



UNIVERSIDAD DE CUENCA

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA CIENCIAS POLITICAS Y SOCIALES

CARRERA DE DERECHO

**“LA PRUEBA DE LAS OBLIGACIONES EN EL CODIGO CIVIL DEL
ECUADOR”**

**Monografía previa a la obtención del Título
de Abogado de los Tribunales de Justicia de
la República del Ecuador y Licenciado en
Ciencias Políticas y Sociales.**

Autor: José Luis Santos Balvoa.

Director: Dr. Enrique Tiberio Torres Regalado.

CUENCA – ECUADOR

2015



RESUMEN

El presente tema, referente a la prueba de las obligaciones, es considerado de gran importancia, por lo que se hace imprescindible su estudio; la prueba constituye la fase vital de un proceso, estableciendo la exactitud y verdad de los hechos, por ello en todo proceso, en el cual se ha dado la traba de la litis, referente al cumplimiento o no cumplimiento de las obligaciones, las pruebas cumplen un rol fundamental, generando convicción al Juez, para que pueda resolver el asunto litigioso puesto a su conocimiento, y cumpla con su rol en la solución de conflictos.

Dentro del presente trabajo, analizamos y describimos, los distintos medios de prueba, establecidos dentro de nuestro ordenamiento jurídico; realizamos un estudio de forma detallada, sobre las reglas que rigen la prueba, conceptos, clasificación, admisibilidad, requisitos, y valor probatorio.

El mismo tiene como finalidad, instruir en la correcta utilización, de los distintos medios prueba, establecidos en la ley, y en qué caso es procedente.

Palabras claves: Prueba de las Obligaciones, Medios de prueba, Pruebas Civiles, Prueba testimonial, Confesión de Parte.



ABSTRACT

This topic, referring to the proof of obligations, is considered of great importance, therefore their study is essential; the test is the vital stage of a process, establishing the accuracy and truth of the facts, so in any process in which has been given is the litigation concerning compliance or non-compliance with the obligations, the tests plays an important role in the conviction to the judge, therefore he can resolve the issue that has been put to his knowledge, and to fulfill his role in solving conflicts.

In the present work, we analyze and describe the types of evidence, established within our legal system; we conducted a detailed study about the rules governing proof, concepts, classification, eligibility, requirements, and probative value.

The same objective, is to train in the proper way to use the different types of proof, established by law, and in which case is appropriate to apply them.

Keywords: Testing obligations, Evidence, Civil Evidence, Testimony, Confession Part.



INDICE

RESUMEN	2
ABSTRACT	3
DEDICATORIA.....	8
AGRADECIMIENTO.....	9
INTRODUCCION	10
CAPÍTULO I	11
1 La Prueba de las Obligaciones	11
1.1 Concepto:	13
1.2 sentido y Alcance de las reglas sobre las pruebas establecidas por el Código Civil.....	16
CAPÍTULO II	24
2 Los Diversos Medios de Prueba	24
2.1 División de las pruebas en Plenas y Semiplenas	27
2.2 La Prueba Pre constituida.....	30
CAPÍTULO III	33
3 Las diversas clases de prueba que establece el Código Civil	33
3.1 La Prueba Instrumental.....	33
3.1.1 Clases de instrumentos	35
3.2 Instrumentos Públicos o Auténticos.....	35
3.2.1 Requisitos que debe reunir un Instrumento Público o Auténtico.....	38
3.2.2 Valor Probatorio de los Instrumentos Públicos	41
3.3 La Escritura Pública	46
3.3.1 Requisitos de la Escritura Pública	47
CAPÍTULO IV	49
4 Los Instrumentos Privados	49



4.1 Concepto	49
4.2 Fuerza Probatoria del Instrumento Privado	52
CAPÍTULO V	54
5 La Prueba Testimonial	54
5.1 Definiciones	55
5.2 Clases de Testigos	58
5.3 Casos en que la Prueba Testimonial no es Admitida y Excepciones	60
5.4 Inhabilidades para ser Testigo	65
CAPÍTULO VI	70
6 La Confesión de Parte	70
6.1 Definición	70
6.2 Clasificación de la Confesión	71
6.3 La Confesión Judicial	72
6.3.1 Requisitos de Validez	73
6.3.2 Valor Probatorio	75
6.3.3 Indivisibilidad de la Confesión Judicial	77
6.3.4 Irrevocabilidad de la Confesión	80
CONCLUSIONES	83
BIBLIOGRAFÍA	85

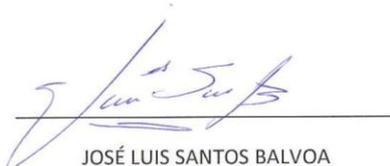
CLÁUSULA DE DERECHOS DE AUTOR



Universidad de Cuenca
Cláusula de derechos de autor

Yo, JOSÉ LUIS SANTOS BALVOA, autor de la monografía "LA PRUEBA DE LAS OBLIGACIONES EN EL CODIGO CIVIL DEL ECUADOR", reconozco y acepto el derecho de la Universidad de Cuenca, en base al Art. 5 literal c) de su Reglamento de Propiedad Intelectual, de publicar este trabajo por cualquier medio conocido o por conocer, al ser este requisito para la obtención de mi título de "Abogado de los Tribunales de Justicia de la República del Ecuador y Licenciado en Ciencias Políticas y Sociales". El uso que la Universidad de Cuenca hiciere de este trabajo, no implicará afección alguna de mis derechos morales o patrimoniales como autor.

Cuenca, Julio de 2015



JOSÉ LUIS SANTOS BALVOA

C.I: 0301991709

CLÁUSULA DE PROPIEDAD INTELECTUAL



Universidad de Cuenca
Cláusula de propiedad intelectual

Yo, JOSÉ LUIS SANTOS BALVOA, autor de la monografía “LA PRUEBA DE LAS OBLIGACIONES EN EL CODIGO CIVIL DEL ECUADOR”, certifico que todas las ideas, opiniones y contenidos expuestos en la presente investigación son de exclusiva responsabilidad de su autor.

Cuenca, Julio de 2015



JOSÉ LUIS SANTOS BALVOA

C.I: 0301991709



DEDICATORIA

Dedico la presente investigación a mis padres, de manera especial a mi amada madre Maribel, a pesar de la gran distancia que nos separa, gracias a su infinito amor, trabajo y sacrificios, siempre me apoyado durante todo este tiempo de estudios, para que pueda culminar mi carrera, a mi hermosa hija Allison quien es mi fuerza y motivación para poder seguir adelante, y a mi esposa Jessica, por creer en mí, y animarme a lograr mis metas.

José Luis



AGRADECIMIENTO

Quiero agradecer a Dios, por darme la saliduría necesaria, para poder culminar mi carrera, y realizar el presente trabajo.

A mis maestros de la escuela de Derecho de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Cuenca, quienes me han brindado sus conocimientos todos estos años, y me han formado como profesional al servicio de la sociedad.

A mis hermanos, Carlos, Jhony y Rosita, gracias por brindarme su cariño y apoyo.

A mi querida familia, por siempre apoyarme.

A mis estimados maestros, al Dr. Jorge Morales, y Dr. Tiberio Torres Regalado, por su gran ayuda y colaboración durante el desarrollo y culminación del presente trabajo.

José Luis



INTRODUCCIÓN

Dentro de las relaciones interpersonales que se generan a lo largo de nuestras vidas, existen aspectos de connotación jurídica, los cuales generan obligaciones y a la vez confieren derechos, los que deben ser probados, por ello el hombre no solo pretende probar la verdad de sus actos o afirmaciones de su propio interés, sino que además quiere conocer la verdad de hechos ajenos, ya que en justicia es lo mismo no tener un derecho, que tenerlo y no poder probarlo, es decir, tanto da no probar como no tener derecho, ahí es donde radica la gran importancia de la prueba, debido a que nos permite poder demostrar la existencia y verdad de un hecho.

Pese a la gran importancia que tiene la prueba dentro del Derecho, y los efectos que la misma forja en la solución de problemas, ha sido olvidada y resultando un poco rezagada con las nuevas conceptualizaciones, que se han dado en torno de los distintos medios de prueba. Sin embargo, últimamente nuestra legislación, en el afán de implementar mejores normas, en lo relacionado a la prueba, agrega nuevos términos, y señala otros medios de prueba, que tienen que ver con el avance de la ciencia y tecnología, pero que aún su estudio no es profundizado.

Dentro del presente trabajo, se dan a conocer temas importantes, realizando un estudio meticuloso del tema. Partimos su estudio, señalando conceptos que se han dado en torno a la misma, las reglas que rigen la prueba, los distintos medios de prueba establecidas en nuestro ordenamiento jurídico; pero, centrando el estudio únicamente a lo referente a instrumentos públicos, privados, testigos, y confesión de parte, señalados en el artículo 1715, del Código Civil, además lo que establece nuestro Código de Procedimiento Civil a los temas mencionados.

Esto lo hacemos, teniendo en cuenta que el Código Civil, regula la eficacia de la prueba; en el Código Procesal Civil, se determinan límites de la prueba y las normas de procedimiento.



CAPÍTULO I

*“Tanto vale no tener un derecho,
cuanto no poder probarlo”*

1 La Prueba de las Obligaciones

Para comenzar a desarrollar el presente capítulo, debemos señalar la importancia trascendental que tiene la prueba. La noción de prueba está presente en todas las manifestaciones de la vida, en el transcurso ordinario del día a día de una persona pretende probar sus actos o el de otros, o bien actúan sobre la base que ya han probado ciertos hechos, pues podemos decir que nadie escapa a la necesidad de probar, de convencerse de la realidad o de la verdad de algo. Es por ello que de nada serviría alegar un derecho si no se está en la posibilidad de probar su existencia, es decir, de demostrar cuales son los hechos que le han dado origen. A decir de un viejo adagio “tanto vale no tener un derecho, cuanto no poder probarlo”.

Sobre la importancia de esta materia, Arturo Alessandri Rodríguez, nos dice, que *“pocas son las materias que tienen una importancia mayor en el Derecho, que la relacionada con la prueba de las obligaciones, ya que con toda propiedad puede decirse que nada sirve tener un derecho, si no se tienen los medios para acreditar su existencia; con razón ha dicho un autor que lo que le da vida al derecho es la prueba. No se puede dejar de reconocer, que el derecho vive independientemente de la prueba, y que puede perfectamente concebirse un derecho sin que haya medios de probarlo; pero como el objetivo del derecho es hacerlo valer, si no se tienen medios de prueba, no habría manera de hacer valer el derecho cuando fuera impugnado”*¹.

De igual manera, el jurista Hernando Devis Echandia, señala, *“que sin la prueba los derechos subjetivos de una persona serian, frente a las demás personas o al Estado y entidades públicas emanadas de este, simples apariencias, sin solidez y sin eficacia alguna. Por lo tanto sin la prueba del derecho estaríamos*

¹ALESSANDRI, Arturo. (1983). *Teoría de las Obligaciones*. Pág. 492.



*expuestos a su irreparable violación por lo demás y el Estado no podría ejercer su función jurisdiccional de amparar la armonía social y secundariamente restablecer el derecho conculcado*².

Entonces podemos, recalcar la gran importancia que tiene la prueba dentro del derecho, y es por ello, que el Código Civil Ecuatoriano, destina en su libro IV, en el título XXI, todo lo referente a la “prueba de las obligaciones”.

De este modo, quien tenga un derecho, debe tener los medios adecuados, para poder probar su existencia.

Valiéndonos del derecho comparado, podemos señalar, que nuestro Código Civil, tiene similitud con el chileno, destinando de igual forma en el libro IV y título XXI, todo lo referente a la prueba de las obligaciones. Similitud que se debe a que nuestro sistema en definitiva adoptó el Código de Bello.

Sobre esto Arturo Alessandri, señala, *“la denominación que se ha dado a este título es impropia, porque a simple vista podría creerse, que el Título XXI, del Código Civil, solo regula la prueba de la obligaciones, es decir aquellos derechos que emanan de los contratos y de la otras fuentes de las obligaciones; sin embargo el alcance que les ha otorgado el legislador es mucho mayor, es decir que las reglas contenidas en el título XXI del libro IV, rigen la prueba de todos los derechos sean estos; reales o personales, patrimoniales o extra patrimoniales; y no solamente los derechos personales, como se pudiera creer, por la denominación de su título. Y si el C. Civil le dio esta denominación, fue por una razón de orden histórico, así como fueron razones del mismo orden las que indujeron al legislador a colocar esas reglas en el libro IV, porque dado su carácter, habría sido más propio colocarlas en el título preliminar; y decimos que fueron razones de orden histórico, porque en esta materia se siguió el criterio de Pothier y del Código francés*³.

²DEVIS, Hernando. (1993) *Teoría General de la Prueba Judicial*. Pág. 12 y 13.

³ALESSANDRI, Arturo. (1983). *Teoría de las Obligaciones*. Pág. 492 y 493.



Entonces fueron razones de orden histórico, las que motivaron, a los legisladores chilenos y a los nuestros, a introducir todo lo referente a la prueba de las obligaciones, en el libro IV, título XXI, de nuestro Código Civil.

Podemos señalar además, que la materia referente a la prueba, cae tanto dentro del campo del derecho Civil como del Derecho Procesal; y tal vez más procesal que civil, porque ordinariamente será en juicio donde las partes, tendrán que hacer valer sus derechos; sin embargo, la cuestión de la prueba tiene muchos puntos de contacto en el Derecho Civil, determinando cuales son los medios de prueba, la admisibilidad, su procedencia y su respectivo valor probatorio y el Derecho Procesal, se ocupa de regular como debe rendirse la prueba y en qué oportunidad, si bien se encuentra en el también disposiciones sobre la apreciación de su valor probatorio.

Resultando, por lo tanto, difícil señalar con estrictez el campo del derecho civil y separarlo del campo del derecho procesal en materia de prueba.

Sobre esto, Antonio Vodanovic, dentro de su libro curso de Derecho Civil, señala *"la materia relativa a la prueba cae principalmente dentro del Derecho Procesal, porque, por regla general, es ante los tribunales, con motivo de un litigio, cuando los interesados intentan probar sus respectivas pretensiones... pero, por otra parte, la materia esta igualmente ligada al Derecho civil y los principios que gobiernan la prueba forman parte integrante de nuestro Código"*⁴.

Entonces con el criterio enunciado, aclaramos, que el tema relativo a la prueba, cae dentro del Derecho Civil y el Derecho Procesal Civil.

1.1 Concepto:

La doctrina ha estudiado a la palabra prueba, en diversos sentidos:

⁴VODANOVIC, Antonio. (1939). *Curso de Derecho Civil*. Pág. 472.



- 1) *Como medio de prueba*, el concepto equivale a todos los medios establecidos por la ley, para demostrar la existencia de un hecho. Y en esta forma se habla de prueba testimonial y prueba instrumental.
- 2) *La prueba desde el punto de vista objetivo o material*, es todo hecho que sirve para demostrar otro, la prueba utilizada para hacerla valer ante los tribunales. Y así se dice que la prueba incumbe a tal litigante, al demandante o al demandado.
- 3) *Como resultado*, hace referencia a los efectos de la misma, es decir que la prueba subjetivamente busca el convencimiento. En este sentido se emplea la palabra cuando se expresa que el demandante probó su acción o que no logro probarla.

Una vez analizado las distintas acepciones que tiene la prueba, dentro del derecho, nos encontramos frente a la dificultad que implica, el dar un concepto de prueba; los distintos conceptos sobre ella, han sido dados de manera general dentro del presente trabajo haremos alusión del concepto prueba en su sentido general y restringido, de esta manera enunciaremos algunas de las definiciones que han sido dadas por los distintos maestros y estudiosos del derecho sobre la prueba:

Jorge Morales, dentro de sus clases magistrales y dentro de su libro “Teoría General de las Obligaciones” nos dice que prueba “*es la demostración, con ayuda de los medios autorizados por la ley, de la exactitud de un hecho que sirve de fundamento de un derecho pretendido*”⁵.

Guillermo Cabanellas de Torres, nos da una definición dentro de su diccionario jurídico elemental, quien señala a la prueba como “demostración de la verdad de una afirmación. De la existencia de una cosa o de la realidad de un hecho”⁶.

⁵MORALES, Jorge. (1995). *Teoría General de las Obligaciones*. Pág.328

⁶CABANELLAS, Guillermo. (2008). *Diccionario Jurídico Elemental*. Pág. 356.



Enrico Tullio Liebman, se llaman pruebas “*los medios que sirven para dar conocimiento de un hecho y por eso, para proporcionar la demostración y para formar la convicción de la verdad del hecho mismo*”⁷.

Enciclopedia Wikipedia, nos da un concepto de prueba “*en derecho es la actividad necesaria que implica demostrar la verdad de un hecho, su existencia o contenido según los medios establecidos por la ley*”⁸.

Luis Claro Solar, prueba en el sentido general la palabra “*es la demostración de la exactitud o de la verdad de una proposición*”⁹.

Arturo Alessandri Rodríguez, la palabra prueba tiene en el derecho muchas acepciones; en su más amplia acepción, indica “*los medios de que puede valerse un individuo para probar un hecho*”¹⁰.

Rubén Morán Sarmiento, manifiesta “*la prueba es el establecimiento por los medios legales de la verdad o exactitud de un hecho del cual depende la existencia, modificación o extinción de un derecho*”¹¹.

A criterio personal podría decir que entiendo por prueba, “*la demostración de la verdad o exactitud de un hecho, utilizando los distintos medios de prueba establecidos en la ley, a los cuales puede recurrir una persona.*”

De los distintos conceptos enunciados, se puede notar claramente que la prueba se refiere exclusivamente a los **hechos**, los cuales deben ser probados, y por su parte el Derecho no debe probarse, ya que este último no requiere de prueba, pues la ley una vez promulgada en el Registro Oficial se presume conocida por todas las personas que habitan en el territorio nacional, y que su ignorancia no excusa a persona alguna.

⁷ VARIOS AUTORES. (2008). *Valoración Judicial de las Pruebas*. Pág. 387.

⁸ www.wikipedia.com

⁹ CLARO, Luis. (1979). *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*. Pág. 656.

¹⁰ ALESSANDRI, Arturo. (1983). *Teoría de las Obligaciones*. Pág. 493.

¹¹ Morán Sarmiento. (2011). *Derecho Procesal Civil Practico*. Tomo I. Pág. 245.



Cabe indicar, que solo por excepción suele exigirse la prueba del derecho como es el caso en que se aplique un derecho extranjero. Es por ello que la parte que invoque, una ley extranjera, debe realizar actos destinados a acreditar la existencia de la misma y su sentido.

Finalmente, debemos tener presente que la prueba no puede emanar sino únicamente de los medios autorizados por la ley para ello, y que el legislador los ha denominado como “medios de prueba” y que constan dentro de nuestro ordenamiento jurídico y así mismo ha determinado en los casos y bajo qué condiciones pueden ser admitidos, para servir de base a la sentencia.

1.2 sentido y Alcance de las reglas sobre las pruebas establecidas por el Código Civil

Comenzaremos indicando que la fuente de la cual emana la carga de la prueba está en el Código Civil y las normas de su aplicación y efectos, en el Código Procesal Civil. El cumplimiento o incumplimiento de las partes respecto a la prueba de sus pretensiones, surte sus efectos en la sentencia donde el Juez resolverá en base a las pruebas aportadas por las partes dentro del proceso. Se debe adicionar que la carga de la prueba corresponde a quien exige una pretensión, o al que alega algo; sin embargo, aunque el demandado no haya alegado nada, puede aportar con la prueba que tenga a su favor.

Luis Miguel Rodríguez, sobre la carga de la prueba, señala *“que toda pretensión debe probarse, y ella se sustenta en la ley, se infiere que la ley dispone necesariamente la carga de la prueba, hay que aclarar que el ordenamiento procesal aún se inclina por la prueba del que alega su derecho y no por la necesidad de las cosas. La carga de la prueba se aplica cuando se pretende el Derecho y no cuando se tiene la cosa o se encuentra de hecho en ella”*¹².

¹² RODRÍGUEZ, Miguel. (1995). *La Prueba en el Proceso Civil*. Pág. 81.



La doctrina establece el principio del “**onus probandi**”, o peso o carga de la prueba, al respecto Antonio Vodanovic., dentro de su libro Curso de Derecho Civil, nos dice, *“la prueba, esto es, la demostración de un hecho del cual se deriva el derecho que se pretende, no constituye propiamente una obligación, porque falta el derecho correlativo; y el que no prueba no puede ser constreñido a ello por nadie. Pero con esta actitud se perjudica a sí mismo, ya que su pretensión no será acogida por el Juez. Por eso la prueba constituye una necesidad práctica, o, como más comúnmente se dice, una carga o un peso”*¹³.

Cabe indicar, que por principio general, corresponde probar al que ha sostenido una proposición contraria al estado normal u ordinario de las cosas, o al que pretende destruir una situación adquirida.

Entonces es de gran interés establecer, a quien le incumbe el peso de la prueba; es decir saber quién es el que debe probar, no es fácil determinarlo.

Al respecto, dos grandes estudiosos del Derecho Civil, como lo son, Jorge Morales, y el gran maestro Luis Claro Solar, dentro de sus libros Teoría General de la Obligaciones y Explicaciones de Derecho Civil Chileno, respectivamente, nos enseñan las siguientes reglas:

Primera regla.- ¿Quién debe probar?

Podemos indicar, que la respuesta a esta interrogante, la encontramos en el Código Civil Ecuatoriano en su artículo 1715, que le da la siguiente solución a esta pregunta: *“Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o esta”*¹⁴

El artículo citado, indica claramente, que la persona que exige el cumplimiento de una obligación, o alega la extinción de la misma, le corresponde asumir el peso de la prueba; cabe indicar además, que a juzgar por el tenor del artículo, pareciera que se refiere únicamente a las obligaciones establecidas en nuestro

¹³VODANOVIC, Antonio. (1939). *Curso de Derecho Civil*. Pág. 474.

¹⁴Código Civil Ecuatoriano Vigente actualizado junio del 2010.



código civil, sin embargo, esta regla es igualmente aplicable a otras materias, de tal forma que, si un individuo alegue un derecho a su favor, debe probar el mismo.

Jorge Morales, manifiesta *“La solución que da la ley es natural y lógica. El que alega la existencia de una obligación de dar, de hacer o de no hacer algo en su beneficio, debe probar la existencia de tal obligación”*¹⁵.

La máxima romana ***Affirmanti incumbit afirmatio***, establece, que las partes deben probar los hechos que afirman en su pretensión.

Esta máxima, al igual que la ley, es clara, al indicar, a quien le corresponde el peso o la carga de la prueba, señalado que las partes deben probar, los hechos, en los cuales basan su pretensión.

Arturo Alessandri Rodríguez, nos dice, *“que cuando un hecho es sometido a un debate judicial, es natural que el Juez ante el cual las partes hayan sometido el valor de sus afirmaciones contradictorias, presuma como existente el estado de cosas que la ley considera como normal, corriente y ordinario de las cosas, ha podido ser modificado o sustituido por otro; pero mientras no se le demuestre al tribunal que ese estado de las cosas ha sido reemplazado por otro, el Juez no tiene por qué suponer que este estado normal no existe, puesto que no tiene antecedente alguno para suponer lo contrario. De ahí porque desde el primer momento el Juez debe partir de la base de lo que existente es el estado que la ley presume como normal y ordinario. Pero puede suceder que ese estado normal y ordinario haya sido modificado o sustituido por alguna nueva situación nacida al amparo de la ley, por un derecho adquirido que, por lo mismo merece todo el amparo de la ley. El individuo que tiene una situación adquirida, nacida bajo la protección de la ley y cuya existencia le demuestra al tribunal, tiene derecho para que el tribunal presuma como existente esa situación adquirida, mientras no se le demuestre que ha sido modificada o alterada por otra; y es por*

¹⁵MORALES, Jorge. (1995). *Teoría General de las Obligaciones*. Pág. 328.

eso comprobada al tribunal esa situación adquirida, el Juez tiene que aceptarla, mientras no se le demuestre que dicha situación ha sido modificada por otra distinta”¹⁶.

Para entender de mejor manera, lo que Arturo Alessandri, señala, podemos dar un ejemplo, que nos ayude a aclarar el tema, en materia de propiedad, el hecho normal y ordinario es que el derecho pertenece al que lo ejecuta y por eso el poseedor es reputado dueño mientras otra persona no justifica ser propietaria; por lo mismo, es el reivindicador (el que se cree dueño), el que debe probar el dominio que pretende tener sobre la cosa cuya posesión demanda.

Para concluir, sobre la primera regla, podemos manifestar, que dentro de un proceso civil, la carga de la prueba se establece en el interés de las partes, para demostrar sus afirmaciones “quien alega un hecho debe probarlo”. Entonces quien, alega un hecho, está en la obligación de probar el mismo, caso contrario se perjudica, perdiendo el litigio.

Segunda regla.- Al demandante corresponde el peso de la prueba.

Para iniciar el estudio de la segunda regla, podemos comenzar señalando, que quien propone una acción en juicio, no le basta únicamente tener el derecho, sino que consecuentemente, se encuentra obligado a la carga de la prueba, y de esta forma demostrar los hechos, en los cuales basa su pretensión.

Esta regla nace del criterio latino heredado de la máxima romana, “**Actori incumbit onus probandi**”, “al demandante incumbe el peso de la prueba”.

Sobre la máxima, de la segunda regla, Luis Claro Solar, señala, “no quiere decirse en esta máxima que el fardo de la prueba sea impuesto en todos los casos, al que intenta la acción exclusivamente... la máxima “**actori incumbit onus probandi**”, solo significa que al actor le toca primero rendir prueba para establecer la exactitud de los hechos que sirvan de base a su demanda, puesto

¹⁶ALESSANDRI, Arturo. (1983). *Teoría de las Obligaciones*. Pág. 497.



*que su demanda tiende necesariamente a cambiar el estado normal de cosas, o una situación adquirida*¹⁷.

Conforme lo citado, se puede notar que esta máxima no es absoluta, señalando que el peso o la carga de la prueba, corresponde exclusivamente en todos los casos al demandante, el actor al formular su demanda será el que generalmente está obligado a probar el fundamento de su acción, y a su vez el demandado en caso de proponer excepciones, con las cuales pretenda destruir los fundamentos de la acción del actor, le corresponderá, en este caso, la carga de la prueba.

Luis Miguel Rodríguez, manifiesta, *“que corresponde al demandante probar la afirmación de los hechos expuestos en su demanda, porque legalmente debe probarlos o ya porque sus afirmaciones han sido controvertidas por el demandado. Sin embargo, el demandante debe probar solo los hechos que tienen relación con el precepto jurídico que invoca y no los que no le correspondan o no hayan sido negados por el demandado*¹⁸.

El jurista Colombiano Hernando Devis Echandia, sostiene *“que el deber de probar, debe formularse en base a la demanda por parte del actor o a la excepción propuesta por el demandado, la afirmación o la negación de un hecho, está obligado a suministrar la prueba de la existencia o la no existencia del hecho. De esta manera corresponde probar al demandante los hechos en que funda su acción y al demandado los hechos en que funda su excepción*¹⁹.

De los criterios enunciados por los juristas, se puede llegar a la conclusión que por regla general, el peso de la prueba recae en el demandante, quien debe probar los hechos en cuales funda su pretensión, es así pues que el actor al iniciar un proceso, debe contar con las pruebas necesarias para poder obtener un resultado favorable, sin embargo a la acción propuesta, el demandado puede proponer excepciones a los fundamentos de la demanda, en este caso, le

¹⁷CLARO, Luis. (1979). *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*. Pág. 661.

¹⁸RODRÍGUEZ, Miguel. (1995). *La Prueba en el Proceso Civil*. Pág. 87 y 88.

¹⁹DEVIS, Hernando. (1993). *Teoría General de la prueba Judicial*. Pág. 461.



corresponderá de igual manera, el deber de probar los fundamentos en los cuales basa su excepción, y de esta manera destruir las pretensiones del actor.

Tercera regla.- Por razón natural ninguna prueba tiene que rendir el que se limite a negar.

Esta regla, nace de igual manera de los principios heredados de las máximas romanas “*Negantis naturali ratione nulla est probatio*”.

Sobre la tercera regla, podemos indicar, que el demandado puede rechazar la acción propuesta en su contra de dos maneras distintas que a continuación detallaremos:

En el Primer caso, el demandado, puede limitarse a negar pura y simplemente los hechos en que se funda la demanda, en este caso le corresponderá al demandante obligatoriamente probar la existencia de la obligación cuyo cumplimiento exige; y en caso de no probarlo el demandado quedara absuelto.

Por esta razón, si el demandado alega la inexistencia de la obligación demandada, no será de su parte la carga de la prueba, porque no se prueba la inexistencia sino la existencia del hecho.

Luis Miguel Rodríguez, comparte este criterio, señalando “*además, al demandante también le corresponde probar los hechos que alega, aun cuando el demandado sólo los haya negado sin contradecirlos ni afirmar otros; como en el caso de que el demandado niegue simplemente la existencia de la obligación por la cual se le ha demandado, sin alegar su cumplimiento en parte o todo, ni oponer la compensación; o, en otro caso, si al demandado se le acusado de rebeldía, y hay silencio, también corresponde la carga de la prueba al demandante*”²⁰.

²⁰RODRÍGUEZ, Miguel. (1995). *La Prueba en el Proceso Civil*. Pág. 88.



Para concluir, amañera de ejemplo, podemos decir que en este caso el actor, pide el cumplimiento de un contrato, y el demandado simplemente se limita a negar la existencia del mismo, en este supuesto el actor, se verá en la necesidad de probar la existencia de la obligación. Si no logra probar los hechos que alega, su demanda será declarada infundada, y el demandado será absuelto, porque el peso de la prueba recayó exclusivamente en él.

En el segundo caso, el demandado, puede proponer una excepción, es decir establece un mecanismo de defensa en contra de la pretensión del demandante, de este modo no contradice directamente las pretensión del actor, ya que reconoce claramente que ha existido una obligación cuya ejecución se demanda; el demandado al proponer excepciones queda obligado a la carga de la prueba, debiendo probar los hechos en que se funda su excepción. Es así que el demandado habiendo reconocido que existió la obligación cuyo cumplimiento se le demanda, pero alegando el cumplimiento de la obligación, la carga de la prueba corresponde a este y ya no al demandante, porque el cumplimiento es un hecho que debe probarse.

Rubén Stiglitz, confirma este criterio, manifestando *“que no todas las pruebas que se hacen necesarias en el proceso para formar parte del convencimiento del juez sobre los hechos afirmados, vienen directamente a ser atribuciones del actor. Cuando el demandado no se limita a negar el derecho del actor, sino que afirma que el derecho ha desaparecido, le corresponde al él probar el hecho extintivo; lo propio ocurre para los hechos impeditivos”*²¹.

Es esta la razón, por la cual el demandado al proponer excepciones, la carga de la prueba recae sobre él, debiendo probar el cumplimiento o la extinción de la obligación.

Del mismo modo, Luis Miguel Rodríguez, al respecto, dice *“que al demandado corresponde probar el contenido de la negación o la contradicción de la*

²¹STIGLITZ, Rubén. (1990). *Contratos Teoría General*. Pág. 436 y 437.



*demanda, ya por el cumplimiento del hecho u obligación o por que estos se han extinguido o modificado. En primer lugar, sin entrar a la controversia de los hechos o del asunto, el demandado puede interponer excepciones que la ley permite, en el caso de interponer excepciones el demandado deberá aportar prueba*²².

Podemos concluir señalando, que el peso de la prueba recae en el demandado, al momento de que este formula excepciones a las pretensiones del actor, entonces le corresponde probar los hechos que alega, ya sea porque manifiesta el cumplimiento, extinción o la modificación de la obligación, pretendida por el actor.

²²RODRÍGUEZ, Miguel. (1995). *La Prueba en el Proceso Civil*. Pág. 88 y 89.



CAPÍTULO II

“Solamente la prueba vivifica el derecho y lo hace útil”

2Los Diversos Medios de Prueba

Para tratar este tema, debemos indicar, que los medios de prueba, son aquellos instrumentos que sirven, para establecer la existencia de uno o más hechos. En nuestro Código Civil, los medios de prueba se encuentran taxativamente determinados, a través de los cuales el juez o las partes, pueden adquirir o suministrar conocimientos de los hechos.

Luis Miguel Rodríguez, manifiesta *“los medios de prueba son también llamados medios probatorios; y a menudo, se les confunde con la prueba. Pero se denominan medios de prueba a los distintos objetos o instrumentos permitidos por la ley, los que al ser admitidos en el proceso, sirven para justificar determinada pretensión. Mediante los medios probatorios, la prueba cumple su objetivo; es decir, aquellos que constituyen el nexo que relaciona el hecho a probar (objeto de prueba) con el sujeto cognoscente (el juez). Conceptualmente, la prueba se percibe como una noción amplia, que incluye el interés del actor por convencer al Juez y a la parte contraria sobre la razón de su Pretensión a través de medios probatorios”*²³ (Rodríguez, 1995: 99-100).

Conforme a lo citado, debemos tener presente, que no se debe confundir los medios de prueba, con los sujetos de prueba, por ejemplo los peritos y los testigos no son medios de prueba; son sujetos del derecho probatorio. En cambio el testimonio y el dictamen pericial si son medios de prueba.

El jurista Colombiano Hernando Devis Echandia, dentro de su libro Teoría General de la Prueba Judicial, desde su primer punto de vista, nos dice *“que se entiende por medios de prueba, la actividad del juez o de las partes, que suministran al primero el conocimiento de los hechos, y por lo tanto, las fuentes*

²³RODRÍGUEZ, Miguel. (1995). *La Prueba en el Proceso Civil*. Pág. 99 y 100.

*de donde se extraen los motivos o argumentos para lograr su convicción, sobre los hechos del proceso, es decir, la confesión de la parte, la declaración del testigo, la narración contenida en el documento*²⁴.

Entonces a decir de este jurista, los medios de prueba, son aquellos instrumentos que suministran conocimientos al Juez, de ciertos hechos controvertidos, forjando convicción en el mismo, para resolver un litigio.

Hay que recalcar, que por el principio de legalidad, el legislador se limita a señalar, cuales son los medios de prueba, y cuando estos son aptos y permitidos, para la demostración de hechos requieren ser probados, el principio de legalidad sustantiva fija los medios de prueba.

Es así como el Código Civil Ecuatoriano, nos indica taxativamente cuales son los medios de prueba; en su artículo 1715, señala *“como medios de prueba a los siguientes:*

- 1) *Instrumentos públicos*
- 2) *Instrumentos privados*
- 3) *Testigos*
- 4) *Presunciones*
- 5) *Confesión de parte*
- 6) *Juramento deferido*
- 7) *Inspección personal del juez y*
- 8) *Dictamen de peritos o de intérpretes*²⁵.

El Código de Procedimiento Civil, establece como medios de prueba en su artículo 121 inciso primero *“Las pruebas consisten en confesión de parte, instrumentos públicos o privados, declaraciones de testigos, inspección judicial y dictamen de peritos o de intérpretes*²⁶.

²⁴DEVIS, Hernando. (1993). *Teoría General de la prueba Judicial*. Pág. 550 y 551.

²⁵Código Civil Ecuatoriano Vigente actualizado junio del 2010

²⁶Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano vigente actualizado a agosto de 2010



El artículo citado, establece como medios de pruebas las señaladas por el Código Civil con excepción de la presunción, además agrega otros medios de prueba en sus incisos segundo y tercero, que tienen que ver con el desarrollo de la tecnología investigativa, así las grabaciones magnetofónicas, las radiografías, las fotografías, las cintas cinematográficas, los documentos obtenidos por medios técnicos, electrónicos, informáticos, telemáticos o de nueva tecnología; exámenes morfológicos, sanguíneos; copias y reproducciones debidamente certificadas. Medios de prueba que serán apreciados con libre criterio judicial, según las circunstancias en que se hayan producido.

Conforme los artículos citados, los medios de prueba, se encuentran establecidos en la ley y se someten para su efectividad y eficacia, al ordenamiento legal; de manera que cualquier objeto no constituye medio de prueba, ni cualquier medio de prueba, aunque fuere legal, puede ser admitido en todos los asuntos en litigio.

Entonces los medios de prueba no tienen la misma eficacia y no son admitidos con la misma liberalidad por el legislador; a manera de ejemplo encontramos que el artículo 1725 del Código Civil establece que *“No se admitirá prueba de testigos respecto de una obligación que haya debido consignarse por escrito”*²⁷.

Es por ello que, a través del principio de pertinencia, busca que las pruebas sean concernientes o coherentes con los asuntos controvertidos y que requieren de prueba a fin de evitar pérdidas de tiempo y trabajo, con actuaciones que en esencia son improcedentes para los fines demostrativos propuestos. Este principio guarda estrecha relación con el principio de congruencia, por el que se busca relación lógica entre el hecho requerido de prueba y el medio de prueba a utilizar.

Si bien el legislador ha señalado los diversos medios de prueba, de los cuales pueden valerse las partes, dentro de un proceso, y de la misma manera ha

²⁷Código Civil Ecuatoriano Vigente actualizado junio del 2010



determinado su valor probatorio, hay que tener presente que quien, en definitiva, hará la apreciación de la prueba y quien determinará su valor y las conclusiones a que esa prueba conduce es el Juez.

La doctrina establece, que por el principio de Valoración, el Juez debe apreciar toda la prueba incorporada al proceso, con un criterio lógico valorativo y apegado a las reglas de la sana crítica o persuasión racional, que es el sistema reconocido y acogido por nuestra legislación. Dichas reglas no son otras que las de la lógica jurídica, el recto entendimiento, la justipreciación o apreciación ponderada de las pruebas, basada en los principios científicos del derecho, la equidad y la justicia.

Káisser Machuca, en sus clases de Derecho Procesal Civil, manifestaba, que *“El Juez, debe realizar la valoración de la prueba, a través de una operación mental crítica que el Juez despliega para conocer el mérito, valor o fuerza de convicción que contiene una prueba. En ocasiones una sola de aquellas puede provocar certeza y convicción al juez y servir de fundamento para el fallo. En el ideal de una correcta administración de justicia, la valoración de la prueba practicada por el Juez, juega un papel neurálgico o preponderante, pues en la búsqueda de la verdad y de su propio auto convencimiento, debe proceder a un conjunto de actividades u operaciones mentales con ayuda de la lógica, la psicología, la experiencia, etc., que le permitan justipreciarla y obtener una ponderación o relación armónica de las pruebas”²⁸.*

2.1 División de las pruebas en Plenas y Semiplenas

Podemos comenzar indicando, que no todas las pruebas tienen el mismo valor. Es por ello, que las pruebas, se dividen en cuanto a su eficacia; prueba plena, y en prueba semiplena.

²⁸Apuntes profesor Dr. Káisser Machuca, profesor de Derecho Procesal Civil, Decimo Ciclo, Universidad de Cuenca.



Prueba Plena

Esta prueba, es conocida como completa, perfecta y concluyente.

La prueba plena, es aquella, que acredita la existencia real y efectiva del hecho controvertido, influyendo certeza y verdad en el Juez, para que pueda emitir un dictamen.

Jorge Morales, dentro de su obra *Teoría General de las Obligaciones* nos dice, que *“es prueba plena, perfecta o completa, la que demuestra sin dejar duda alguna de la verdad del hecho controvertido, de esta manera son prueba plena: La confesión judicial de parte; así mismo nos dice que a confesión de parte relevo de prueba, la declaración de dos o más testigos contestes en el hecho y en sus circunstancias que den razón de sus dichos y no sean desvirtuados por otra prueba en contrario; los instrumentos públicos; el juramento decisorio; la inspección personal del juez; las presunciones lo suficientemente graves y precisas como para formar el convencimiento del juez”*²⁹.

Arturo Alessandri Rodríguez, nos dice que producen prueba plena, *“los que por sí solos, sin necesidad de otros, hacen prueba: instrumentos públicos, juramento deferido, confesión de parte y presunciones de derecho”*³⁰.

En clases de Derecho Procesal Civil Káisser Machuca, nos decía que prueba plena completa o perfecta, *“es aquella que lleva por si sola convicción y certeza al juez, sin que requiera de la concurrencia de otro medio que refuerce su capacidad demostrativa, en otras palabras, una sola de ella es suficiente para la demostración del hecho, tradicionalmente se las ha tenido como tales a; la confesión judicial; la inspección; los documentos públicos”*³¹.

Luis Miguel Rodríguez, son pruebas plenas, *“las que por su naturaleza y constitución son indiscutibles del hecho o de lo que se quiere probar. La*

²⁹MORALES, Jorge. (1995). *Teoría General de las Obligaciones*. Pág. 330.

³⁰ALESSANDRI, Arturo. (1983). *Teoría de las Obligaciones*. Pág. 500.

³¹ Apuntes profesor Dr. Káisser Machuca, profesor de Derecho Procesal Civil, Decimo Ciclo, Universidad de Cuenca.

*inspección judicial constituye prueba plena en cuanto a las circunstancias o hechos materiales que el Juez establezca en el acta como resultado de su propia observación*³².

De los criterios enunciados, por los distinguidos maestros y juristas, podemos concluir señalando, que prueba plena, es la que establece de manera perfecta la convicción firme o certera, de un hecho, es aquella que según la ley es suficiente por si sola para demostrar sin duda alguna la existencia de un hecho, razón suficiente para que el juez declare la existencia de un hecho controvertido.

Finalmente, la doctrina establece que el Juez deberá fallar atendiendo a las pruebas plenas que consten en el proceso.

Prueba Semiplena

Doctrinariamente, se la conoce como prueba incompleta, imperfecta o media prueba.

Este tipo de prueba, es conocida como aquella, que produce sobre un hecho una convicción dudosa, la que por sí sola no demuestra la verdad de un hecho, dejando duda acerca de su verdad, y siendo necesario para infundir certeza en el juez el acompañamiento de otras pruebas.

Según nuestro maestro Jorge Morales, nos dice que prueba semiplena, incompleta o imperfecta, *“es la que por sí solo no demuestra con claridad el hecho, dejando duda acerca de su verdad. Las pruebas semiplenas o incompletas más frecuentes son: La declaración de un solo testigo; la confesión extrajudicial; las presunciones (salvo lo expresado en la prueba plena); el informe de peritos*³³.

Káisser Machuca, en su conferencias nos decía, que prueba semiplena, incompleta o imperfecta, *“es aquella que no hace fe probatoria por sí misma y en*

³²RODRÍGUEZ, Miguel. (1995). *La Prueba en el Proceso Civil*. Pág. 126.

³³MORALES, Jorge. (1995). *Teoría General de las Obligaciones*. Pág.330.



*esa virtud no provoca en el juez intima certeza y convicción, pues deja espacio a la duda, por lo que es indispensable la presencia o concurrencia de otras pruebas con ese fin. En otras palabras, una sola de ellas no es suficiente para la demostración del hecho, a manera de ejemplo tenemos los documentos privados que no hacen prueba por sí mismos y requieren de la concurrencia de un peritaje, declaración de testigos que vieron otorgar, o reconocimiento del autor, etc., para lograr eficacia probatoria*³⁴.

Arturo Alessandri Rodríguez, producen semi-prueba, *“los que por sí solos no hacen plena prueba sino que necesitan la concurrencia de otros: testigos, presunciones legales, etc.”*³⁵.

Entonces, conforme a los criterios anteriores, podemos decir, que prueba semiplena o imperfecta, es aquella, que deja duda, de la verdad de un hecho, y por lo tanto no crea convicción en el Juez, para que pueda resolver el litigio, sin embargo hay que indicar, que las pruebas semiplenas, si pueden establecer convencimiento, cuando convergen todas a demostrar inequívocamente y sin duda la verdad de un hecho, pero como siempre el Juez debe valorar las pruebas presentadas y si han reunido o no las condiciones, para poder resolver un asunto, basándose en este tipo de pruebas.

2.2 La Prueba Preconstituida

Comenzaremos indicando, que este tipo de prueba, es aquella, que existe antes del proceso, pero forma parte importante dentro del desarrollo posterior del mismo, aquella prueba que las partes la han establecido previamente, y en caso de surgir alguna controversia entre las partes, la misma está a disposición del Juez en cualquier momento. Es por ello que la escritura pública de un contrato de compraventa de bienes raíces es una prueba pre constituida; sirve para

³⁴Apuntes profesor Dr. Káisser Machuca, profesor de Derecho Procesal Civil, Decimo Ciclo, Universidad de Cuenca.

³⁵ALESSANDRI, Arturo. (1983). *Teoría de las Obligaciones*. Pág. 500.



acreditar después la celebración y existencia del contrato, este tipo de prueba, es sobre todo la prueba documental.

Arturo Alessandri Rodríguez, define a la prueba preconstituida, *“como la establecida de antemano por las partes, la que las partes han establecido antes que se suscite discusión sobre los hechos a que se refiere. Esta prueba tiene una enorme importancia, no solo porque se produce con anterioridad al debate, sino porque ella se otorga o constituye en el momento en que se presta el consentimiento de las partes, de manera que es el mejor antecedente para conocer la situación de los contratantes; la escritura pública en el contrato de compraventa de bienes raíces es una prueba preconstituida”*³⁶.

Según Jorge Morales, se suele dar el nombre de prueba preconstituida, *“a la prueba confeccionada de antemano y se dice que ella tiene especial cabida en los actos jurídicos solemnes que deben someterse en su otorgamiento a las formas establecidas por la ley. El instrumento que da constancia de su constitución sirve de prueba. Por ejemplo: la escritura pública en el contrato de compraventa de bienes raíces es una prueba pre constituida”*³⁷.

De los criterios enunciados, podemos recalcar, que la característica principal de este tipo de prueba, que es establecida previamente, antes de la obligación.

Además, Luis Claro Solar, agrega que no hay que confundir *“la prueba con la solemnidad del acto jurídico. La prueba tiene por objeto, según lo que dejamos dicho, justificar la existencia del acto o contrato de que emana la obligación cuya ejecución se persigue; mientras que la solemnidad es un requisito indispensable a la existencia misma del acto o contrato; de modo que si falta, el acto o contrato no llega a perfeccionarse, ni producir efecto, porque no pasa de un simple proyecto de acto contrato que no ha llegado a existir”*³⁸.

³⁶ ALESSANDRI, Arturo. (1983). *Teoría de las Obligaciones*. Pág. 500.

³⁷ MORALES, Jorge. (1995). *Teoría General de las Obligaciones*. Pág. 330.

³⁸ CLARO, Luis. (1979). *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*. Pág. 668.



Universidad de Cuenca

Podemos señalar, que en la mayoría de ocasiones, la prueba pre constituida, suele ser confundida, con las solemnidades, sin embargo hay que tener presente, que la prueba justifica la existencia del acto o contrato cuya ejecución se persigue, mientras que la solemnidad es la que da vida al acto contrato que se intenta probar.

De la misma forma, se debe tener presente, que la prueba preconstituida no es una prueba anticipada, pues no se realiza ante los órganos de jurisdiccionales, antes de la apertura a prueba, pero ya iniciado el proceso, sino antes del proceso. La prueba anticipada se hace por razones de apremio de tiempo, por ejemplo, la declaración anticipada de un testigo, que se encuentra en un estado grave de salud o vaya a salir del país.

Se puede concluir señalando, que no hay que confundir, la prueba pre constituida, con las solemnidades, puesta estas, son necesarias para dar vida a un acto o contrato; y de igual manera no se debe confundir con la prueba anticipada, ya que esta se realiza una vez iniciado un proceso.



CAPÍTULO III

3 Las diversas clases de prueba que establece el Código Civil

Para desarrollar este tema y los siguientes, vamos a tratar por separado, algunas clases de prueba, que constan en la ley.

3.1 La Prueba Instrumental

Comenzaremos, enunciando algunas definiciones, de prueba instrumental.

CABANELLAS, señala que el término instrumento proviene “del latín *instruere*, que significa *instruir*”³⁹.

Entonces, del criterio enunciado por Cabanellas, se entiende que el término *instrumento*, tiene su etimología latina.

Luis Claro Solar, la prueba *literal, escrita o instrumental*, es “la que se rinde por medio de instrumentos o escritos de todo orden”⁴⁰.

Antonio Vodanovic, la prueba instrumental “es todo escrito, en el cual se consigna un hecho, cabe en esta definición, desde el decreto del Presidente de la Republica hasta el papel más insignificante en que se haya escrito algo”⁴¹.

De las definiciones citadas, podemos concluir, que el término instrumento y la definición misma, es muy restringida, porque solo hace énfasis, a todo escrito, realizado para probar o hacer fe de ciertos hechos, de actos que realiza una persona o convenios que celebra con otra, entonces el término y definición instrumento hace alusión únicamente a medios escritos, ya sea de forma manual o mecanográfica.

En la actualidad se va imponiendo con mayor fuerza y generalidad, en el campo doctrinario el concepto **Documento**.

³⁹CABANELLAS, Guillermo. (2008). *Diccionario Jurídico Elemental*. Pág. 233.

⁴⁰ CLARO, Luis. (1979). *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*. Pág. 670.

⁴¹VODANOVIC, Antonio. (1983). *Curso de Derecho Civil*. Pág. 483.



Dentro de los apuntes de Derecho Procesal Civil, impartidas por Kaiser Machuca, señala *“Documento proviene del latín **documentum** que significa, lo que enseña o instruye. Este vocablo no es sinónimo de instrumento, pues hay una diferencia de género a especie, ya que el instrumento es un documento público o privado de índole escrita o escriturada, mientras que el concepto de documento es todo objeto que contiene una determinada manifestación, todo cuanto consta ya por escrito o gráficamente en cualquier materia, toda cosa resultado de una actividad humana perceptible por los sentidos especialmente por la vista”*⁴².

Rubén Morán Sarmiento, señala *“ Documento es el objeto o materia en que consta por escrito una declaración de voluntad o de conocimiento o cualquier expresión de pensamiento”*⁴³.

Roberto Gómez Mera, manifiesta *“el termino documento en su acepción más amplia, sirve para denominar todo cuanto consta por escrito o gráficamente, y que en un momento dado pudiera representar o indicar la existencia de un acto humano. Así, no solo son documentos un testamento, un contrato firmado, un libro o una carta, sino también un plano, una fotografía, un diploma, una inscripción o un relato, entre otras cosas de igual naturaleza”*⁴⁴.

Entonces conforme a lo enunciado, podemos decir, que existe una diferencia de género a especie, entre documento e instrumento. Conforme a ello documento es todo medio escriturado o grafico, sea este manual, o a través de máquinas “de diversas tecnologías”, admitido por la ley, para justificar o confirmar un hecho. El documento trasmite el pensamiento del hombre, que puede nacer de la declaración unilateral del mismo o del convenio entre dos o más partes, de un acto público o privado, judicial o extrajudicial, etc.

⁴²Apuntes profesor Dr. Káisser Machuca, profesor de Derecho Procesal Civil, Decimo Ciclo, Universidad de Cuenca.

⁴³MORÁN, Rubén. (2011). *Derecho Procesal Civil Practico*. Tomo I. Pág. 287.

⁴⁴GOMEZ, Roberto. (1994). *La Prueba Documental en el Derecho Procesal Civil*. Pág. 12



3.1.1 Clases de instrumentos

La clasificación más importante de los instrumentos se funda en los sujetos que intervienen en su otorgamiento, distinguiéndose por esta circunstancia en instrumentos públicos y privados.

- A) Los instrumentos públicos son conocidos también como auténticos, y son todos los documentos que han sido otorgados por un notario o un funcionario público.
- B) Los instrumentos privados, son aquellos documentos que sido otorgados sin la intervención o un funcionario público, esta clase de documento, ha sido realizado entre particulares.

Cabe indicar, con la promulgación del Código Orgánico General de Procesos, con fecha viernes 22 de mayo de 2015, que entrara en vigencia luego de transcurridos doce meses, contados a partir de su publicación en el Registro Oficial.

En su artículo 193 inciso primero, encontramos la misma clasificación “ *Prueba documental, es todo documento público o privado que recoja, contenga o represente algún hecho o declare, constituya o incorpore un derecho*”⁴⁵.

Conforme al citado, una vez que entre en vigencia, el mencionado código, encontraremos la clasificación, ya señalada.

3.2 Instrumentos Públicos o Auténticos

Comenzaremos mencionando, que los instrumentos públicos, son aquellos instrumentos que gozan de autenticidad, porque han sido otorgados por un funcionario público competente, cumpliendo las exigencias formales prescritas por la ley.

⁴⁵Código Orgánico General de Procesos



Estas son algunas de las definiciones que han sido dadas acerca de Instrumento Público:

Cabanellas nos indica que instrumento público: *“Es el otorgado y o autorizado, con las solemnidades requeridas por la ley, por notario, escribano, secretario judicial u otro funcionario público competente, para acreditar algún hecho, la manifestación de una o varias voluntades y la fecha en que se producen”*⁴⁶.

Luis Claro Solar, dentro de su libro “Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, cita la definición, de *instrumento público conforme lo señala el artículo 1699, del Código Civil Chileno, “instrumento público o autentico, es el autorizado con las solemnidades legales por el competente funcionario”*⁴⁷.

Este es el concepto de Instrumento Público, que encontramos, nuestro Código Civil en su Art. 1716, define *“Instrumento público o auténtico es el autorizado con las solemnidades legales por el competente empleado”*⁴⁸.

No se puede dejar de mencionar que al ser nuestro Código Civil, una adaptación del Código Civil Chileno, sea similar la definición dada a instrumento público.

Luis Claro Solara, agrega, *“al designar la ley el instrumento público, también con la denominación de **auténtico**, no desnaturaliza esta última expresión, sino que le da el sentido de legalizado o que hace fe pública de que ha sido realizado por las personas que en el figuran otorgándolo”*⁴⁹.

En la doctrina se distinguen la naturaleza del documento público y del documento autentico. Los documentos auténticos son aquellos que por sí mismo hacen prueba en juicio, los que por su valor jurídico, contienen en sí el concepto pleno y legal de su validez, los que por las solemnidades, con las que se otorgan o por los funcionarios que intervienen, no admiten dudas.

⁴⁶CABANELLAS, Guillermo. (1996). Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Pág. 449.

⁴⁷ CLARO, Luis. (1979). *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*. Pág. 670.

⁴⁸Código Civil Ecuatoriano Vigente actualizado junio del 2010.

⁴⁹CLARO, Luis. (1979). *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*. Pág. 671.



Entonces se lo llama también “auténtico” porque, según la propia etimología de esta palabra, significa que tiene autoridad, y porque produce por lo mismo fe pública.

La característica del instrumento público, es la intervención de un funcionario público en su otorgamiento, que procede a autorizarlo con las solemnidades que la ley prescribe según sea la naturaleza del documento de que se trata.

Finalmente cabe indicar, con la promulgación del Código Orgánico General de Procesos, con fecha viernes 22 de mayo de 2015, que entrara en vigencia luego de transcurridos doce meses, contados a partir de su publicación en el Registro Oficial, derogara el artículo 1716 del Código Civil, previamente citado.

Una vez que entre en vigencia, este código, encontraremos, en el artículo 205, la siguiente definición, Documento público *“Es el autorizado con las solemnidades legales. Si es otorgado ante notario e incorporado en un protocolo o registro público, se llamará escritura pública .Se consideraran también instrumentos públicos los mensajes de datos otorgados, conferidos, autorizados o expedidos por y ante autoridad competente y firmados electrónicamente”*⁵⁰.

El artículo 164, vigente, del Código de Procedimiento Civil, define *“Instrumento público o auténtico es el autorizado con las solemnidades legales por el competente empleado. Si fuere otorgado ante notario e incorporado en un protocolo o registro público, se llamará escritura pública.*

*Se consideran también instrumentos públicos los mensajes de datos otorgados, conferidos, autorizados o expedidos por y ante autoridad competente y firmada electrónicamente”*⁵¹.

Al realizar una comparación, de estos artículos, notamos que existe omisión y modificación, de ciertas palabras, en el nuevo Código Orgánico General de

⁵⁰Código Orgánico General de Procesos, Suplemento del Registro Oficial número 506, Quito 22 de mayo de 2015.

⁵¹Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano vigente actualizado a agosto de 2010.



Procesos, este ahora, lo describe como “Documento público”, y lo define como “aquel autorizado con las solemnidades legales”, omitiendo las siguientes palabras, del actualmente vigente, “por el competente empleado”, creemos, que la razón de esta omisión es por el avance de la tecnología, y la utilización de medios electrónicos, el inciso segundo del artículo 164, del actual código, y el artículo 205 del nuevo código, señalan “Se consideran también instrumentos públicos los mensajes de datos otorgados, conferidos, autorizados o expedidos por y ante autoridad competente y firmada electrónicamente”, en la actualidad, se pueden obtener, algunos documentos públicos, que son descargados de las páginas web de ciertos ministerios y entidades estatales, estos contienen firma electrónica, del funcionario público correspondiente para el mismo, tal es el ejemplo, del Certificado de Antecedentes Penales, que puede ser descargado, de la página web del Ministerio del Interior, y este tiene plena validez de documento público, para todo acto que la persona lo requiera.

Con esta breve, comparación, podemos concluir este tema, manifestando una vez más, que cuando entre en vigencia el nuevo código, existirá una modificación en el término y definición, de instrumento público.

3.2.1 Requisitos que debe reunir un Instrumento Público o Autentico

De la definición, de instrumento público, que nos da el artículo 1716, de nuestro Código Civil, podemos señalar que se desprenden los siguientes requisitos:

- 1) Que sea autorizado por un funcionario público;
- 2) Que el funcionario público sea competente; y,
- 3) Que se otorgue con las formalidades legales.

Autores como Arturo Alessandri y Luis Claro Solar, estudian a profundidad, los tres requisitos que debe reunir el instrumento **público o autentico**.

Primer requisito

Que sea autorizado por un funcionario público.



Arturo Alessandri, manifiesta *“este requisito es lo que le da su fisonomía especial, porque, precisamente el carácter de auténtico y el valor probatorio que la ley atribuye, proviene de la intervención de un funcionario en quien el Estado ha delegado parte de su autoridad para este efecto. De ahí que sean instrumentos públicos únicamente los autorizados por un funcionario que desempeñe funciones de esta índole, es decir, por un funcionario que sea delegatario de la autoridad del Estado para otorgar esta clase de instrumentos. Por esta razón, un funcionario suspendido de su cargo o destituido de él, no puede otorgar un instrumento público. Y por la misma razón un funcionario público que procede a extender un instrumento en su carácter de particular, y no en su carácter de funcionario público, no autoriza tampoco un instrumento de esta naturaleza”*⁵².

Luis Claro Solar, por su parte, señala *“La fuerza probatoria de un instrumento público o auténtico proviene precisamente de la fe pública, de la absoluta confianza que se tiene en la persona investida de funciones públicas para el otorgamiento de tales instrumentos, de las personas que los otorgan lo han hecho realmente y que el contenido de un instrumento público es la exposición fiel de lo que ellas han expresado a dicho funcionario”*⁵³.

Sobre el primer requisito, conforme lo señalado por los autores citados, podemos indicar, que para el otorgamiento de instrumento público, se lo debe hacer ante un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, y de ahí, es de donde radica la fuerza probatoria del mismo.

Segundo requisito

Que el funcionario público sea competente.

Arturo Alessandri, manifiesta *“no basta que el instrumento sea autorizado por un funcionario público; debe serlo además por un funcionario competente, y el*

⁵² ALESSANDRI, Arturo. (1983). *Teoría de las Obligaciones*. Pág. 505.

⁵³ CLARO, Luis. (1979). *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*. Pág. 671.



funcionario debe ser competente en cuanto a la materia y en cuanto al territorio, es decir, su competencia debe ser respecto a la materia y respecto al territorio jurisdiccional en el cual ejerza sus funciones de tal, y que hayan señalado las leyes... si el funcionario público procede a autorizar el instrumento extralimitando sus atribuciones u otorgándolo fuera del territorio en donde ejerce sus atribuciones, este instrumento sería otorgado por un funcionario público incompetente, y por lo tanto dejaría de ser un instrumento público auténtico”⁵⁴.

Entonces, el funcionario que autoriza debe ser competente en cuanto a la naturaleza del acto, o a la materia objeto del instrumento, y en cuanto al territorio o lugar en donde se requiere su autorización.

A manera de ejemplo podemos decir, que el Jefe del Registro Civil no podrá autorizar una escritura de compraventa, ni tendrá competencia para ejecutar actos fuera de su respectiva circunscripción en el cual ejerce su cargo.

Tercer requisito

Que el instrumento sea otorgado con las solemnidades legales.

Finalmente, sobre el tercer requisito, Arturo Alessandri, señala “*el último requisito para que el instrumento público o auténtico tenga el carácter de tal, es que sea otorgado con las solemnidades legales, es decir, con las formalidades que la ley prescribe según su naturaleza*”⁵⁵.

Entonces, las solemnidades señaladas por la ley, varían según la naturaleza del instrumento público, por ejemplo, la escritura pública debe ser autorizada por el notario, e inscrita en el Registro de la Propiedad.

⁵⁴ALESSANDRI, Arturo. (1983). *Teoría de las Obligaciones*. Pág. 505.

⁵⁵ALESSANDRI, Arturo. (1983). *Teoría de las Obligaciones*. Pág. 506.

3.2.2 Valor Probatorio de los Instrumentos Públicos

Podemos comenzar, señalando que el instrumento público, que reúne los tres requisitos, previamente señalados, tienen un gran valor probatorio, al estar rodeado de una serie de solemnidades, y al ser autorizado por un funcionario público, para su otorgamiento, el instrumento público, hace plena fe por sí solo.

Arturo Alessandri, al referirse del valor probatorio de los instrumentos públicos, nos dice; *“el instrumento público ha sido autorizado con la intervención de un funcionario del Estado; ha sido en cierto modo, otorgado bajo los auspicios del Estado por intermedio del funcionario que para este efecto ha sido designado; luego, lleva en si un sello de autenticidad indestructible y por eso, la persona que exhibe un instrumento público, por ese solo hecho exhibe un instrumento que tiene mérito probatorio suficiente; y esta es la razón por la cual la parte que impugna el instrumento, debe probar su falsedad o autenticidad, y no la parte que lo exhibe; y si esta prueba no la produce la parte que lo impugna, el instrumento público queda como autentico, porque la presunción de la ley prevalece mientras ella no sea destruida”*⁵⁶.

Conforme lo citado, llegamos a la conclusión, de que un instrumento público, lleva consigo la presunción de autenticidad, que emana de un funcionario público, cumpliendo las solemnidades legales, requeridas para el caso, y por lo tanto constituye plena prueba, y la parte que piensa beneficiarse del mismo, no debe probar tal autenticidad, contrario sucede con la parte que alega el mismo, el cual debe probar, que dicho instrumento es falso.

Para estudiar el valor probatorio del instrumento público hay que distinguir:

- 1- El valor probatorio respecto de los otorgantes, y
- 2- El valor probatorio respecto de terceros.

Hay una diferencia fundamental según se trate de unos y otros.

⁵⁶ALESSANDRI, Arturo. (1983). *Teoría de las Obligaciones*. Pág. 506.



1) Valor probatorio respecto de los otorgantes

Con respecto a las personas que han suscrito el instrumento público, este hace plena prueba, presenta dos aspectos:

- I. Tocante a la autenticidad, el instrumento público hace plena prueba en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha.
- II. En cuanto a la veracidad de las declaraciones contenidas en el instrumento hace plena fe solo contra los declarantes.

El artículo 1717 del Código Civil, en su inciso primero, establece *“El instrumento público hace plena 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. En esta parte no hace plena fe sino contra los declarantes. Y en el inciso segundo agrega “Las obligaciones y descargos contenidos en él hacen plena prueba respecto de los otorgantes y de las personas a quienes se transfieran dichas obligaciones y descargos por título universal o singular”⁵⁷.*

Según el artículo citado, el instrumento público prueba plenamente, por sí solo, sin la necesidad de aportar otra prueba, y hace prueba plena, respecto, al hecho de haberse otorgado, la fecha que consta en el instrumento, y se reputan verdaderas las declaraciones que el instrumento contiene.

De igual manera deben tenerse como verdaderas y exactas, las afirmaciones que el instrumento público contenga y las obligaciones y descargos que en él se hayan hecho.

Y así, íntimamente relacionado con este tema, está el artículo 1723, que señala *“El instrumento público o privado hace fe entre las partes aún en lo meramente enunciativo, con tal que tenga relación directa con lo dispositivo del acto o contrato”⁵⁸.*

⁵⁷Código Civil Ecuatoriano Vigente actualizado junio del 2010.

⁵⁸Código Civil Ecuatoriano Vigente actualizado junio del 2010.



Referente al artículo citado, se desprende que en un instrumento público o privado, existen declaraciones que son de dos clases, las cuales, hay que distinguir:

- I. Declaraciones dispositivas, y
- II. Declaraciones enunciativas

Declaraciones dispositivas, son las que tienen por objeto referirse al acto mismo, que consta en el instrumento, es aquello que constituye el objeto del acuerdo de las voluntades de las partes, es el acto jurídico que las partes pactaron, y del que quieren dejar constancia en el instrumento.

Estas declaraciones son esenciales en el instrumento, las mismas que no pueden faltar, ya que en caso de omisión, las partes no obtendrán una prueba plena.

Declaraciones enunciativas, son aquellos hechos o actos anteriores a la relación del acto mismo, o que el acto mismo se refiere, pero que no miran al fondo de la relación jurídica contenida en el instrumento.

Esta distinción entre declaraciones dispositivas y enunciativas sirven para determinar que no tienen el mismo valor probatorio, por lo que respecta a lo dispositivo y por lo que respecta a lo enunciativo. Y para concluir que las declaraciones dispositivas hacen plena fe entre las partes.

Con respecto a las declaraciones enunciativas, para determinar el valor probatorio que el instrumento público tiene, hay que distinguir:

1. Si la relación enunciativa tiene relación directa con lo dispositivo del acto, hace plena fe respecto de los declarantes, por ejemplo si en un contrato de compraventa se declara que el precio fue pagado anteriormente, y
 2. Segundo si la declaración enunciativa no tiene relación directa con lo dispositivo, si no hay esa estrecha conexión del caso anterior, lo
-



meramente enunciativo no hace plena fe, porque la ley presume que las partes no han guardado ningún celo con esas declaraciones, ni las han discutido, por ejemplo en un contrato de compraventa, dice el vendedor que la propiedad la piensa arrendar en un tiempo más, esa declaración no tiene ninguna conexión con lo dispositivo.

Determinar en el hecho y en la práctica que es lo meramente enunciativo y que es lo dispositivo, cuando lo enunciativo está o no relacionado con lo dispositivo es una cuestión que dependerá de las circunstancias del caso concreto y que tiene que resolver el juez en el debate que se ponga a su consideración.

2) Valor probatorio respecto de terceros

De igual manera es importante determinar el valor probatorio de los instrumentos públicos respecto a terceros, ajenos al otorgamiento del mismo.

Para estudiar el valor probatorio respecto de terceros, es necesario distinguir dos aspectos:

- 1) Tocante a la autenticidad, y
- 2) Tocante a la veracidad.

1- Tocante a la autenticidad

Respecto a la autenticidad, el Instrumento Público hace plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y a su fecha.

2- Tocante a la veracidad

En cuanto a la veracidad, al analizar el art 1717 del Código Civil, a simple vista nos da la impresión, que el instrumento público, solo hace plena fe, en cuanto a su otorgamiento y a su fecha, y no en cuanto a la verdad de las declaraciones que en el hayan hecho los otorgantes, sin embargo, hay que reconocer que el instrumento público, respecto de terceros, hace fe, no solo en cuanto a su fecha, no solo al hecho de haberse otorgado, sino también en cuanto a la verdad de las



declaraciones que los otorgantes han hecho, en el instrumento, el mismo que acredita la celebración del acto o contrato a que se refiere.

Sobre, el valor probatorio del instrumento público, respecto de terceros, Arturo Alessandri, manifiesta *"el instrumento hace plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y a su fecha, y no en cuanto a la verdad de las declaraciones que en el hayan hecho los otorgantes, hay, sin embargo, que reconocer que el instrumento público, respecto de terceros, hace fe no solo en cuanto a su fecha, no solo en cuanto al hecho de haberse otorgado, sino también en cuanto a la verdad de las declaraciones que los contratantes u otorgantes han hecho, en el instrumento es decir en cuanto al instrumento acredita efectivamente se celebró el acto o contrato a que se refiere. Esta uniformemente aceptado por la doctrina y por la jurisprudencia moderna, que el instrumento público tiene respecto de terceros el mismo valor probatorio que respecto de los otorgantes; de lo contrario tendríamos que admitir el absurdo de que un instrumento público, revestido de autenticidad, porque lleva el sello del Estado, sería auténticos para unos y no lo sería para otros; y llegaríamos todavía al absurdo más manifiesto de que no tendría como probarse ante los terceros la celebración del acto o de los hechos que el instrumento se refiere. Vamos a un ejemplo, ¿Cómo se acreditaría el matrimonio, como se acreditaría la defunción de un individuo, si los instrumentos públicos no tuvieran valor probatorio respecto de terceros? Basta con este ejemplo para convencerse que el artículo 1700 no puede decir lo que a primera vista parece decir; y aun cuando eso quisiera decir, lo que no quiso decir, habría que interpretar la ley en sentido contrario"*⁵⁹.

Por su parte, Antonio Vodanovic, dentro su libro "Curso de Derecho Civil", basado en las explicaciones de los profesores de la Universidad de Chile, Arturo Alessandri y Manuel Somarriva, manifiesta *"el instrumento público hace plena prueba en lo que se refiere a los hechos que caen bajo el dominio de los sentidos del funcionario público y de los cuales puede dar fe, porque sería absurdo que en algunos de esos puntos tuviera mayor valor probatorio respecto*

⁵⁹ALESSANDRI, Arturo. (1983). *Teoría de las Obligaciones*. Pág. 509.



*de las partes que respecto de terceros, desde el momento que uno y otro caso el fundamento del valor probatorio radica en un mismo hecho: la presencia del funcionario público*⁶⁰.

Entonces, conforme a lo citado, no hay la menor duda, que el instrumento público, tiene respecto de terceros, el mismo valor probatorio que respecto de los otorgantes, caso contrario caeríamos en el absurdo, que el mismo, es válido para unos y no lo es para otros, y ese valor probatorio radica en la presencia del funcionario público que da fe del acto o contrato celebrado.

3.3 La Escritura Pública

Un estudio por separado, merece la escritura pública, por su gran importancia dentro de los instrumentos públicos.

Estas son las definiciones, sobre Escritura Pública, que encontramos dentro de nuestro ordenamiento jurídico:

El artículo 1716, del Código Civil, en su inciso segundo define, *“Otorgado ante notario, e incorporado en un protocolo o registro público, se llama escritura pública”*⁶¹.

El artículo 26 de la Ley Notarial, dice *“Escritura pública es el documento matriz que contiene los actos y contratos o negocios jurídicos que las personas otorgan ante notario y que éste autoriza e incorpora a su protocolo”*⁶².

Y finalmente dentro en el artículo 164 inciso primero, del Código de Procedimiento Civil, encontramos *“Instrumento público o auténtico es el autorizado con las solemnidades legales por el competente empleado. Si fuere*

⁶⁰VODANOVIC, Antonio. (1939). Curso de Derecho Civil. Pág. 481.

⁶¹Código Civil Ecuatoriano Vigente actualizado junio del 2010.

⁶²Ley Notarial, Suplemento del Registro Oficial número 158, Quito 20 de mayo de 2014.



*otorgado ante notario e incorporado en un protocolo o registro público, se llamará escritura pública*⁶³.

Los artículos 1716 del Código Civil, 26 de la Ley Notarial, y 164 del Código de Procedimiento Civil, nos dan la definición de escritura pública y coinciden en decir que: “Es el documento, otorgado ante un notario, cumpliendo las solemnidades que la ley prescribe para el mismo, y finalmente este ha sido incorporado en un protocolo o registro público.

A manera de conclusión de las definiciones que encontramos, dentro de los distintos cuerpos legales, podemos decir, primero la escritura pública es una especie del género instrumento público, y segundo la escritura pública, se forma o nace a la vida jurídica exclusivamente cuando se incorpora al protocolo el documento matriz, es un mandato solemne y formal que la Ley ha reservado en consideración al acto.

3.3.1 Requisitos de la Escritura Pública

La escritura pública, al ser un instrumento público, debe reunir todos los requisitos que para el instrumento público exige la ley, y además los que son peculiares a su naturaleza especial.

De las definiciones encontradas, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, podemos señalar, que los requisitos, para que un documento constituya escritura pública, son:

- 1- Que sea autorizada por un notario competente.
- 2- Que se inserte en un protocolo o registro público.
- 3- Que se otorgue con las solemnidades legales.

Entonces, la escritura pública, debe reunir tres requisitos, que se desprenden de su concepto mismo.

⁶³Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano vigente actualizado a agosto de 2010.



Universidad de Cuenca

La escritura pública, al tener una gran importancia, tiene requisitos específicos, que son esenciales a su naturaleza, lo que realza en la escritura pública, es su protocolización.



CAPÍTULO IV

4 Los Instrumentos Privados

Comenzaremos, este capítulo, manifestando que los instrumentos privados, son aquellos realizados por particulares en su condición de tales, sin la intervención de un funcionario público.

Al instrumento privado, lo podemos señalar como no formal, pues las partes tienen libertad en su elaboración, mismo que puede ser realizado a mano, a máquina, impresos, etc., incluso existe libertad en cuanto al idioma, porque puede ser escrito en un idioma extranjero, solo se requiere la firma de los otorgantes, a modo de consentimiento sobre el contenido del instrumento, sin ser necesario la intervención de un funcionario público, aunque sobre este último punto, algunos juristas consideran que no es necesario la firma.

Existe una gran variedad de instrumentos privados, tales como, las cartas, los contratos privados, los recibos, los cheques, los memorándum de los bancos, etc., todo acto escrito por una persona sin la intervención de un funcionario público, o si este ha intervenido no lo ha hecho en el ejercicio de sus funciones.

4.1 Concepto

Para un mejor entendimiento del tema, citemos algunas definiciones hechas, por tratadistas y maestros entendidos en el tema:

Esta es la definición que nos da Antonio Vodanovic, *“Instrumentos privados son los que otorgan los particulares, con intervención de testigos o sin ellos, y sin autorización de un funcionario público en su calidad de tal”*⁶⁴.

Jorge Morales, nos da la siguiente definición, en su acepción más amplia Instrumento Privado, *“Es todo escrito no protegido por la fe pública y que ha sido otorgado por los particulares; tales como contratos privados, pagares, letras de*

⁶⁴VODANOVIC, Antonio. (1939). *Curso de Derecho Civil*. Pág. 483.



*cambio, cheques, recibos y demás finiquitos, cartas, telegramas y en general todo escrito en que no interviene un funcionario público*⁶⁵(Morales, 1995:335).

Alberto G. Spota señala que, *“Es el escrito hecho por personas particulares sin intervención de escribano ni de otra persona legalmente autorizada, o por personas públicas en actos que no son de su oficio, para perpetuar la memoria de un hecho o hacer, alguna disposición o convenio*⁶⁶.

Rubén Elías Moran S., instrumento privado, *“Es el instrumento escrito por particulares, sin la intervención de ninguna autoridad o funcionario público, sin solemnidad alguna. Un instrumento privado, puede ser el resultado de la participación de dos o más voluntades, que generan obligaciones recíprocas. Estamos por ejemplo en presencia de un contrato o convenio en general; también puede ser el origen de una sola voluntad, y por la cual una persona reconoce y acepta obligaciones contraídas, en favor de otra*⁶⁷.

De las distintas definiciones citadas, podemos recalcar, en que todas concuerdan al definir, Instrumento privado, como “Aquel documento realizado por particulares sin la concurrencia de funcionario público, sin solemnidad alguna”

Por regla general los instrumentos privados no están sujetos a formalidades en cuanto a la realización del mismo, pero por excepción existen ciertos instrumentos privados, que deben cumplir con ciertos requisitos exigidos por la ley, para la validez del mismo, un claro ejemplo de ello es la **letra de cambio**, que debe cumplir con los requisitos señalados por el artículo 410 del Código de Comercio.

Los sujetos que intervienen en la formación de este tipo de documento, pueden ser cualquier persona natural o jurídica, que sea capaz y cumpla con los requisitos para contraer derechos y obligaciones, así como también aquellos

⁶⁵MORALES, Jorge. (1995). *Teoría General de las Obligaciones*. Pág.335.

⁶⁶SPOTA, Alberto. (1947). *Tratado de Derecho Civil*. Pág. 56.

⁶⁷MORÁN, Rubén. (2011). *Derecho Procesal Civil Practico*. Tomo I. Pág. 299.



empleados investidos de ciertas potestades, pero en actos en los cuales no estén haciendo uso o estén actuando fuera de sus funciones, si no tan sólo como particulares.

Un ejemplo ayudara a aclarar esta idea, puede ser el Juez de lo Civil, que ha adquirido un vehículo que era propiedad de un señor X, en este caso al momento de suscribirse el contrato de compra venta de vehículo por instrumento privado, éste a pesar de tener su calidad de tal, no da a este escrito ningún otro valor que no sea el de su voluntad de realizar dicho negocio y de aceptar las cláusulas en él contenidas.

Dentro de nuestro ordenamiento legal, encontramos la definición de instrumento privado, en el artículo 191, del Código de Procedimiento Civil *“Instrumento Privado es el escrito hecho por personas particulares, sin la intervención de notario, ni de otra persona legalmente autorizada o por personas públicas en actos que no son de su oficio”*⁶⁸.

Sobre el artículo citado, cabe criticar su definición, porque su concepto no engloba o incorpora a otros tipos de documentos privados que no son de índole escrita, pues hay otros de índole grafica o representativa, por ejemplo, planos, radiografías, fotografías; y su segunda parte pues el **funcionario** público, fuera de su función, es un particular.

Concluiremos manifestando, que la definición dada por la ley, solo es clara, al señalar, que instrumento privado, es todo escrito hecho por particulares, sin la intervención de un funcionario público, o si ha concurrido no lo ha hecho en el ejercicio de sus funciones.

Una vez que entre en vigencia, el Código Orgánico General de Procesos, en su artículo 216, señalará, Documento privado *“es el que ha sido realizado por*

⁶⁸Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano vigente actualizado a agosto de 2010.

*personas particulares, sin la intervención de funcionario público alguno, o con estos en asuntos que no son de su empleo*⁶⁹.

Este artículo, lo señala como documento privado, conforme lo manifestamos en el capítulo anterior, el concepto de documento, abarca, todo tipo de manifestación del pensamiento del hombre, este puede ser escriturado, gráfico, o de cualquier otra índole representativa. Entonces la definición suministrada por la ley, ahora es mucho más amplia, y corrige los errores, de la definición dada por el actual código.

4.2 Fuerza Probatoria del Instrumento Privado

Hay que determinar, el valor probatorio que tiene el instrumento privado considerado en sí mismo y de la fuerza probatoria que corresponde a su contenido.

Sobre el valor probatorio del instrumento público, dentro de las clases de Derecho Procesal Civil, impartidas por Káiser Machuca, manifiesta *“El instrumento público hace fe probatoria plena, esto es, prueba por sí mismo, por cuanto lleva implícita la presunción de autenticidad, y en esa virtud, presentada a juicio corresponde a quien lo impugne el demostrar la falta de autenticidad. En contraposición, el instrumento privado, al ser el resultado de la actuación de particulares, no goza de tal presunción (excepto letras de cambio, pagares, cheque, etc.), por lo que puede o no ser admitido por la parte contra la que se dirige o se pretende hacer valer. Mas al ser impugnada su autenticidad, esta debe ser probada por parte de quien la aduce a juicio o pretende beneficiarse de su valor*⁷⁰.

Antonio Vodanovic, dentro de su libro basado en las explicaciones de Arturo Alessandri y Manuel Somarriva, apunta, *“que el instrumento privado no prueba*

⁶⁹Código Orgánico General de Procesos, Suplemento del Registro Oficial número 506, Quito 22 de mayo de 2015.

⁷⁰Apuntes profesor Dr. Káisser Machuca, profesor de Derecho Procesal Civil, Decimo Ciclo, Universidad de Cuenca.



*su origen, como el público, porque falta toda garantía que asegure que el aparece como signatario lo haya suscrito realmente; la ausencia de funcionario público en su otorgamiento impide que la ley le atribuya un valor análogo al del instrumento público*⁷¹.

Entonces, el instrumento privado, al haber sido elaborado, sin la intervención de ningún funcionario público, en ejercicio de sus funciones, sino solo por particulares, no lleva consigo la presunción de autenticidad, generando dudas sobre su origen, y por eso quien pretenda hacerlo valer, debe probar su autenticidad.

Es por esta razón, que el instrumento privado, no hace prueba por sí solo, ni acredita por sí mismo su autenticidad y contenido.

De esta manera, el instrumento privado, debe ser probado por quien pretenda beneficiarse del mismo, al que lo impugna le basta rechazarlo o desconocerlo, sin que tenga que probar nada. Es conveniente no olvidar esto, porque tiene mucha importancia en la práctica.

De igual forma en la práctica, el valor probatorio del instrumento privado, solo hace fe entre las partes intervinientes en la celebración del mismo "autor y beneficiario", y hace fe tanto en su parte enunciativa como dispositiva; es decir, en su totalidad de contexto, cabe indicar además, que el instrumento privado no hace fe contra terceros. En el caso del documento reconocido, igualmente hace fe en contra de los que aparecen suscribiendo el documento, sucesores o cesionarios, y no contra terceros.

⁷¹VODANOVIC, Antonio. (1939). Curso de Derecho Civil. Pág. 483.



CAPÍTULO V

“Los testigos son los ojos y oídos de la justicia”

5 La Prueba Testimonial

Antecedentes.-Podemos comenzar manifestando, que la prueba testimonial, es uno de los medios de prueba más antiguos junto con la confesión judicial, pues se deriva del uso del lenguaje como medio de comunicación y relato entre seres humanos. Aparece en la historia del Derecho, y por la costumbre de la época, a modo de complemento de la confesión judicial, cuando se dudaba de la declaración de parte, a quien se le imputaba un hecho.

Su utilización data, en el antiguo derecho, como el egipcio, romano, judío, etc., luego en la edad media e incluso hasta los albores de la modernidad, se considera a la prueba testimonial como la prueba principal y suficiente para administrar justicia, preferida por el mismo Justiniano por considerarla basada en presunciones de moralidad y conocimiento del testigo. De allí que mantenga vigencia entre sus defensores, aquel aforismo de que “los testigos son los ojos y oídos de la justicia”.

El código de Manu, la Biblia, las Constituciones griegas, contienen normas sobre la prueba de testigos, limitando por ejemplo el testimonio de niños, mujeres y esclavos.

Conforme a estos antecedentes, la prueba testimonial ha sido regulada desde sus orígenes.

Es notable, que esta prueba adquirió gran importancia por la ausencia de medios escriturarios como prueba. Sin embargo, luego con el descubrimiento de la imprenta en el siglo XV, que dio vida a la prueba documental, además por su carácter frágil y proclive al error, ha hecho, que se vaya disminuyendo su uso como medio de prueba, así como también por la declinación de los valores morales y la mala utilización profesional que se ha venido dando en este medio,



ha llevado que el legislador regule su uso, dotándole de una serie de restricciones, para su admisión y actuación.

En la actualidad, la prueba testimonial se considera con las reservas del caso y muchas veces sometidas a otros medios de prueba para decidir sobre su eficacia, valor, e idoneidad.

5.1 Definiciones

Estas son algunas definiciones de prueba testimonial.

Louis Josserand, *“El testimonio es una declaración hecha por una persona sobre hechos que ha tenido conocimiento por sí misma y no por notoriedad, por rumor público, por lo que se dice; en esto difiere profundamente la prueba testifical de la prueba por fama o por notoriedad”*⁷².

Luis Miguel Rodríguez, manifiesta *“La declaración personal que hace la parte que no litiga o de quien no es parte en el juicio, sobre hechos que se discuten, constituye la prueba del testigo o prueba testimonial”*⁷³.

Antonio Vodanovic, la prueba testimonial, *“es la que procede de testigos”*⁷⁴.

Luis Claro Solar, la prueba testimonial, *“es la que resulta de las declaraciones verbales de los testigos. Por eso se la llama también prueba verbal”*⁷⁵.

Robert Joseph Pothier, la prueba testimonial *“es aquella que se hace por las deposiciones de los testigos”*⁷⁶.

Otro tratadistas, manifiestan, que la prueba testimonial, consiste en las declaraciones que emiten ante Juez, personas extrañas a la controversia, esto

⁷² JOSSERAND, Louis. (2008). *Teoría General de las Obligaciones*. Pág. 121

⁷³ RODRÍGUEZ, Miguel. (1995). *La Prueba en el Proceso Civil*. Pág. 149.

⁷⁴ VODANOVIC, Antonio. (1939). *Curso de Derecho Civil*. Pág. 485.

⁷⁵ CLARO, Luis. (1979). *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*. Pág. 730.

⁷⁶ POTHIER, Joseph. (1978). *Tratado de las Obligaciones*. Pág. 483.

es, de quienes sin ser parte en el proceso, suministran al Juez elementos de juicio acerca de la verdad o falsedad de los hechos interrogados.

Conforme a las definiciones citadas, podemos señalar, prueba testimonial, es la que resulta de las declaraciones de testigos, es decir de personas extrañas al hecho que se trata de probar, y a las cuales les constan esos hechos por haberlos presenciado o haber tenido referencia de ellos.

El derecho contemporáneo, considera la figura jurídica del testimonio, en su sentido lato, con fines probatorios y depuestos ante el Juez.

En el sentido restringido, se limita a la declaración de terceros llamados **Testigos**.

EL TESTIGO

Luis Claro Solar, define al testigo " *la persona que ha percibido directamente por sus propios sentidos el hecho sobre el cual se controvierte por las partes*"⁷⁷.

Antonio Vodanovic, señala, " *testigos son los terceros ajenos al acto o hecho debatido que pueden afirmar la existencia de un hecho jurídico, porque estuvieron presentes en el acto de su realización o porque tuvieron conocimiento del mismo*"⁷⁸.

Otros autores, lo señalan, como la persona que debe concurrir a la celebración de ciertos actos jurídicos en los casos así señalados por la ley o requerido por los particulares, para solemnidad del mismo, poder dar fe y servir de prueba.

En Derecho se toma la voz "testigo", en dos acepciones estrechamente relacionadas:

- 1) *Testigos* son las personas que necesitan concurrir a la celebración de ciertos actos jurídicos.

⁷⁷CLARO, Luis. (1979). *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*. Pág. 730.

⁷⁸VODANOVIC, Antonio. (1939). *Curso de Derecho Civil*. Pág. 485.



Así tenemos, como una de las solemnidades para la validez del matrimonio, el artículo 102 del Código Civil, en su numeral cuarto, prescribe “*La presencia de dos testigos hábiles*”⁷⁹.

El testigo, en determinadas situaciones, se encuentra señalado por la ley, como requisito para validar ciertos actos o contratos, como en el caso antes señalado.

- 2) En la segunda acepción, se da el nombre de *testigo* a la persona que ha percibido directamente por sus sentidos, el hecho sobre el cual litigan las partes.

Por tanto, el carácter esencial del testigo es que sea una persona extraña al hecho que se trata de establecer, que no haya tomado parte en él, ni tenga interés directo o indirecto, en la causa.

A manera de conclusión podemos detallar, que en la primera acepción, los testigos constituyen una solemnidad, para determinados actos jurídicos; y en la segunda acepción, como un medio de prueba.

Como se puede deducir, el testigo, como medio de prueba, es una pieza clave dentro del proceso, es por ello que si bien en principio toda persona tiene capacidad para rendir testimonio, ya en acto preparatorio, o dentro de juicio, por lo cuestionado e imperfecto de este medio probatorio, el legislador ha considerado necesario rodearle de las más amplias seguridades y garantías de idoneidad, estableciendo con ese fin condiciones básicas, como físicas, psicológicas y sociocultural, de la cual dependerá el éxito o fracaso de la verdad, por la información que suministra al juez acerca del hecho, de sus autores y más responsables.

⁷⁹Código Civil Ecuatoriano Vigente actualizado junio del 2010.

Sin embargo el artículo 207 del Código de Procedimiento Civil, manifiesta *“Los jueces y tribunales 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”*⁸⁰.

Entonces, dado a lo subjetivo de las declaraciones del testigo, le corresponde al Juez, el analizar y valorar al testigo y a su testimonio con apego a la sana crítica, de esta manera determinar el valor de sus declaraciones.

En la actualidad, como una herencia, de aquel sistema de tarifa legal, y como manifestamos anteriormente, dada la naturaleza y el riesgo que implica dar un testimonio por lo subjetivo del mismo, el legislador ha establecido restricciones a la regla de aptitud, tomando en cuenta razones de edad, probidad, conocimiento e imparcialidad, es por ello que el artículo 208 del Código de Procedimiento Civil, señala *“Para ser testigo idóneo se necesita edad, probidad, conocimiento e imparcialidad. Esto no obstante, en conformidad con lo que dispone el artículo anterior, el juez puede fundar su fallo en la declaración del testigo que no reúna todas las condiciones aquí enumeradas, cuando tenga el convencimiento de que el testigo ha declarado la verdad”*⁸¹.

5.2 Clases de Testigos

Dentro de las clases de Derecho Procesal Civil, de Décimo Ciclo, impartidas por Káiser Machuca, estudiamos, entre las principales las siguientes:

- 1) Desde un punto de vista general y amplio, aunque impropio, tenemos testigos judiciales y extrajudiciales, según su declaración la rindan dentro d en juicio o acto preparatorio; o, en el segundo caso, fuera de juicio. Los segundos, conforme lo veníamos sosteniendo no son verdaderamente testimonios.

⁸⁰Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano vigente actualizado a agosto de 2010.

⁸¹Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano vigente actualizado a agosto de 2010.



- 2) Testigo idóneo o abonado, es aquel que reúne los requerimientos de la ley para ser aceptado como apto. En esta virtud no tiene motivo para ser tachado. Su declaración hace fe probatoria pues aporta convicción al Juez sobre los hechos controvertidos.
- 3) Testigo ocular o de vista, aquel que declara sobre los hechos que aprecia mediante el sentido de la vista. El adagio latino “Pluris est oculatus testis unus quam auriti decem” señala que “más vale un testigo que lo vio, que diez que lo oyeron”
- 4) Testigo original, que narra los hechos conforme los aprecia directamente. Se lo conoce también como testigo in facto (en el hecho).
- 5) Testigo de oídas o indirecto, es aquel que relata o informa sobre lo que oyó narrar a otros testigos originales. Algunos tratadistas lo consideran también como testigo referencial o pos factum.
- 6) Testigo instrumental, es el que interviene por exigencia legal en un acto o contrato, para solemnizarlo. Ejemplo el artículo 102 del Código Civil, señala como solemnidad, en el matrimonio “la presencia de dos testigos hábiles.
- 7) Testigo conteste, aquel que rinde testimonio coincidente o conforme con el de otro u otros testigos que declaran en una causa.
- 8) Testigo singular, es aquel que discrepa con su relato, de lo expuesto por otro u otros.
- 9) Testigo veraz, aquel que relata los hechos tal como los apreció, con apego a la verdad, bajo los dictados de su memoria y conciencia, aunque este testimonio difiera del de otros. La veracidad es el primer y fundamental requisito que debe reunir el testigo y para cuya apreciación, el Juez debe hacer un esfuerzo de observación psicofisiológica de la conducta y respuestas del testigo.
- 10) Testigo falso, es aquel que falta o altera la verdad a sabiendas, para favorecer o perjudicar a una parte.

Como podemos notar, existen una gran variedad de testigos, pero como cualquier otra prueba, una vez evacuada la prueba testimonial, le corresponderá



al Juez, la valoración de las declaraciones que haya hecho el o los testigos, con sujeción a las reglas de la crítica, y no por el contenido de ellas, en forma absoluta.

Es por ello que el Juez debe determinar la credibilidad y el grado de eficacia probatoria que le merezcan los testimonios, de acuerdo con los principios generales de la sana crítica y atendiendo a las condiciones intrínsecas y extrínsecas de cada uno y a la calidad, la fama y la ilustración de los testigos; para esta crítica el número de testigo solo tiene importancia secundaria, como complemento de la buena calidad de testimonios, ya que valen más, pocos buenos que muchos malos, pues como suelen exaltar los autores “los testimonios se pesan y no se cuentan”.

5.3 Casos en que la Prueba Testimonial no es Admitida y Excepciones

Empezaremos señalando, que la prueba testimonial **no es admitida** en los siguientes casos:

Primer caso.- Prohibición de la prueba de testigos en las obligaciones que hayan debido consignarse por escrito.

Para el estudio del primer caso, citaremos los siguientes artículos:

El artículo 1725 del Código Civil, señala “*No se admitirá la prueba de testigos respecto de una obligación que haya debido consignarse por escrito*”⁸², como ejemplos tenemos un contrato de prenda, de venta con reserva de dominio, de trabajo a prueba, etc.

El artículo 1726 inciso primero, del mismo cuerpo legal, señala que “*Deberán constar por escrito los actos o contratos que contienen la entrega o promesa de*

⁸²Código Civil Ecuatoriano Vigente actualizado junio del 2010.



*una cosa que valga más de ochenta dólares de los Estados Unidos de América*⁸³.

Sobre este último artículo Jorge Morales, manifiesta *“la ley no admite la prueba de testigos para establecer la existencia de una obligación que tiene por objeto la entrega o promesa de una cosa que valga más de ochenta dólares, lo cual significa que esos hechos jurídicos, salvo que se trate de actos o contratos solemnes, que puedan ser probados con otros medios de prueba, como la confesión de parte, el juramento deferido, las presunciones. Cuando la ley ha señalado que deben consignarse por escrito los actos o contratos que contienen la entrega o promesa de una cosa que valga más de ochenta dólares de los Estados Unidos de América, ha querido decir evidentemente que debe atenderse al valor de la cosa en el momento de celebrarse el acto o contrato sin atender el aumento o disminución que la cosa puede tener al momento de la demanda. Además, no se incluirán en esta suma (los dos mil sucres) los frutos, intereses u otros accesorios de la especie o cantidad debida conforme lo señala el artículo 1726 inciso tercero*⁸⁴.

Conforme a los artículos citados, podemos manifestar, que la ley es clara, al señalar los casos en los cuales no es admisible la prueba de testigos, para demostrar la existencia de obligaciones, si esta debió constar por escrito, sin embargo a criterio de Jorge Morales, manifiesta que actos y contratos solemnes, pueden ser probados con otros medios de prueba como la confesión de parte, etc.

El artículo 1727, además señala *“Al que demanda una cosa de más de ochenta dólares de los Estados Unidos de América de valor no se le admitirá la prueba de testigos, aunque limite a ese valor la demanda”*.

Este último artículo citado, de igual forma es claro y determinante, al establecer, que no se admitirá la prueba de testigo, cuando se demande una cosa que vale

⁸³Código Civil Ecuatoriano Vigente actualizado junio del 2010.

⁸⁴MORALES, Jorge. (1995). *Teoría General de las Obligaciones*. Pág.336 y 337.



más de ochenta dólares, aunque en la cuantía de la demanda se limite a ese valor.

Segundo caso.- No se admite la prueba testimonial contra o fuera del contenido del instrumento que da fe del acto o contrato.

Sobre este caso, el artículo 1726 en su inciso segundo señala “No será admisible la prueba de testigos en cuanto adicione o altere de algún modo lo que se exprese en el acto o contrato, ni sobre lo que se alegue haberse dicho antes, al tiempo o después de su otorgamiento, aun cuando en alguna de estas adiciones o modificaciones se trate de una cosa cuyo valor no alcance a la referida suma”⁸⁵.

Conforme el artículo citado, la ley es clara, al señalar, cuando se ha extendido escritura pública o privada de un acto o contrato, la prueba de testigos no es admitida contra o fuera del contenido de dicho instrumento aunque se trate de una cosa cuyo valor no alcance los ochenta dólares de los Estado Unidos de América.

Finalmente, podemos concluir, manifestando, que tampoco se puede usar la prueba de testigos, para completar el contenido del instrumento. A manera de ejemplo podemos decir, en el hipotético caso de que Juan arriende su casa a Jaime, este último no puede probar con testigos, de que se trató de un contrato de compraventa de la casa.

Como excepciones, a los casos, antes señalado, podemos expresar los siguientes, en los cuales la prueba de testigos si es admisible:

- 1) Para poder probar el estado civil, de una persona, en el caso de que una persona no pueda probar su estado Civil, por otros medios.

⁸⁵Código Civil Ecuatoriano Vigente actualizado junio del 2010.



El Código de Procedimiento Civil, en su artículo 705, señala *“El que tenga necesidad de probar su estado civil para deducir alguna acción, lo hará acompañado de las pruebas designadas en esta Sección; y a falta de ellas, justificara sumariamente, por medio de información de testigos, que no es posible presentar tales pruebas, y que realmente tiene el estado en que funda su derecho”*⁸⁶.

Conforme se desprende de este artículo, el estado civil, se puede probar con la declaración de testigos, que hayan presenciado los hechos constitutivos del estado civil de que se trata.

- 2) Como excepción, a lo que establecen los artículos 1725, 1726, y 1727 del Código Civil, los cuales tratan ordenadamente lo siguiente; no se admitirá la prueba de testigos, respecto de una obligación que haya debido consignarse por escrito; que deberán constar por escrito el acto o contrato que contenga la entrega o promesa de una cosa que valga más de ochenta dólares de los Estados Unidos de América; y aunque en la demanda se limite en la cuantía a ochenta dólares americanos. Al respecto el artículo 1728, del mismo cuerpo legal, señala *“Exceptúanse de lo dispuesto en los tres artículos precedentes los casos en que haya un principio de prueba por escrito, es decir, un acto escrito del demandado o su representante, que haga verosímil el hecho litigioso”*⁸⁷.

En su inciso segundo a manera de ejemplo manifiesta, si un pagaré de más de ochenta dólares, en que se ha comprado una cosa que ha de entregarse al deudor, no hará plena prueba de la deuda, porque no certifica la entrega; pero es un principio de prueba para que, por medio de testigos, se supla esta circunstancia.

⁸⁶Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano vigente actualizado a agosto de 2010.

⁸⁷Código Civil Ecuatoriano Vigente actualizado junio del 2010.



Y finalmente en su inciso tercero *agrega “Exceptúanse también los casos en que haya sido imposible obtener una prueba escrita, y los demás expresamente exceptuados en este Código y en los códigos especiales”⁸⁸*.

Conforme a este último inciso la ley, manifiesta que es admisible también la prueba testimonial, en casos en que haya sido imposible obtener una prueba escrita sobre cosas u obligaciones de más de ochenta dólares, en circunstancias tales como incendio, terremoto, guerra, etc.

Y como concordancia a este último inciso, encontramos dentro del artículo 168, del Código de Comercio, que señala *“La prueba de testigos es admisible en los negocios mercantiles, cualquiera que sea el importe de la obligación o liberación que se trata de acreditar, y aunque no haya principio de prueba por escrito, salvo los casos en que la ley disponga lo contrario”⁸⁹*.

Conforme al artículo citado, dentro de Códigos especiales, también encontramos excepciones, a la regla general, en los cuales también es posible, utilizar la prueba de testigos, como medio para probar la existencia o inexistencia de una obligación.

- 3) Otra excepción la encontramos, en el artículo 2078, del Código Civil *“El contrato de comodato podrá probarse por testigos, cualquiera que sea el valor de la cosa prestada”⁹⁰*.

Cabe recalcar, que este artículo hace relación únicamente, al comodato sobre bienes muebles.

⁸⁸Código Civil Ecuatoriano Vigente actualizado junio del 2010.

⁸⁹Código de Comercio Vigente actualizado a agosto de 2011.

⁹⁰Código Civil Ecuatoriano Vigente actualizado junio del 2010.



- 4) Y finalmente, en el caso de depósito necesario, el artículo 2142 del cuerpo legal antes citado, manifiesta “*es admisible toda especie de prueba*”⁹¹.

Para tratar esta última excepción, es necesario saber que es el “Deposito necesario”, el Derecho Romano ya admitió esta forma de depósito al que llamaron “*depositum miserabile*”, que ocurría cuando por circunstancias imprevistas o peligrosas no le permitían al depositante, elegir al depositario de sus bienes. En este caso, el depositario respondía hasta por la culpa leve en concreto, y si recibía condena como depositario infiel, o que negaba haber recibido el depósito, debía responder por un monto igual al doble del valor de los bienes depositados.

Una vez aclarado, sobre lo que se debe entender, por depósito necesario, conforme el artículo citado de nuestro Código Civil, cabe, indicar que en este caso también es admisible la prueba testimonial.

5.4 Inhabilidades para ser Testigo

Como hemos señalado en líneas anteriores, dado lo subjetivo del testimonio, el legislador ha establecido en la ley, ciertas restricciones por razones de edad, conocimiento, probidad e imparcialidad, para que el testimonio de una persona haga fe, y genere convicción en el Juez, para que pueda resolver un asunto puesto a su conocimiento.

Es por ello que el Código de Procedimiento Civil establece los siguientes artículos, referentes a las inhabilidades para poder ser testigo:

- A) En lo referente a la **edad**, el artículo 209, señala que “*Por la falta de edad no pueden ser testigos idóneos los menores de dieciocho años; pero,*

⁹¹Código Civil Ecuatoriano Vigente actualizado junio del 2010.



*desde los catorce, podrán declarar para establecer algún suceso, quedando al criterio del juez la valorización de tales testimonios*⁹².

El fundamento de esta norma está en que un menor de edad y especialmente un niño, por su estado psicológico y biológico, es propenso a la fantasía, a la alteración de los hechos tomándolos más dramáticos e irreales, es por ello que se ha limitado la edad. Sin embargo, si por regla general, se impone la inhabilidad de los menores de dieciocho años, por excepción se permite que puedan declarar los mayores de catorce años, para establecer algún suceso, pero dejando a criterio del Juez sobre la valoración de su testimonio.

- B) En lo tocante al **conocimiento**, el artículo 210, determina que *“Por falta de conocimiento no pueden ser testigos idóneos los locos, los toxicómanos y otras personas que, por cualquier motivo, se hallen privadas de juicio*⁹³.

Este tipo de inhabilidad, tiene una razón natural, es por ello que personas, que sufren de trastornos o alteraciones, mentales, sean estos, adquiridos o hereditarios, derivados de situaciones o factores internos o externos, que les impide llevar una vida y el sano juicio normal, no pueden concurrir libremente a rendir testimonio, sobre un hecho.

Igualmente, el artículo 211, señala que *“No hará fe el testimonio de quien, sin ser ebrio consuetudinario, declare lo que vio u oyó cuando estuvo completamente embriagado*⁹⁴.

Este artículo, establece, que una persona bajo los efectos del alcohol, no puede rendir testimonio, sobre lo que vio o escucho, aunque se trate de una persona, que no sea un ebrio consuetudinario o bebedor habitual. Esta inhabilidad, tiene su fundamento, porque el alcohol, genera un procesamiento deficiente de la información en el cerebro. De ahí que bajo las influencias de esta sustancia, una persona puede malinterpretar

⁹²Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano vigente actualizado a agosto de 2010.

⁹³Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano vigente actualizado a agosto de 2010.

⁹⁴Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano vigente actualizado a agosto de 2010.



ciertas señales o conductas. Por ejemplo, actitudes normales como una palmada en la espalda, pueden llegar a ser vistas como un gesto amenazante o desafiante.

Es por ello, que cualquier persona bajo estos efectos, no tiene aptitud para declarar idóneamente en un juicio, mucho menos, para llevar convicción y certeza al Juez.

C) Por falta de **probidad**, esta inhabilidad, se refiere, a una persona que se presenta a rendir testimonio, no ha llevado o lleva una vida honesta y recta, de respeto a la ley y a las normas de convivencia social, el artículo 213 establece *“Por falta de probidad no son testigos idóneos:*

1. *Los de mala conducta notoria o abandonados a los vicios;*
2. *Los enjuiciados penalmente por infracción que merezca pena privativa de libertad, desde que se dicte el auto de llamamiento a juicio en un proceso que tenga por objeto un delito sancionado con pena de reclusión, hasta la sentencia absolutoria, o hasta que hayan cumplido la condena;*
3. *Los condenados por falsedad, robo, perjurio, soborno, cohecho y el que ejerce la profesión de abogado sin título, mientras se hallen cumpliendo la condena;*
4. *Los deudores fraudulentos; y,*
5. *Los que, por aparecer frecuentemente dando testimonios en otros juicios, infundan la sospecha de ser personas que se prestan para rendir declaraciones falsas”⁹⁵.*

La ley es clara, al establecer detalladamente, quienes no son idóneos para rendir testimonio, por falta de probidad.

D) Y finalmente, en lo relativo a la **imparcialidad**, debemos manifestar, que la ley considera que existen circunstancias, de afecto o desafecto, parentesco, nexos económicos, laborales o profesionales, que pueden afectar directa o indirectamente a la imparcialidad y rectitud, con la que se deben llevar el testimonio, y de presentarse se puede descalificar al

⁹⁵Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano vigente actualizado a agosto de 2010.



testigo como tal, ya que una persona, no puede declarar para favorecer o perjudicar a nadie, sino concurre a cumplir con un deber moral y cívico, de colaborar en la administración de justicia, y con el fin de esclarecer los hechos, que dieron origen a un litigio.

En la definición misma de testigo encontramos, como característica principal, que se trata de una persona extraña al hecho, que se trata de establecer, y el mismo no haya formado parte de él, ni tenga un interés en el mismo.

En esta virtud el artículo 216, establece que *“Por falta de imparcialidad no son testigos idóneos:*

- 1- *Los ascendientes por sus descendientes, ni éstos por aquéllos;*
- 2- *Los parientes por sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad;*
- 3- *Los compadres entre sí, los padrinos por el ahijado o viceversa;*
- 4- *Los cónyuges o convivientes en unión de hecho entre sí;*
- 5- *El interesado en la causa o en otra semejante;*
- 6- *El dependiente por la persona de quien dependa o le alimente;*
- 7- *El enemigo o el amigo íntimo de cualquiera de las partes;*
- 8- *El abogado por el cliente, el procurador por el mandante, o viceversa;*
- 9- *El tutor o curador por su pupilo, o viceversa;*
- 10- *El donante por el donatario, ni éste por aquél; y,*
- 11- *El socio por su coasociado o por la sociedad”⁹⁶.*

Acorde a otras inhabilidades, la ley ha establecido detalladamente, las personas que no son idóneas, para prestar testimonio, por falta de imparcialidad. Considerando que ciertas personas se pueden parcializar, con la inclinación de su testimonio.

Para concluir el tema de las inhabilidades, podemos señalar, que por el carácter subjetivo del testimonio, el deterioro del respeto a la santidad del

⁹⁶Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano vigente actualizado a agosto de 2010.



juramento que se rinde y la pérdida de valores morales, de presentarse en la práctica la intervención de testigos no idóneos, que estén incurso en uno o más de los casos de inhabilidad establecidos, el legislador ha considerado procedente y oportuno la exclusión de ciertos testigos, la limitación en ciertos casos, de la eficacia de la prueba testimonial, e incluso la impugnación de su validez, a través del medio procesal conocido como Tacha de testigos.

Cabe indicar, que el artículo 189, inciso segundo, del Código Orgánico General de Procesos, una vez que entre en vigencia, señalará lo siguiente *“puede declarar como testigo cualquier persona, salvo las siguientes:*

- 1. Las absolutamente incapaces.*
- 2. Las que padecen enfermedad mental, que les prive la capacidad 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 psicotrópicas⁹⁷.*

Cuando realizamos una comparación con el actual código, el nuevo código elimina algunas inhabilidades, como en lo tocante a la imparcialidad y probidad, que establece el actual código, en el nuevo código hace referencia en el numeral primero, del artículo citado, a los absolutamente incapaces, en este caso no podrán declarar, los dementes, los menores impúberes y los sordomudos que no pueden darse entender por escrito.

⁹⁷Código Orgánico General de Procesos, Suplemento del Registro Oficial número 506, Quito 22 de mayo de 2015.



CAPÍTULO VI

6 La Confesión de Parte

Empezaremos este capítulo manifestando, que la confesión de parte, es otro medio probatorio, que se sustenta en la palabra del hombre, haciendo mención a hechos propios, se busca extraer de la persona respuestas que tengan relación a situaciones de su propia vida y conducta, y que desde luego, tengan vinculación con los hechos que puedan significar interés jurídico para la contraparte.

6.1 Definición

Estas son algunas definiciones sobre la confesión de parte.

Dentro del libro, Teoría de las Obligaciones, del gran jurista, Arturo Alessandri, encontramos la siguiente definición *“La confesión de parte es el reconocimiento que una parte hace de la verdad de un hecho alegado por la otra”*⁹⁸.

Para Jorge Morales, confesión de parte es *“La declaración por la cual una persona reconoce como verdadera un hecho destinado a producir efectos jurídicos contra ella”*⁹⁹.

Antonio Vodanovic, confesión de parte *“ es el reconocimiento que uno de los litigantes hace de la verdad de un hecho que puede producir contra el consecuencias jurídicas”*¹⁰⁰.

Para este autor, son dos los elementos de la confesión:

1. El reconocimiento de la verdad de un hecho.

⁹⁸ALESSANDRI, Arturo. (1983). *Teoría de las Obligaciones*. Pág. 563.

⁹⁹MORALES, Jorge. (1995). *Teoría General de las Obligaciones*. Pág.338.

¹⁰⁰VODANOVIC, Antonio. (1939). *Curso de Derecho Civil*. Pág. 495.



2. El reconocimiento debe producir consecuencias jurídicas contra la persona que lo hace, y no contra otra.

Luis Claro Solar, la confesión, *“es la declaración por la cual una persona reconoce como verdadero un hecho destinado naturalmente a producir contra ella efectos jurídicos”*¹⁰¹.

Conforme a la citas, podemos señalar que la confesión parte, es un medio de prueba que se obtiene del propio actor o demandado, y está destinado a producir efectos jurídicos contra sí mismo.

6.2 Clasificación de la Confesión

Dentro de la clasificación de la confesión, realizada por el Dr. Jorge Morales, al igual que otros autores, señalan las siguientes:

- 1) La confesión puede ser expresa y constituye la confesión propiamente dicha. Este tipo de confesión, es la que se hace en términos explícitos y formales, aquella que hace el confesante declarando a cabalidad el hecho sobre el cual versa la confesión.
- 2) La confesión puede ser tacita o presunta, como resultado de una resolución judicial, en la cual se declara confeso al confesante, debido a que este no ha comparecido a declarar, o compareciendo lo hiciere de modo equivoco, obscuro, con evasivas o se negare a confesar, siendo aplicable al caso la expresión “quien calla otorga” o el adagio “Taciturnitas imitatur confessionem”, “El silencio se asemeja a la confesión”.
- 3) La confesión judicial, es la que se presta en el juicio en que se solicite y ante juez competente, cumpliendo las solemnidades prescritas en la ley para su validez, y
- 4) La confesión extrajudicial, es aquella que se presta fuera del juicio, ya porque se la ha hecho como una mera declaración de parte, o realizada

¹⁰¹CLARO, Luis. (1979). *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*. Pág. 769.



ante Juez incompetente. La confesión extrajudicial puede ser verbal o escrita, puede constar en instrumento público o privado, pero siempre de manera expresa.

6.3 La Confesión Judicial

Tiene una gran importancia, dentro de un proceso civil a continuación realizaremos un pequeño estudio sobre la confesión Judicial.

Como manifestamos en líneas anteriores, la confesión judicial, es la que se presta en juicio, ante juez competente, y cumpliendo las solemnidades que la ley exige.

La confesión es considerada como la forma más apta para acreditar los hechos que dependen de una sola voluntad, de quien la rinde, pues constituye la versión oficial contada por su protagonista. Por este medio se obtiene la declaración de actor o demandado, excepcionalmente de terceros, sobre hechos litigiosos que interesan al proceso y ocasiones es el único y ultimo medio del cual se vale una parte para demostrar un hecho, ya que sin este medio de prueba jamás llegaría conocimiento del Juez, y mucho menos traerle convicción, sobre un asunto puesto a su conocimiento.

El artículo 122, inciso primero, del Código de Procedimiento Civil, encontramos la siguiente definición *“Confesión judicial es la declaración o reconocimiento que hace una persona, contra sí misma, de la verdad de un hecho o de la existencia de un derecho”*¹⁰².

Según Devis Echandia, *“Confesión es un medio de prueba judicial, que consiste en una declaración de ciencia o conocimiento, expresa, terminante y seria, hecha conscientemente, sin coacciones que destruyan la voluntariedad del acto, por quien es parte en el proceso en que ocurre o es aducida, sobre hechos personales sobre el conocimiento de otros hechos perjudiciales a quien la hace o*

¹⁰²Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano vigente actualizado a agosto de 2010.



a su representado, según el caso, o simplemente favorables a su contraparte en ese proceso¹⁰³.

Conforme a lo citado, para este autor, confesión es una declaración de parte, entendida esta en un sentido procesal, que puede ser rendida por las partes, en la condición de demandante, demandado o tercero interviniente.

Sin embargo, no todas las declaraciones de parte implican una confesión, pues hay declaraciones de parte, contenidas en documentos extraprocesales, de naturaleza contractual o medio de prueba, en este caso la documental. Es necesario, por lo tanto, distinguir entre declaración de parte (genero) y confesión (especie); toda confesión es una declaración de parte, pero esta no siempre es una confesión.

Otros tratadistas, la definen también como “La declaración judicial o extrajudicial que hace una parte reconociendo total o parcialmente la verdad de un hecho o una obligación, lo cual es susceptible de provocar efectos jurídicos en contra”.

Concluiremos este punto, señalando que la confesión judicial, tiene un extraordinario valor probatorio, catalogada como prueba plena, porque puede destruir cualquier otra clase de prueba. Y esta es la razón, por la cual es considerada como la más importante de las pruebas.

6.3.1 Requisitos de Validez

Para que la confesión judicial, tenga el valor de prueba plena, y provoque los efectos que de ella se persiguen, es necesario que al practicarse, cumpla con los siguientes requisitos:

- a) Que se rinda ante Juez competente, sea ya el Juez de la causa, su deprecado o comisionado;

¹⁰³DEVIS, Hernando. (1993). *Teoría General de la prueba Judicial*. Pág. 667.



- b) Capacidad del confesante, básicamente debe entenderse como capacidad procesal para cumplir válidamente este acto. De acuerdo con los preceptos del Código Civil, por regla general, toda persona es capaz para rendir confesión válidamente, excepto aquellos que la ley declara incapaces.

Es por ello que el artículo 138 del Código de Procedimiento Civil, señala *“No podrá exigirse confesión al impúber, y el valor probatorio de la confesión rendida por el menor adulto se apreciará libremente por el juez”*¹⁰⁴.

Para que puedan rendir confesión, se debe tener voluntad consiente de ejecutar este. Por ello, es admisible la confesión del menor adulto cuando ha intervenido personalmente en juicio, para defender sus derechos derivados de contratos válidamente celebrados, al igual que en otros casos.

- c) Que se declare con juramento;
- d) Que se la actúe como diligencia preparatoria o dentro de un juicio;
- e) Que se la rinda en el día y hora señalados por el juez, en su despacho, aunque hay excepciones, el artículo 127 inciso segundo señala *“la confesión, salvo lo dispuesto en el Art. 225 se practicara en la oficina del juez, a no ser que se trate de recibir confesión al Presidente de la República, a quien le subroga legalmente, a los ministros de Estado, en cuyo caso se trasladara el juzgado a la oficina del funcionario que deba confesar”*¹⁰⁵.

Conforme a estos debemos manifestar, que existen dos excepciones, según lo señala el artículo 127 inciso segundo, y 225, que hace relación con recibir la declaración en el domicilio, en estos casos no se receptara la confesión en el despacho del juez.

- f) Que el confesante haya sido citado o notificado legalmente.

Por su parte el artículo 123 del Código de Procedimiento Civil señala *“Para que la confesión constituya prueba es necesario que sea rendida ante el juez*

¹⁰⁴Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano vigente actualizado a agosto de 2010.

¹⁰⁵Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano vigente actualizado a agosto de 2010.



*competente, que se haga de una manera explícita y que contenga la contestación pura y llana del hecho o hechos preguntados*¹⁰⁶.

Conforme a este artículo se desprende, que la confesión judicial, para que constituya prueba plena de rendirse ante juez competente, de una manera explícita, es decir la confesión debe ser rendida de una manera clara y determinada, sin dejar duda de los hechos que confiesa, que contenga una contestación pura y llana, que no esté viciada por error de hecho, fuerza o dolo.

6.3.2 Valor Probatorio

Para tratar este tema podemos manifestar, que la confesión judicial es considerada como la prueba más confiable y perfecta, una vez que se ha hecho cumpliendo con todos los requisitos señalados por la ley, esta constituye prueba plena.

Puesto que el confesante en conocimiento de los efectos jurídicos que puede acarrearle, es quien acepta o niega, los hechos averiguados, y en esta virtud, muchas veces decide y define el resultado de un juicio.

En esta razón, el artículo 143 del Código de Procedimiento Civil señala *“La confesión legítimamente hecha sobre la verdad de la demanda, termina el juicio civil”*¹⁰⁷.

Este artículo, hace referencia al valor probatorio que tiene la confesión judicial.

Como ejemplo, podemos señalar los artículos 253 del Código Civil y 146 del Código de Procedimiento Civil, establecen *“Si el confesante reconoce el hecho de la paternidad o maternidad, la jueza o el juez, la declarara por sentencia”*.

Su valor probatorio se aprecia también en el texto del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil *“La confesión debidamente prestada en los juicios civiles, hace prueba contra el confesante”*¹⁰⁸.

¹⁰⁶Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano vigente actualizado a agosto de 2010.

¹⁰⁷Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano vigente actualizado a agosto de 2010.



Por su parte el artículo 1730 del Código Civil, señala *“La confesión que alguno hiciere en juicio, por sí, o por medio de apoderado especial, o de su representante legal, y relativa a un hecho personal de la misma parte, producirá plena fe contra ella, aunque no haya un principio de prueba por escrito; salvo los casos comprendidos en el Art.1718, inciso primero, y los demás que las leyes exceptúen”*¹⁰⁹.

Según el artículo citado, la confesión que alguno uno hiciere en juicio personalmente, o por medio de apoderado especial, o por medio de su representante legal, espontáneamente absolviendo posiciones, sea expresa o tácita, hace prueba respecto del confesante, aunque no haya principio de prueba por escrito.

El artículo 141 del Código de Procedimiento Civil, señala lo mismo *“También hace prueba la confesión prestada en juicio por medio de apoderados legítimamente constituido, o de representante legal”*¹¹⁰.

En lo referente a la confesión tácita o ficta, cuando el confesante no ha comparecido, o si lo hecho, no contesta, o contesta con evasivas, y el Juez lo declare confeso, será él quien determine su valor probatorio, con apego a las reglas de la sana crítica, analizando y justipreciando el caso en conjunto.

Al respecto el artículo 131 del Código de Procedimiento Civil, señala *“Si la persona llamada a confesar no compareciere, no obstante la prevención de que trata el Art. 127 o si compareciendo, se negare a prestar la confesión, o no quisiere responder, o lo hiciere de modo equívoco u oscuro, resistiéndose a explicarse con claridad, el juez podrá declararla confesa, quedando a su libre criterio, lo mismo que al de los jueces de segunda instancia, el dar a esta*

¹⁰⁸Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano vigente actualizado a agosto de 2010.

¹⁰⁹Código Civil Ecuatoriano Vigente actualizado junio del 2010.

¹¹⁰Código Civil Ecuatoriano Vigente actualizado junio del 2010.



*confesión tácita el valor de prueba, según las circunstancias que hayan rodeado al acto*¹¹¹.

Para concluir, debo manifestar una vez más, que esta prueba es catalogada como la más importante y trascendental en la vida de un juicio, la doctrina también se ha pronunciado sobre el gran valor probatorio, que tiene la confesión judicial, al catalogarle como “La Reina de las pruebas”, o con aforismos como “A confesión de parte relevo de prueba”

6.3.3 Indivisibilidad de la Confesión Judicial

La confesión judicial, es por regla general, indivisible, esta debe ser apreciada en conjunto.

Al respecto Arturo Alessandri, manifiesta *“la confesión judicial, es por regla general indivisible, es decir el mérito de la confesión judicial no puede dividirse en perjuicio del confesante; el que invoca la confesión tiene que tomarla en lo favorable, y en lo desfavorable; no puede aceptarla en lo bueno y rechazarla en lo malo o aceptarla en lo que le favorece y rechazarla en lo que perjudica*¹¹².

El artículo 142, del Código de Procedimiento Civil, señala *“La confesión prestada en un acto en los juicios civiles, es indivisible; debe hacerse uso de toda la declaración o de ninguna de sus partes, excepto cuando haya graves presunciones u otra prueba contra la parte favorable al confesante*¹¹³.

El artículo citado es claro, en sus primeras líneas, determinando, que la confesión es indivisible, y esta debe ser apreciada en conjunto o en ninguna de sus partes.

Un ejemplo nos ayudara a entender mejor, el artículo citado. Por ejemplo, si se pregunta si el confesante recibió en préstamo, la suma de dos mil dólares, en

¹¹¹Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano vigente actualizado a agosto de 2010.

¹¹²ALESSANDRI, Arturo. (1983). Teoría de las Obligaciones. Pág. 566 y 567.

¹¹³Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano vigente actualizado a agosto de 2010.



una fecha determinada, y si contesta que es verdad, pero responde también que en otra fecha le devolvió el dinero recibido, habrá que creerse todo lo dicho o no creerse en ninguna parte de la respuesta. En el ejemplo planteado la forma de contestación no prueba la existencia de la deuda, no se puede dividir esta confesión, en perjuicio del deudor, esto es aceptar la confesión en cuanto al reconocimiento de la deuda, y negar el pago de la misma. En este ejemplo, por la forma de contestación, se trata de una confesión calificada.

Sin embargo, el Código de Procedimiento Civil, establece una excepción de notable importancia: la confesión extraordinariamente puede ser divisible, esto es, que puede aceptarse una parte de ella y rechazarse otra u otras, cuando haya graves presunciones u otra prueba contra el declarante y favorable al preguntante.

Sobre esto cabe mencionar, que dentro del campo del derecho procesal, existen más clases de confesión, las cuales hay que distinguir para saber, cuando se puede o no dividir la confesión, así tenemos:

- Confesión simple, es aquella confesión por la que se reconoce o acepta, el o los hechos, tal y como son averiguados, de manera pura y llana, sin agregar ninguna circunstancia, elemento o comentario que modifique sus efectos.

Como cuando, el acreedor solicita la confesión del deudor, para el reconocimiento de una deuda de X valor, cuyo pago no ha recibido, y este contesta que es "verdad". Estamos aquí en presencia de confesión simple.

Esta confesión puesto que se refiere exclusivamente, a un solo hecho, es indivisible; no puede dividirse jurídica ni materialmente, porque confiesa un solo hecho: o los debe o no los debe.

- Confesión calificada, cuando el confesante, reconoce los hechos interrogados, pero atribuyéndole un distinto contenido o significado, por lo que limita o modifica los efectos de la confesión.



En este caso, el confesante confiesa la efectividad del hecho invocado por el contendor, pero hace una agregación que transforma la naturaleza jurídica del hecho que reconoce.

Como cuando se acepta haber recibido una suma de dinero, pero como retribución de un servicio prestado. En el presente ejemplo se confiesa el hecho, pero se le hace un agregado, que modifica sus efectos.

La confesión calificada es también indivisible; la equidad exige que esta confesión sea necesariamente indivisible.

- Confesión compleja, es cuando comprende varios hechos, ligados o no entre sí; cuando comprende un hecho principal y otro secundario accesorio distinto de aquel, que tiende a crear una excepción en favor del confesante.

Como cuando reconoce, haber recibido un objeto, pero afirma haberlo restituido; o si reconoce, haber recibido en préstamo una suma de dinero, pero manifiesta haberla cancelado ya, lo cual constituyen hechos extintivos.

La única confesión que se puede dividir es la compleja, porque esta clase de confesión, crea una excepción a favor del confesante.

Sobre la Indivisibilidad de la confesión, Arturo Alessandri, manifiesta *“La razón por la cual la ley hace indivisible el mérito de la confesión, es porque de no haber aceptado la indivisibilidad de la confesión, habría invertido los papeles en orden a la prueba y habría puesto el “onus probandi” sobre la persona que sin la confesión no habría estado obligado a probar; porque si la confesión fuera divisible por regla general, el confesante habría tenido que entrar a probar los hechos secundarios que alegare y no aceptare el contendor”*¹¹⁴.

Entonces según el texto citado, la indivisibilidad de la confesión se debe para el correcto uso de la carga de la prueba.

¹¹⁴ALESSANDRI, Arturo. (1983). *Teoría de las Obligaciones*. Pág. 570.



6.3.4 Irrevocabilidad de la Confesión

Podemos comenzar manifestando, que la confesión una vez prestada, es irrevocable, es decir el confesante no puede retractarse de ella, y revocarla.

Sobre este tema Arturo Alessandri, manifiesta *“La confesión importa el reconocimiento de un hecho; es un acto unilateral que surte sus efectos inmediatamente, sin necesidad de que su efectividad sea aceptada por la parte contraria, sin necesidad de que el contendor acepte las declaraciones o manifieste su voluntad adhiriéndose a la confesión hecha por el confesante. Por lo mismo, es irrevocable; no puede el confesante que ha confesado la verdad de un hecho, dejarlo sin efecto y decirle más tarde al tribunal que está arrepentido de haber confesado”*¹¹⁵.

Conforme al texto citado, una vez rendida la confesión esta es irrevocable, y no es necesario esperar la aceptación de la parte contraria, una vez que el confesante la ha rendido esta se vuelve irrevocable.

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico, encontramos los siguientes artículos referentes al tema.

El artículo 1730, inciso segundo, del Código Civil, señala *“No podrá el confesante revocarla, a no probarse que ha sido el resultado de un error de hecho”*¹¹⁶.

De la misma forma, el artículo 145 del Código de Procedimiento Civil, señala *“La confesión judicial no podrá revocarse, si no se probare haber sido el resultado de un error de hecho”*¹¹⁷.

De los artículos, citados, se deduce que en principio la confesión es irrevocable, es decir, que el confesante no puede retractarse. No obstante, dicha norma deja

¹¹⁵ALESSANDRI, Arturo. (1983). *Teoría de las Obligaciones*. Pág. 570.

¹¹⁶Código Civil Ecuatoriano Vigente actualizado junio del 2010.

¹¹⁷Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano vigente actualizado a agosto de 2010.



abierta la posibilidad al confesante de revocarla por configurarse error de hecho, lo que significa que hay que probar la existencia del error hecho.

En nuestro Código Civil, al igual que en los Códigos Civiles de otras legislaciones, como por ejemplo el francés, el alemán, el italiano, el chileno, se encuentra consagrado, la revocatoria de la confesión por error de hecho.

Para Devis Echandia, hay error de hecho *“siempre que recaiga sobre el hecho mismo que se confiesa y no respecto a las consecuencias jurídicas de este o a los efectos jurídicos de la declaración, es decir, que se confiesa un hecho que nunca existió o viceversa, o se asigna una naturaleza o especie distinta a la que realmente corresponde, o al narrarlo resulta diferente de lo que es, o se acepta una cantidad diversa a la verdadera que modifica su precio o valor, o se otorga una cualidad de que la carece o se niega otra que si pertenece”*¹¹⁸.

Para Echandia, hay error de hecho, cuando recae sobre el hecho mismo que se confiesa, y no respecto a los efectos jurídicos que genera, y hay este error cuando la declaración es basada en hechos falsos o hechos contrarios.

Rubén Elías Moran Sarmiento, sobre la revocatoria de la confesión, señala *“HECHOS FALSOS, error de hecho. Dos aspectos que hay que considerar para la procedencia de la revocatoria de la confesión y que tiene que ver con vicios de la voluntad. En el primer caso se refiere a hechos declarados por el confesante que resultan falsos por ejemplo: aceptar una deuda inexistente. Una confesión practicada sobre esa clase de hechos no presta ningún mérito probatorio. Otra situación diferente es el error de hecho. El confesante tuvo una equivocada apreciación sobre determinado hecho y logra comprobar posteriormente esa equivocación; se podrá solicitar la revocatoria de esa parte de la confesión, o puntualmente de algún hecho concreto que está formando parte de la confesión”*¹¹⁹.

¹¹⁸DEVIS, Hernando. (1993). *Teoría General de la prueba Judicial*. Pág. 718.

¹¹⁹MORÁN, Rubén. (2011). *Derecho Procesal Civil Practico*. Tomo I. Pág. 278.



Según este autor es procedente la revocatoria de la confesión, en dos casos; primero al tratarse de hechos falsos; y segundo en la existencia de error de hecho, conforme a esto el confesante puede solicitar la revocatoria de la confesión.

En la doctrina, existen dos sistemas de prueba, para que sea procedente la revocación de la confesión por error de hecho:

1. Es demostrar el hecho contrario al que se confesó y la falsa creencia del confesante sobre el hecho confesado.
2. Basta con probar lo contrario, para lo cual es compatible cualquier medio de prueba.

Por último, podemos agregar, que la doctrina, considera a la confesión como una declaración de voluntad del confesante, que los quiere y persigue, por lo cual estaría en la capacidad de revocarlos en los casos señalados por la ley.

En nuestra legislación el “error de hecho” se encuentra estipulado en los artículos, 1468, 1469, 1470 y 1471, del Código Civil.

Con base a lo expuesto, podemos manifestar, que el tema de la revocabilidad contemplada en el artículo 1730 del Código Civil, en la práctica se la conoce como una rectificación de la confesión, y para que proceda es necesario probar que existió error de hecho, en la confesión rendida.



CONCLUSIONES

- Una vez concluido el presente trabajo, nos ayuda a comprender la gran importancia que tiene la prueba, para el establecimiento de la verdad un hecho, y lo imprescindible que se vuelve el uso adecuado, de cada medio de prueba, de esta manera generar convicción en el juez, para que pueda resolver un asunto puesto a su conocimiento.
- Los medios de prueba, se encuentran taxativamente señalados en la ley.
- Lo referente a la prueba, guardan plena sincronía en lo que se encuentra regulado en el Código Civil, como en el Derecho Procesal Civil.
- Corresponde al Juez la recepción y actuación de los medios de prueba, establecidos en la ley. Además el Juez tiene la libertad de valorar las pruebas presentadas, con apego a las reglas de la sana crítica.
- El establecimiento de documentos públicos, que llevan firma electrónica, que son descargados de las páginas web, de las distintos organismos gubernamentales, constituyen un gran avance, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, por los grandes beneficios que genera la misma, aunque no todo documento puede venir de este medio, ya que para la celebración de ciertos actos o contratos, es necesario la presencia de un funcionario público que de fe, del mismo.
- En nuestra ordenamiento jurídico, actualmente utiliza el termino instrumento, para referirse a la prueba instrumental, sin embargo en el nuevo Código Orgánico General de Procesos, utiliza el termino documento, esto profundiza el ámbito de aplicación de la misma por cuanto, documento, recoge y trasmite el pensamiento del hombre, a través de medios, escriturados, mecanográficos o gráficos, no hay que olvidar que existe una diferencia de género y especie, entre los términos, documento e instrumento.
- Existe un ambigüedad, entre si es necesario o no la firma del otorgante en un instrumento privado, también es necesario una correcta regularización en nuestra legislación, en lo referente al valor probatorio del mismo.
- Actualmente nuestro código de procedimiento civil, establece causales de inhabilidad para rendir testimonio, por razones de edad, conocimiento,



probidad, y finalmente imparcialidad, los cuales se verán modificadas una vez que entre en vigencia el Código Orgánico General de Procesos.



BIBLIOGRAFÍA

- **ALESSANDRI** Rodríguez, A. (1983). *Teoría de las obligaciones*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.
- **VARIOS AUTORES**. (2008). *Valoración Judicial de las Pruebas* (Tercera Edición ed.). Editora Jurídica de Colombia.
- **CABANELLAS** de Torres , Guillermo. (2008). *Diccionario Jurídico Elemental* (Decimonovena edición ed.). Editorial Heliasta S.R.L.
- **CABANELLAS** de Torres, Guillermo. (1996). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual* (Vigesimocuarta Edición ed.). Buenos Aires: Editorial Heliasta.
- **CLARO** Solar, Luis. (1979). *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- **DEVIS** Echandia, Hernando. (1993). *Teoría General de la Prueba Judicial* (Primera Edición Colombiana ed., Vol. Tomo 1). Medellín: Biblioteca Jurídica Dike.
- **GOMEZ** Mera, Roberto. (1994). *La Prueba Documental en el Derecho Procesal Civil*. Guayaquil: Edino.
- **JOSSERAND**, Louis. (2008). *Teoría General de las Obligaciones*. Santiago de Chile: Parlamento LTDA.
- **MORALES** Alvarez , Jorge. (1995). *Teoría General de las Obligaciones*. Quito, Ecuador: Pudeleco Editores S.A.
- **MORÁN** Sarmiento, Rubén. (2011). *Derecho Procesal Civil Práctico* (Vol. Tomo 1). Guayaquil: Edilex S.A.
- **POTHIER**, Robert Joseph. (1978). *Tratado de las Obligaciones*. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L.



- **RODRIGUEZ**, Luis Miguel. (1995). *La prueba en el Proceso Civil*. Lima: Marsol Peru Editores S.A.
- **SPOTA**, Alberto. (1947). *Tratado de Derecho Civil*. Buenos Aires: Editorial Depalma.
- **STIGLITZ**, Rubén. (1990). *Contratos Teoria General*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.

LEGISLACIÓN

- **Código Civil Ecuatoriano vigente actualizado a agosto de 2010.**
- **Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano vigente actualizado a agosto de 2010.**
- **Código de Comercio Ecuatoriano vigente actualizado a agosto de 2011**
- **Código Orgánico General de Procesos, Suplemento del Registro Oficial número 506, Quito 22 de mayo de 2015.**
- **Ley Notarial vigente actualizado a mayo de 2014.**

PAGINAS WEB

- **www.monografias.com**
- **www.derechoecuador.com**
- **www.wikipedia.com**

APUNTES

- **Apuntes de Derecho Procesal Civil, Decimo Ciclo, Dr. Kaiser Machuca.**