deberá estar asistido por su defensora o defensor, bajo sanción de nulidad”.

8. “La declaración deberá ser rendida personalmente y dentro de la audiencia”.
9. **Caso de prueba trascendental.** Si la o el declarante no asiste a la audiencia, la parte interesada podrá solicitar de manera fundamentada, que se suspenda la audiencia por tratarse de una **prueba trascendental**. En caso de aceptar la petición, la o el juzgador señalará día y hora para continuar la audiencia y dispondrá la comparecencia de la o del declarante mediante apremio ejecutado por la Policía Nacional.
10. Se podrá interrogar a las o los procuradores o a las o los apoderados únicamente por los hechos realizados a nombre de sus mandantes.
- II. **Requerimiento a rendir declaración de parte a una persona jurídica.** Cuando una persona jurídica sea parte procesal y sea requerida a rendir declaración de parte, lo hará por ella su representante legal, pero si este no intervino en los hechos controvertidos en el proceso, deberá alegar tal circunstancia en la audiencia preliminar.

12. **Declaración de un incapaz.** Cuando un incapaz rinda declaración, en los casos que la ley lo faculte, lo hará acompañado de su representante legal o de su curadora o curador, se exceptúan las niñas, niños y adolescentes que solo podrán declarar sin juramento ante la presencia de sus representantes.
13. “La o el juzgador preguntará al declarante sus nombres, apellidos, edad, estado civil, dirección domiciliaria, nacionalidad, profesión u ocupación”
14. “La o el declarante no podrá leer notas ni apuntes durante la práctica de su declaración a menos que se trate de valores o cifras”.
15. Las o los declarantes no podrán comunicarse entre sí, mientras esperan ser llamados a rendir su testimonio. “En el transcurso de la audiencia no podrán ver, oír ni ser informados de lo que ocurre en la audiencia”. (Arts. 174, 177, 178, 179).

### 5.1.7.2. Atribuciones del juzgador en la práctica del testimonio

1. En la práctica de la prueba testimonial en la audiencia de juicio (o en la audiencia única), la o el juzgador puede pedir aclaración sobre un tema puntual de considerarlo indispensable.
2. La o el juzgador podrá ordenar a la o el declarante que responda lo preguntado. (Art. 175).
3. Ante la objeción de las preguntas que hagan las partes, la o el juzgador se pronunciará aceptándola o negándola.
4. La o el juzgador tomará juramento al declarante y le advertirá su obligación de decir la verdad y de las penas del perjurio.
5. **Facultad para negar las preguntas**  
“La o el juzgador negará las preguntas inconstitucionales, impertinentes, capciosas, obscuras, **compuestas**, y aquellas destinadas a coaccionar ilegítimamente al declarante”. (Art. 177, número 8).
6. **Declaración falsa.** “Cuando la declaración sea evidentemente falsa, la o el juzgador suspenderá la práctica del

testimonio y ordenará que se remitan los antecedentes a la Fiscalía General del Estado”. (Art. 182).

7. La o el juzgador se pronunciará aceptando o negando las objeciones a las preguntas en la práctica del testimonio. (Art. 176).

### **5.1.7.3. Atribuciones de las partes en la práctica de la prueba testimonial.-**

En la práctica de la prueba testimonial (declaración de parte) las partes procesales tienen dos facultades: 1) negarse a responder preguntas; 2) objetar las preguntas. Son dos cuestiones distintas.

#### **5.1.7.3.1. En qué casos la o el declarante puede negarse a responder cualquier pregunta?**

1. Cuando “pueda acarrearle responsabilidad penal personal, a su cónyuge o conviviente en unión de hecho o a sus familiares comprendidos dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de

- afinidad, excepto las que se refieren a cuestiones de estado civil o de familia”.
2. Cuando “viole su deber de guardar reserva o secreto por razón de su estado u oficio, empleo, profesión, arte o por disposición expresa de la ley”. (Art. 175).

### 5.1.7.3.2. Objeciones a preguntas en la prueba testimonial

#### 5.1.7.3.2.1. En qué consiste la objeción

La objeción es una facultad de impugnación a las preguntas en la prueba testimonial, que tienen las partes en un proceso.

En otras palabras, la objeción a las preguntas en la prueba testimonial es un medio para ejercer el derecho de contradicción en la práctica de esta prueba y evitar que en el debate probatorio se introduzcan pruebas que se encaminen al engaño, a ocultar la verdad; y, en general que afecten los principios de buena fe, de lealtad.

### 5.1.7.3.2.2. Derecho a objetar: ¿Quién puede objetar las preguntas?

En la práctica de la prueba testimonial, las partes **pueden objetar** cualquier pregunta que se encuentre en los casos que determina la ley.

Las objeciones tienen que ser fundamentadas.

### 5.1.7.3.2.3. ¿En qué casos pueden las partes objetar las preguntas? Causales de procedencia

Las objeciones pueden plantearse **particularmente** a las preguntas:

- Que acarreen responsabilidad penal a la o el declarante.
- Capciosas
- Sugestivas
- Compuestas
- Vagas
- Confusas

- Impertinentes
- Hipotéticas por opiniones o conclusiones. Se exceptúan las preguntas hipotéticas en el caso de los peritos dentro de su área de experticia. (Art. 176)

### 5.1.7.3.2.3.I. Causales de procedencia.

#### Art. 170

En consecuencia, de acuerdo a lo previsto en el COGEP (Art. 170-176) podemos citar las siguientes causas para las objeciones a las preguntas en la prueba testimonial:

- a) A preguntas que acarreen responsabilidad penal a la o el declarante. Al respecto, la Constitución de la República en el artículo 77.7 c) establece que “Nadie podrá ser forzado a declarar en contra de sí mismo, sobre asuntos que puedan ocasionar su responsabilidad penal”.
- b) A las preguntas capciosas, que son aquellas que encierran engaño y por tanto no contribuyen al esclarecimiento de la verdad procesal, al sembrar confusión en el testigo y en el juzgador.

- c) A las preguntas sugestivas, salvo los casos previstos en el Art. 177.7, en que se permite preguntas sugestivas, que se caracterizan por que en la formulación de la pregunta se contiene la respuesta.
- d) A las preguntas compuestas, que son las que incluyen en su formulación varios hechos, y por tanto puede producir confusión en el testigo, y generar una respuesta ambigua, nada clara.
- e) A preguntas vagas, que son las vacías de contenido, imprecisas, indeterminadas; en el caso, preguntas que no conducen a esclarecer los hechos.
- f) A preguntas confusas; es decir oscuras, de difícil comprensión para el testigo y el juzgador sobre el tema que se pregunta por su ambigüedad.
- g) A preguntas impertinentes, que son aquellas mediante las que se pide declaración o información que no se refiere ni directa ni indirectamente a los hechos o circunstancias controvertidos.
- h) A preguntas que contienen opiniones o conclusiones. El testigo relata los hechos relacionados con la controversia que ha

percibido directa y personalmente. El rol del testigo no es el de dar opiniones o hacer conclusiones sobre tales hechos. Sin embargo, distinto es el caso del experto, perito o testigo técnico, quien sí puede expresar su opinión y conclusiones sobre materia de su experticia. (Art. 176)

- i) A preguntas que conducen a prueba inútil. En principio en la audiencia preliminar el juzgador rechaza la prueba inútil. Sin embargo, en la prueba testimonial pueden formularse preguntas cuya respuesta no sirva para esclarecer los hechos controvertidos.
- j) A preguntas que conlleven a prueba inconducente, como cuando la pregunta no lleva a la posibilidad legal de demostrar el hecho alegado.
- k) A las preguntas intimidatorias o irrespetuosas contra el testigo, porque este hostigamiento puede impedir que el testigo declare con libertad, afectando a la búsqueda de la verdad.
- l) Preguntas inconstitucionales. La Constitución reconoce y garantiza a las personas el derecho a guardar reserva sobre

sus convicciones. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre las mismas. Nadie podrá ser forzado a declarar en contra de sí mismo, sobre asuntos que puedan ocasionar su responsabilidad penal Art. 77.7. c). Si se formulan preguntas contrarias a estas garantías constitucionales procede la objeción.

#### 5.1.7.3.2.4. Tipo de Preguntas

**Preguntas sugestivas.** Son aquellas en las que, en la formulación de la pregunta, se contiene la respuesta; y, al testigo solo le permite confirmar o negar su contenido; es decir, no dan la oportunidad al testigo para expresarse con sus propias palabras. Por ello, por regla general, las preguntas sugestivas están prohibidas; excepcionalmente están permitidas en los casos determinados en el Art. 177, número 7, COGEP.

Las preguntas sugestivas conducen generalmente a una respuesta afirmativa.

Ejemplo: Diga cómo es verdad que mi cónyuge NN desde hace más de un año ininterrumpidamente, me abandonó en forma voluntaria e injustificada?.

Por regla general, las partes pueden objetar las preguntas sugestivas (Art. 176).

Más, **podrán formularse preguntas sugestivas** en los siguientes casos determinados por la ley:

1. Sobre temas introductorios que no afecten a los hechos controvertidos; es decir, sobre temas que se relacionan con el contexto de los hechos que son materia de la controversia.
2. Preguntas que recapitulen información ya aportada por la o el declarante; es decir, son preguntas para recordar sumaria y ordenadamente lo que ha declarado con extensión anteriormente.
3. Cuando la o el juzgador haya calificado al testigo como hostil. Entre los elementos a considerar para determinar si el testigo es hostil están las respuestas omitiendo

o tergiversando hechos, manifestando no recordar los hechos que se le preguntan; las respuestas evasivas y confusas; y, en todo caso tratando de favorecer a la parte contraria con sus declaraciones.

4. En el Contrainterrogatorio cuando se practique la declaración de una parte ha pedido de la otra. (Art. 177, número 7).

**Preguntas capciosas.** Son aquellos que encierran engaño, y, se hacen generalmente en forma asertiva para lograr que el testigo reconozca un hecho, respondiendo ya sea en forma negativa o ya en forma positiva, y en todo caso favoreciendo a la parte que interroga.

Ejemplo: “Lo cierto es que usted dejó de pegarle a su esposa”. Si responde afirmativamente está reconociendo que sí le pegaba; igualmente si responde en forma negativa.

**Pregunta compuesta.** Es aquella que incluye varios hechos, causando confusión en el testigo.

Ejemplo: En... (fecha) usted viajó de Cuenca a Quito en compañía de NN y aquí se entrevistó con los señores X y Z. Hechos: 1) que viajó de Cuenca a Quito; 2) en compañía de NN; 3) que se entrevistó con X y Z. La respuesta afirmativa implica que asume todos los hechos. Pero también puede generar respuestas ambiguas.

**Preguntas impertinentes.** Son las que no tienen que ver con hechos pertinentes en el proceso, es decir que no tienen relación directa ni indirecta con los hechos o circunstancias controvertidos; y, en consecuencia son irrelevantes.

**Preguntas introductorias.** Son aquellas que se encaminan a situarle al testigo en el contexto de los hechos que son materia del examen directo.

**Preguntas abiertas y cerradas.** Las preguntas constituyen un medio para introducir información de los testigos en el proceso.

Las preguntas abiertas en un examen directo, **encaminan al testigo a dar una respuesta con sus propias palabras**, puesto que la pregunta no limita la respuesta ni sugiere una respuesta; y, por ello estas preguntas potencian la credibilidad del testigo porque permiten al juzgador apreciar el grado de conocimiento que tiene de los hechos controvertidos.

Ejemplos: ¿Qué elementos configuran la seguridad integral en un edificio?.

¿Qué se entiende por infraestructura civil y por infraestructura de un edificio?

Mas, como las preguntas abiertas no permiten precisar detalles sobre el hecho a probar, deben combinarse con preguntas cerradas, que son las que permiten focalizar la declaración de la o el testigo para que formule una respuesta específica sobre el hecho controvertido, como por ejemplo:

¿Usted ha declarado que vio a NN pegarle a su esposa, cuantas veces lo vio pegarle?

La pregunta cerrada limita la respuesta, pero no sugiere al testigo la respuesta deseada. En el ejemplo puede contestar con la expresión una, dos, tres, etc.

Las preguntas cerradas permiten obtener del testigo la información relevante que posee sobre el hecho controvertido, debiendo cuidar siempre de que, con las preguntas cerradas, no se dificulte al juzgador formarse criterio sobre la credibilidad de las declaraciones del testigo.

**Preguntas hipotéticas.** DRA hipótesis: suposición de una cosa, sea posible o imposible, para sacar de ella una consecuencia. Hipótesis de trabajo: la que se establece provisionalmente como base de una investigación que puede confirmar o negar la validez de aquella.

Testigo es la persona que ha percibido a través de sus sentidos directa y personalmente

hechos relacionados con la controversia; por ello ni en el interrogatorio ni contrainterrogatorio procede solicitarle al testigo su opinión o conclusiones. Mas, las preguntas hipotéticas por opiniones o conclusiones son admitidas en el examen y contra examen de peritos.

#### **5.1.7.3.2.5. Trámite de las objeciones**

Las objeciones se realizan a las preguntas del interrogatorio o contrainterrogatorio que tiene lugar en la práctica de la prueba testimonial en la audiencia de juicio.

Una vez realizada la objeción, la o el juzgador se pronunciará aceptándola o negándola.

#### **5.1.7.3.3. Objeciones a respuestas**

Las partes pueden también objetar las respuestas de las o los declarantes que van más allá, que no tienen relación con las preguntas formuladas o son respuestas parcializadas. (Art. 176).

#### **5.1.7.4. Práctica de la prueba testimonial. Cómo introducir la prueba testimonial**

En la práctica de la prueba testimonial existen las siguientes atribuciones, actividades y técnicas que pueden hacer valer y operar las partes y el juzgador:

1. Las partes tienen la posibilidad de utilizar: a) el interrogatorio o examen directo; b) el contrainterrogatorio o contraexamen; c) el reexamen; d) las objeciones; e) negarse a responder preguntas.
2. El juzgador dirige el debate probatorio con ciertas facultades de control.

##### **5.1.7.4.1. El interrogatorio o examen directo**

Es el examen que hace el proponente de la declaración, a una de las partes o a un tercero. (Art. 174)

En el caso de la declaración de testigos, el examen directo que hace la parte

proponente del testimonio inicialmente puede ser para acreditar al testigo, y luego para demostrar los presupuestos fácticos del caso controvertido, con preguntas sobre el fondo de la litis.

La demostración de la credibilidad del testigo generalmente se efectúa con preguntas abiertas e introductorias con el objeto de establecer la solvencia profesional e idoneidad del testigo para convencer al juzgador de que la información que proporciona es creíble. Mas, el examen directo al testigo tiene como propósito central acreditar las pretensiones de la demanda o las afirmaciones de la contestación a la demanda. Este es un medio para introducir la prueba testimonial al juicio oral.

Las particularidades del interrogatorio dependen del caso; mas, acogiendo los comentarios de la doctrina, (Luis Miguel Reyna Alfaro, ob. cit.) podemos determinar algunas directrices respecto a las técnicas para este examen directo.

#### 5.1.7.4.1.1. Directrices para el examen directo

1. El papel protagónico debe ser del testigo y no del abogado.
2. Para lograr un mayor impacto en la acreditación de las pretensiones o afirmaciones del caso, es de suma importancia el orden táctico en que se reciban las declaraciones. “Se recomienda comenzar los interrogatorios directos utilizando el que proporcione una versión más impactante y creíble sobre el caso”. Luis Miguel Reyna A, (ob. cit., pág. 2016)
3. El testigo debe generar el convencimiento en el juzgador de que conoce la verdad de los hechos controvertidos, demostrando seguridad en sus declaraciones; y, para ello es determinante que se privilegie las declaraciones de los testigos que vayan a transmitir esta confianza y seguridad.
4. La versión de los hechos o relato debe estar organizado de tal manera que lleve al juzgador a conocer con claridad cómo sucedieron los mismos. Según la doctrina

este relato puede ser cronológicamente estructurado, que consiste en que “el testigo narra los hechos conforme a su estructura temporal, es decir, conforme ocurrieron en el tiempo. Esta narración goza de la ventaja de formar en el oyente, esto es, en el tribunal, una mejor noción de cómo ocurrieron los hechos, pues las historias narradas cronológicamente son más sencillas de comprender”. Luis Miguel Reyna, (ob. cit., pág. 207)

Asimismo, el relato puede ser de conveniencia, que “busca subrayar los puntos trascendentes de la narración en los momentos más relevantes. Es decir, se identifica lo más importante del testimonio y se transmite al comienzo y al final, porque existe evidencia de que son esos momentos (el comienzo y al final) los de mayor recordación en el oyente”. Luis Miguel Reyna, (ob. cit., pág. 207)

5. El interrogatorio directo debe pretender que el testigo narre aquello que resulte útil, pertinente y conducente al caso.
6. “El relato del testigo debe contener **palabras sensoriales** más que palabras con-

cluyentes”. Luis Miguel Reyna, (ob. cit., pág. 209). Pues, testigo “Es toda persona que ha percibido a través de **sus sentidos** directa y personalmente hechos relacionados con la controversia”. (Art. 189). El testigo no debe emitir criterios o conclusiones sobre los hechos, salvo el caso del experto o testigo-técnico.

7. Para el examen directo se recomienda utilizar preguntas abiertas, por cuanto éstas permiten que el testigo narre con confianza y seguridad lo que percibió sobre el caso.
8. Se recomienda evitar preguntas que lleven a respuestas excesivamente amplias que diluyan la información relevante.

#### **5.1.7.4.1.2. Organización del interrogatorio directo**

Para lograr el convencimiento del juzgador sobre los hechos y pretensiones tiene mucha trascendencia la organización del examen directo. Al respecto, acogiendo criterios de la doctrina podemos mencionar las siguientes directrices:

1. La prueba testimonial debe seleccionarse con criterio de utilidad, pertinencia, conducencia.

La “sobre prueba” dificulta la atención del juzgador y sobretodo la determinación de la información relevante.

**Mauet**, citado por Luis Miguel Reyna, (ob. cit., pág 219) recomienda “utilizar tus más fuertes testigos disponibles para probar lo que requieres probar, luego detente”.

“Sobre esa base y una vez de establecidos los hechos que requieren ser probados, se debe seleccionar un testigo principal y dos testigos de corroboración por cada aspecto. Esto será lo necesario, por regla general”. Luis Miguel Reyna, (ob. cit., pág. 219)

2. El abogado litigante debe identificar lo que el testigo conoce sobre los hechos alegados y **asegurarse** de que su versión en la audiencia será veraz.
3. Para asegurar que el juzgador pueda apreciar de la mejor manera el peso del testimonio es conveniente precisar el

- orden de presentación de los testigos, tomando en consideración las estructuras de presentación que identifica la doctrina, esto es la cronológica y la de impacto.
4. Debe tenerse presente que el juzgador debe apreciar la prueba en conjunto; y, por tanto “mientras más armonice el testimonio con la prueba actuada durante el juicio seguramente mayor será su grado de credibilidad”. Luis Miguel Reyna, (ob. cit., pág. 225)
  5. El testigo debe estar preparado tanto para el examen directo como para el contra examen.

#### 5.1.7.4.1.3. Interrogatorio “Redirecto”

“Se conoce como interrogatorio redirecto el que realiza el abogado que ha propuesto al testigo luego que se ha producido el contrainterrogatorio...”

“El interrogatorio redirecto, cabe decir en primer lugar, se sujeta a las mismas reglas correspondientes al interrogatorio directo...”

En segundo lugar, dado a que la actividad probatoria se rige por criterios de utilidad, el interrogatorio redirecto solo puede comprender aspectos nuevos que hayan surgido del contrainterrogatorio, lo que significa que no tiene por objeto abordar aspectos no abordados en el interrogatorio directo, sino tan solo los aspectos que deriven del contrainterrogatorio.

El interrogatorio redirecto, como es lógico, tampoco debe reiterar o repetir las preguntas formuladas en el interrogatorio directo”. Luis Miguel Reyna, (ob. cit., pág. 228)

El interrogatorio redirecto es una opción, no una obligación. “Si el contrainterrogatorio no ha dañado su caso, el abogado no tendría que interrogar nuevamente”. Luis Miguel Reyna, (ob. cit., pág. 228)

#### **5.1.7.4.2. El contrainterrogatorio o contraexamen**

“Se conoce como contrainterrogatorio o interrogatorio cruzado el examen del testigo

realizado por el oponente de quien lo propuso, a manera de confrontación”. Luis Miguel Reyna, (ob. cit., pág. 230)

La contradicción es uno de los principios constitucionales que tiene mayor vigor en el sistema procesal oral, y el contraexamen es una manifestación de este principio.

De realizarse contraexamen, el propósito fundamental debe ser el de obtener información favorable proveniente del testigo de la contraparte para esclarecer la verdad; pues, si el debate probatorio está orientado a esclarecer la verdad procesal (Art. 160), el examen y contraexamen en la prueba testimonial debe conducir a ello, a demostrar esa verdad.

Por ello, basado en el principio de contradicción, la contraparte tiene derecho a hacer preguntas abiertas, cerradas y sobre todo sugestivas para confrontar la credibilidad y la información del declarante de la parte contraria con los hechos controvertidos, así como evidenciar inconsistencias. Es decir, en el contraexamen se trata de

cuestionar la credibilidad del declarante y de sus afirmaciones sobre los hechos materia de la controversia, pero ese cuestionamiento debe hacerse con la lealtad que exige el código y siempre “orientado a esclarecer la verdad procesal”.

En cada caso debe determinarse la utilidad o necesidad del contraexamen. Sin embargo, de los comentarios de la doctrina podemos extraer las siguientes directrices sobre el contraexamen:

1. Para realizar el contraexamen debe tenerse presente tanto la pretensión como a las excepciones, para determinar qué información positiva para su caso puede obtener del declarante.
2. El contrainterrogatorio no debe ser confrontacional con el testigo, sino que debe realizarse de tal manera que pueda obtener información útil para el caso de quien contrainterroga.
3. Debe tenerse presente que el contrainterrogatorio no siempre es necesario “...el contrainterrogatorio sólo resultará

necesario cuando el testigo ofrecido por la parte oponente ha dañado nuestro caso durante el examen directo”. Luis Miguel Reyna, (ob. cit., pág. 233).

4. El contrainterrogatorio debe ir por los aspectos beneficiosos para la pretensión del actor, como para la contestación y excepciones del demandado, respectivamente, y que han sido reservados en el interrogatorio directo.
5. Si el testigo, en declaraciones anteriores, se ha referido a hechos que favorecen a su pretensión jurídica, en el contrainterrogatorio debe procurarse que el testigo admita estos hechos.
6. “En el contrainterrogatorio el abogado debe buscar que el testigo admita aspectos favorables a su teoría del caso (pretensión-excepciones) que no hayan sido aún manifestados en ninguna de sus intervenciones en el proceso”. Luis Miguel Reyna, (ob. cit., pág. 242).
7. Testigo “Es toda persona que ha percibido a través de sus sentidos directa y personalmente hechos relacionados con la controversia”. (Art. 189). Por tanto, en el

contrainterrogatorio se pueden formular preguntas relativas a la posibilidad de percepción del testigo de los hechos materia de la controversia, cuestionando su testimonio por razones de distancia, de obscuridad, estado emocional del testigo, etc.

8. En cuanto al tipo de preguntas, en el contrainterrogatorio es preferible la utilización de preguntas cerradas para mantener el control del testimonio, sin descartar el uso de preguntas abiertas.
9. En doctrina se sugiere que en el contrainterrogatorio el abogado a cargo de éste debe afirmar y no formular preguntas, para no otorgarle el control al testigo. Al respecto Luis Miguel Reyna (ob. cit., pág. 250) sostiene que para evitar “caer en una dinámica permanente de objeciones por parte del abogado oponente” se debe “formular la interrogante inmediatamente después de realizar la afirmación... Por ejemplo, si quisiéramos que el testigo reconozca que permaneció en su auto, en lugar de preguntarle ¿Dónde se encontraba? Es más conveniente afirmar: se encontraba usted en el auto ¿cierto?”.

## 5.1.8. Juramento como medio de prueba

### 5.1.8.1. Juramento decisorio

Según lo dispuesto en el Art. 184 COGEP, el juramento decisorio consiste en que cualquiera de las partes defiere a la declaración juramentada de la otra la decisión de la causa, cuando la declaración recaiga sobre un hecho personal y referido a la o al declarante. Como cuando la parte a la que se defiere la declaración manifiesta que efectivamente él personalmente adeuda tal suma de dinero a la otra parte.

Es decir, el juramento decisorio no se puede referir a hechos de terceros.

Para la práctica del juramento decisorio se observará las siguientes reglas:

1. El juramento decisorio tendrá lugar cuando la declaración recaiga sobre un hecho personal y referido a la o al declarante.
2. Cuando el hecho sea común a las dos partes, la parte requerida podrá declarar o

- solicitar que lo haga la contraparte quien estará obligada a rendirla.
3. **El juramento decisorio termina el proceso sobre un derecho disponible.**
  4. “Cuando se ordene este juramento decisorio en la ejecución, se lo receptará en audiencia, dentro de la cual, la contraparte podrá ejercer su derecho de contradicción y defensa conforme con las normas del debido proceso”.
  5. “Las y los incapaces no podrán presentar juramento decisorio”.

#### 5.1.8.2. Juramento deferido

Según lo previsto en el Art. 185 COGEP, juramento deferido es el otorgado por la ley a una de las partes, exclusivamente en los casos determinados por esta disposición, aceptando como prueba su declaración.

##### 5.1.8.2.1. Casos en los que se acepta el juramento deferido

1. “En las controversias sobre devolución del préstamo, cuando se alegue usura a

falta de otras pruebas para justificar la tasa de interés y el monto efectivo del capital prestado se estará al juramento de la o del prestatario”. (Art. 185).

2. En materia laboral, a falta de otra prueba se estará al juramento deferido de la o del trabajador para probar:
  - a) El tiempo de servicio; y,
  - b) La remuneración percibida.
  - c) En el caso de las o los adolescentes, con el juramento deferido podrá probar el tiempo de servicio, la remuneración percibida, y, además, la existencia de la relación laboral.

En todo caso, la o el juzgador no puede decidir fundamentando la sentencia en el juramento deferido como única prueba.

### 5.1.8.3. Diferencias entre el juramento decisorio y el juramento deferido

- a) El juramento decisorio termina el proceso; el deferido no.

- b) El juramento decisorio es para cualquiera de las partes; el deferido para una de las partes.
- c) El juramento decisorio no está establecido para determinados casos; el deferido está para los casos exclusivamente determinados en la ley.

### 5.1.9. Valoración de la Prueba testimonial

Según lo previsto en el Art. 164 COGEP, “La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica”.

En concordancia con esta regla, respecto a la valoración de la prueba testimonial, el Art. 186 establece que “la o el juzgador considerará el contexto de toda la declaración y su relación con las otras pruebas”.

Tengamos presente también que “La declaración de parte es indivisible en todo su contenido, excepto cuando exista otra prueba contra la parte favorable del declarante”. (Art. 187).

## Sección 5.2. Prueba Documental

Constituye prueba documental, “Todo documento público o privado que recoja, contenga o represente algún hecho o declare, constituya o incorpore un derecho”. (Art. 193)

### 5.2.1. Qué se entiende por documento

Para Carnelutti (ob. cit., pág. 156) “El documento no es sólo una cosa, sino una cosa representativa, o sea capaz de representar un hecho”.

El Profesor Jairo Parra Quijano (ob. cit., pág. 496) expresa al respecto: “Denomínase documento en sentido lato, a todo objeto susceptible de representar un hecho, con prescindencia de la forma en que esa representación se exterioriza”.

Para H. Devis Echandía (ob. cit., tomo II, pág. 473) “En sentido estricto es documento “toda cosa que sea producto de un acto humano, o perceptible con los sentidos de la vista y el tacto que sirve de prueba

histórica indirecta y representativa de un hecho cualquiera”.

El documento es un objeto, una cosa representativa.

En cuanto a la **materia del documento**, Jairo Parra Q. dice que: “No importa la materia de la cual esté hecho el documento, ella puede ser arcilla, papiro, pergamino, papel, piedra, cintas magnéticas, etc.; puede decirse que de cualquier material que permita representar” (ob. cit., pág. 499). El documento no siempre es un escrito; un cuadro, una escultura, son también documentos.

### 5.2.2. Clases de documentos

Se pueden hacer varias clasificaciones de acuerdo al aspecto que se quiera destacar:

#### I. Por el sujeto

De acuerdo a si el documento ha sido otorgado o autorizado por y ante autoridad competente o realizado por personas

particulares, el documento es público o privado. Es decir que, de acuerdo ante quien se otorga o por quienes se realiza, el documento puede ser **público** o **privado**. El primero proviene, se realiza o es registrado por una autoridad. El **segundo** proviene, se otorga o guarda entre personas particulares.

## 2. Según el contenido

Los documentos pueden ser: (Arts. 193-197 COGEP)

- a) Simplemente representativos; que son los que no contienen declaración alguna, sino que representan algún hecho sin hacer ninguna descripción, como las fotografías, cuadros, dibujos, planos.
- b) Declarativos de un hecho o derecho.  
En consideración a la naturaleza de su contenido, se distinguen las siguientes subdivisiones:
  - b1) Dispositivos o constitutivos, que son los que contienen actos de voluntad que producen una relación jurídico-sustancial, como contratos, testamentos;
  - b2) Testimoniales;

b3) Meramente enunciativo.  
(Art. 1723 Código Civil)

No contiene testimonio, ni describen, ni contienen declaración de ninguna especie.

### 3. Nominativos y anónimos o al portador

El documento es nominativo si contiene la indicación o referencia a la persona que corresponde la declaración expresada en el mismo; y, es anónimo, si no contiene la indicación de esa persona.

### 4. Auténticos y falsos

Tradicionalmente se viene considerando como documento auténtico, a aquellos que hacen fe por sí mismos y, no requieren ningún aditamento para su validez, como por ejemplo las escrituras públicas, los **expedidos** por un funcionario público en ejercicio de su cargo o autoridad, los **conservados** en archivos públicos; y, los **autorizados** por el funcionario competente. Por su circunstancia, el documento auténtico prueba por sí mismo.

“Es documento falso aquel que contiene alguna suposición fraudulenta en perjuicio de tercero, por haberse contrahecho la escritura o la suscripción de alguno de los que se supone que la otorgaron o de los testigos o del notario por haberse suprimido, alterado o añadido algunas cláusulas o palabras en el cuerpo del instrumento, después de otorgado y en caso de que haya anticipado o postergado la fecha del otorgamiento.

La falta de declaración de la falsedad de un instrumento público no impedirá el ejercicio de la acción penal. Pero iniciado el enjuiciamiento civil para tal efecto, no se podrá promover proceso penal hasta la obtención de dicha declaración”. (Art. 214 COGEP). Este es un caso de prejudicialidad a la acción.

## 5. Por su fin

### a) Documento de finalidad

Que son los creados para servir de medio de prueba; y, que se subdivide en: a1) medio de prueba inmediato como la declaración de parte, dictamen pericial. a2) medio de prueba mediato.

### b) Documento de eventualidad

Son los documentos que no han sido creados como medios de prueba; y, no adquieren valor probatorio ni en el momento de su creación ni por voluntad del autor, sino posteriormente en virtud de circunstancias que sobrevienen.

### 5.2.3. Requisitos para la existencia jurídica de los documentos

Siguiendo las enseñanzas del Profesor Hernando Devis Echandía, podemos resumir los requisitos para la existencia jurídica de un documento, como medio de prueba judicial, de la siguiente manera:

1. “Que se trate de una cosa o un objeto, con aptitud representativa, formado mediante un acto humano”.
2. “Que represente un hecho cualquiera”.
3. “Que tenga una significación probatoria”.
4. Que se cumplan los requisitos especiales del documento público.

5. “El requisito de la firma en los instrumentos (documentos escritos) públicos y privados”.

#### 5.2.4. Requisitos para la validez del documento como medio de prueba

1. Que la elaboración del documento esté libre de vicios.
2. Que se cumplan las exigencias del COGEP para la admisibilidad y práctica de la prueba.
3. Que los instrumentos para su formación cumplan con las exigencias de la ley.
4. Que si se presentan copias (reproducciones del original) estén debidamente certificadas.

#### 5.2.5. Requisitos para la eficacia de la prueba documental

La eficacia probatoria se refiere a la capacidad de lograr la demostración que se desea con el documento, para la convicción del juzgador.

Según lo dispuesto en el Art. 195 COGEP, para que los documentos auténticos y sus copias o compulsas hagan prueba es necesario:

1. Que esos documentos no estén defectuosos ni diminutos.

**Excepción.-** Se puede presentar como prueba documentos que se encuentren parcialmente destruidos, siempre y cuando contengan, de manera clara, una representación o declaración del hecho o del derecho alegado por quien los presente.

“La contraparte podrá impugnar y contradecir la idoneidad probatoria del documento defectuoso”. (Art. 197 COGEP)

2. “Que no estén alterados en una parte esencial, de modo que pueda argüirse falsedad”.
3. “Que en los autos no haya instancia ni recurso pendiente sobre el punto que, con tales documentos, se intenta probar”.
4. La autenticidad del documento es uno

de los requisitos de eficacia, que puede darse de manera presunta, como en el caso de los títulos valor. Para la autenticación de documentos otorgados en territorio extranjero pueden presentarse cuatro situaciones:

- 4.1. Los documentos otorgados en territorio extranjero se autenticarán con la certificación del agente diplomático o consular del Ecuador residente en el Estado en el que se otorgó el documento o de acuerdo con lo previsto en la Convención de La Haya sobre la Apostilla Art. 201.
- 4.2. Si no hay agente diplomático ni consular del Ecuador, certificará un agente diplomático o consular de cualquier Estado y autenticará la certificación el Ministerio de Relaciones Exteriores de aquel en que se haya otorgado, la que se reducirá a informar que el agente diplomático o consular tiene realmente ese carácter y que la firma y rúbrica que ha usado en el documento son las mismas que usa en sus comunicaciones oficiales.

- 4.3. Si en el lugar donde se otorgue el documento no hay agente diplomático o consular, certificará o autenticará una de las autoridades judiciales del territorio, con expresión de esta circunstancia.
- 4.4. La autenticación de los documentos otorgados en país extranjero, podrá también arreglarse de acuerdo con los instrumentos internacionales suscritos por el Ecuador, las leyes o prácticas del Estado en que se otorgue. (Art. 201 COGEP): “Las diligencias judiciales ejecutadas fuera de la República, conforme con las leyes o prácticas del país respectivo, serán válidas en el Ecuador.”

Las copias (que son las reproducciones del original) que se presenten en el proceso deben estar debidamente certificadas. Art. 194 COGEP.

Art. 212: “Copias y compulsas. La o el interesado puede pedir copia de los documentos originales o compulsas conforme con lo previsto en este Código. Las copias y compulsas que

hayan sido ordenadas judicialmente se insertarán en las actuaciones que la o el juzgador señale, a solicitud de parte”.

5. Para que el documento sea eficaz es necesario que no esté impugnado, contrarrestado y desvirtuado por otros medios de prueba. Arts. 197, 198, 214 COGEP.
6. Que el documento se haya inscrito en el registro público pertinente, cuando la ley, así lo exija.

Así, según lo dispuesto en el Art. 702 del Código Civil “Se efectuará la tradición del dominio de bienes raíces por la inscripción del título en el libro correspondiente del Registro de la Propiedad.

De la misma manera se efectuará la tradición de los derechos de usufructo o de uso, de habitación o de servidumbre constituidos en bienes raíces, y del derecho de hipoteca”.

Se inscribirá en el respectivo registro o registros, así mismo, la sentencia ejecutoriada

que reconociere como adquiridos por prescripción el dominio o cualquier otro de los derechos de usufructo, de habitación o de servidumbre constituidos en bienes raíces. (Art. 705 Código Civil)

7. Para que las demostraciones con el documento sean eficaces, no debe violar la reserva legal a que se encuentre sometido el documento (Ref. Art. 19 Ley de Seguridad Pública y del Estado).

#### **5.2.6. Diferencia entre documento y declaración contenida en esta**

Como enseña la doctrina, si el documento es simplemente representativo, pero no declarativo, no puede separarse o concebirse la representación del objeto o hecho sin el documento que lo representa.

Mas, si el documento es declarativo, es preciso separar el documento de la declaración que contiene el mismo. Por ello es que, una cuestión es la nulidad del contrato (contenido) y otra la nulidad de la escritura

que lo contiene. Son dos cosas o cuestiones distintas.

### 5.2.7. Documentos públicos

“Documento es todo objeto, producto de un acto humano, que represente a otro hecho o a un objeto, una persona o una escena natural o humana; los instrumentos son una de las varias especies de documentos: la que consiste en escritos, públicos o privados, auténticos o sin autenticidad”.

“La calidad de público corresponde a cualquier documento, escrito o no, que tenga su origen con la actividad de un funcionario público, en ejercicio del cargo, de manera que comprende las fotografías, películas, cintas, magnetofónicas, discos, planos, cuadros y similares, que tengan ese origen y pertenezcan, en consecuencia, a una oficina o entidad pública”.

“Instrumento público es una especie de documento público, que consiste en un escrito proveniente de un funcionario público

en ejercicio de su cargo o autorizado por este”. H. Devis Echandía, (tomo II, pág. 528-529-530).

Definición:

El Art. 205 COGEP define al documento público diciendo que: “Es el autorizado con las solemnidades legales” por un funcionario público. “Si es otorgado ante notario e incorporado en un protocolo o registro público, se llamará escritura pública. Se considerarán también instrumentos públicos los mensajes de datos otorgados, conferidos, autorizados o expedidos por y ante autoridad competente y firmados electrónicamente”.

#### **5.2.8. Valor probatorio de los documentos privados sin firma:**

El Art. 196, número. 3, ha previsto la producción de prueba en audiencia con documentos que no necesariamente llevan o deben llevar firma, como las fotografías, grabaciones, los elementos de pruebas audiovisuales,

computacionales o cualquier otro de carácter electrónico apto para producir fe. Estos documentos se reproducirán en su parte pertinente en la audiencia y por cualquier medio idóneo para su percepción por los asistentes.

### **Declaratoria de autenticidad**

Si se ha declarado la autenticidad de un documento privado sin firma, se presumirá cierto el contenido del mismo. (Art. 203 COGEP).

#### **5.2.9. Reconocimiento de documentos privados**

La parte que presente un instrumento privado en original, podrá pedir el reconocimiento de firma y rúbrica a la autora o al autor o a la o al representante legal de la persona jurídica a quien se le atribuye la autoría, bajo las siguientes reglas:

1<sup>a</sup> El documento se acompañará a la demanda o a la contestación a la demanda.

2<sup>a</sup> La diligencia para el reconocimiento se realizará en audiencia.

3<sup>a</sup> En el día y hora fijados para la audiencia, el juzgador recibirá la declaración de la o del autor, previo juramento.

4<sup>a</sup> El o la compareciente declarará si es o no suya la firma que se le atribuye.

5<sup>a</sup> Si el documento está firmado por pedido de una persona que no sabía o no podía firmar, ésta deberá declarar si se extendió por su orden, si la o el signatario obró por pedido suyo y si es cierto su contenido. (Art. 217)

#### **5.2.10. Prueba documental de gran volumen o formato**

Respecto a la prueba documental de gran volumen o formato deben cumplirse las siguientes reglas:

1<sup>a</sup> El contenido de documentos pertinentes de gran volumen, grabaciones de larga

duración o fotografías que tengan gran formato, serán agregados de manera completa.

2<sup>a</sup> Deberá adicionarse esquemas, resúmenes, cómputos o cualquier otro medio similar que los reproduzca fácilmente.

3<sup>a</sup> La prueba documental de gran volumen, duración o gran formato y los resúmenes o medio similar deberán ponerse a disposición de las otras partes para ser examinados o copiados quince días antes de la audiencia de juicio.

4<sup>a</sup> Excepcionalmente y a su criterio, la o el juzgador podrá ordenar que en la audiencia de juicio se produzca la prueba documental de manera completa. (Art. 204)

### **5.2.II. Requisitos para que hagan fe las copias y las compulsas**

De conformidad con lo dispuesto en el Art. 211 COGEP, para que las compulsas de las copias de una actuación judicial o administrativa y, en general, toda copia con

valor de instrumento público hagan fe se requiere que se cumplan dos exigencias: 1) que hayan sido ordenadas judicialmente; y, 2) que se confieran con citación o notificación en persona o por una boleta a la parte contraria, o sea a aquella contra quien se quiere hacer valer la compulsa.

Los poderes no están sujetos a esta disposición.

### 5.2.12. Práctica de la prueba documental

La producción de la prueba documental en la audiencia de juicio tendrá lugar conforme a las siguientes reglas establecidas en el Art. 196 COGEP:

“Para la producción de la prueba documental en audiencia de juicio se procederá de la siguiente manera:

1. Los documentos se leerán y exhibirán públicamente en su parte pertinente.
2. Los objetos se exhibirán públicamente.

3. Las fotografías, grabaciones, los elementos de pruebas audiovisuales, computacionales o cualquier otro de carácter electrónico apto para producir fe, se reproducirán también en su parte pertinente en la audiencia y por cualquier medio idóneo para su percepción por los asistentes.
4. La prueba documental actuada quedará en poder de la o del juzgador para tenerla a la vista al momento de tomar su decisión sobre el fondo del asunto, dejando a salvo la facultad de las partes de volver actuarla o usarla durante la audiencia de juicio.”

La prueba documental puede ser devuelta a las partes cuando la sentencia haya quedado en firme.

Asimismo, las partes tienen derecho a solicitar que los documentos agregados al proceso le sean desglosados dejando en el expediente copias certificadas, sean estas digitales o no.

Si las partes no han pedido la devolución o desglose de la prueba documental, “una vez que la sentencia haya sido ejecutada, se comunicará a las partes de su obligación de retirar los documentos agregados al proceso, advirtiéndoles que en caso de no hacerlo en el término de treinta días, estos serán destruidos”. (Art. 196)

En lo que se refiere a la destrucción de los documentos que no se retiran luego de ejecutada la sentencia, estimo que el juzgador debe tener presente el caso de documentos con valor histórico, artístico, científico, tecnológico, más aún si su conservación está amparada por la ley; en cuyo caso no podrá ordenar su destrucción.

### **5.2.13. Objeción al documento como medio de prueba**

La objeción al documento como medio de prueba (alcance y valor) se la puede realizar en la práctica de la prueba documental en la audiencia de juicio o en la fase de saneamiento

en los procesos de audiencia única, y se referirá al contenido del documento.

Según el Art. 195 COGEP, para que los documentos auténticos y sus copias o compulsas hagan prueba es necesario:

1. Que esos documentos no estén defectuosos ni diminutos.
2. Que no estén alterados en una parte esencial, de modo que pueda argüirse falsedad.
3. Que en los autos no haya instancia ni recurso pendiente sobre el punto que, con tales documentos, se intenta probar.

Como excepción el mismo Código en el Art. 197, faculta la presentación de un documento defectuoso, el cual queda sujeto a una eventual impugnación o contradicción sobre su idoneidad probatoria.

Por regla general, las impugnaciones sobre la autenticidad de la prueba documental, la impugnación de la firma o de la autoría de un documento, la falsedad material o ideológica

o la nulidad de un documento público o privado, deben hacerse en la contestación a la demanda, en la reconvencción o en su contestación, según el caso. (Art. 151, 198, 203).

Por excepción, los documentos presentados como medios probatorios supervenientes, deben ser impugnados en audiencia (Art. 203).

## Sección 5.3. Prueba Pericial

### 5.3.1. Definición

Según lo establece el Art. 221 del COGEP, perito “Es la persona natural o jurídica que por razón de sus conocimientos científicos, técnicos, artísticos, prácticos o profesionales está en condiciones de informar a la o al juzgador sobre algún hecho o circunstancia relacionado con la materia de la controversia”.

La prueba pericial, entonces, consiste en el informe de un experto acreditado, persona natural o jurídica, sobre los hechos o

circunstancias relacionados con la materia en controversia.

### 5.3.2. Principios

La idoneidad e imparcialidad son principios fundamentales en la prueba pericial (Arts. 222-221). La idoneidad del perito implica que, por razón de sus conocimientos científicos, técnicos, artísticos, prácticos o profesionales está en aptitud de emitir informe sobre los hechos o circunstancias relacionados con la materia de la controversia. Imparcialidad del perito significa que la verificación de los hechos y objetos materia de la controversia y el informe correspondiente se realiza con objetividad, sin designio anticipado en favor o en contra de una de las partes.

### 5.3.3. ¿Quiénes están autorizados para emitir informes periciales?

Están autorizados para emitir informes periciales los expertos acreditados por el Consejo de la Judicatura; quienes además

están autorizados para intervenir y declarar en el proceso.

Si el perito es una persona jurídica, la declaración en el proceso será realizada por el perito acreditado que realice la pericia.

Si no existen expertos en la materia específica que se requiere, que se encuentren acreditados en el Consejo de la Judicatura, el juzgador solicitará a este Consejo que requiera a la institución pública, universidad o colegio profesional, de acuerdo con la naturaleza de los conocimientos necesarios para la causa, el envío de una terna de profesionales que puedan acreditarse como peritos para ese proceso en particular, de entre quienes se designará al experto que se requiere. (Art. 221)

#### 5.3.4. Objeto

La pericia puede realizarse sobre hechos u objetos sometidos a análisis. (Art. 221-224-227)

### 5.3.5. Finalidad de la prueba pericial

“La prueba pericial tiene como propósito que expertos debidamente acreditados puedan **verificar** los hechos y objetos que son materia del proceso”. (Art. 227)

### 5.3.6. Naturaleza

La pericia es una prueba:

- a) Personal, en cuanto la información sobre los hechos materia de la controversia tiene su origen en los conocimientos de un experto.
- b) De carácter técnico, realizada por un experto en la ciencia, tecnología, arte o profesión relacionada con la materia de la controversia.

### 5.3.7. Procedimientos

Para la práctica de la prueba pericial existen las siguientes posibilidades:

### 5.3.7.1. Pericia previa

El Art. 227, inciso 2 del COGEP, establece que: “Las partes procesales, podrán sobre un mismo hecho o materia, presentar un informe elaborado por una o un perito acreditado”. Es decir que, antes de presentar la demanda o contestación a la demanda, cuando las partes tengan acceso al objeto de la pericia pueden pedir a un perito acreditado, sin orden judicial, verifique los hechos y objetos que van a ser o son materia del proceso y presente un informe.

El perito tendrá que sustentar ese informe en la audiencia o fase de juicio.

5.3.7.2. Cuando alguna de las partes **justifica** no tener acceso al objeto de la pericia, en la demanda o contestación a la demanda, reconvencción o contestación a la reconvencción, solicitará a la o el juzgador dos cuestiones: 1) que ordene la práctica de la prueba

pericial; 2) que designe al perito correspondiente.

El informe pericial será notificado a las partes con el término de por lo menos diez días antes de la audiencia, término que podrá ser ampliado a criterio del juzgador y de acuerdo con la complejidad del informe (Art. 225).

**5.3.7.3.** Si las partes tienen acceso al objeto de la pericia, pero no han realizado el trámite de la pericia previa, seguirán el procedimiento señalado en el acápite anterior.

La prueba pericial a la que no se tiene acceso, la prueba imposible de obtener, así como el examen de ADN, no se podrán adjuntar en la etapa pertinente, pues únicamente se adjunta la prueba documental que dispone la parte; sin embargo, para ser introducida en la respectiva audiencia es obligatorio anunciarla y solicitarla el momento procesal oportuno.

Las pruebas se anuncian en su totalidad, precisando los hechos sobre los cuales declararán los testigos y especificando el objeto sobre el que versará la inspección judicial, la exhibición, los informes periciales u otras similares (Art. 142.7, 143.4.5, 152 y Art. 294.7,a); se adjunta la prueba documental con que cuenten las partes o cuya obtención fue posible (Art. 159 inciso 1); y, se solicita todo documento o información que no esté en poder de las partes y que para ser obtenida requiera del auxilio del órgano jurisdiccional (Art. 159 inciso 3).

### **5.3.8. Caso de informes periciales contradictorios**

Cuando sobre un mismo hecho las partes presentan informes periciales contradictorios o esencialmente divergentes, proceden las siguientes diligencias:

#### **5.3.8.1. Debate**

El juzgador podrá ordenar el debate entre los peritos para esclarecer los hechos

controvertidos. Finalizado el debate entre los peritos, el juzgador abrirá un interrogatorio y contrainterrogatorio de las partes, exclusivamente relacionado con las conclusiones divergentes de los informes. El juzgador conducirá el debate. (Art. 222)

### 5.3.8.2. Peritaje de oficio

Si luego del debate entre los peritos, el juzgador mantiene dudas sobre las conclusiones de los peritajes presentados, ordenará en la misma audiencia un nuevo peritaje, para cuyo efecto sorteará a un perito acreditado. El juzgador, en este caso, determinará el objeto de la pericia y el término para la presentación del informe, el que será puesto a conocimiento de las partes. (Art. 226)

### 5.3.9. Informe pericial en inspección judicial

En una inspección judicial, excepcionalmente, cuando la percepción sensorial del juzgador sobre los lugares, cosas o documentos examinados no sea suficiente para obtener una conclusión precisa de lo que es

materia de prueba, el juzgador podrá ordenar, de oficio o a petición de parte, la prueba pericial correspondiente; y, designará a un perito acreditado. (Art. 229)

### 5.3.10. Pericia como diligencia preparatoria

El COGEP en el Art. 122 señala ejemplificativamente que tipo de actos pueden solicitarse como diligencias preparatorias, entre las que no se menciona expresamente la pericia.

La disposición en referencia empieza estableciendo que:

**“Además de otras de la misma naturaleza podrá solicitarse como diligencias preparatorias”.** Es decir, no establece un listado taxativo de diligencias preparatorias, sino que deja abierta la posibilidad de solicitar otras de la misma naturaleza de las que la referida norma contempla.

Por otra parte, la finalidad de la diligencia preparatoria es la de:

1. “Determinar o completar la legitimación activa o pasiva de las partes en el futuro proceso.
2. Anticipar la práctica de prueba urgente que pudiera perderse”. (Art. 120)

Los dos elementos mencionados en los párrafos anteriores nos llevan a concluir que sí procede la prueba pericial como diligencia preparatoria, para, por ejemplo, evitar la pérdida de prueba.

### 5.3.II. Práctica de la prueba pericial

#### 5.3.II.1. Contenido del informe

De conformidad con lo establecido por el Art. 224 COGEP, el informe pericial deberá contener, al menos, los siguientes elementos:

1. Nombres y apellidos completos, número de cédula de ciudadanía o identidad, dirección domiciliaria, número de teléfono, correo electrónico y los demás datos que faciliten la localización del perito.

2. La profesión, oficio, arte o actividad especial ejercida por quien rinde el informe.
3. El número de acreditación otorgado por el Consejo de la Judicatura y la declaración de la o del perito de que la misma se encuentra vigente.
4. La explicación de los hechos u objetos sometidos a análisis.
5. El detalle de los exámenes, métodos, prácticas e investigaciones a las cuales ha sometido dichos hechos u objetos.
6. Los razonamientos y deducciones efectuadas para llegar a las conclusiones que presenta ante la o el juzgador.

Las conclusiones deben ser claras, únicas y precisas.

### **5.3.II.2. Sustentación del informe del perito**

El perito sustentará su informe en la audiencia de juicio o en la audiencia única, según el tipo de proceso. Su comparecencia es obligatoria. Para este efecto el perito será notificado en su dirección electrónica con el

señalamiento de día y hora para la respectiva audiencia.

En caso de que el perito no comparezca a la audiencia por caso fortuito o fuerza mayor, debidamente comprobado y por una sola vez, se suspenderá la audiencia después de haber practicado las demás pruebas y se determinará el término para la reanudación de la audiencia.

En cambio, si la inasistencia del perito a la audiencia fuere injustificada, esto produce dos efectos: 1º su informe no tendrá eficacia; y, 2º el perito perderá su acreditación en el registro del Consejo de la Judicatura.

### 5.3.II.3. Contradicción del informe pericial

En la audiencia las partes podrán interrogar al perito, bajo juramento, sobre tres aspectos: a) su idoneidad; b) su imparcialidad; y, c) sobre el contenido del informe. (Art. 222)

Asimismo, durante la audiencia las partes podrán dirigir preguntas al perito y presentar pruebas no anunciadas oportunamente orientadas a determinar: a) su parcialidad y no idoneidad; b) a desvirtuar el rigor técnico o científico de las conclusiones del informe del perito; c) así como cualquier otra prueba destinada a solventar o impugnar la credibilidad del perito.

#### 5.3.II.4. Error esencial

El error esencial en el informe pericial tiene lugar cuando existe una apreciación equivocada o falsa en la verificación de lo sustancial de los hechos y objetos que son materia del proceso.

El COGEP, en el Art. 222, expresamente establece que en ningún caso habrá lugar a procedimiento especial de objeción del informe por error esencial, pero sí podrá alegarse y probarse éste en audiencia.

### 5.3.11.5. Informes de autoridades y funcionarios públicos

En materia contenciosa administrativa y contenciosa tributario, las autoridades demandadas emitirán informes sobre los hechos materia de la controversia, por disposición del juzgador. Estos informes no se considerarán declaración de parte; aclaración necesaria porque por expresa disposición del Art. 310 no es admisible la declaración de parte de los servidores públicos como medio de prueba.

### 5.3.11.6. Casos especiales de avalúos

- a) En la ejecución de obligaciones, practicado el embargo, el juzgador ordenará el avalúo de los bienes con la intervención de un perito.

El informe se presentará con los sustentos técnicos que respalden el avalúo y la firma del depositario judicial a cargo de los bienes.

El juzgador notificará a las partes el informe pericial, que será discutido en la audiencia de ejecución.

El perito debe concurrir a la audiencia de ejecución y sustentar el informe de avalúo de los bienes embargados. (Art. 375)

b) En la expropiación.

#### 5.3.II.7. Derechos de los peritos-honorarios y gastos del peritaje

En la verificación de los hechos el perito incurre en gastos, de acuerdo a la materia. (Equipos, insumos, traslado, etc.); y, asimismo tiene derecho a honorarios.

Los gastos del peritaje y los honorarios del perito serán cubiertos por la parte solicitante. Sin embargo, en los casos en que una de las partes sea representada por un defensor público o **demuestre** tener escasos recursos económicos, los honorarios y gastos del peritaje podrán ser cubiertos por el Consejo de la Judicatura. (Arts. 226, 232)

## Sección 5.4. Inspección Judicial

### 5.4.1. Definición

La inspección judicial consiste en el examen directo a lugares, cosas o documentos que realiza el juzgador para la verificación o esclarecimiento del hecho materia de la controversia. (Art. 228)

### 5.4.2. Principios

#### a) Indelegabilidad

El juzgador examina directamente a las personas, lugares, cosas o documentos materia de la inspección, sin que exista la posibilidad de delegar la diligencia, salvo las diligencias que deban celebrarse en territorio distinto al de su competencia. (Art. 6)

#### b) Inmediación

El juzgador celebrará la diligencia en conjunto con las partes procesales que deberán estar presentes para la evacuación de la prueba. (Arts. 6, 230).

**c) Competencia excluyente. Art. 11.2**

Únicamente será competente la o el juzgador del lugar donde está la cosa a la que se refiere la demanda en los asuntos para cuya resolución sean necesarios conocimientos locales o inspección judicial, como sobre linderos, curso de aguas, reivindicación de inmuebles, acciones posesorias y otros asuntos análogos.

**5.4.3. Objeto**

La inspección judicial versará sobre personas, lugares, cosas, documentos, hechos en general.

**5.4.4. Finalidad**

La inspección judicial tiene como finalidad la verificación o esclarecimiento del hecho materia de la controversia mediante el examen directo del juzgador.

#### 5.4.5. Naturaleza

- a) La inspección es prueba directa. Sin embargo, se admite que “Es indirecta, cuando solo se puede inspeccionar el hecho del cual se va a deducir la existencia de otro”. Jairo Parra, (ob. cit., pág. 576).
- b) Es prueba personal, en cuanto ésta se produce por el examen directo y verificación de los hechos que hace el juzgador.

#### 5.4.6. Legitimación para solicitar y para ordenar la inspección judicial

El actor en la demanda anunciará los medios de prueba para acreditar los hechos; y, puede solicitar inspección judicial

Igualmente, la parte demandada, al contestar la demanda, anunciará los medios probatorios destinados a sustentar su contradicción; y entre ellos puede solicitar inspección judicial. (Art. 142-152-229).

Tanto la parte actora como la demandada si solicitan inspección judicial, especificarán

los objetos sobre los que versará esta diligencia “precisando claramente los motivos por los cuales es necesario que la o el juzgador examine directamente lugares, cosas, o documentos, objeto de la inspección o el reconocimiento y adicionalmente se expresará la **pretensión** que se requiere probar con la inspección o reconocimiento”. (Art. 229)

En todos los casos en los que las partes solicitan inspección judicial, el juzgador resolverá sobre la admisión de esta prueba: ordenará su práctica si considera conveniente o necesario para la verificación o esclarecimiento de lo que es materia del proceso; **en caso contrario, la inadmitirá.**

Asimismo, si el juzgador considera conveniente o necesario para la verificación o esclarecimiento del hecho controvertido, podrá de oficio examinar directamente lugares, cosas, documentos.

### 5.4.7. Procedimientos

#### 5.4.7.1. Inspección judicial como diligencia preparatoria

El COGEP, en el Art. 122.6, ha previsto la posibilidad de una inspección judicial como diligencia preparatoria “si la cosa puede alterarse o perderse”.

#### Reglas sobre el procedimiento

1<sup>a</sup> La parte que solicite la inspección judicial como diligencia preparatoria señalará los nombres, apellidos y domicilio de la persona contra quien promoverá el proceso, el objeto del mismo y la finalidad concreta de la inspección.

2<sup>a</sup> La competencia para conocer y ordenar la práctica de esta diligencia se radica por sorteo de acuerdo con la materia del proceso en que se pretenda hacer valer.

3<sup>a</sup> El juzgador calificará la petición y dispondrá o rechazará su práctica.

En el primer caso citará a la persona contra quien se la pide y señalará día y hora en que se efectúe la diligencia.

4<sup>a</sup> La persona contra quien se promueve la inspección judicial podrá, en el momento de la citación, oponerse a la misma o solicitar su modificación o ampliación. El juzgador resolverá lo que corresponda.

5<sup>a</sup> Si existe agravio al resolver la oposición a la diligencia de inspección o al resolver la solicitud de modificación o ampliación de la misma, la o el solicitante o la parte contra quien se dicta el acto solicitado, podrá apelar con efecto diferido.

6<sup>a</sup> Si la o el juzgador niega la inspección judicial solicitada, la parte afectada podrá interponer recurso de apelación con efecto suspensivo.

7<sup>a</sup> El juzgador que práctica la inspección como diligencia preparatoria es el competente para conocer el proceso principal. (Arts. 120-121).

### 5.4.7.2. Solicitud de inspección judicial en los actos de proposición.

La inspección judicial se podrá solicitar con la demanda, contestación a la demanda, reconvencción o contestación a la reconvencción.

La o el juzgador determinará en todo caso antes de la audiencia de juicio o audiencia única, el lugar, la fecha y la hora en que se realizará la inspección o el reconocimiento, y, asimismo señalará con claridad el objetivo de la diligencia.

### 5.4.7.3. Inspección de oficio

En la audiencia de juicio o en la fase de juicio de la audiencia única, si el juzgador considera necesario la verificación o esclarecimiento del hecho, podrá suspender la audiencia y examinar directamente lugares, cosas, documentos, materia de la controversia, cumpliendo con las exigencias del Art. 168 COGEP.

#### 5.4.8. Desarrollo de la inspección judicial

1. En el día y hora señalados, la o el juzgador y las partes concurrirán al lugar de la inspección o del reconocimiento.
2. La o el juzgador instalará la diligencia e inmediatamente concederá la palabra a la parte que solicitó la prueba a fin de que exponga el objetivo de la inspección.
3. Luego, la o el juzgador procederá a examinar directamente a las personas, lugares, cosas o documentos, materia de la inspección.
4. Inmediatamente concederá la palabra a la contraparte para que exponga sobre lo inspeccionado.
5. La secretaria o secretario sentará razón de la diligencia a la cual se adjuntará la grabación en video.
6. En la inspección judicial, el juzgador podrá ordenar prueba pericial cuando su percepción sensorial sobre lugares, cosas o documentos examinados no sea suficiente para obtener una conclusión precisa de la diligencia.

7. Quienes deban intervenir en una inspección judicial o reconocimiento, están obligados a colaborar efectivamente a la realización de la diligencia.

En caso de no hacerlo, el juzgador podrá hacer cumplir su decisión con ayuda de la fuerza pública. (Arts. 228, 229, 230, 231).

#### 5.4.9. Objeción a la inspección judicial como medio de prueba

Se objeta al medio probatorio inspección judicial en su práctica cuando ésta se realiza a lugares, cosas, documentos que no son materia de la controversia; o cuando se realiza de manera parcial o incompleta.

### Bibliografía Consultada

- Carnelutti, Francesco. *La Prueba Civil*. 2<sup>a</sup> Edición. Buenos Aires. Ediciones Depalma.
- Couture, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires. Ediciones Depalma. 1997.
- Devis Echandía, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial*. Tomo I y II. Bogotá. Editorial Temis. 2002.
- Chiovenda, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Volúmen 3. Editorial Jurídica Universitaria. 2002.
- Giacacomette Ferrer, Ana. *Teoría General de la Prueba*. 3<sup>a</sup> Edición. Bogotá. Editorial Ibañez. 2015.
- Klett, Selva. *Proceso Ordinario en el Código General del Proceso*. Tomo II. Montevideo. Fundación de Cultura Universitaria. 2014.

Parra Quijano, Jairo. *Manual del Derecho Probatorio*. 18<sup>a</sup> Edición. Bogotá. Librería Ediciones del Profesional Ltda. 2011.

Reyna Alfaro, Luis Miguel. *Tratado Integral de Litigación Estratégica*. 2<sup>a</sup> Edición. Bogotá. Editorial Temis. 2015.

Taruffo, Michele. *La Prueba*. Madrid. Marcial Pons. 2008.

Taruffo, Michele. *La Prueba de los Hechos*. Madrid. Editorial Trotta. 2011.

Taruffo, Michele. *Teoría de la Prueba*. Lima. Ara Editores. 2012.

Yépez Garcés, Diego. *Litigación Oral Civil. La Contienda Adversarial*. Ecuador. Quito. Corporación de Estudios y Publicaciones. 2016.

Vescovi, Enrique – Director. *Código General del Proceso*. Tomo 4. Buenos Aires. Editorial Ábaco. 1998.





Gaceta  
Judicial