**CONSEJO DE LA JUDICATURA**

**ESCUELA DE FUNCIÓN JUDICIAL**

**CURSO DE FORMACIÓN INICIAL DE JUECES**

|  |  |
| --- | --- |
| **Malla:** | Formación Inicial |
| **Área:** | Derecho Civil y Procesal Civil |
| **Módulo:** | Derecho Procesal Civil |
| **Modalidad:** | Presencial |
| **Duración:** | 8 Horas |

**SYLLABUS**

1. **OBJETIVOS:**
   1. **Objetivo general.**

Reforzar los conocimientos sobre el derecho formal, y, en particular los relacionados con la actividad notarial, para un mejor desarrollo de la función.

* 1. **Objetivos específicos.**

1. Delimitar la participación del notario en temas específicos del procedimiento notarial.

1. Diferenciar las instituciones y normas comunes de las específicas previstas para la función notarial.
2. Reforzar en este curso de formación inicial, el conocimiento especializado que poseen los profesionales del Derecho que han participado en el concurso para notarias y notarios.
3. Identificar los diversos problemas que pueden presentarse en el ejercicio de la función.
4. **ESTRATEGIAS METODOLÓGICAS:**

La capacitación estará compuesta de una fase de exposiciones magistrales a cargo de la capacitador, para lo cual, se utilizarán medios tecnológicos, como la herramienta de Power Point (diapositivas), preguntas y respuestas relacionadas con los temas tratados, y de ser factible pequeños talleres prácticos para interactuar conocimientos y experiencias profesionales.

**DESARROLLO DE CONTENIDO**

**DERECHO PROCESAL CIVIL**

**Derecho Procesal.- Proceso y procedimiento. Actos procesales. Legitimación. La jurisdicción voluntaria. Representación procesal, de incapaces. Representante legal del Estado. Nombramiento de curador especial y general. Requisitos para el ejercicio de la guarda: discernimiento**

**LA PROCURACIÓN JUDICIAL**

Así como en la relación jurídica sustantiva existen los sujetos que lo integran y que son partes esenciales de cualquier acto o contrato, y que al no existir o no intervenir dichos sujetos simplemente deja de haber la relación jurídica.

Los sujetos de la relación jurídica sustantiva tienen distinta denominación dependiendo de la naturaleza del contrato en el que intervienen. En un contrato de compra venta dichos sujetos reciben el nombre de vendedor y comprador.

En un contrato de arrendamiento, los sujetos de esa relación jurídica se denominan arrendador y arrendatario.

Igualmente, en el derecho procesal tiene preponderancia los sujetos que intervienen en la relación jurídica procesal y que de manera general se denomina actor o sujeto activo de la acción propuesta, y el demandado que es el sujeto pasivo de la acción judicial.

Es necesario mencionar que la fuente y el origen de los sujetos del proceso se encuentra en el nacimiento de un conflicto jurídico.

Como el hombre no vive aislado si no que tiene una vida de relación social, la cual está regulada por el derecho, es indispensable para lograr una existencia armónica y pacífica que se respete el derecho ajeno.

Pero el conflicto surge por ejemplo, porque la relación familiar se desintegra y en unos casos da lugar a que se tenga que reclamar alimentos y en otros la disolución del vínculo matrimonial.

O también porque en el derecho sucesorio no se respeta las legítimas rigorosas y uno o más herederos buscan obtener un haber hereditario superior al que le corresponde.

En síntesis, el derecho en cualquiera de sus ramas está en permanente conflicto, y para restablecer el orden jurídico hay que plantear necesariamente una acción.

La acción “es el ejercicio del derecho subjetivo atributo de las personas tanto naturales como jurídicas que recurren al Estado para que les preste el servicio de su jurisdicción” como lo expresa el Dr. Devis Echandía, en su obra “Teoría General del Proceso”.

Como consecuencia de la relación jurídica procesal, surgen las partes o sujetos del proceso, que generalmente intervienen en el litigio en forma personal y directa.

Pero en determinadas ocasiones cuando el sujeto procesal está ausente de la ciudad o del país, o cuando por la carga abundante de trabajo, no puede comparecer personalmente, interviene a través de la figura jurídica procesal conocida como la procuración judicial.

Los procuradores judiciales son mandatarios que tienen poder suficiente para comparecer en juicio ya sea a nombre del actor o del demandado, que requiere su servicio profesional.

El Art. 38 del Código de Procedimiento Civil, señala que: “Son procuradores judiciales los mandatarios que tienen poder para comparecer en juicio por otro.

Tanto el actor como el demandado podrán comparecer en juicio por medio de procurador.

Son hábiles para nombrar procuradores los que pueden comparecer en juicio por sí mismos.”

Conviene poner de manifiesto que el mandante no se exime de comparecer al juicio en forma definitiva y a pesar de haber designado procurador judicial, si no que por excepción tiene la obligación de hacerlo, cuando la contraparte del litigio le solicite confesión judicial, pero para que comparezca le tienen que solicitar que lo haga personalmente y no por interpuesta persona a absolver las posiciones o pliego de preguntas que le han formulado, o también para reconocer documentos.

Aspecto importante que hay que recalcar es que la procuración judicial no lo puede ejercer cualquier persona, ni siquiera los padres o parientes, si no que es una facultad privativa del abogado y ningún otro profesional de otras ramas liberales puede hacerlo o desempeñarse como procurador judicial.

**FORMAS DE OTORGAR LA PROCURACIÓN JUDICIAL**

La procuración judicial se puede otorgar de dos maneras, la primera, y más importante mediante escritura pública ante notario, y por tanto, la procuración judicial consta en instrumento público que hace fe pública, y sirve como medio de prueba plena y categórica.

Esta forma de otorgar la procuración judicial es la que se usa por todos y de manera permanente.

La segunda forma de otorgar la procuración judicial es presentado al juez de la causa un escrito en que el actor o demandado según sea el caso, designa al abogado como su procurador judicial, pero el mandante tiene que reconocer su firma y rúbrica ante el juez, para que tenga la calidad de instrumento público.

Es necesario tener en cuenta que el poder o mandato se puede también otorgar mediante escrito o documento privado, y hacemos hincapié porque generalmente se considera que solo se puede conceder por escritura pública.

Pero esta última forma de conceder el mandato no tiene valor para la procuración judicial, tan solo es procedente para otra clase de negocios civiles o mercantiles.

Al respecto, el Art. 2027 del Código Civil, dispone: “El encargo que es el objeto del mandato puede hacerse por escritura pública o privada, por cartas, verbalmente o de cualquier otro modo inteligible, y aún por la aquiescencia tácita de una persona a la gestión de sus negocios por otra; pero no se admitirá en juicio la prueba testimonial si no en conformidad a las reglas generales ni la escritura privada cuando las leyes requieran de instrumento público.”

En el presente caso de la procuración judicial insistimos solo se puede otorgar la procuración judicial mediante escritura pública ante el notario o por escrito presentado al juez de la causa y con el reconocimiento de la firma y rúbrica del poderdante.

**ACEPTACIÓN DEL MANDATO**

El mandato o lo que es lo mismo la procuración judicial para que tenga validez y produzca los efectos que se persigue es necesario que el mandatario acepte desempeñar esta función.

La aceptación para desempeñar la procuración judicial puede constar en la misma escritura pública, y de ser este el caso, tendría que firmar la escritura tanto el mandante como el mandatario.

La aceptación del mandato puede ser: expresa o tácita. La aceptación expresa es la antes indicada, en tanto que, la aceptación tácita consiste en que el procurador judicial ejecuta y lleva a la práctica las disposiciones del mandato.

Un aspecto del mandato que no se puede pasar por alto es que el mandatario o procurador judicial puede renunciar en cualquier tiempo al mandato, porque su compromiso es producto de un acto libre y voluntario, pero también hay que tener en cuenta que su renuncia no produce efectos inmediatos o automáticos.

Luego de la renuncia del mandatario o procurador judicial, dijimos que esta no se produce de manera automática, si no que el procurador judicial seguirá ejerciendo las funciones dispuestas en el mandato por un tiempo razonable hasta que el mandante pueda asumir personalmente los negocios jurídicos encomendados o hasta que designe un nuevo mandatario o procurador judicial.

Sobre este aspecto, el Art. 2071 del Código Civil, prescribe: **“La renuncia del mandatario no dará fin a sus obligaciones, si no después de transcurrido el tiempo razonable para que el mandante pueda proveer a los negocios encomendados.”**

En el supuesto de que el procurador judicial o el mandatario al haber presentado la renuncia deje inmediatamente de ejercer sus funciones contraviniendo lo que dispone la ley, asume una grave responsabilidad, ya que se hará responsable de los perjuicios que la renuncia cause al mandante; a menos que se halle en la imposibilidad de administrar por enfermedad u otra causa.

Por ejemplo, el abogado que habiendo aceptado la procuración judicial renuncia intempestivamente al encargo mientras está transcurriendo el término de prueba, se hace responsable de los resultados del juicio y si la sentencia es adversa al mandante, responderá de todos los daños y perjuicios ocasionados por el resultado de esa sentencia negativa.

El procurador judicial puede realizar y estar presente en todas las diligencias del juicio pero requiere de cláusula especial que debe constar en el mandato para las siguientes diligencias judiciales: 1.- para transigir

2.- para comprometer el pleito en árbitros

3.- para desistir del pleito

4.- para absolver posiciones o lo que es lo mismo para rendir confesión judicial y deferir al juramento decisorio

5.- para recibir la cosa materia de litigio o tomar posesión de ella.

**QUIENES NO PUEDEN EJERCER LA PROCURACIÓN JUDICIAL**

No pueden ejercer la procuración judicial y tampoco comparecer en juicio como procuradores judiciales: 1.- los abogados que se hallen suspensos en el ejercicio de los derechos políticos, 2.- los que hubieren sido declarados tinterillos según la ley, 3.- los secretarios y más empleados de los tribunales de justicia.

Conviene mencionar que el abogado que está patrocinando la defensa de un cliente que ha sido demandado, y aún cuando no tenga la procuración judicial legalmente otorgada, sin embargo, puede comparecer a nombre de su cliente ofreciendo poder o ratificación y concurrir a juntas de conciliación, audiencias y otras diligencias ante jueces.

En este caso basta que el cliente apruebe y ratifique la intervención del abogado en cualquier diligencia que haya intervenido, ya sea a nombre del actor o demandado, para que su actuación quede debidamente legitimada y la diligencia judicial sea considerada válida.

**EFECTOS DE LA FALSA PROCURACIÓN**

Si el abogado ha comparecido a una diligencia judicial ofreciendo poder o ratificación, puede suceder que el cliente no le ratifique al abogado su intervención, o puede también acontecer que el procurador judicial no presente el poder en el término concedido por el juez, la consecuencia es que el juez le declara falso personero e incurre en ilegitimidad de personería, lo cual acarrea la nulidad del juicio.

Esta nulidad debe ser declarada de oficio por el juez, aun cuando la otra parte del litigio no lo reclame.

Esta declaratoria de nulidad de oficio, es una potestad que le concede la ley al juez, en ejercicio de su función soberana de administrar justicia.

No hay que olvidar que la legitimidad de personería es una solemnidad esencial común a todos los juicios e instancias y no siendo ratificado el abogado en su intervención la consecuencia es que el juez tiene que declarar de oficio la nulidad del juicio, lo cual constituye una sanción muy grave, ya que el poderdante litigante ha perdido tiempo y dinero y sin lograr una solución definitiva.

Adicionalmente, hay otra sanción que se le impone al abogado que ha sido declarado falso procurador, y esa sanción consiste en que tiene que pagar las costas procesales, los daños y perjuicios ocasionados, y además una multa de 1 a 10 dólares de los Estados Unidos de Norte América por cada día de retardo proveniente de la falsa procuración y la multa total no podrá exceder de la equivalente a 360 días.

Del monto de esta multa la mitad corresponderá al fisco y la otra mitad a la parte procesal perjudicada.

Lo más grave es que los abogados condenados como falsos procuradores pagarán las costas, daños y perjuicio del incidente, aunque legitimaren su personería con posterioridad a la declaración

Por consiguiente, no conviene que el abogado sea declarado falso procurador, porque tiene que pagar una multa estimable y esa no es la función ni la misión que tiene el abogado.

La misión que tiene el abogado es el de lograr que impere la justicia en todas la ramas y ámbitos del derecho, y no estar enredado en problemas que de alguna manera desdicen de la seriedad y responsabilidad.

En consecuencia, el abogado para evitar que le impongan las tres sanciones antes indicadas tiene que oportunamente hacerle firmar al cliente la ratificación de su personería, sobre todo si la persona a la que le defiende profesionalmente no es mayormente conocida.

**OBLIGACIONES DE LOS PROCURADORES**

Los procuradores judiciales al representar en juicio a uno de los sujetos procesales, tiene que cumplir con la obligación primordial de legitimar su personería para que no sea declarado falso personero y evitar las sanciones que analicé anteriormente.

Disponer de los documentos necesarios para la defensa, informar al comitente el avance y estado del juicio y proporcionar las piezas procesales que requiera.

Cumplir con las instrucciones dadas por el cliente y tomar en cuenta la información que le proporciona sobre el problema jurídico para planificar y canalizar la defensa.

Otras de las obligaciones de los procuradores judiciales es el de interponer oportunamente los recursos que la ley concede para evitar que el poderdante quede en indefensión.

Así mismo, otra de las obligaciones del procurador judicial es guardar la reserva y el secreto de la información que le proporciona el cliente, bajo pena de cometer delito de prevaricato.

Actuar al servicio de la justicia poniendo a consideración de los jueces las pruebas que respaldan el derecho.

En todas las actuaciones judiciales le corresponde al procurador judicial actuar con lealtad, probidad, veracidad, honradez y buena fe.

También es obligación del procurador judicial defender con sujeción a las leyes, la verdad de los hechos para que brille la justicia.

El procurador judicial tiene que intervenir en toda la secuencia del juicio, sin que le sea permitido excusarse de ejercerlo, por ejemplo, para no contestar demandas nuevas estando facultado para ello.

El procurador judicial solo podrá dejar de actuar en el proceso una vez que renuncie al ejercicio del mandato, y en tal caso asumirá personalmente la defensa el poderdante o designará un nuevo procurador.

Pese a que el procurador haya renunciado al mandato o el poderdante le haya revocado el poder

También termina la procuración judicial con la muerte del mandante, pero si esta se hubiera producido después de presentada la demanda continuará actuando el procurador hasta que comparezcan los herederos personalmente o se designe curador de la herencia yacente.

**PROCURACIÓN COMÚN**

Es importante no confundir la procuración judicial con la procuración común, que tiene otro alcance y connotación.

La procuración común procede solo en la litis consorcio, según la cual dos o más personas pueden intervenir como actores o también como demandados, y de este concepto nace doctrinariamente la litis consorcio activa o pasiva.

El requisito esencial para que proceda la litis consorcio activa es que el derecho que se reclama debe tener un mismo origen, y por tanto no podrán demandar en un mismo libelo dos o más personas, cuando sus derechos o acciones se han diversos o tengan distinto origen.

En este último caso cada persona tiene que reclamar su derecho en forma independiente y por cuerda separada.

Así mismo, no podrán ser demandadas en un mismo libelo dos o más personas por actos, contratos u obligaciones tengan distinto origen, y por tanto, en este caso no habrá lugar a la litis consorcio pasiva.

Una característica o diferencia esencial entre la procuración judicial y la procuración común, es que la primera solo puede ser ejercida por un abogado en el libre ejercicio de la profesión; en tanto que en la procuración común los varios actores o demandados designan a una persona para que les represente en el juicio y no se requiere que sea abogado.

Por otro lado, el procurador común tiene que ser designado o escogido de entre los litis consortes, en consecuencia no puede ser nombrado procurador común una persona extraña al litigio.

Otro tema que hay que tener presente es que las personas que han sido colocadas en interdicción también son sujetos del derecho procesal, con la característica de que no pueden intervenir o comparecer por sí mismos en el litigio, si no que tienen que hacerlo a través de su tutor o curador.

Las personas colocadas en interdicción mediante la sentencia respectiva, en el caso de ser demandadas, dicha demanda tiene que ser dirigida a la persona de su tutor o curador, que es podemos decir el representante legal del interdicto.

En el supuesto de que se les demandará directamente a los interdictos, el juicio tendría que ser declarado nulo alegando la ilegitimidad de personería de estos demandados.

Para que haya la interdicción es necesario que exista la sentencia judicial que les declare como tales interdictos, pero si no han sido declarado mediante sentencia judicial se les puede demandar directamente.

**EL MANDATO PARA COMPARECER A JUICIO COMO ACUSADOR PARTICULAR**

Tenemos que poner de manifiesto que en nuestro derecho penal existen los delitos de acción pública y los delitos de acción penal privada.

En los delitos de acción pública interviene el fiscal para investigar la comisión de un delito y las presuntas personas que pueden haber intervenido como autores, cómplices o encubridores.

El trámite de este juicio continua de oficio, y también puede intervenir en el impulso del juicio penal el acusador particular.

En cambio, en los delitos de acción penal privada por sustentarse en el principio dispositivo necesariamente tiene que iniciarse con una acusación particular, y si esta no existiera simplemente no se puede iniciar ningún juicio.

Por esta razón, el art. 317 del Código de Procedimiento Penal, señala: “Quien pretenda acusar por un delito de acción privada debe proponer la querella por sí o mediante apoderado especial directamente ante el juez.”

En el delito de acción penal privada no hay investigación a cargo del Ministerio Público, por el contrario es atribución exclusiva del acusado o acusador presentar las pruebas consiguientes.

Lo que tenemos que resaltar es que en los delitos de acción penal privada el agraviado si no quiere intervenir directamente en el juicio puede hacerlo a través de su apoderado, porque como dijimos esta clase de delito se sustenta en el principio dispositivo que radica en la voluntad de la persona iniciar o no un proceso.

**Prueba procesal: objeto y necesidad de la prueba, medios probatorios, principios que rigen la prueba. Otros medios probatorios**

**CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA PRUEBA.- CONTEXTO CONSTITUCIONAL.- objeto y necesidad de la prueba, medios probatorios, principios que rigen la prueba. Otros medios probatorios.**

El proceso, que es en esencia una metodología para la aprehensión de la realidad que las partes ponen en conocimiento del juzgador, tiene como esencia, como lo dice el profesor Carnelutti, “valorar jurídicamente los hechos”. (Carnelutti Francesco, “Instituciones del Proceso Civil”, V. I., Ediciones Jurídicas Europa-América, Bs. Aires, Traducción de la 5ta. Edic. Italiana, 1950).

El sistema jurídico (sobre todo el procesal) está construido desde el positivismo para privilegiar el derecho subjetivo de una persona sobre el de otro[[1]](#footnote-1), en medida de la prueba de los hechos. En el constitucionalismo contemporáneo, la valoración del caso para el juez no comienza necesariamente con el análisis de las pruebas, por cuanto debe privilegiar la vigencia y aplicación efectiva y real de la Constitución, hurgar en los “principios” a fin de poder encontrar “lo justo” de cada situación que se juzga, y para tal búsqueda debe usar el prisma de la “dignidad” que es el fundamento de los Derechos Humanos y que permite no confrontar sino encontrar el Principio.

Como veremos con detenimiento más adelante, el juez tradicionalmente (positivista) requiere verificar la existencia de la hipótesis para aplicar la consecuencia, debe, en otras palabras, dentro del Proceso, y en virtud del principio dispositivo, recrear la verdad que le hacen conocer las partes en virtud de la prueba aportada. Recordemos el aforismo “Tantum procesam, quantum praescriptam” (De acuerdo a que está en el proceso se ha prescrito). Tal constatación de la prueba hace que se configure la hipótesis, y de allí se aplique la norma pertinente, ejercicio lógico jurídico denominado “subsunción”. En el caso del constitucionalismo contemporáneo, la aplicación del principio que está atrás de la norma no necesariamente exige la verificación de la hipótesis, por cuanto, lo que existe es un “universal”, o sea un principio que no admite contradicción por incontrovertible. El derecho a la vida por ejemplo, no requiere de una hipótesis para su protección y existencia porque consideramos su Universalidad como principio. En materia constitucional, para el juzgador no habrá de ceñirse necesariamente al tenor literal que una norma permite, sino, a la búsqueda tenaz del principio que garantice en el caso concreto, la mayor construcción de Dignidad (entiéndase Justicia).

Si, **Todo A = B** (premisa universal)

Y, **Algún B = C** (premisa particular)

Entonces, **Todo A = C** (un universal contiene un particular)

Por ejemplo: Si, Toda **vida** es privilegiada por el **Estado.**

Y, El **Estado** privilegia la **seguridad**

Entonces: Toda **vida** es privilegiada por la **seguridad**

Nótese en el ejemplo anterior que “la vida” no admite particularizaciones ni sometimiento alguno al concepto “seguridad”, al contrario, éste se encuentra por debajo y habilitado para servir al universal[[2]](#footnote-2). Eso sucede en el En materia estrictamente procesal y probatoria, toda norma jurídica en su estructura requiere de una hipótesis y una consecuencia: (Si A, entonces B)[[3]](#footnote-3) lo cual obliga al juzgador a la valoración y búsqueda de la consecuencia para adecuarla a la hipótesis de la norma; pero ese paso de A a B, requiere de la prueba” al titular de un derecho fundamental.

La interpretación judicial positivista-legalista obliga al juzgador a cotejar los hechos con el derecho (lo que conocemos como subsunción) a fin de aplicar la norma pertinente al caso, en otras palabras el juez “adecúa” los hechos a la norma pertinente para el caso. Sistema lógico que, de acuerdo a la doctrina es útil y ha servido en siglos pero, debe ser reformulado para la aplicación Constitucional, por cuanto sus elementos esenciales: norma y hechos, son en estricta lógica premisas particulares y no necesariamente concuerdan con los “universales categóricos” de los Derechos Fundamentales[[4]](#footnote-4).

Nótese en el ejemplo anterior que “la vida” no admite particularizaciones ni sometimiento alguno al concepto “seguridad”, al contrario, éste se encuentra por debajo y habilitado para servir al universal[[5]](#footnote-5). Eso sucede en el ejercicio de interpretación constitucional. Habíamos dicho también que toda norma jurídica en su estructura requiere de una hipótesis y una consecuencia: (Si A, entonces B)[[6]](#footnote-6) lo cual obliga al juzgador a la valoración y búsqueda de la consecuencia para adecuarla a la hipótesis de la norma; la única forma entonces en donde el juez puede adecuar los hechos al derecho es en virtud de la prueba actuada.

**Objeto y necesidad de la prueba, medios probatorios, principios que rigen la prueba. Otros medios probatorios.**

**La sana crítica, el libre criterio judicial, las pruebas legales.**

Tal como lo menciona el Art. 115 del CPC.- (Reformado por la Disposición Reformatoria segunda, num. 3 de la Ley s/n, R.O. 544-S, 9-III-2009), “La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos.

La jueza o el juez tendrá obligación de expresar en su resolución la valoración de todas las pruebas producidas.”.

Es decir, el principal principio es el de la “sana crítica” en la valoración de la prueba. Aquí vale mencionar que la “sana crítica” no dice relación a la “equidad” de la que menciona el Art. 1009 del CPC, que es privativa de los jueces nacionales.

La sana crítica está prevista, amén del principio del 115, también para la apreciación de la fuerza probatoria de la declaración de los testigos según el Art. 207 del CPC, que a la letra dice: “Las juezas y jueces apreciarán la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos conforme a las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta la razón que éstos hayan dado de sus dichos y las circunstancias que en ellos concurran”.

Aun cuando sólo lo menciona puntualmente en un artículo, el CPC habla también del “libre criterio judicial” en la última parte del penúltimo inciso del Art. 121, que concede al juez la posibilidad de apreciar medios de prueba, “según las circunstancias en que hayan sido producidos”.

En general, la doctrina ecuatoriana[[7]](#footnote-7) coincide en que el legislador no quiere aceptar el principio de la “libre convicción del juez” ni en lo civil ni en lo penal, porque en los dos campos deben apreciarse las pruebas conforme a las reglas de la sana crítica.

Históricamente la libre convicción sirvió como una suerte de contraste a las odiosas reglas de comprobación del régimen denominado de las “pruebas legales”, de las “pruebas idóneas”, “de las presunciones y de las ficciones”, de la “prueba tasada o de tarifa legal”[[8]](#footnote-8) que, ventajosamente existen cada vez menos.

Actualmente, el principio de la “libre convicción” del juez, ha penetrado en parte al principio dispositivo –que lo veremos más adelante-, por cuanto, significa una suerte de “poder – deber”, a través del cual se consigue, por cualquier medio, la justificación de los hechos para poder valorarlos.

La valoración de la prueba, -es lo criticable del principio-, a través de la “libre convicción”, parecería que le da absoluta libertad al juez para que valore lo que las partes le presenten o solicite la adopción de instrumentos o medios de comprobación.

En definitiva, la valoración de la prueba se puede definir como aquella operación mental que realiza la [autoridad](http://www.monografias.com/trabajos2/rhempresa/rhempresa.shtml) jurisdiccional con el objeto de obtener de cada elemento probatorio la suficiente convicción para sustentar su decisión.

**Los principios de oportunidad y pertinencia de la prueba.**

El CPC determina con absoluta claridad, quizá más que respecto del principio dispositivo, dos principios medulares para el proceso, que permiten seguridad y ninguna discresionalidad de las partes ni del juez. Son los principios de oportunidad y de pertinencia.

Verbigracia aquí las normas:  **de la pertinencia:** “Art. 116.- Las pruebas deben concretarse al asunto que se litiga y a los hechos sometidos al juicio”, implican que las pruebas deben ser pertinentes, ciñéndose al asunto de que se trata, ya en lo principal, ya en los incidentes, ya en las circunstancias importantes, es decir que la prueba que se presente debe ser coherente con lo que se plantea en el juicio

**De la oportunidad.-.-** “Art. 117.- Sólo la prueba debidamente actuada, esto es aquella que se ha pedido, presentado y practicado de acuerdo con la ley, hace fe en juicio”, significa debe ser presentada en el momento adecuado, en el [tiempo](http://www.monografias.com/trabajos901/evolucion-historica-concepciones-tiempo/evolucion-historica-concepciones-tiempo.shtml) que ha sido establecido para presentar las pruebas, en el tiempo pertinente.

Este artículo debe interpretarse junto con el 119, que dice relación a que dentro del término respectivo, “la jueza o el juez, dentro del término respectivo, mandará que todas las pruebas presentadas o pedidas en el mismo término, se practiquen previa notificación a la parte contraria.

**Tensión entre el principio de oportunidad y la lealtad procesal.**

El principio de lealtad procesal puede colisionar con el de oportunidad y pertinencia por cuanto, en no pocas ocasiones la estrategia de las partes les lleva a realizar las peticiones a último momento. La pregunta es: ¿puede dar paso el juzgador a una prueba solicitada a último momento?. La respuesta es, en principio toda prueba de carácter documental debe ser atendida dentro del término; el problema surge con las pruebas testimoniales por cuanto se requiere notificarlas por lo menos con dos días de anticipación.

En el COFJ, la norma sobre buena fe y lealtad procesal dice: “Art. 26.- PRINCIPIO DE BUENA FE Y LEALTAD PROCESAL.- En los procesos judiciales las juezas y jueces exigirán a las partes y a sus abogadas o abogados que observen una conducta de respeto recíproco e intervención ética, teniendo el deber de actuar con buena fe y lealtad. Se sancionará especialmente la prueba deformada, todo modo de abuso del derecho, el empleo de artimañas y procedimientos de mala fe para retardar indebidamente el progreso de la litis. La parte procesal y su defensora o defensor que indujeren a engaño al juzgador serán sancionados de conformidad con la ley.”

No pocos juzgadores evitan realizar la declaración de testigos dentro de términos posteriores al de la prueba a pesar de que han sido solicitados dentro de término, pero no lo justifican.

Toda prueba pedida dentro de término debe ser evacuada porque así lo dice expresamente la norma, y no será hasta la valoración de la misma en la sentencia en donde se podrá determinar si las pruebas tuvieron algún vicio atentatorio a la buena fe y lealtad procesal.

**El principio dispositivo.-**

En materia civil, el principio dispositivo no es absoluto como lo había sido a finales del Siglo XX, pero sigue siendo medular para la aportación de la verdad en el proceso, tal como lo dice el Código Orgánico de la Función Judicial, (COFJ) y lo que el Código de Procedimiento Civil (CPC), se refiere a este principio, evidenciando la necesidad de que la parte interesada aporte al expediente la prueba de sus asertos, pero dándole al juez la posibilidad de actuar de oficio en la búsqueda de la justicia. Las normas pertinentes son:

COFJ.- “Art. 19.- PRINCIPIOS DISPOSITIVO, DE INMEDIACION Y CONCENTRACION.- Todo proceso judicial se promueve por iniciativa de parte legitimada. 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 conformidad con la ley.”

Art. 113 CPC.- “Es obligación del actor probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en el juicio, y que ha negado el reo.

El demandado no está obligado a producir pruebas, si su contestación ha sido simple o absolutamente negativa.

El reo deberá probar su negativa, si contiene afirmación explícita o implícita sobre el hecho, el derecho o la calidad de la cosa litigada.

Impugnados en juicio una letra de cambio o un pagaré a la orden, por vía de falsedad, la prueba de ésta corresponderá a quien la hubiere alegado.”

De este artículo se desprende el principio del “ONUS PROBANDI” en materia Civil.

El onus probandi se manifiesta en diversas ramas del Derecho**:**

* En el [Derecho civil](http://www.monografias.com/trabajos10/evco/evco.shtml): se manifiesta principalmente en la prueba de la existencia de una obligación (que corresponde al acreedor) y en la prueba de la extinción de la obligación (que corresponde al deudor).
* En el [Derecho tributario](http://www.monografias.com/trabajos10/detribb/detribb.shtml): la carga de la prueba recae exclusivamente en el contribuyente, él es quien tiene que probar ante el fisco que no debe ningún tipo de [tributos](http://www.monografias.com/trabajos14/contabilgest/contabilgest.shtml#TRIBUT).
* En el [Derecho penal](http://www.monografias.com/trabajos6/evde/evde.shtml): el onus probandi es la base de la presunción de inocencia de cualquier sistema jurídico que respete los [derechos humanos](http://www.monografias.com/trabajos6/dehu/dehu.shtml). Significa que para toda [persona](http://www.monografias.com/trabajos7/perde/perde.shtml) se presume su inocencia hasta que se demuestre su [culpabilidad](http://www.monografias.com/trabajos32/inimputabilidad-culpabilidad/inimputabilidad-culpabilidad.shtml). Es IURIS TAMTUM (una presunción que admite prueba en contrario), pero en la cual lo relevante es que quien acusa es quien tiene que demostrar la acusación, es decir, el acusado no tiene que demostrar su inocencia, ya que de ella se parte.
* En el [Derecho laboral](http://www.monografias.com/trabajos36/derecho-laboral/derecho-laboral.shtml): en los casos de despido la carga de la prueba recae tanto en el trabajador, quien tiene que probar que las causas del despido lesionan sus [derechos](http://www.monografias.com/Derecho/index.shtml), y también en el empleador quien debe acreditar que las causas de despido fueron justas.
* En el [Derecho procesal](http://www.monografias.com/trabajos34/derecho-procesal/derecho-procesal.shtml): se dice que quien tiene la titularidad de la carga de la prueba es la parte que persigue los efectos jurídicos en [función](http://www.monografias.com/trabajos7/mafu/mafu.shtml) de los hechos que sustentan su pretensión ([Teoría](http://www.monografias.com/trabajos4/epistemologia/epistemologia.shtml) de Michelli - Teoría de la Carga de la Prueba según el efecto jurídico perseguido por las partes); asimismo, dichos [presupuestos](http://www.monografias.com/trabajos3/presupuestos/presupuestos.shtml) deben estar contemplados en la norma con la finalidad de que sean de aplicación en el proceso mismo. En caso contrario, la misma no se le aplicará, quedando sin sustento su pretensión o defensa (Teoría de Rosemberg - Teoría Normativa)[[9]](#footnote-9).

Por su parte, el Art. 118 del CPC.- (Reformado por la Disposición Reformatoria segunda, num. 3 de la Ley s/n, R.O. 544-S, 9-III-2009), a la letra dice: Las juezas y jueces pueden ordenar de oficio las pruebas que juzguen necesarias para el esclarecimiento de la verdad, en cualquier estado de la causa, antes de la sentencia. Exceptúase la prueba de testigos, que no puede ordenarse de oficio; pero si podrá la jueza o el juez repreguntar o pedir explicaciones a los testigos que ya hubiesen declarado legalmente.

Esta facultad se ejercerá en todas las instancias antes de sentencia o auto definitivo, sea cual fuere la naturaleza de la causa.”

COFJ: “Art.130 Num.10: FACULTADES JURISDICCIONALES DE LAS JUEZAS Y JUECES.-

Es facultad esencial de las juezas y jueces ejercer las atribuciones jurisdiccionales de acuerdo con la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes; por lo tanto deben:

**10.** Ordenar de oficio, con las salvedades señaladas en la ley, la práctica de las pruebas que juzguen necesarias para el esclarecimiento de la verdad;”

La atribución probatoria del juez, antes limitada bajo la amenaza de las penas del prevaricato, ahora se pondera por la necesidad de optimizar el compromiso del juez en su búsqueda de la justicia, del debido proceso, que se sustenta en primordial lugar, en la protección a los derechos fundamentales de las partes.[[10]](#footnote-10)

Dentro del derecho de petición, o derecho de acción, existen procedimientos que exigen la presentación de la prueba junto con la acción y junto con la contestación a la misma, así lo contempla el Art. 68 Num.4 y 102 del CPC, so pena de la invalidez de la prueba instrumental.

“….La contestación a la demanda se acompañará de las pruebas instrumentales que disponga el demandado, y las que acrediten su representación si fuere del caso. La trasgresión a este precepto ocasionará la invalidez de la prueba instrumental de la pretensión….”.

El Art. 407 del CPC[[11]](#footnote-11) impone en demandas cuya cuantía no pase de cinco mil dólares que se la presente con la prueba.

En materia arbitral, la demanda presentada ante el Centro de Arbitraje señalado en la cláusula respectiva del negocio realizado, exige la presentación de la prueba en la demanda, so pena de perder la posibilidad de presentarla durante el juicio.

El inciso final del Art. 10 de la Ley de Arbitraje, dice que “…se adjuntarán las pruebas y se solicitará la práctica de las diligencias probatorias que justifiquen lo aducido en la demanda”.

**El principio de publicidad de la prueba**

Al principio de publicidad hay que entenderlo desde el contenido del Código Orgánico de la función judicial, que a la letra dice: “Art. 13.- PRINCIPIO DE PUBLICIDAD.- Las actuaciones o diligencias judiciales serán públicas, salvo los casos en que la ley prescriba que sean reservadas. De acuerdo a las circunstancias de cada causa, los miembros de los tribunales colegiados podrán decidir que las deliberaciones para la adopción de resoluciones se lleven a cabo privadamente.

No podrán realizarse grabaciones en video de las actuaciones judiciales.

Se prohíbe a las juezas y a los jueces dar trámite a informaciones sumarias o diligencias previas que atenten a la honra y dignidad de las personas o a su intimidad.”

De donde se desprende que es particular preocupación del legislador la publicidad para la transparencia del proceso pero con una connotación de protección a la honra y la privacidad de las personas.

El Art. 120 del CPC indica que: “Toda prueba es pública, y las partes tienen derecho de concurrir a su actuación.”.

El principio de publicidad dice relación, en definitiva al derecho de las partes a conocer y controvertir las pruebas y proteger su derecho a la honra.

**Los medios probatorios.-**

En virtud de la norma del Art. 114 del CPC que determina que “cada parte está obligada a probar los hechos que alega, excepto los que se presumen conforme a la ley, y que cualquiera de los litigantes puede rendir pruebas contra los hechos propuestos por su adversario.”, la pregunta es, cuáles son los medios probatorios a través de los cuales cada parte le hace conocer al juzgador su verdad.

Por lo tanto, se señalan los siguientes medios de prueba determinados en el Art. 121 del CPC.- (Reformado por la Disposición Reformatoria segunda, num. 3 de la Ley s/n, R.O. 544-S, 9-III-2009).- instrumentos públicos o privados, declaraciones de testigos, inspección judicial y dictamen de peritos o de intérpretes.

Se admitirá también, dice la misma norma, como medios de prueba las grabaciones magnetofónicas, las radiografías, las fotografías, las cintas cinematográficas, los documentos obtenidos por medios técnicos, electrónicos, informáticos, telemáticos o de nueva tecnología; así como también los exámenes morfológicos, sanguíneos o de otra naturaleza técnica o científica. La parte que los presente deberá suministrar al juzgado en el día y hora señalados por la jueza o el juez los aparatos o elementos necesarios para que pueda apreciarse el valor de los registros y reproducirse los sonidos o figuras.

Se considerarán como copias, dice finalmente la misma norma, las reproducciones del original, debidamente certificadas que se hicieren por cualquier sistema.

Es importante hacer referencia a los denominados medios informáticos y de última tecnología, pues, los tradicionales medios de prueba son conocidos con detenimiento en el pregrado.

En esta materia, hay que traer a colación lo que el derecho informático, es decir, los principios de la Ley de Comercio Electrónico LCE menciona sobre la validez de los “datos”. Es decir, correos electrónicos y firma electrónica que son los nuevos y modernos medios de prueba.

El Art. 10 de la LCE menciona que, salvo prueba en contrario se entenderá que un mensaje de datos proviene de quien lo envía y, autoriza a quien lo recibe, para actuar conforme al contenido del mismo, cuando de su verificación exista concordancia entre la identificación del emisor y su firma electrónica, excepto en los siguientes casos:

a) Si se hubiere dado aviso que el mensaje de datos no proviene de quien consta como emisor; en este caso, el aviso se lo hará antes de que la persona que lo recibe actúe conforme a dicho mensaje. En caso contrario, quien conste como emisor deberá justificar plenamente que el mensaje de datos no se inició por orden suya o que el mismo fue alterado; y,

b) Si el destinatario no hubiere efectuado diligentemente las verificaciones correspondientes o hizo caso omiso de su resultado.

Art. 11.- Envío y recepción de los mensajes de datos.- Salvo pacto en contrario, se presumirá que el tiempo y lugar de emisión y recepción del mensaje de datos, son los siguientes:

a) Momento de emisión del mensaje de datos.- Cuando el mensaje de datos ingrese en un sistema de información o red electrónica que no esté bajo control del emisor o de la persona que envió el mensaje en nombre de éste o del dispositivo electrónico autorizado para el efecto;

b) Momento de recepción del mensaje de datos.- Cuando el mensaje de datos ingrese al sistema de información o red electrónica señalado por el destinatario. Si el destinatario designa otro sistema de información o red electrónica, el momento de recepción se presumirá aquel en que se produzca la recuperación del mensaje de datos. De no haberse señalado un lugar preciso de recepción, se entenderá que ésta ocurre cuando el mensaje de datos ingresa a un sistema de información o red electrónica del destinatario, independientemente de haberse recuperado o no el mensaje de datos; y,

c) Lugares de envío y recepción.- Los acordados por las partes, sus domicilios legales o los que consten en el certificado de firma electrónica, del emisor y del destinatario. Si no se los pudiere establecer por estos medios, se tendrán por tales, el lugar de trabajo, o donde desarrollen el giro principal de sus actividades o la actividad relacionada con el mensaje de datos.

Art. 13.- Firma electrónica.- Son los datos en forma electrónica consignados en un mensaje de datos, adjuntados o lógicamente asociados al mismo, y que puedan ser utilizados para identificar al titular de la firma en relación con el mensaje de datos, e indicar que el titular de la firma aprueba y reconoce la información contenida en el mensaje de datos.

Art. 14.- Efectos de la firma electrónica.- La firma electrónica tendrá igual validez y se le reconocerán los mismos efectos jurídicos que a una firma manuscrita en relación con los datos consignados en documentos escritos, y será admitida como prueba en juicio.

Art. 15.- Requisitos de la firma electrónica.- Para su validez, la firma electrónica reunirá los siguientes requisitos, sin perjuicio de los que puedan establecerse por acuerdo entre las partes:

a) Ser individual y estar vinculada exclusivamente a su titular;

b) Que permita verificar inequívocamente la autoría e identidad del signatario, mediante dispositivos técnicos de comprobación establecidos por esta Ley y sus reglamentos;

c) Que su método de creación y verificación sea confiable, seguro e inalterable para el propósito para el cual el mensaje fue generado o comunicado.

d) Que al momento de creación de la firma electrónica, los datos con los que se creare se hallen bajo control exclusivo del signatario; y,

e) Que la firma sea controlada por la persona a quien pertenece.

**Prueba documental: instrumentos públicos y privados. Eficacia probatoria. Instrumentos producidos en el extranjero. Legalización y autenticación de documentos.**

**INSTRUMENTOS PÚBLICOS Y PRIVADOS**

**Documento**

“Documento es toda cosa que seas producto de un acto humano perceptible con los sentidos de la vista y el tacto, que sirve de prueba histórica indirecta y representativa de un hecho cualquiera”. (Devis Echandía, Hernando, “Teoría General de la Prueba”, Buenos Aires, Victor P. de Zavalía, Editor, pp. 486)

**Naturaleza jurídica del documento**

El documento es un medio de prueba indirecto, real, objetivo e histórico. Puede ser representativo como fotografías, cuadros, planos, otras veces es declarativo, cuando contiene una declaración de voluntad, como una declaración juramentada, una declaración de terceros, una información sumaria, pero siempre el documento es un acto extra procesal.

El documento es una cosa, un objeto resultado de un acto humano que sirve para representar un hecho cualquiera. La doctrina sostiene que el documento no tiene, propiamente, naturaleza negocial pero puede tener por origen un negocio jurídico. Cuando el documento tiene un origen negocial supone una declaración de ciencia sobre los hechos que se narran: las partes en presencia del notario, el día tal, suscribieron un contrato de tal naturaleza, se señalan las prestaciones. Estos documentos son declarativos y constitutivos y sirven, a la postre como medios de prueba.

El documento es un medio de prueba real porque en su apreciación se considera no el acto humano que lo crea sino el objeto mismo

**Funciones del documento**

* Tiene una naturaleza sustancial y solemne, puesto que sirve para celebrar el negocio y contrato
* En ciertos casos es requisito para la existencia jurídica o para la validez del acto o contrato
* Desde el punto de vista procesal y probatorio es un medio de prueba que se incorpora al proceso, que da cereza a los derechos y a las relaciones jurídicas
* El documento es necesario, en algunas ocasiones, para ejercitar un derecho (títulos ejecutivos)
* Cuando la autenticidad o legalidad se halla establecida debidamente da mayor seguridad y eficacia a los negocios jurídicos y actos de comercio
* Cumple una función representativa cuando representa un objeto, una persona, un hecho, un acontecimiento por medios distintos a la escritura. Cumple una función declarativa cuando la representación consiste en la manifestación del pensamiento de quien lo crea o hace que se cree para él por otra persona. La función es narrativa cuando la declaración se limita a hacer constar hechos pasados o presentes o simplemente imaginados. El documento cumple una función constitutiva o dispositiva si la declaración crea, modifica o extingue una situación jurídica o un derecho

**Características del documento**

* En el documento se pueden distinguir dos sujetos el autor y el destinatario. Carnelutti enseña que el autor no es quien crea un documento en sentido material sino la persona a quien se lo atribuye, distingue entre elaborador y autor de un documento.
* Es materia del documento cualquier elemento que sirva para fines representativos: papel, cartón, madera, tela, material fotográfico, cintas grabadoras, discos, etc
* El documento es un medio de prueba de los hechos que en él se narran o representan
* Cuando se trata de documento declarativo (no representativo) hay diferencia entre el documento y la declaración que contiene, por ejemplo una cosa es el contrato y otra el documento que lo contiene

**Clases de documentos:** Se admiten varias formas de clasificar

POR SU NATURALEZA

Representativos (planos, dibujos, cuadros, fotografías)

Puros: contienen declaración de

Declarativos (escritos, ciencia y dispositivos constitutivos

videograbaciones, discos cuando contienen actos de voluntad

De contenido confesorio y de contenido testimonial

Simplemente narrativos: si no contienen declaración alguna

Figurativos, si representan pero no describen (fotografías)

POR SU OBJETO

Origen negocial

Simplemente probatorios

Constitutivos de relaciones jurídica

POR SU EFICACIA Y FUERZA PROBATORIA

Auténticos o legítimos

No auténticos o no legítimos

POR SU ORIGEN

públicos

privados

DIRENCIA ENTRE DOCUMENTO E INSTRUMENTO

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, que consisten en escritos públicos o privados, auténticos o sin autenticidad

INSTRUMENTO PÚBLICO

Definición: Es el autorizado con las solemnidades legales por el competente servidora o servidor. Si fuere otorgado ante notario e incorporado en el protocolo o registro público se llama escritura pública

Se consideran también instrumentos públicos los mensajes de datos otorgados, conferidos, autorizados o expedidos por y ante autoridad competente y firmados electrónicamente

El artículo 165 aclara que son instrumentos públicos los autorizados en debida forma por las personas encargadas de los asuntos correspondientes a su cargo o empleo, como los diplomas, decretos, mandatos, edictos, provisiones, requisitorias, exhortos u otras providencias expedidas por la autoridad competente, las certificaciones, copias o testimonios de una actuación o procedimiento gubernativo o judicial, dados por el secretario respectivo, con decreto superior, y los escritos en que se exponen los actos ejecutados o los convenidos celebrados ante notarios, con arreglo a la ley, los asientos de los libros y otras actuaciones de los funcionarios y servidoras o servidores del Estado o de cualquiera otra institución del sector público, los asientos de los libros y registros parroquiales, los libros y registros de los tenientes políticos y de otras personas facultadas por la ley.

En consecuencia los instrumentos públicos no provienen únicamente de las instituciones del sector público sino que son los autorizados por personas encargadas de los asuntos correspondientes a su cargo o empleo, tal ocurre, por ejemplo, con los títulos de grado conferidos por colegios privados

**Efectos:**

De conformidad con el artículo 165 del Código de Procedimiento Civil hacen fe y constituyen prueba todos los instrumentos públicos. Este principio ratifica el hecho de que en el Ecuador rige, en materia procesal civil, un sistema de prueba semi tasada, en que la ley determina los efectos de los medios de prueba y concede mayor eficacia probatoria, en este caso, a los instrumentos públicos que a los instrumentos privados. De ahí que la norma señalada agrega que el instrumento público agregado al juicio dentro del término de prueba, con orden judicial y notificación a la parte contraria, constituye prueba legalmente actuada, aunque las copias se las haya obtenido fuera de dicho juicio

**Eficacia probatoria**

La dimensión de la eficacia probatoria depende de la persona contra quién se haga valer el instrumento público.

Contra terceros: el instrumento público hace fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha, pero no en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él hayan hecho los interesados

Contra los otorgantes: el instrumento público hace fe en cuanto al hecho de haberse otorgado, en cuanto a su fecha y en cuanto a la verdad de las declaraciones que han hecho los interesados. Las obligaciones y descargos prueban respecto de los otorgantes y de las personas a quienes se transfieren o transmiten

**Instrumento auténtico**

Se suele confundir el instrumento auténtico con el instrumento público, pero son dos conceptos totalmente diferentes.

Instrumento auténtico es el que goza de certeza sobre su origen y su autor. En consecuencia todo documento público es auténtico, pero no todo documento auténtico es público. Carnelutti señala que son documentos públicos u oficiales los que provienen de funcionarios públicos y son autorizados por éstos; y auténticos los que dan fe de quien es su autor, es decir cuando se tiene certeza de que proceden del autor que en ellos se indica. De manera que es perfectamente posible que existan documento privados auténticos

Requisito para la eficacia probatoria del instrumento público o privado, otorgado en el Ecuador o en el extranjero

Uno de los requisitos para la eficacia probatoria del instrumento público o privado, otorgado en el Ecuador o en el extranjero es que su autenticidad esté establecida o presumida, es decir que exista certeza sobre la persona que firma el instrumento, aun cuando se trate de firma electrónica, eventualmente sobre la autorización que ha dado otra persona para firmar a ruego.

**Presunción de autenticidad**:

El Código de Procedimiento Civil presume la autenticidad de los instrumentos públicos autorizados en debida forma por el competente funcionario, de manera que no es preciso probar su autenticidad, cosa que no ocurre con los instrumentos públicos otorgados en el extranjero y con los instrumentos privados e inclusive con la propia ley extranjera

**Ley Extranjera**

El litigante que funde su derecho en una ley extranjera, la presentará autenticada lo cual podrá hacerse en cualquier estado del juicio. La certificación del respectivo agente diplomático sobre la autenticidad de la ley, se considerará prueba fehaciente. La autenticación de la ley implica que el funcionario diplomático certifique que esa ley está vigente en el país al que se refiere. Un caso en que se debe probar la ley extranjera es el previsto en el Art. 139 del Código Civil que obliga a quienes se casaron en nación extranjera a probar que la ley del lugar de la celebración fijaba como régimen matrimonial la sociedad de bienes

**Autenticación de instrumentos públicos otorgados en el extranjero**

Hay dos formas de autenticar un instrumento público otorgado en el extranjero: a) en base a las normas del Código de Procedimiento Civil y b) apostillándolo

1.- Por vía diplomática

La norma del artículo 190 del Código de Procedimiento Civil usa como sinónimos las expresiones autenticación y legalización. En realidad se regula la forma de autenticación de documentos públicos extranjeros, porque lo que se busca es la certeza sobre la persona o funcionario que otorga el documento en el extranjero. El Art. 190 del C.P.C establece un procedimiento para autenticar documentos extranjeros, con el objeto de que tengan eficacia jurídica en el Ecuador, procedimiento que consiste en la certificación del agente diplomático o consular del Ecuador en el país en que se otorgó el instrumento en el sentido de que el servidor o notario que autoriza el instrumento es realmente tal y que en todos sus actos hace uso de la firma y rúbrica que consta en el instrumento. Cuando no existe funcionario diplomático o consular puede autenticar y otorgar la certificación el agente diplomático o consular de otro país y legalizar la certificación el Ministerio de Relaciones Exteriores. Si en el lugar no hubiere funcionarios diplomáticos o consulares certificará o legalizará la primera autoridad política y una de las autoridades judiciales del territorio, expresándose esta circunstancia. La autenticación y legalización de los instrumentos otorgados en país extranjero, podrá también arreglarse a las leyes o prácticas del Estado en que se hiciere. Esta disposición mantiene coherencia con un principio de derecho internacional privado, recogido en la legislación interna, que señala que la forma de los instrumentos debe sujetarse a la legislación del país en que se otorga. El artículo 16 del Código Civil dice: la forma de los instrumentos públicos se determina por la ley del lugar en que hayan sido otorgados. Su autenticidad se probará según las reglas establecidas en el Código de Procedimiento Civil. La disposición el Art. 17 del Código Civil agrega que en los casos en que las leyes ecuatorianas exigieren instrumentos públicos para pruebas que han de rendirse y surtir efecto en el Ecuador, no valdrán las escrituras privadas, cualquiera que sea la fuerza de éstas en el lugar en que hubieren sido otorgadas.

2.- Apostilla

Aparte del mecanismo señalado anteriormente es posible autenticar instrumentos públicos otorgados en el extranjero con las normas de convenios internacionales, ratificados por el Ecuador, que han instrumentado, a nivel internacional, otros medios con el objeto de facilitar que los instrumentos públicos se consideren autenticados en un país diferente al del otorgamiento.

El Ecuador se adhirió a la Convención de la Haya sobre Apostilla, Convenio 1,Registro Oficial 410 de 31-ago-2004. Este Convenio esta ratificado por el Ecuador y el nombre completo es "Convención para Suprimir la Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros", (Convención de la Haya sobre la Apostilla), suscrito en la Haya, Países Bajos, el 5 de octubre de 1961.

**Definición**

La apostilla consiste en la certificación sobre la veracidad de la firma, la calidad de la persona que firma el documento y cuando proceda la identidad del sello o timbre colocado sobre el documento, certificación que debe ser emitida por la autoridad competente designada en el país donde emana el documento. Cada estado contratante designará las autoridades competentes para emitir la apostilla. Según el artículo 4 de la Convención la apostilla será colocada sobre el documento o en una extensión del mismo, y deberá conformarse al modelo anexado a la Convención, redactada en el idioma del país que emite el documento.

La apostilla se emite a petición del signatario o portador del documento. En el Ecuador el Ministerio de Relaciones Exteriores ofrece el servicio de apostilla y ha notificado al Ministerio de Relaciones Exteriores de los Países Bajos que la competencia es exclusiva de sus funcionarios. En esa dependencia se mantiene un registro o fichero sobre las apostillas emitidas

**Inscripción de documentos otorgados en el extranjero**

Los documentos otorgados en el extranjero que deben inscribirse aun cuando se encuentren autenticados y traducidos, no pueden inscribirse sin pasar previamente por un control de legalidad realizado por un juez de primera instancia. En este caso el juez no realiza actividad jurisdiccional sino que es limita a comprobar que el instrumento esté autenticado y que, en cuanto a las formas, cumpla con las exigencias de la ley en que se otorgó. La prueba de la ley extranjera se efectúa en la forma prevista en el artículo 189 del Código de Procedimiento Civil. La Ley de Registro señala:

Art. 32.- Los instrumentos otorgados en naciones extranjeras no se podrán inscribir sin previa

providencia judicial que califique la legalidad de su forma y autenticidad

**Instrumentos Privados**

**Definición**

Instrumento privado es el escrito hecho por personas particulares sin intervención de notario ni de otra persona legalmente autorizad, o por personas públicas en actos que no son de su oficio. La definición del Art. 191 del Código de Procedimiento Civil establece, sin lugar a dudas que un instrumento no es público porque lo otorga quien es funcionario público sino que, además debe referirse a actos que son de oficio. Por ejemplo un contrato de venta de vehículos realizada a favor de por un Ministro de Estado, para que ingrese a su patrimonio personal es un instrumento privado.

**Eficacia probatoria**

Los instrumentos privados tienen una eficacia probatoria limitada pero hacen tanta fe como el instrumento público cuando lo reconoce el autor o se da por reconocido en los casos permitidos por la ley. Un instrumento privado no se convierte en público por efectos del reconocimiento, ni adquiere tal carácter por la protocolización.

**BIBLIOGRAFIA**

1. ALSINA Hugo: *Tratado Teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Bs. Aires, Ediar Soc. Anon Editores, Tomo I, Parte General, 1963.
2. CRUZ BAHAMONDE Armando: *Estudio Crítico del Código de Procedimiento Civil,* Guayaquil, Edino, 2da. Edición, volumen I y II, 2001.
3. CARNELUTTI Francesco, *Derecho Procesal Civil y Penal*, México, Colección Juristas Latinoamericanos, 1994
4. CHIOVENDA Giuseppe, *Curso de Derecho Procesal Civil,* México, Colección Juristas Latinoamericanos, 1995
5. DE LA RÚA Fernando, “*Teoría General del Proceso”*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1991.
6. DE LA OLIVA SANTOS Andrés, *Derecho procesal,* Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Segunda edición, Primera reimpresión, Introducción, 2002
7. DE LA OLIVA SANTOS Andrés, *Derecho procesal,* Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Segunda edición, Primera reimpresión, El Proceso de declaración, 2002.
8. DE VICENTE Y CARAVANTES José, *Tratado de los procedimientos Judiciales en Materia Civil*, México, D. F., Ángel Editor, 1ª edición, 1ª reimpresión, 2000.
9. DAVIS ECHANDÍA Hernando, *Compendio de Derecho Procesal,* Bogotá, Editorial ABC, novena edición, T. I, 1993.
10. FALCÓN Enrique, *Manual de Derecho Procesal*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2005.
11. FALCÓN, Enrique*, Tratado de la Prueba*, tomos I y II Editorial Astrea, 2003.
12. GUASP Jaime:*Derecho Procesal Civil*, Madrid, Editorial Civitas, S.A., Cuarta Edición, Primer Tomo, 1998.
13. MONTERO AROCA Juan, *Derecho Jurisdiccional I,* Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 11ª. Edición, Parte General, 2002.
14. MONTERO AROCA Juan, *Derecho Jurisdiccional II,* Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 11ª. Edición , Proceso Civil, 2002
15. PEÑAHERRERA Víctor Manuel, *Lecciones de Derecho Práctico Civil y Penal*, Quito, Editorial Universitaria, 1960, T. III.
16. PALACIO, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, T. IV ,1977.

SENTIS MELENDO, Santiago, La Prueba, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1979.

1. TROYA CEVALLOS Alfonso: *Elementos de Derecho Procesal Civil*, Quito, Pudeleco Editores S. A. Tomo I, 2002.
2. TULLIO LIEBMAN Enrico: *Manual de Derecho Procesal Civil*, Bs. Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1980
3. VÉSCOVI Enrique, *Teoría General del Proceso*, Bogotá, Editorial Temis S.A., segunda edición, 1999.

1. Un trabajo prolijo sobre el tema de la subjetividad en las pretensiones es el titulado “Los fundamentos de la exigencia de razonabilidad” hecho por Juan Cianciardo en *La interpretación en la era del Neoconstitucionalismo, (*Cianciardo Juan, compilador, “La interpretación en la era del neoconstitucionalismo”, *Iusnaturalismo e interpretación jurídica,* Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2006,*, págs.. 21-36).* “En esta situación del `otro` como presencia humana, el sujeto tiende a sostener una pretensión: toda acción es una pretensión implícitamente, respecto a los otros yo-sujetos”. La acción – pretensión es sentida como *“espontánea afirmación justa del propio ser, y por tanto, como un derecho a la opción del sujeto*…La enunciación espontánea de la petición –quiero…Dame… déjame hacer…esto- está sometida, precisamente, a la irreflexiva e inconcreta convicción personal de que esto corresponde realmente a mi necesidad…”. [↑](#footnote-ref-1)
2. Miguel Carbonell, “Neoconstitucionalismo y Sociedad”, Edic. del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Ecuador, Ramiro Avila Editor, Quito, 2008, págs.. 11-12, menciona sobre el tema seguridad y vida: “…sin poner en duda nuestras firmes convicciones a favor de los derechos, debemos asumir que ningún Estado democrático podría dejar de dar respuesta a una serie de atentados terroristas que se llevaran a cabo en su territorio y que es probable que la población exigiera acciones contundentes para garantizar la seguridad, incluso si como parte de esas respuestas se tienen que sacrificar uno o varios derechos fundamentales: como ha recordado algún autor, la Constitución no es ´un pacto suicida´[…..] Al terrorismo se le debe combatir dentro de la legalidad; podemos discutir si el marco jurídico que tenemos es o no suficiente para enfrentar el desafío terrorista, pero no es razonable suponer que ante la estrategia del miedo debamos abandonar más de dos siglos de civilización constitucional….” [↑](#footnote-ref-2)
3. En materia procesal podríamos decir también que A es la pretensión, B, la prueba y C la resolución o sentencia [↑](#footnote-ref-3)
4. Los hechos y su validez, dentro del análisis de un caso determinado se basan en “la prueba” para su sustento –si no hay prueba no hay hechos-, y la ley, para aplicarla en el mismo caso no siempre tiene un principio que la justifique, recuérdese el aforismo: “Veritas, non auctoritas facit legem”. [↑](#footnote-ref-4)
5. Miguel Carbonell menciona sobre el tema seguridad y vida: “…sin poner en duda nuestras firmes convicciones a favor de los derechos, debemos asumir que ningún Estado democrático podría dejar de dar respuesta a una serie de atentados terroristas que se llevaran a cabo en su territorio y que es probable que la población exigiera acciones contundentes para garantizar la seguridad, incluso si como parte de esas respuestas se tienen que sacrificar uno o varios derechos fundamentales: como ha recordado algún autor, la Constitución no es ´un pacto suicida´[…..] Al terrorismo se le debe combatir dentro de la legalidad; podemos discutir si el marco jurídico que tenemos es o no suficiente para enfrentar el desafío terrorista, pero no es razonable suponer que ante la estrategia del miedo debamos abandonar más de dos siglos de civilización constitucional….” En, “Neoconstitucionalismo y sociedad”, obra citada, págs.11-12. [↑](#footnote-ref-5)
6. En materia procesal podríamos decir también que A es la pretensión, B, la prueba y C la resolución o sentencia [↑](#footnote-ref-6)
7. Velasco Celleri, Emilio, “sistema de práctica procesal civil”, T.4, Pudeleco, Quito, 1996, p.196. [↑](#footnote-ref-7)
8. Es aquel sistema de valoración de la prueba en donde el juzgador en el momento de apreciar los elementos de prueba, queda sometido a una serie de reglas abstractas preestablecidas por el legislador.

   Según *Iglesias* en este sistema es el legislador el que, partiendo de supuestos determinados, fija de modo abstracto la manera de apreciar determinados elementos de decisión, separando ésta operación [lógica](http://www.monografias.com/trabajos15/logica-metodologia/logica-metodologia.shtml) de aquellas que el juez debía realizar libremente por su cuenta. En: <http://www.monografias.com/trabajos71/teoria-general-prueba/teoria-general-prueba2.shtml#ixzz2bEKdX2zT> [↑](#footnote-ref-8)
9. En: <http://www.monografias.com/trabajos71/teoria-general-prueba/teoria-general-prueba2.shtml#ixzz2bE8okQJz>. Acceso, julio 2013. [↑](#footnote-ref-9)
10. COFJ.- “Art. 129.- FACULTADES Y DEBERES GENERICOS DE LAS JUEZAS Y JUECES.- A más de los deberes de toda servidora o servidor judicial, las juezas jueces, según corresponda, tienen las siguientes facultades y deberes genéricos: 1. Aplicar la norma constitucional y la de los instrumentos internacionales de

    derechos humanos por sobre los preceptos legales contrarios a ella;

    Art. 130.- FACULTADES JURISDICCIONALES DE LAS JUEZAS Y JUECES.- Es facultad esencial de las juezas y jueces ejercer las atribuciones jurisdiccionales de acuerdo con la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes; por lo tanto deben: 1. Cuidar que se respeten los derechos y garantías de las partes procesales en los juicios;…” [↑](#footnote-ref-10)
11. .- Art.407 (Sustituido por la Disposición Reformatoria segunda, num. 23 de la Ley s/n, R.O. 544-S, 9-III-2009).- Si se trata de demandas cuya cuantía no pase de cinco mil dólares de los Estados Unidos de América, se presentará ante la jueza o el juez de lo civil respectivo, acompañada de la prueba de que disponga el actor o anuncie la que deba actuarse en la audiencia de conciliación y juzgamiento. [↑](#footnote-ref-11)