



FACULTAD DE JURISPRUDENCIA “ANDRÉS F. CÓRDOVA”

ESCUELA DE DERECHO

TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE
ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPÚBLICA DEL
ECUADOR

**ESTUDIO DE LAS VENTAJAS DE LA PRUEBA TESTIMONIAL EN EL CÓDIGO
ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS**

Sebastián Barrientos Cordero

Director de trabajo de investigación:

Dr. José Javier Jarrín Barragán PhD. ©

D.M. Quito, agosto 2018

RESUMEN

La relación entre lo dispuesto en el artículo 6 del Código Orgánico General de Procesos de la República del Ecuador de conformidad con el artículo 75 de la Constitución de la República del Ecuador, el juez y las partes en el proceso tienen una obligación en el nuevo procedimiento modelo para estar presente en todos los actos que se llevan a cabo. De esta manera, los juicios orales se materializan en el principio de inmediatez establecido en nuestra voluntad constitucional. El propósito inmediato de esta práctica y refiriéndose a la prueba testimonial, es la evaluación directa del juez sobre el testigo, pedir explicaciones, aclaraciones e incluso examinar su comportamiento y determinar si dice la verdad o no. A partir de esta prescripción, podremos: 1. Localizar la naturaleza legal de la prueba testimonial; 2. Delimitar la atribución de poderes otorgados por la norma legal a favor de los jueces; 3. Señalar la atribución de responsabilidad que corresponde a la administración de justicia y los jueces para aplicar las reglas de la sana crítica en relación con la prueba testimonial.

Palabras descriptivas: Derecho Procesal Civil, Código Orgánico General de Procesos, testimonio y reglas de la sana crítica.

ABSTRACT

The relation between with the provisions of article 6 of the General Organic Code of Processes of the Republic of Ecuador in accordance with article 75 of the Constitution of the Republic of Ecuador, the judge and the parties to present in all procedural acts. In this way, oral trials materialize the principle of immediacy established in our constitutional will comply. The immediate purpose of this practice and referring to the testimonial evidence, is to directly assess the judge what the witness says, ask for explanations, clarifications and even examine their behavior and determine whether or not to say the truth of the question. From this prescription, we will be able to: 1. Locate the legal nature of testimonial evidence; 2. To delimit the attribution of powers granted by the legal norm in favor of the judges; 3. Point out the attribution of responsibility that corresponds to the Administration of Justice and judges to apply the rules of sound criticism in relation to testimonial evidence.

Descriptive words: Civil Procedural Law, General Organic Code of Processes, testimony and rules of sound judgment.

ÍNDICE

ESTUDIO DE LAS VENTAJAS DE LA PRUEBA TESTIMONIAL EN EL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS

RESUMEN

ABSTRACT

PÁGINA

Introducción.....1

CAPÍTULO I

LOS JUICIOS ORALES

1.1. Antecedentes.....3

1.2. Conceptualización.....11

1.2.1. Principio de oralidad.....11

1.2.2. Principio de inmediación.....15

1.2.3. Prueba.....16

1.2.3.1. Apertura de la prueba.....17

1.2.3.2. Cuestión fáctica o, de hecho.....17

1.2.3.3. ¿Qué es una cuestión fáctica?.....17

1.2.3.4. Providencia de clausura.....18

1.2.3.5. Declaración de puro derecho.....18

1.2.3.6. Concepto de prueba.....19

1.2.3.7. Admisión de hecho.....20

1.2.3.8. Negación del hecho.....21

1.2.3.9. Finalidad de la actividad probatoria.....22

CAPÍTULO II

PRINCIPIOS GENERALES DE LA PRUEBA JUDICIAL

2.1. Principios generales de la prueba judicial.....	23
2.1.1. Principio de la necesidad de la prueba y de la prohibición de aplicar el conocimiento privado del juez sobre los hechos.....	26
2.1.2. Principio de la eficacia jurídica y legal de la prueba.....	27
2.1.3. Principio de la unidad de la prueba.....	28
2.1.4. Principio de la comunidad (o de la adquisición) de la prueba.....	28
2.1.5. Principio del interés público de la función de la prueba.....	29
2.1.6. Principio de la lealtad y probidad o veracidad de la prueba.....	29
2.1.7. Principio de la contradicción de la prueba.....	30
2.1.8. Principio de igualdad de oportunidad para la prueba.....	33
2.1.9. Principio de publicidad de la prueba.....	31
2.1.10. Principio de la formalidad y legitimidad de la prueba.....	31
2.1.11. Principio de la preclusión de la prueba.....	32
2.1.12. Principio de la originalidad de la prueba.....	32
2.1.13. Principio de la concentración de la prueba.....	32
2.1.14. Principio de la libertad de la prueba.....	33
2.1.15. Principio de la pertinencia y conducencia o idoneidad de la prueba.....	33
2.1.16. Principio de la naturalidad y espontaneidad y licitud de la prueba y del respeto a la persona humana.....	33
2.1.17. Principio de la obtención coactiva de los medios materiales de prueba.....	33
2.1.18. Principio de la carga de la prueba y de la autorresponsabilidad de las partes por su inactividad.....	35
2.1.19. Principio inquisitivo en la ordenación y práctica de las pruebas.....	36
2.1.20. Principio de valoración de la prueba.....	36

CAPÍTULO III

**ESTUDIO DE LAS VENTAJAS DE LA PRUEBA TESTIMONIAL EN EL CÓDIGO
ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS**

3.1. Diversos sistemas de valoración de la prueba.....	39
3.1.1. Pruebas legales.....	39
3.1.2. Pruebas libres.....	41
3.1.3. Libre convicción.....	41
3.2. Las reglas de la sana crítica.....	42
3.2.1. Concepto.....	42
3.2.2. Sana crítica y lógica.....	44
3.2.3. Sana crítica y experiencia.....	44
3.2.4. Excelencia del concepto de reglas de la sana crítica.....	45
3.3. Naturaleza de las normas que regulan la apreciación de la prueba.....	45
3.3.1. Disponibilidad de los medios de prueba.....	46
3.3.2. Ordenación lógica de los medios de prueba.....	47
3.3.3. Eficacia de los medios de prueba.....	48
3.4. Declaración de parte.....	49
3.4.1. Necesidad del interrogatorio libre o informal.....	51
3.5. Prueba testimonial.....	53
3.5.1. Concepto.....	53
3.5.2. Testimonio de parte y testimonio de tercero.....	55
3.5.3. ¿Qué se entiende por testimonio?.....	56
3.5.4. Inseparabilidad del juicio del hecho.....	58
3.5.5. Cuestiones jurídicas y normas de derecho.....	59
3.6. Características del testimonio de terceros.....	60
3.6.1. Representación del hecho.....	60

3.6.2. Acto posterior al hecho.....	61
3.7. El testimonio como medio de prueba.....	61
3.7.1. Prueba indirecta.....	61
3.7.2. Prueba histórica.....	61
3.7.3. Acto jurídico.....	61
3.8. Tachas.....	62
3.8.1. Tachas absolutas.....	62
3.8.2. Tachas relativas.....	62
3.9. Naturaleza y obligación del testigo de declarar.....	63
3.9.1. Sujetos.....	64
3.9.2. Efectividad o coercibilidad.....	65
3.10. Procedimiento probatorio.....	66
3.10.1. El deber del testigo de declarar y decir la verdad.....	67
3.11. El interrogatorio.....	69
3.11.1. Concepto.....	69
3.11.2. Diferencia de las preguntas con las posiciones.....	69
3.11.3. Tipo de preguntas.....	71
3.12. Notificación de los testigos.....	72
3.12.1. Procedimiento.....	72
3.12.2. Carga de la notificación.....	73
3.12.3. Testigos domiciliados fuera de la jurisdicción del juzgado.....	73
3.12.4. Depósito y examen de los interrogatorios.....	73
3.13. Examen de los testigos.....	74
3.13.1. Procedimiento.....	74
3.13.2. Orden de las declaraciones.....	74

3.13.3. Apertura del acto.....	76
3.13.4. Juramento o promesa de decir la verdad.....	76
3.13.5. Interrogatorio preliminar.....	78
3.13.6. Organización del interrogatorio directo.....	78
3.13.7. Interrupción de las declaraciones.....	79
3.13.8. Permanencia de los testigos en la sede del juzgado.....	80
3.13.9. Suspensión de la audiencia.....	80
3.13.10. Indicios de falso testimonio de otro delito.....	81
3.14. Contrainterrogatorio.....	81
3.14.1. Concepto.....	81
3.14.2. Caducidad de la prueba testimonial y supuestos que comprende.....	85
3.15. Prueba testimonial de oficio.....	85
4. Conclusiones.....	87
5. Recomendaciones.....	89
6. Bibliografía.	
7. Anexos.	
7.1. Entrevista al Dr. Fabián Dávila.	
7.2. Entrevista al Dr. Guido Erasmo Mantilla Cardoso.	

DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y HONESTIDAD ACADÉMICA

Nombre: Sebastián Barrientos Cordero

Cédula de ciudadanía: 171581283-8

Facultad: Jurisprudencia “Andrés F. Córdova”

Escuela: Derecho

DECLARO QUE:

El trabajo de investigación de fin de carrera titulado “Estudio de las ventajas de la prueba testimonial en el Código Orgánico General de Procesos” para optar por el título de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador es de mi autoría exclusiva y producto de mi esfuerzo personal.

Las ideas, enunciaciones, citas de todo tipo e ilustraciones diversas; obtenidas de cualquier documento, obra, artículo, memoria, entre otros (versión impresa o digital), están citadas de forma clara y estricta, tanto en el cuerpo del texto como en la bibliografía.

Estoy plenamente informado de las sanciones universitarias y/o de otro orden en caso de falsedad de lo aquí declarado, en todo o en parte.

D.M. Quito, agosto 2018



Sebastián Barrientos Cordero

AUTORIZACIÓN DE DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Yo, Sebastián Barrientos Cordero, con cédula de identidad número 171581283-8 en calidad de autor del trabajo de investigación “Estudio de las ventajas de la prueba testimonial en el Código Orgánico General de Procesos”, autorizo a la Universidad Internacional del Ecuador (UIDE), a hacer uso de todos los contenidos que me pertenecen o de parte de los que contiene esta obra, con fines estrictamente académicos o de investigación.

Los derechos que como autor me corresponden, con excepción de la presente autorización, seguirán vigentes a mi favor, de conformidad con lo establecido en los artículos 5, 6, 8, 19 y demás pertinentes de la Ley de Propiedad Intelectual y su Reglamento en Ecuador.

D.M. Quito, agosto 2018

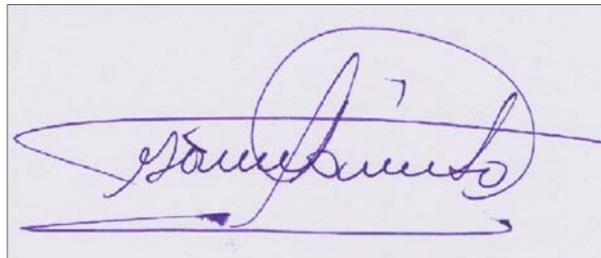


Sebastián Barrientos Cordero

INFORME DE DIRECTOR DE TESIS

El estudiante Sebastián Barrientos Cordero desarrolló una investigación original sobre tema “Estudio de las Ventajas de la prueba testimonial en el Código Orgánico General de Procesos”, que en el ordenamiento jurídico ecuatoriano no ha sido tratado de manera profunda. El tema ha sido desarrollado por el estudiante de manera idónea, el cual ha aportado con un importante análisis y comentarios sobre su tema.

D.M. Quito, agosto 2018

A handwritten signature in blue ink, appearing to read "José Javier Jarrín Barragán", enclosed in a rectangular box. The signature is stylized and includes a large circular flourish at the end.

Dr. José Javier Jarrín Barragán Ph.D. ©

AGRADECIMIENTOS

Con gratitud a los ilustres maestros que me formaron en la Escuela de Derecho y de manera singular al doctor José Javier Jarrín Barragán, distinguido catedrático que con sabiduría me brindó la oportuna y eficiente colaboración en el desarrollo de la presente tesis.

DEDICATORIA

A mis padres Cecilia y Carlos Mario, por su amor y apoyo incondicional.

INTRODUCCIÓN

El Derecho Procesal ecuatoriano experimentó una profunda transformación con el paso del procedimiento escrito a la oralidad como método de enjuiciamiento, sobre todo en una de las etapas procesales como es la prueba. Con ello, el juicio público mediante la oralidad adquiere transparencia, el control de la actividad del juez y de las partes, la concentración de los actos procedimentales, la inmediación, el debido proceso y la ética en el debate.

La Constitución de la República del Ecuador establece que: la administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios “[...] la sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias y diligencias se llevará a cabo mediante sistema oral, de acuerdo a los principios de concentración, contradicción y dispositivo”. (Asamblea Constituyente, 2008, p. 95) y que “el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad, y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades”. (Asamblea Constituyente, 2008, p. 95)

Como antecedente el artículo 194 de la Constitución de 1998 dispuso que todos los procesos y procedimientos judiciales se desarrollaran oralmente. La adopción del sistema oral como elemento sustancial de todos los procedimientos no penales, la implementación de un modelo de administración de justicia en audiencias, el fortalecimiento de los principios de inmediación y concentración están consagrados en el Código Orgánico General de Procesos en adelante COGEP. De esta manera, cuando el nuevo modelo procesal ecuatoriano concibe a la oralidad no está aludiendo a un sistema absolutamente oral, sino que está describiendo un sistema mixto con predominio de la oralidad en el cual mediante el uso de audiencias promueve la relación directa entre el juez y las partes, lo cual incuestionablemente redunde en una optimización en la administración de justicia.

En ese sentido, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 del COGEP, en concordancia con el artículo 75 de la Constitución el juzgador y las partes procesales tienen la obligación en este nuevo modelo procesal ecuatoriano de estar presentes en todos los actos procesales para que verdaderamente se materialicen los juicios por audiencias y se cumpla el principio de inmediación establecido en nuestro marco constitucional. La finalidad inmediata de esta práctica y refiriéndonos a la prueba testimonial, es apreciar directamente el juzgador lo que dice el testigo, pedirle explicaciones, aclaraciones e inclusive examinar su comportamiento y determinar si dice o no la verdad de lo preguntado.

El planteamiento del tema propuesto se ubica en el análisis procedimental y procesal civil contenido en el capítulo II – sección I del título II del libro III del COGEP, en relación con el artículo 164; donde se establece el sistema de apreciación de la prueba, particularmente el de la sana crítica en relación con la prueba testimonial. A partir de esta prescripción, nos será posible:

1. Ubicar la naturaleza jurídica de prueba testimonial;
2. Delimitar la atribución de potestades otorgadas por la norma jurídica a favor de los jueces;
3. Puntualizar la atribución de responsabilidad que corresponde a la administración de justicia y a los jueces de aplicar las reglas de la sana crítica en relación con la prueba testimonial.

También se incluyó como sustento de la presente investigación la comparación analítica de las ventajas de aplicación de la prueba testimonial en el actual COGEP, especificando que serán más relevantes y de fácil recopilación con el actual proceso oral a diferencia del antiguo procedimiento civil escrito.

CAPÍTULO I

LOS JUICIOS ORALES

1.1. Antecedentes.

La alternativa del procedimiento escrito por la oralidad como método de enjuiciamiento, no es un vacío intelectual que se forjó instantáneamente. Más bien, la configuración de la nueva tendencia hacia la oralidad en la justicia civil hoy en día vigente en materia de derecho procesal y probatorio es en gran medida “fruto del desarrollo jurídico posterior a la Revolución Francesa de 1789, en el mundo se ha desarrollado un movimiento reformador que hoy en día se dirige, recta y avasalladoramente, hacia los procesos orales o por audiencias”. (Suárez, 1997, p. 473)

Por mucho tiempo “hasta mitad del siglo pasado, en los sistemas procesales europeos continuaba considerándose el proceso civil como "cosa de las partes", de carácter privado”. (Suárez, 1997, p. 66) Consecuentemente el principio de inmediación hoy en día en Ecuador se configura como un elemento de carácter transversal en las audiencias para garantizar el debido proceso se vio arrinconado.

Suaréz señala: (1997)

El proceso romano clásico y el germano fueron eminentemente orales. El proceso medioeval se transformó poco a poco de oral a escrito. El proceso ordinario del derecho común, desarrollado por la doctrina jurídica posterior al siglo X, determinó la formación de los procesos escritos en los Estados de la Europa Continental [...]. (p. 66)

Como se ha explicado en Europa las audiencias dejaban “sin poderes importantes del juez para dirigir, decretar pruebas no solicitadas, valorarlas o reconocer excepciones no alegadas”. (Suárez, 1997, pág. 66) Esta situación llevó a que las partes determinaban, casi que exclusivamente, el trámite del proceso ya que las “facultades del juez eran disminuidas, el proceso era eminentemente dispositivo, con tarifa legal de valoración de pruebas; el juez permanecía distante del proceso, más que un director, era un espectador”. (Suárez, 1997, p. 66)

El juez, escribe Mauro Cappelletti: (1973)

Estaba no solamente por encima sino fuera de la arena. La consecuencia más importante de ello era la escasa importancia de las audiencias: el proceso se desarrollaba entre las partes (es decir, normalmente, entre los abogados de las partes), sin la presencia del juez. El juez era llamado solamente a juzgar, al final del proceso; y la base sobre la cual él debía apoyar su sentencia está constituida por los escritos que las partes se habían "cambiado"... El temor de que el juez, al entrar "en la arena" terminase por perder su imparcialidad, era tan grande que incluso las pruebas eran asumidas con frecuencia en ausencia del juez, el cual, por consiguiente, no tomaba conocimiento directo de ellas, sino solamente indirecto, a través de los protocolos o "verbales" (actas) escritos, redactadas por secretarios.... La escritura se consideraba casi como un escudo del juez contra las tentaciones y los peligros de la parcialidad. La misma era, en realidad, la barrera, el diafragma que separaba al juez del proceso y de aquellos que del proceso son los verdaderos protagonistas: sobre todo, las partes y los testigos. (pp. 47-48)

La situación anterior tiene rezagos de la época medieval en Europa, en ese entonces se tenía la errónea creencia de que se salvaguardaba la imparcialidad del juez cuando este no intervenía hasta antes del fallo.

Es así que el Papa Inocencio III en 1219 decretó:

Que todo acto procesal debía ser escrito, el juez no podía decidir más que sobre la base de los escritos (acta scripta), principio que decían se justificaba para proteger a las partes [...], esto es, contra la iniquidad y falsedad y para evitar la deshonestidad del juez. (Cappelletti, 1973, pp. 51-52)

Esta práctica se expandió en Europa hasta finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX. El proceso civil de esta manera se desarrolló por muchos siglos desechando a la oralidad y afianzándose cada vez más en un proceso escrito que dotó de varias facultades a personas ajenas al proceso, cuando en realidad el juez es el competente de direccionar los juicios. De esta manera, los sistemas procesales europeos eran dirigidos muchas veces por secretarios que redactaban escritos en latín (fuente primordial de errores) y que de esta manera alejaban la prueba de la realidad porque no constituía la lengua oficial hablada.

Por ejemplo, en testimonios las preguntas debían formularse previamente por escrito y las respuestas se recibían en algunos casos también por escrito o en ausencia de las partes y abogados, por funcionarios diferentes al juez. Esa desconfianza explica también el sistema de tarifa legal para la valoración de la prueba. (Suárez, 1997, p. 67)

Dado a los numerosos defectos que se presentaron en el sistema escrito en Europa, no tardó en que la sociedad civil y los estudiosos hagan notar su descontento y sus críticas a los Estados que implementaron dicho sistema. Primordialmente el sistema escrito falló en su ineficiencia, demora y credibilidad de los juicios que hasta ese entonces se desarrollaron.

[El] cambio que se presentó a partir del siglo XVIII, como una reacción contra la ineficiencia y demora del proceso escrito, contribuyó el descubrimiento en 1816 de las Instituciones de Gayo, que permitió estudiar el proceso oral clásico romano y utilizarlo como modelo para diseñar un nuevo sistema procesal. (Chiovenda, 1954, p. 180)

Además, este hallazgo es de suma importancia dado que se logró demostrar que no es cierta la idea que el proceso escrito se ajuste mejor a la tradición latina, porque el oral tiene el mismo origen. Básicamente dicha teoría se ha descartado por la incomprensión histórica. A partir de lo anterior y fruto de este movimiento se reformaron diversos códigos todos implementado el sistema procesal oral y de una vez por todas abandonando el arcaico proceso escrito del proceso común.

Así por ejemplo se reformaron:

El de procedimiento civil de Hannover de 1850, el Código de Procedimiento Civil alemán de 1877, el japonés de 1890 y el austríaco de 1895, el código húngaro de 1911, el danés de 1916, el noruego de 1915, el yugoslavo de 1929, el polaco de 1933, el suizo de 1947 y el sueco de 1948. (Suárez, 1997, p. 67)

Actualmente la mayoría de legislaciones acogen el sistema procesal oral, aunque como se analizará todavía el sistema procesal de los países latinoamericanos es en su mayoría escrito y formalista en gran medida a diferencia de lo que se ha implementado en los países europeos. Por ejemplo, hace poco en los tratados comunitarios de Europa se creó el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea y posteriormente, en 1988, el Tribunal de Primera Instancia. Este Tribunal de Justicia establece: "El procedimiento en este sistema jurídico comunitario se sustenta en los principios de audiencia e igualdad". (Véscovi, 1986, s.p.) Dicho órgano

constituye un moderno modelo jurisdiccional internacional que compone “la instancia suprema en los asuntos que afectan la aplicación e interpretación del derecho en la comunidad”. (Suárez, 1997, p. 68)

Se inicia con una [fase escrita], en la que se presenta la demanda, se admite si reúne los requisitos de los artículos 37 y 38 del Reglamento Procesal y se notifica al demandado. De la contestación se corre traslado al demandante para la réplica y de ésta nuevamente traslado al demandado para la dúplica. Posteriormente el Magistrado Ponente presenta al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea un informe previo. Luego el Presidente del Tribunal fija fecha de apertura de la [fase oral], que se desarrolla en audiencia en la que se practican pruebas, se escuchan conclusiones y se dicta sentencia. (Suárez, 1997, p. 68)

Por otro lado, el proceso latinoamericano tiene sus peculiaridades que lo singularizan y que muchas veces ha sido criticado como lento.

Lo anterior porque:

La distancia entre los sujetos del proceso que se comunican a través de memoriales; el tributo a las formas, importantes rezagos de tarifa legal y la exagerada demora en los trámites. Además, partidas presupuestales insuficientes, creciente desconfianza en la justicia y en mayor o menor grado intervención de los políticos en los cargos de la magistratura, circunstancia que corrompe y aniquila. (Suárez, 1997, p. 68)

Por lo que, como lo expresa Enrique Véscovi: (1996):

El servicio de justicia, en nuestros países iberoamericanos se encuentra en sensible rezago con relación a los demás del mundo civilizado. En especial respecto del sistema de Europa, los Estados Unidos y aun con relación a algunos países de África y Asia. (p. 13)

Para buscar un proceso civil más moderno, más sencillo y más justo el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal se propuso como tarea desde 1967 “preparar un Código Modelo de Derecho Procesal, que en el aspecto civil se encomendó a los profesores Uruguayos Adolfo Gelsi Bidart y Enrique Véscovi. Este código modelo fue concebido teniendo como norte el proceso por audiencias o proceso oral”. (Suárez, 1997, p. 68)

Dicho Código significó la principal guía para las reformas de las demás legislaciones de los países en Latinoamérica. Es por ello, que merece un especial reconocimiento la reforma en

Uruguay que entró en vigencia el 20 de noviembre de 1988 y que comprendió “infraestructura, sistematización, preparación y remuneración adecuada del personal, mejores oficinas, creación y redistribución de juzgados y modificación total, no parcial del procedimiento, para un proceso oral, abreviado, público y con intermediación unificado en tres procedimientos: ordinario, extraordinario y monitorio”. (Suárez, 1997, p. 68)

[...] debe reconocerse una tendencia de transformación o superación de la distinción hacia una “recomposición” y unificación del derecho procesal civil, por la crisis de los modelos tradicionales. Los modelos funcionales se enfocan a la ‘instrumentalidad del proceso, como medio para conseguir los resultados a los cuales se orienta la justicia civil’, con las siguientes características: a) tutela judicial efectiva, que comprende esencialmente la posibilidad y realidad de acceso a la justicia; b) la rapidez en la solución, porque *justice delayed is justice denied*; y c) adecuación específica del procedimiento a las finalidades de tutela de las distintas situaciones jurídicas [...]. (Taruffo, 2006, pp. 57-85)

Nuestro proceso civil no es ajeno de esta corriente reformadora, que como hemos señalado a nivel regional recién a comienzos de la década de los años setenta se puede hablar de un importante avance y actualización de las instituciones procesales como es el caso de Colombia señalado a continuación:

El código de 1970 constituyó un importante avance y actualización de las instituciones procesales, entre otras cosas, dotando al juez de valiosos poderes de investigación y dirección e implementado el sistema de la persuasión racional para la valoración de la prueba. Sin embargo, en cuanto al sistema procesal siguió predominando el escrito, prácticamente con las mismas audiencias que venían desde el código judicial y algunos procesos verbales adicionales. (Suárez, 1997, p. 69)

Es claro que en comparación de otros países como en Uruguay o en Colombia, Ecuador tardó hasta ya avanzado el siglo XXI para finalmente pasar del antiguo procedimiento

eminentemente escrito, con audiencias muchas veces sólo para practicar cierta prueba a un moderno modelo oral que tiene grandes retos por delante.

En base a estas referencias el estudio de la evolución histórica del Derecho Procesal en Ecuador hacia la oralidad es vital para comprender los nuevos principios planteados y su complementariedad con otros cambios en la función judicial como la implementación del principio de celeridad para verdaderamente hacer justicia. La mayoría de veces antes de la entrada en vigencia del COGEP por más mínimo que haya sido la controversia civil el tiempo de juicio promedio era de 3 a 5 años.

El Código de Procedimiento Civil ecuatoriano, en adelante CPC poseyó sus remotas raíces en el Derecho Romano, específicamente durante una cierta etapa del siglo III (d.C.) conocido como el proceso *extraordinario cognition*, en donde el principio escriturario prevaleció a lo que se venía implementando en Roma siendo la oralidad hasta ese entonces. En este sentido, tal como pasó en el siglo III (d.C.) en Ecuador desde la creación de la República hasta la aprobación de la Constitución de 1998 se acentúa la importancia de la prueba documental, dejando de lado la libre valoración de la misma por parte del juez.

En tal sentido los tiempos legales de los juicios en Ecuador eran manejados arbitrariamente, el principio de inmediatez se veía postergado y el juez tenía potestad jurisdiccional solamente al momento de dictar sentencia.

Tal como lo menciona Couture (1997), el proceso no existe por sí mismo, y “solo se explica por su fin. [...] El fin es el de dirimir conflictos de intereses sometidos a los órganos de la jurisdicción”. (p. 145) Es así, que una de las razones primordiales para la transición del antiguo procedimiento escrito al actual modelo implementado por audiencias explícitamente orales, fue que se puso en duda si realmente en Ecuador se estaba precautelando la tutela judicial efectiva de derechos.

Para tener una noción histórica en cuanto a los sucesos más importantes en materia procesal en Ecuador, se destaca cuando el Congreso Nacional dictó en 1863 el Código de Enjuiciamiento Civiles que fue reemplazado en 1938 por el CPC el cual tuvo cuatro reformas codificadas (1953, 1960, 1987 y 2005) hasta la entrada en vigencia total del COGEP en 2016.

Cuando comenzó en el Ecuador en el año 1998 la adopción progresiva de la oralidad, ya se estableció en el artículo 194 de la Constitución de 1998 la idea de que todos los procesos y procedimientos judiciales se desarrollaran oralmente. Sin embargo, en la práctica eso nunca sucedió ya que los abogados, el juzgador y las partes procesales todavía tenían rezagos de la forma de llevar las audiencias con el procedimiento escrito.

Este principio fue ratificado por la constituyente de Montecristi que en los artículos 75, 76 numeral 7 literal h, y 168 numeral 6 de la Constitución del Ecuador:

Art. 75.- Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley. (Asamblea Constituyente, 2008, p. 22)

Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

[...] h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra. (Asamblea Constituyente, 2008, pp. 22-23)

Art. 168.- La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios:

[...] 6. La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo. (Asamblea Constituyente, 2008, p. 49)

No fue hasta la derogación del CPC y la entrada en vigencia del COGEP que formalmente hablando el sistema procesal ecuatoriano paso de ser un sistema escrito y dispositivo a un sistema mixto donde prima el principio de inmediación de las partes procesales con el juzgador. De esta forma, la realización del Proyecto Código Procesal Unificado estuvo a cargo del

Consejo de la Judicatura, a través de un contrato de consultoría que delegó la realización del cuerpo legal Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA). (Ruales, 2012, s.p.)

Tras varios meses de debates, talleres, mesas de trabajo en las ciudades de Quito, Ambato, Cuenca y Guayaquil el 28 de junio de 2012 se entregó formalmente el proyecto final al Consejo de la Judicatura. Entre las propuestas e ideas debatidas sin duda el objetivo primordial delegado a los juristas chilenos continuando su tradición de liderazgo latinoamericano, fue el de disminuir el tiempo excesivo que demoraba un juicio en la administración de justicia en el Ecuador.

Hay que destacar que otra de las características fundamentales de la implementación de un nuevo código suponía “la posibilidad de interactuar directamente con el juez y que la prueba sea conseguida solo a través del método oral”. (Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2012, s.p.)

El Proyecto del COGEP es un perfeccionamiento del proyecto ya mencionado, en donde el sistema escrito es concebido como un respaldo material de lo actuado por las partes procesales en un determinado proceso. De tal manera, el COGEP consta de 439 artículos divididos en cinco libros. El primero establece las normas generales como la competencia y los sujetos del proceso; el segundo desarrolla la actividad procesal; el tercero alude a las disposiciones comunes a todos los procesos; el cuarto instaura los tipos de procesos; y, el quinto hace referencia a la ejecución. En este sentido finalmente en un mismo código se regula a todos los procesos judiciales no penales en el país (civil, comercial, familiar, laboral, contencioso administrativo y tributario, entre otros).

De esta manera, se logró básicamente tres cosas: 1. Se acogió un proceso mixto a sabiendas como explica Couture (s/f) que en ningún sistema jurídico existen procesos orales/escritos puros (p. 61); 2. Se dio la posibilidad de que en la práctica se resuelvan controversias de distinta índole jurídica con diferentes grados de complejidad; y, 3. El uso de tecnologías para no dilatar

el proceso como los formularios en línea, las notificaciones judiciales a través de correo electrónico y las audiencias videograbadas.

La oralidad enfrenta como sistema de procedimiento varios retos entre los cuales encontramos: 1. El sistema oral “se presta al uso y abuso de la oratoria vacía, y lo que resultaría más grave, que esa elocuencia estéril pueda derivar en el dictado de resoluciones injustas”. (Peyrano, 1978, p. 315); 2. Lo que lleva a la preparación profesional de los abogados y los jueces; 3. La debida apreciación de la prueba por parte del juzgador empleando las reglas de la sana crítica; y, 4. El cumplimiento cabal de los tiempos legales establecidos.

1.2. Conceptualización.

En el presente trabajo se utilizaron esencialmente los siguientes conceptos:

1.2.1. Principio de oralidad.

La palabra oralidad viene de oral que significa: “de palabra; de viva voz. | De boca en boca, como la *tradición oral*. [V. Juicio escrito y oral] | Se contrapone especialmente a *escrito* en ciertas materias como los exámenes y los testimonios”. (Cuevas, 2008, p. 270)

Según Aroca: (2006)

Decir oralidad es como decir concentración, pues ésta constituye la principal característica exterior del proceso oral [...], los actos procesales [...] deben realizarse en unas pocas audiencias próximas unas a otras, de modo que no se corra el peligro de que las impresiones recogidas en la memoria del juez se borren.

La influencia de la concentración sobre la forma del proceso es evidente y de allí que haya sido considerada la principal característica exterior del proceso oral. Al mismo tiempo se ha señalado su influencia sobre la brevedad de los pleitos, frente a la escritura que supone necesariamente la dispersión de los actos procesales en el tiempo. De ahí que se haya dicho, por Alcalá-Zamora, que si las mayores ventajas del procedimiento oral obedecen al principio de concentración, sería preferible hablar de proceso concentrado en vez de proceso oral. (p. 63)

La doctrina y las legislaciones que han dado el paso hacia los procesos por audiencias consideran que el mismo se desarrolla de la siguiente manera: 1. Una fase inicial escrita (demanda y contestación a la demanda); y, 2. Una fase oral en la cual se empieza por la

audiencia preliminar y se concluye con la audiencia en la que se practican las pruebas, alegaciones y el fallo (que se lo tendrá que hacer oralmente y en ese momento). Cabe mencionar por otro lado, que el proceso sin audiencias se caracteriza por ser eminentemente escrito sin una relación directa entre los sujetos procesales.

Es así, que la convergencia de lo escrito con lo oral se complementa armónicamente y es por eso que los sistemas procesales más avanzados utilizan este modelo procesal.

El escrito tiene el mérito de la precisión; informa mejor al juez y a las partes porque exige una preparación sólida y reflexiva, pero sobre todo su conservación está eficazmente asegurada cuando se trata de probar la existencia o el contenido de un acto. La palabra es más viva; ella llama la atención del juez sobre los puntos esenciales del litigio; se presta mejor a la discusión y a la persuasión; tiene la ventaja de la simplicidad; evita la pesadez y la complejidad del formalismo que engendran los escritos. (Ponencia francesa, 1970, p. 10)

Por otro lado, la oralidad “se hace necesaria allí donde hay que asegurar una concentración del procedimiento y garantizar un contacto directo del Tribunal con las partes”. (Ponencia polaca, 1970, p. 11)

En la fase introductoria o preparatoria:

Se admite, notifica y contesta la demanda. Las partes depositan ante el juez o tribunal sus escritos y contra-escritos introductorios, intercambian sus "pleadings". Es una etapa preparatoria del TRIAL, la más extensa, que se surte entre las partes y que es eminentemente escrita. (Suárez, 1997, p. 70)

Para tener una noción de cómo se desarrolla la primera fase en el sistema procesal inglés y norteamericano, cabe decir que durante el transcurso de la misma solo intervienen las partes, sin la injerencia del juez (master en Inglaterra).

Ya sea en las propias oficinas de las partes o en las de sus abogados y, lo que es más importante, con poder de coerción, esto es, con posibilidad de constreñir a partes y terceros para declarar, testificar, exhibir documentos, etc [procedimientos de discovery]. La intervención del juez es apenas eventual cuando es necesario asegurar el "fairplay" o juego limpio. Estas pruebas permiten a las partes y abogados evaluar su posición y posibilidades de éxito en la segunda etapa, lo que en la práctica conduce a numerosos desistimientos y transacciones y por eso una gran cantidad de procesos terminan en esta primera

fase, de tal manera que la segunda etapa en los países del common law es la excepción. (Suárez, 1997, p. 70)

Durante la segunda fase que se divide en dos etapas: 1. Audiencia preliminar; y, 2. Audiencia de juicio. La audiencia preliminar por un lado cumple con una función vital que es la purificación y aclaración de todos los elementos probatorios que se daran en la etapa de juicio. Es aquí donde muchas veces en beneficio de las partes procesales se llega a un acuerdo y se concilia. Por otro lado, la etapa de juicio se da el debate público, en el que se practican pruebas, alegatos de conclusión y se dicta la sentencia.

El proceso por audiencias representa un conjunto de características que se analizarán a continuación in extenso:

1. Las audiencias con intervención personal del juez, las partes y los abogados. Como el momento más importante del proceso en el que se encuentran cara a cara y en relación directa el administrado y el órgano decisor, en su caso también los testigos y los auxiliares, en un escenario vivo y operante, de comprensión y diálogo, con plena inmediatez. Es un proceso de día, claro, abierto a la luz de la verdad, donde el juez contempla el rostro de los enfrentados, conoce sus preocupaciones y los interesados sienten al fallador cercano y accesible, pero al mismo tiempo inquieto y preocupado, dentro de la audiencia preliminar en la búsqueda de un acuerdo y, después, si éste no se logra, en la práctica de pruebas, para luego escuchar las alegaciones orales y terminar administrando justicia en la sentencia. (Suárez, 1997, p. 71)

2. Predominio de la palabra hablada como medio de expresión.

La escritura... es cosa muerta, y no nos habla más que de un solo lado, esto es, por medio de aquellas ideas que con los signos nos despierta en el espíritu. No satisface plenamente nuestra curiosidad, no contesta a nuestras dudas, no nos presenta los infinitos aspectos posibles de una misma cosa. En la voz viva hablan también el rostro, los ojos, el color, el movimiento, el tono de la voz, el modo de decir y tantas otras minúsculas circunstancias, las cuales modifican y desarrollan el sentido de las palabras generales, y nos suministran innumerables indicios en favor o en contra de lo que las palabras afirman. Esa lengua muda, la elocuencia del cuerpo..., siendo más interesante, es más verídica que las palabras, y sólo en menor grado logra esconder la verdad. Todos esos signos se pierden en la escritura y le faltan al juez los más claros y seguros argumentos. (Chiovenda, 1954, pp. 169-170)

3. Un juez director con inmediatez en la práctica de pruebas y persuasión racional en su valoración.

El proceso por audiencias requiere un director hábil, un verdadero protagonista, un juez dentro del proceso, con agudo sentido de responsabilidad, inteligente,

sin temores, activo, curioso, capacitado, un guía, un propulsor dinámico con amplios poderes de gobierno y control, honesto, cortés y justo; en pocas palabras un "Gran Juez", parcializado en la búsqueda de la verdad para la aplicación de la justicia. (Suárez, 1997, pp. 72)

4. Concentración de la sustanciación, menos formalista, en el menor número de audiencias.

En el oral el proceso está concentrado en la audiencia, en una secuencia coordinada y rápida de encuentros personales y particulares, no audiencias en masa, para debates orales, no de intercambio de escritos. Allí se resuelve todo lo que se va presentando, como recursos, incidentes o nulidades. Por lo general, sólo es apelable la sentencia o una providencia que implique terminación del proceso, porque la inmediata apelabilidad de los autos ofrece a la parte chicanera poderes paralizantes. Las suspensiones y aplazamientos son extraordinarios, por causas realmente justificadas, rechazando los pretextos que tiendan a dilatar o entorpecer. (Suárez, 1997, pp. 73)

Cabe destacar que el proceso civil por audiencias “no es solo una ritualidad sino el único que permite en forma seria cumplir con todos los llamados principios del derecho procesal”. (Quijano, 1996, pp. 448 y 468) Lo anterior porque este proceso colabora con mayor rapidez, publicidad, dirección del proceso por parte del juez, intermediación, concentración, búsqueda de la verdad, simplificación de la actuación, accesibilidad a la justicia y se incrementa la lealtad dotada de buena fe.

Agrega Jairo Parra Quijano: (1996)

La gente común tiene, generalmente, la convicción que el órgano jurisdiccional lo organizaron en su contra. Cuando el proceso es escrito y no hay audiencia de conciliación, el único contacto directo del sujeto con la tramitación es habitualmente el interrogatorio de parte que, por su naturaleza y finalidad encaminada a provocar la confesión, resulta agresivo para la parte; con él, la insatisfacción contra el órgano jurisdiccional crece. Cuando el proceso es por audiencias y existe audiencia de conciliación, la parte puede tener otra sensación, su autoestima se aquilata por el diálogo que sostiene con la otra parte y con el juez. Hacer extraña a la parte, en su propio asunto, es quizá el peor defecto del proceso escrito. Si hay proceso escrito con audiencia de conciliación, la sensación de extraño disminuye. (pp. 448-468)

Aunque como se ha demostrado las ventajas del proceso oral es, con mucho el mejor de los dos modelos y el que mejor se adapta a la vida moderna; hay que considerar que igualmente existen algunas desventajas durante el proceso que en realidad son retos a tomar partida tanto

en Ecuador como a nivel global dentro los juicios. Por ejemplo: 1. Se evidencian rasgos de superficialidad en los hechos, pero esto sobrepasa si el proceso es escrito u oral, lo anterior está directamente relacionado con la irresponsabilidad de los jueces o de las partes; 2. Lentitud de fechas prontas para audiencias; 3. Oratoria exagerada; y, 4. Onerosidad del sistema oral.

Sin embargo, “el sistema oral, incuestionablemente, favorece la inmediación, la contradicción y la mayor eficacia de la prueba, por lo cual debe aplicarse para recepción, en audiencia, de las pruebas personales (testimonios, interrogatorios de partes y peritajes)”. (Santo, 1992, p. 28)

1.2.2. Principio de inmediación.

Actualmente el principio de inmediación se encuentra muy presente en nuestra legislación como ya se lo ha mencionado con anterioridad en el artículo 75 de la Constitución. En 2008 ya se estableció que es necesario dicho principio para el correcto funcionamiento del sistema de administración de justicia para precautelar garantías constitucionales.

El sistema procesal ecuatoriano ha optado por la inmediación como principio rector, atribuyéndole al juzgador la calidad de director con la obligación de escuchar a las partes durante todo el proceso. El juzgador tiene la libertad para valorar pruebas e indicios y la facultad de apreciar el comportamiento procesal de las partes.

Principio del Derecho Procesal encaminado a la relación directa de los litigantes con el juez, prescindiendo de la intervención de otras personas. Constituye el medio de que el magistrado conozca personalmente a las partes y pueda apreciar mejor el valor de las pruebas, especialmente de la testifical, ya que todas ellas han de realizarse en su presencia. El tema de la *inmediación* se encuentra íntimamente ligado a la oralidad del procedimiento, ya que, cuando es escrito, las diligencias, inclusive la recepción de las declaraciones (testimonios, absolución de posiciones, informes periciales), se suelen practicar ante el secretario judicial, y más corrientemente ante oficial o ante un escribiente del juzgado. (Cuevas, 2008, p. 200)

El Juez debe mantenerse en relación directa con las partes y recibir personalmente las pruebas, lo que indefectiblemente resulta de la mayor importancia; pues, sólo así tendrá la oportunidad de conocer y apreciar las condiciones morales de los litigantes, cuando dicen la verdad o cuando se abstienen de hacerlo, para llegado el caso, no sólo ejercer con eficacia sus

facultades de conciliación, sino también valorar su conducta durante el proceso, adquiriendo los elementos que le van a permitir formar convicción para un fallo justo, lo que no sería posible si el Juez sentenciador es distinto al que ha dirigido el proceso en la actuación de las pruebas. (Casación, 1997, s.p.)

Es así que el artículo 6 del COGEP y el artículo 19 del COFJ establecen:

Artículo 6.- Principio de inmediación. La o el juzgador celebrará las audiencias en conjunto con las partes procesales que deberán estar presentes para la evacuación de la prueba y demás actos procesales que estructuran de manera fundamental el proceso.

Solo podrán delegar las diligencias que deban celebrarse en territorio distinto al de su competencia.

Las audiencias que no sean conducidas por la o el juzgador serán nulas. (Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2015, p. 6)

Art. 19.- Principios dispositivo, de inmediación y concentración. - Todo proceso judicial se promueve por iniciativa de parte legitimada. Las juezas y jueces resolverán de conformidad con lo fijado por las partes como objeto del proceso y en mérito de las pruebas pedidas, ordenadas y actuadas de conformidad con la ley.

Sin embargo, en los procesos que versen sobre garantías jurisdiccionales, en caso de constatarse la vulneración de derechos que no fuera expresamente invocada por los afectados, las juezas y jueces podrán pronunciarse sobre tal cuestión en la resolución que expidieren, sin que pueda acusarse al fallo de incongruencia por este motivo.

Los procesos se sustanciarán con la intervención directa de las juezas y jueces que conozcan de la causa. Se propenderá a reunir la actividad procesal en la menor cantidad posible de actos, para lograr la concentración que contribuya a la celeridad del proceso. (Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2009, pp. 8-9)

Como se ha establecido en líneas anteriores, el principio de inmediación está consagrado en el núcleo del sistema procesal ecuatoriano y está relacionado estrechamente con la oralidad o el proceso por audiencias.

1.2.3. Prueba.

La prueba judicial ejerció gran fascinación en Carnelutti, ese coloso del derecho, quien manifestó desde la cátedra que “el juez está en medio de un minúsculo cerco de luces, fuera del cual todo es tinieblas: detrás de él el enigma del pasado, y adelante, el enigma del futuro. Ese

minúsculo cerco es la prueba... La prueba es el corazón del problema del juicio, del mismo modo que éste es el corazón del pensamiento”. (Carnelutti, 1979, s. p.)

1.2.3.1 Apertura de la prueba.

La primera etapa del proceso, denominada *informativa, instructiva o introductoria*, cuyo objeto principal es fijar las pretensiones de las partes, concluye con los escritos de demanda, contestación o reconvención (o solamente con el primero en el caso de rebeldía o incontestación del demandado).

El juez, oportunamente, de conformidad a dichas pretensiones, pronunciará decisión expresa, positiva y precisa. De esta manera, se declara el derecho de los litigantes. “Una vez sustanciada la etapa informativa, el juez resolverá si el juicio debe abrirse a prueba o corresponde la declaración de puro derecho”. (Santo, 1992, p. 1)

1.2.3.2 Cuestión fáctica o, de hecho.

“Cuando lo que se discute y controvierte en el proceso son los hechos, se dice que la cuestión es *fáctica o de hecho*”. (Santo, 1992, p. 2)

Precisamente:

Se dice que la cuestión es de *hecho* cuando las partes no están de acuerdo sobre los alegados en la demanda; mixta cuando no solamente se discuten los hechos sino también el derecho invocado; de puro derecho cuando hay conformidad sobre los hechos y sólo se discute el derecho. (Alsina, 1956-1965, p. 215)

1.2.3.3. ¿Qué es una cuestión de hecho?

Los hechos que el actor en la demanda y el demandado en la contestación, exponen al órgano jurisdiccional que va a conocer la causa son denominados hechos articulados. Es decir, es el conjunto de sucesos sobre los cuales apoyan sus respectivas pretensiones jurídicas. Por otro lado, los hechos conducentes son “los hechos útiles; los que conducen a un resultado útil”. (Melendo, 1957, s. p.) También existen los hechos inconducentes los cuales son aquellos hechos que “no influirían en la decisión de la litis”. (Alsina, 1956-1965, p. 244)

En este sentido, todos los hechos o alguno de ellos podrán ser reconocidos o negados, discutidos o impugnados. “Es decir que habrá hechos en que exista conformidad de las partes

acerca de su acaecimiento (*hechos no controvertidos*) y hechos en que no exista tal conformidad (*hechos controvertidos*)". (Santo, 1992, p 3)

Se producirá una cuestión hecho, entonces cuando "un acontecimiento que tiene importancia para fundamentar la decisión del juez respecto de la situación jurídica que se plantea en la demanda o en la reconvencción o en sus respectivas contestaciones, es controvertido por el litigante al cual se opone". (Carli, 1973, p. 312)

1.2.3.4. Providencia de clausura.

El juez está facultado para realizar la petición de apertura a prueba y decretarla de oficio. Es decir, contestada la demanda y si es que hay reconvencción "el juez sin otro trámite ulterior, recibe la causa a prueba, a cuyo fin dicta una providencia que produce la clausura de la etapa informativa, aunque no lo diga expresamente, y la apertura de una nueva, la etapa *probatoria*". (Santo, 1992, p. 3) La providencia de clausura es una de las facultades ordenatorias del órgano jurisdiccional.

1.2.3.5. Declaración de puro derecho.

Como ya se ha mencionado con anterioridad "si el demandado admite los hechos expuestos en la demanda, pero desconoce los efectos jurídicos que el actor les asigna, el juez declarará la *cuestión de puro derecho*". (Santo, 1992, p. 3)

Cabe puntualizar:

Cuando en las respectivas formulaciones de los escritos introductorios no hay, en principio, hechos controvertidos. Las partes concuerdan acerca de los hechos, pero les asignan una significación jurídica distinta. La discrepancia está referida al derecho aplicable al caso, que proporciona la solución legal a la cuestión. (Palma Ó. S., 1983, p. 159)

Sin embargo, la cuestión de puro derecho no depende "de la inexistencia de hechos controvertidos, pues puede haberlos y no mediar sobre los mismos conformidad de parte, versando la dificultad sobre la valoración de pruebas ya agregadas a los autos, en cuyo caso tampoco cabe la apertura a prueba". (Fassi, 1977-1978, p. 145)

Más amplia es la explicación de Falcón: (1982-1984)

Tanto en los supuestos en que no hubiese mérito para abrir la causa a prueba (art. 359 CPN), se opusiere alguna de las partes a la apertura y ganase la oposición (art. 361 CPN), o se prescindiere por las partes de la apertura a prueba (art. 362 CPN), corresponde declarar la causa de puro derecho, por una providencia simple. Ello es así porque el art. 359 dice: <<Si (la causa) fuere de puro derecho...>>. Y una causa es de puro derecho una vez que hay una declaración judicial que así la califica. Pero ello sólo no basta. Además, dicha resolución debe notificarse por cédula o personalmente (art. 135, inc. 4) y consentir, pues es apelable (arg. Arts. 242, inc. 3, y 361, ap. 2°). (p. 98)

La declaración de puro derecho constituye una hipótesis de excepción, ya que la apertura del juicio a prueba es la regla como conducta procesal más acorde con la amplitud que debe otorgarse al principio de la defensa en juicio (CNCiv., Sala A, LL, t. 131, p. 1138, n° 17.878-S).

La apertura a prueba, por lo tanto, debe decretarse ante la más mínima duda acerca de la posibilidad de emitir un pronunciamiento *justo*, de atenderse únicamente a los elementos de juicio incorporados hasta ese momento a la causa (CNCiv., Sala C, Ed, t. 67, p. 173; íd., Sala E, LL, t. 1978-B, p. 656, n° 34.562-S). (Santo, 1992, pp. 4-5)

1.2.3.6. Concepto de la prueba.

Las normas jurídicas sujetan la producción de sus efectos a la existencia de determinada situación de hecho. De ahí que la parte que afirma la existencia de un hecho al que atribuye alguna consecuencia jurídica “debe, ante todo, alegar la coincidencia de ese hecho con el presupuesto fáctico de la norma o normas invocadas en apoyo de su postura procesal”. (Palacio, 1967-1972, p. 327) Los hechos afirmados en la alegación, concebido como: un acto de una de las partes, en apoyo de una determinada petición, con la cual se afirma o se niega “la existencia de un hecho o la aplicabilidad o inaplicabilidad de una norma jurídica a ese hecho”. (Palacio, 1967-1972, p. 320)

La expresión “prueba”, en el lenguaje procesal, considerada en sentido amplio, tiene tres significados fundamentales: tanto se refiere al “procedimiento” para probar, como al “medio” por el cual se intenta demostrar, cuanto al “resultado” de lo que ha sido probado.

Desde un primer punto de vista, en efecto, denota la peculiar actividad que se despliega durante el desarrollo de la causa por obra de los justiciables y el órgano jurisdiccional y cuya finalidad es producir en el ánimo del juzgador una certeza

no lógica o matemática, sino psicológica, sobre la existencia o inexistencia de los hechos afirmados.

Se habla, entonces, de prueba como “procedimiento”: *durante la prueba; durante el período probatorio.*

En segundo término por prueba se entiende el conjunto de modo u operaciones (medios de prueba, [...], declaración de testigos, dictamen pericial, etc.) del que se extraen, por conducto de la fuente que proporcionan ([...], el hecho declarado por la parte), las razones generadoras de la convicción judicial (argumentos de prueba).

La prueba, por último, significa el hecho mismo de la convicción judicial, es decir, el “resultado” de aquella actividad (se dice que algo está probado cuando ha quedado suficientemente demostrado como cierto). (Santo, 1992, p. 29)

En este sentido, la doctrina concibe a dicha institución jurídica como:

Demostración de la verdad de una afirmación, de la existencia de una cosa o de la realidad de un hecho. | Cabal refutación de una falsedad. | Comprobación. | Persuasión o convencimiento que se origina en otro, y especialmente en el juez o en quien haya de resolver sobre lo dudoso o discutido. | Razón, argumento, declaración, documento u otro medio para patentizar la verdad o falsedad de algo. | Indicio, muestra, señal. | Ensayo, experimento, experiencia. (Cuevas, 2008, p. 313)

1.2.3.7. Admisión de hecho.

Respecto a dicho lineamiento, el juez o juzgador competente, con las limitaciones que surgen de la indisponibilidad del objeto procesal como ya se ha mencionado, “debe tener por exacto el hecho concordantemente afirmado por las partes, de modo que a éstas sólo les resta exponer sus respectivos puntos de vista acerca de las normas jurídica aplicables al caso”. (Santo, 1992, p. 9)

Es así qué:

La vigencia del principio dispositivo impone al juez el deber de aceptar, sin más, la existencia de aquellos hechos que son unánimemente reconocidos o concordantemente afirmados por ambas partes (*afirmación bilateral*), de suerte tal que las alegaciones fácticas incontrovertidas bastan, en el proceso civil, para servir de fundamento a la sentencia. (Palacio, 1967-1972, p. 347)

Tal como lo establece el COGEP en su artículo 183, donde establece que “la declaración legítimamente hecha sobre la verdad de la demanda termina el proceso”. (Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2015, p. 28) Por otro lado, hay que considerar que ciertas causas que conoce el juez hay excepciones a la regla antes mencionada, dado que hay circunstancias donde el objeto procesal dentro del proceso está indisponible para las partes o recaen sobre hechos manifestadamente imposibles. En estos casos, con relación a este tipo de hechos la producción de la prueba no es factible.

1.2.3.8. Negación del hecho.

En este supuesto, por otro lado, “la actividad meramente alegatoria debe complementarse mediante una actividad distinta cuyo objeto consiste en verificar la exactitud de los datos fácticos que las partes incorporan al proceso a través de las afirmaciones”. (Santo, 1992, p. 10) Dicha actividad y las alegaciones que forman parte de la instrucción es la prueba. Es menester “para que se aplique la norma jurídica invocada por las partes al hacer valer su pretensión en juicio, que la parte <<afirme>> los hechos contenidos en esa norma jurídica”. (Eisner, 1964, p. 20)

Guasp, por su parte, expresa in extenso: (1968)

Las simples alegaciones procesales no bastan para proporcionar al órgano jurisdiccional el instrumento que éste necesita para la emisión de su fallo. El juez, al sentenciar, tiene que contar con datos lógicos que le inspiren el sentido de su decisión, pero no con cualquier clase de datos de este carácter, sino sólo con aquellos que sean o, por lo menos, le parezcan convincentes, respecto a su exactitud y certeza. Tiene que haber, pues, una actividad complementaria de la puramente alegatoria, dirigida a proporcionar tal convencimiento, actividad que, conjunto con la anterior, integra la instrucción procesal en el proceso de cognición, y que es, precisamente, la prueba. (p. 320)

Las explicaciones sobre el tema de estudio por parte de Alsina son sumamente convincentes: (1956-1965)

Todo derecho nace, se transforma o se extingue como consecuencia de un hecho. De aquí que la primera función del juez en el proceso sea la [verificación de los hechos], para luego, en la sentencia, deducir el derecho que surja de ellos. El

juez conoce el derecho, y nada importa que las partes omitan mencionarlo o incurran en errores con respecto a la ley aplicable, porque a él le corresponde establecer su verdadera calificación jurídica en virtud del principio *iuranovit curia*; pero no ocurre lo mismo con los hechos, que sólo puede conocerlos a través de las afirmaciones de las partes y de la prueba que ellas produzcan para acreditarlos.

Cuando el actor y demandado están de acuerdo sobre la forma en que los hechos se han producido [continúa diciendo], el juez debe aceptarlos, a menos que sean inverosímiles o contrarios al orden natural de las cosas; se dice entonces que la cuestión es de puro derecho, y el juez prescindirá de la prueba, limitándose a aplicar el derecho.

Pero [concluye] cuando las versiones son distintas no puede dar crédito a una de ellas en detrimento de la otra, y por eso el Código de Procedimiento prescribe en su art. 104: <<Siempre que se hayan alegado hechos conducentes, acerca de los cuales no hubiese conformidad entre las partes, aunque éstas no lo pidan, el juez recibirá la causa a prueba>>. (p. 221)

1.2.3.9. Finalidad de la actividad probatoria.

Hoy en día el procedimiento civil ecuatoriano se destaca claramente en que las partes durante todo el proceso de sustanciación de la causa han de presentar las pruebas que hacen a sus derechos, y solamente cuando sea indispensable o por la libre convicción del juzgador se podrán adoptar medidas para que el juez proporcione dicha prueba. Por regla general el juez no puede investigar para llegar a la verdad dado que el principio general de los procesos por audiencias o el dispositivo establece que “el material de conocimiento debe ser proporcionado, principalmente, por los litigantes; lo contrario significaría liberar a las partes de la carga de la prueba o destruir el principio de igualdad entre ellas (CNCiv., Sala B, ED, t. 27, p. 230)”.

(Santo, 1992, p. 12)

Couture explica con claridad esta cuestión: (1942)

La prueba civil *no es una averiguación*. Quien leyera las disposiciones legales que la definen como tal, recibirá la sensación de que el juez civil es un investigador de la verdad. Sin embargo, el juez civil no conoce, por regla general, otra prueba que la que le suministran los litigantes. En el sistema [dispositivo y no inductivo] vigente no le está confiada normalmente una misión de averiguación ni de investigación jurídica. En esto estriba la diferencia que tiene con el juez de orden penal: éste sí, es un averiguador de la verdad de las circunstancias en que se produjeron determinados hechos. A tal punto el juez civil no es un investigador, que el reconocimiento del demandado detiene toda

actividad de averiguación que pudiera cumplir el juez. La regla general es que si el demandado [declara] clara y positivamente los términos de la demanda, el juicio ha terminado, debiéndose dictar sentencia en su contra sin necesidad de otra prueba ni trámite. La doctrina acepta aun, en términos generales y salvo excepciones justificadas, que el reconocimiento de la demanda vale tanto como una sentencia en su contra que se diera el demandado. (p. 217)

El proceso civil, no puede al fin y al cabo pretender alcanzar la verdad dado que es una utopía.

Nuestra rebelde exigencia de que en el juicio se llegue a la verdad, termina por desmoronarse ante la realidad práctica de la vida en sociedad que exige soluciones; soluciones que da la jurisdicción tratando de llegar a la verificación de los hechos, mejor aún, a la *verificación las partes respecto de los hechos*. (Eisner, 1964, p. 26)

Es por esto, que debe descartarse que la finalidad de la actividad probatoria es la obtención de la verdad real, aunque no hay que descartar que es el objetivo ideal en todo proceso. “La verdad es una noción ontológica, objetiva y el conocimiento que creemos tener de ella es subjetivo”. (Echandía, 1976, p. 250)

Si el fin de la prueba fuese la verdad, resultaría que en muchos procesos no se habría cumplido ese fin, a pesar de que el juez hubiera adoptado una decisión convencido por ella. Siempre que, gracias a la prueba suministrada, se pronuncia sentencia, aquélla ha cumplido su función. Este simple razonamiento indica que el fin de la prueba es darle al juez el convencimiento o la certeza sobre los hechos, que es la creencia de conocer la verdad o de que nuestro conocimiento se ajusta a la realidad, lo cual le permite adoptar su decisión [aplicando la sana crítica]; sea que esa certeza corresponda a la realidad, en cuyo caso se estará en la verdad, o que se encuentre desligada de ella y exista un error. La justicia humana no puede exigir más, porque no puede aspirar a la infalibilidad. (Echandía, 1976, p. 250)

En síntesis, la finalidad de la actividad probatoria es producir íntegro ánimo del juzgador de tener certeza de su decisión de la causa conocida. Es decir, es imposible llegar a una lógica matemática en cuanto a la verdad de la actividad probatoria siendo que “ni siquiera las verdades científicas, a las que se llega por medios muchos más amplios y libres que la reglamentación procesal, son verdades eternas, porque las nuevas verdades de la ciencia cada día son otras y

voltean las verdades anteriores”. (Eisner, 1964, p. 26) Cabe decir, la producción del convencimiento psicológico del órgano judicial es al fin y al cabo la finalidad de la actividad probatoria.

CAPÍTULO II

PRINCIPIOS GENERALES DE LA PRUEBA JUDICIAL

2.1. Principios generales de la prueba judicial.

El estudio doctrinal de los principios generales de la prueba judicial y su sustento legal dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano es de suma importancia para que tanto el juez y el abogado puedan orientar su criterio para la recepción, práctica y evaluación de la prueba. En cuanto a su aproximación doctrinaria, los principios son fórmulas técnicas del mundo jurídico y no de simples criterios morales, buenas intenciones o vagas directivas.

Los principios generales de la prueba judicial son el origen o el fundamento de las reglas de las diversas pruebas presentadas en un juicio. Los mismos, participan de la idea de principalidad que les otorga primacía frente a las restantes fuentes del derecho. En este sentido, son principios, por cuanto constituyen los soportes primarios estructurantes del sistema jurídico, al que prestan su contenido.

Ello es así:

Porque en todo sistema jurídico hay una cantidad de reglas de gran generalidad, verdaderamente fundamentales, en el sentido de que a ellas pueden vincularse, de un modo directo o indirecto, una serie de soluciones expresas del derecho positivo a la vez que pueden resolverse, mediante su aplicación, caso no previstos, que dichas normas regulan implícitamente. (Lico, s.f., párr. 3)

El COGEP por otro lado, regula la actividad procesal en todas las materias, excepto la constitucional, electoral y penal. Hay que destacar, que este Código aplica en todas las actividades procesales con estricta observancia los principios rectores del derecho previstos en la “Constitución de la República, en los instrumentos internacionales de derechos humanos, en los instrumentos internacionales ratificados por el Estado, en el Código Orgánico de la Función Judicial y los desarrollados en este Código”. (Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2015, p. 19)

El marco constitucional del Estado ecuatoriano prevé en este sentido: 1. Jurisdicción y coordinación en el artículo 226; 2. El debido proceso en el artículo 76; 3. Imparcialidad en el artículo 232 segundo inciso; 4. Los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación en su artículo 227. De igual manera, el COGEP desarrolla los principios generales desde el artículo 3 al artículo 7, los cuales son: 1. Dirección de proceso; 2. Proceso oral por audiencias; 3. Impulso procesal; 4. Principio de inmediación; y, 5. Principio de intimidad.

La relación entre los principios generales del derecho y los de la prueba judicial “transcenden un precepto concreto y no se confunden entonces con apreciaciones singulares o particulares”. (Lico, s.f., párr. 4) Ciertamente, los principios generales del derecho asientan las directrices que los principios generales de la prueba judicial que se analizarán a continuación deberán seguir.

2.1.1. Principio de la necesidad de la prueba y de la prohibición de aplicar el conocimiento privado del juez sobre los hechos.

Este principio alude a la necesidad de que “los hechos sobre los cuales debe fundarse la sentencia se hallen acreditados con pruebas suministradas por cualquiera de los litigantes o por el órgano jurisdiccional, sin que el magistrado pueda suplirlas con el conocimiento personal privado que tenga sobre ellos”. (Santo, 1992, p. 14) Lo anterior significaría desconocer la publicidad y la contradicción, principios indispensables para la validez de todo medio probatorio y el derecho a la defensa del demandado.

El artículo 162 de igual manera establece:

Deben probarse todos los hechos alegados por las partes, salvo los que no lo requieran.

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

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

La o el juzgador no podrá aplicar como prueba su conocimiento propio sobre los hechos o circunstancias controvertidos. (Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2015, p. 25)

Bentham fue enfático al negarle todo mérito probatorio al conocimiento privado del juez, porque “no basta que su decisión sea justa, sino es necesario que además lo parezca, [y]; nada habría más peligroso que dejar que se confundiesen los oficios de testigos y de juez”. (Bentham, 1971, p. 95-97)

Es así, que este principio, simboliza una garantía de carácter procesal para la libertad y derechos de las partes. Lo anterior, porque de otra manera estarían en las manos de jueces parciales y a merced de decisiones que no podrían ser revisadas por el superior. “Pero, naturalmente, nada obsta a que el juez utilice su conocimiento privado de los hechos relacionados con el proceso para ordenar pruebas de oficio con el fin de demostrarlos”. (Santo, 1992, p. 15)

De lo analizado, se obtiene la conclusión de que puede hablarse del principio general de la necesidad de la prueba que se caracteriza por estar dentro de los distintos procesos independientemente de la rama jurídica. La teoría obvia de que una teoría general de la prueba podrá ser aplicable a procesos civiles, penales, laborales, contencioso-administrativo, etc.

2.1.2. Principio de la eficacia jurídica y legal de la prueba.

Se trata de un principio que va de la mano y es complementario al anterior. Es así, que si una determinada prueba es necesaria en un proceso, esta deberá tener indispensablemente eficacia jurídica para que el órgano jurisdiccional tenga certeza y convicción de los hechos que claramente son los presupuestos de las normas jurídicas aplicables al litigio.

Es así, que no se concibe la institución de la prueba judicial sin esa eficacia jurídica reconocida por la ley.

Cualquiera que sea el sistema de valoración y de aportación de los medios al proceso, pues este principio no significa que se regule su grado de persuasión, sino que el juez libre o vinculado por la norma, debe considerar la prueba como

el medio ace (Romero, 2017)ptado por el legislador, para llegar a una conclusión sobre la existencia y las modalidades de los hechos afirmados. (Santo, 1992, p. 15)

La prueba obtenida debe en este sentido tener eficacia para llevar al juzgador al convencimiento de la verdad de los hechos controvertidos.

2.1.3. Principio de la unidad de la prueba.

Dicho principio versa a que la prueba para una sana valoración debe ser examinada en su conjunto por el órgano jurisdiccional. Es decir, se deberán confrontar las diversas pruebas presentadas por las partes (documentos, testimonios, peritajes, etc.), señalando su concordancia o su discordancia dependiendo el caso. De esta manera, el juez podrá concluir con la mayor proximidad a la verdad sobre el convencimiento de lo que las pruebas en representen de manera unida. “La unidad implica una evaluación íntegra de todo el material probatorio del proceso, que permitirá al juez sobre su convicción llegar a una conclusión”. (Romero, 2017, p. 35)

Así en nuestra legislación el COGEP establece en el artículo 164 que: “la prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, dejando a salvo las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos”. (Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2015, p. 25)

2.1.4. Principio de la comunidad (o de la adquisición) de la prueba.

A partir del anterior principio nace el principio de la adquisición de la prueba, en sí es una consecuencia del anterior. Dicho principio establece que “la prueba no pertenece a quien la suministra; por ende, es inadmisibles pretender que sólo beneficie al que la allega al proceso”. (Santo, 1992, pág. 16) Siendo que la prueba una vez incorporada legalmente a los autos deberá considerársela como el centro del juicio y constituirán los elementos utilizados por el órgano jurisdiccional para arribar al resultado de la existencia o inexistencia del hecho.

De ahí que no importe quién las haya propuesto o practicado y cabe recalcar que este principio determina la “inadmisibilidad de la renuncia o desistimiento de cualquier prueba que ya haya sido producida. Sólo sí se considerará patrimonio procesal de quien la suministra o en su solo beneficio podría admitirse que la retirara o dejara sin efecto”. (Santo, 1992, p. 16) En tal sentido, que a dicho principio lo caracteriza el principio de lealtad dado que impide practicar cierta prueba para luego retirarla si perjudica.

De igual manera, Ramírez agrega: (2017) “una de las consecuencias del principio de la comunidad de la prueba es la de que es improcedente la renuncia o desistimiento de las pruebas practicadas. Una vez practicada la prueba, ésta le pertenece al proceso”. (p. 36)

2.1.5. Principio del interés público de la función de la prueba.

Como ya se ha señalado reiteradas veces, el fin de la prueba es producir certeza en la mente del juez para que pueda decidir la litis motivadamente; de ahí aparece el interés público en la función que realiza el magistrado que conoce de la causa en específico. Este fin de interés general ya se ha puntualizado en el deber que tiene el juzgador de mencionar los motivos de la decisión en sentencia que tiene carácter vinculatorio de manera inmediata. Lo anterior porque “la prueba tiene un fin que va más allá de la persona del juez, y se refleja y expande en el amplio dominio de la conciencia social a través de los diversos órganos de control de que dispone la sociedad”. (Florian, 1961, s. p.)

Cuando se obliga a un litigante durante el juicio a que exhiba una prueba a petición del otro, no se debe entender a que ayude a la otra parte, sino que “ilustre y aclare la información al juez, [lo cual] no es un beneficio al adversario y un perjuicio a sí mismo, sino una ayuda indispensable a la misión impersonal y superior de la justicia”. (Couture, 1978, pp. 137 y 141)

Dicho principio esclarece que la parte rinde un servicio a la justicia y no al adversario, “en cuyo mantenimiento está interesada la comunidad” (Santo, 1992, p. 17), porque quien niega la prueba “la rehúsa en contra del bien común”. (Couture, 1978, pp. 137 y 141) En cierto sentido,

no se trata de una creencia subjetiva del juez, sino que “los hechos y las pruebas que han sido sometidos a su criterio, si se pusiesen en consideración de cualquier otro ciudadano desinteresado y razonable, deberían dar por resultado la misma certeza que le produjeron al juez”. (Malatesta, 1964, pp. 114 y 121)

2.1.6. Principio de la lealtad y probidad o veracidad de la prueba.

Este principio es consecuencia de todos los anteriores antes ya analizados. Dado que la prueba es común, tiene su unidad y su función de interés general, la misma no debe ser objeto para ocultar la realidad.

El órgano jurisdiccional, pues no debe ser inducido a engaño. La lealtad y la probidad, naturalmente, no rigen solamente para la prueba sin para el proceso en general, en todos los actos procesales (demanda, defensa, recursos, etc.). El “principio de la buena fe y la lealtad procesal”, precisamente, es una de las bases fundamentales del derecho procesal. (Santo, 1992, pp. 18)

En teoría se piensa que las partes colaboraran a la obtención de la voluntad de la ley, de esta forma lo que buscarían es dejar de lado el interés particular para que haya justicia. En este sentido, lo ideal es que la prueba “debe tender a la reconstrucción de los hechos y de la situación jurídica, tal como efectivamente ocurrieron o están ocurriendo las cosas”. (Melero, 1968, pp. 27 y 29)

Hay que considerar que el juez debe apreciar en conjunto el comportamiento procesal de las partes en la causa conocida como ya se ha mencionado para ir “deduciendo de él elementos preciosos para la formación de la propia convicción”. (Micheli, 1961, s.p.) “Indudablemente, se trata de una preciosa facultad del juez la de sacar conclusiones, utilizables en la valoración de las pruebas, acerca del comportamiento procesal de las partes, y, concretamente, en la etapa probatoria”. (Santo, 1992, p. 19)

Finalmente, es deber de los abogados litigantes:

1. Actuar al servicio de la justicia y, colaborar con los jueces y tribunales;
2. Patrocinar con sujeción a los principios de lealtad, veracidad, honradez y buena fe;

3. Defender con sujeción a las leyes, la verdad de los hechos; entre otros.
(Romero, 2017, p. 38)

2.1.7. Principio de la contradicción de la prueba.

Dicho principio significa que la parte contra quien se opone una prueba de cualquier naturaleza tiene el derecho de gozar de oportunidad procesal para conocerla y discutirla. De la misma manera dicho principio tiene como fin que dicha parte procesal contrapruebe de los medios probatorios aportados, por el contrario.

Para garantizar este derecho, el actor en la demanda debe anunciar los medios de prueba que se ofrece para acreditar los hechos, acompañar los documentos que disponga; y, la parte demandada en el escrito de contestación de la demanda deberá anunciar todos los medios probatorios destinados a sustentar su contradicción, adjuntar los documentos con que cuenta. (Romero, 2017, p. 39)

De esta manera, se garantiza un debido proceso pues se cumple con el principio de derecho a la defensa. “Viola este principio, pues, la prueba secreta practicada con desconocimiento de los litigantes o de uno de ellos y la aplicación del conocimiento privado del magistrado sobre los hechos que no constan en los autos ni gozan de notoriedad general”. (Santo, 1992, p. 20)

Por otro lado, dicho principio implica que las partes procesales y el órgano jurisdiccional en la etapa informativa del proceso se colaboren mutuamente para que exista un debido proceso y consecuentemente igualdad de oportunidad para la prueba.

2.1.8. Principio de igualdad de oportunidad para la prueba.

Para que exista igualdad de oportunidad para la prueba es necesario que exista la contradicción en un proceso. Además, dicho principio implica que “los litigantes dispongan de idénticas oportunidades para presentar o pedir la práctica de pruebas y para contradecir las propuestas por el adversario”. (Santo, 1992, p. 20)

Esa igualdad de oportunidades para probar un hecho no significa que se exija a los litigantes por igual una prueba similar de los hechos controvertidos. Por el contrario, dicho principio trata de que se observe al principio fundamental de la carga de la prueba.

Como pauta, la actividad probatoria recae sobre el demandante, en el sentido de que si éste nada prueba, su demanda será rechazada sin que esto implique que al demandado no le interese demostrar sus excepciones y que no esté también sujeto a la carga de la prueba. (Santo, 1992, p. 20)

2.1.9. Principio de publicidad de la prueba.

La publicidad de la prueba constituye un requisito fundamental por su valor y eficacia. Es así, que dicho principio permite a las partes procesales conocer, participar, impugnar y discutir la prueba para que con posterioridad se las pueda analizar en los respectivos alegatos para poner en relieve su importancia ante el órgano jurisdiccional que conoce la causa.

“También implica que las conclusiones del juez sobre la prueba deben ser conocidas de las partes y estar a disposición de cualquier interesado, de modo de cumplir a cabalidad la función social que les corresponde”. (Santo, 1992, p. 21) Por ende, la publicidad de la prueba está estrechamente relacionada con la motivación de las sentencias.

2.1.10. Principio de la formalidad y legitimidad de la prueba.

Para que la prueba sea admitida en el proceso y tenga validez debe reunir los requisitos de: pertinencia, utilidad, conducencia. En tal sentido, “para que tenga eficacia la prueba obtenida debe estar exenta de vicios, como la simulación, dolo, fuerza física, fuerza moral, soborno, falta de oportunidad de contradicción”. (Romero, 2017, p. 40)

En la audiencia preliminar del procedimiento ordinario o fase de saneamiento en los otros procesos “el juzgador excluirá la práctica de medios de prueba ilegales, incluyendo los que se han obtenido o practicado con violación de los requisitos formales, normas y garantías previstas en la Constitución, en los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos y en el COGEP”. (Romero, 2017, p. 41)

2.1.11. Principio de la preclusión de la prueba.

La preclusión produce el efecto jurídico de la total ineficiencia de todo lo actuado fuera de los términos correspondientes. Dicho principio es consecuencia del anterior, porque se trata de

una formalidad de tiempo para su práctica y se relaciona también con los de contradicción y lealtad. “La prueba debe ser anunciada, presentada, solicitada, practicada e incorporada en el momento procesal en que debe cumplirse, so pena de carecer de eficacia si se cumple fuera de la etapa procesal determinada por la ley”. (Romero, 2017, p. 41)

Se habla de preclusión generalmente en relación con las partes, es decir, como la pérdida de la oportunidad para ejecutar un acto en interés de éstas; pero esta noción también opera para el órgano jurisdiccional, aun cuando en menor medida, tanto en el proceso en general como en materia de pruebas, porque la ley le señala la oportunidad en que puede ejercer las facultades inquisitivas que le confiere. (Santo, 1992, p. 22)

La preclusión probatoria de esta manera se relaciona con la carga de la prueba puesto que la parte interesada deberá llevar la prueba al proceso en la etapa correspondiente.

2.1.12. Principio de la originalidad de la prueba.

La originalidad de la prueba se refiere a que, la prueba, debe referirse directamente al hecho por probar, para que así se cumpla que sea prueba de éste. “Si este principio se infringe se corre el riesgo de desvirtuar los hechos y de llegar a conclusiones equivocadas”. (Santo, 1992, p. 24)

2.1.13. Principio de la concentración de la prueba.

Como regla general, la prueba debe practicarse de una vez, en una misma etapa del proceso para llegar a la mejor apreciación, pues la practicada por partes o repetida “pone en peligro no pocas veces la averiguación de la verdad”. (Schönke, 1950, p. 209)

Uno de los principios generales de derecho procesal es precisamente el de la concentración, “que se refiere a los actos del proceso en cada instancia y que se cumple mejor en el sistema oral; pero como ocurre con el de la inmediación, es en materia de prueba donde alcanza su mayor trascendencia”. (Santo, 1992, p. 24)

2.1.14. Principio de la libertad de la prueba.

Las partes y el juez deben gozar de libertad para obtener todas las pruebas que sean pertinentes, con la única limitación de aquellas que por razones de moralidad se refieran a hechos que la ley prohíbe investigar, o que resulten

manifestadamente inútiles, impertinentes o inidóneas o aparezcan ilícitas por otro motivo. (Santo, 1992, p. 24)

La violación de dicho principio significaría poner en riesgo el fin de la prueba que es convencer al órgano jurisdiccional acerca de la existencia de hechos que interesan al proceso.

Libertad de medios significa que la ley no debe limitar los admisibles, sino dejar tal calificación al juez; libertad de objeto, la posibilidad de probar todo hecho que de algún modo influya en el pronunciamiento de mérito y que los litigantes intervengan en ello. El segundo puede existir sin el primero y no requiere norma legal. (Santo, 1992, p. 24)

En el Código Civil artículo 1715 dice que para la determinación de los medios de prueba se estará a lo que dispone el COGEP, pero en forma taxativa este código no lo determina por lo que hay que referirse a lo que se desarrolla en el título II del libro III.

2.1.15. Principio de la pertinencia y conducencia o idoneidad de la prueba.

Dicho principio es necesario así sea una restricción al principio de la libertad de la prueba.

En efecto:

El tiempo y la labor de los funcionarios judiciales y de los litigantes, en esta etapa de la causa, no debe perderse en recibir medios probatorios que por sí mismos o por su contenido de ninguna forma sirvan para los fines propuestos y resulten manifestadamente improcedentes o inidóneos. (Santo, 1992, p. 25)

De esta manera, se contribuye con el principio de contradicción de la prueba y el principio a la eficacia procesal de la prueba. Es importante mencionar, que debe diferenciarse estrictamente la pertinencia de la prueba de su valor convictivo.

2.1.16. Principio de la naturalidad y espontaneidad y licitud de la prueba y del respeto a la persona humana.

Hubo un gran período de la humanidad en que se ejercían sobre los testigos las más absurdas y crueles coacciones para obligarlos a declarar. Dicho principio “se opone a todo procedimiento ilícito para la obtención de la prueba y lleva a la conclusión de que toda prueba que lo infrinja debe ser considerada ilícita y, por ende, sin valor jurídico”. (Santo, 1992, p. 25)

Como se ha mencionado, el tormento hacia los testigos era la manera más común de obtener a como de lugar la confesión de la persona interrogada. “En las tiranías modernas existen otros métodos que afectan igualmente la voluntad del acusado, como las torturas físicas y psíquicas que llevan al colapso moral, o las drogas que eliminan la conciencia y la personalidad, por ejemplo, el narcoanálisis”. (Santo, 1992, p. 25)

En este sentido, los métodos modernos sólo se diferencian en realidad del antiguo tormento por su refinamiento de su aplicación. Es claro, que todo aquello mencionado viola la libertad subjetiva de una de las partes de la litis, “razón por la cual puede sostenerse válidamente que resultan prohibidos en virtud del principio anterior”. (Santo, 1992, p. 25)

Cabe remarcar, que el principio de la naturalidad y espontaneidad y licitud de la prueba y del respeto a la persona humana da una mejor interpretación a nulidad de los procesos que se han formado con la obtención de prueba ilícita.

2.1.17. Principio de la obtención coactiva de los medios materiales de prueba.

El principio actual no debe confundirse con el anterior, puesto que este tiene como finalidad que las diversas pruebas que se pueden presentar en un proceso deben ponerse a disposición del órgano jurisdiccional cuando estos se vinculan con los hechos del litigio. Lo anterior, es gracias a los principios ya analizados sobre la comunidad de la prueba, la lealtad y probidad de las partes y el interés público que ya existe.

Dicho principio:

Permite al magistrado el allanamiento de inmuebles, el acceso a los archivos públicos y privados, e imponer ciertas coacciones a los litigantes y testigos para que comparezcan a absolver interrogatorios o a reconocer firmas, y para que presenten los objetos, escritos o libros de contabilidad, cuya exhibición se ha ordenado. (Santo, 1992, p. 26)

Es lógico pensar que el órgano jurisdiccional posea facultades para obtener la prueba, a la final la suerte del proceso y de la justicia dependen de la manera de dirigir el proceso. En este sentido, existe un deber de prestarle colaboración a la justicia. Es decir, en materia de pruebas

es necesario que esto sea un límite a nuestra libertad individual, impuesto por motivo de interés público, a terceros y a las partes procesales. Es así, que si no se aporta la prueba o no se la pone a disposición del órgano judicial voluntariamente, debe ejercerse coacción para lograrlo.

El litigante no es requerido para ayudar a su adversario sino a la justicia; no se le obliga a suicidarse, desde el punto de vista de la estrategia del proceso, sino que se le reclama que ilustre y aclare la información del juez. Y esto no es un beneficio al adversario y un perjuicio a sí mismo, sino una ayuda indispensable a la misión impersonal y superior de la justicia. (Couture, 1978, pp. 137 y 139)

2.1.18. Principio de la carga de la prueba y de la autorresponsabilidad de las partes por su inactividad.

La necesidad de aportar la prueba de ciertos hechos y que recaiga sobre una de las partes “sea porque los invoca a su favor o porque de ellos se infiere lo que solicita, o porque el opuesto goza de presunción o de notoriedad o es una negación indefinida”. (Santo, 1992, p. 27)

De aquí parte el principio de la carga de la prueba:

Que contiene una regla de conducta para el órgano jurisdiccional, en virtud de la cual, cuando falta la prueba del hecho que sirve de presupuesto a la norma jurídica que una parte invoca a su favor, debe dictar sentencia en contra de esa parte. (Santo, 1992, p. 27)

Por otro lado, dicho principio implica la autorresponsabilidad de las partes por su conducta en el proceso. “Es decir, las partes tienen la posibilidad de colocarse en una total o parcial inactividad probatoria, por su cuenta y riesgo”. (Santo, 1992, p. 28) Mediante este principio en el proceso civil, el órgano judicial que conoce de la causa puede pronunciarse cuando falte la prueba sin tener que abstenerse de decidir en el fondo. Es así, que la carga de la prueba es una consecuencia para quien lo hace; pues derecho que se reclama si no se puede probar es como que no existiera.

2.1.19. Principio inquisitivo en la ordenación y práctica de las pruebas.

Dicho principio es uno de los fundamentos del proceso en general y no sólo de la prueba. Según este principio, el órgano jurisdiccional debe tener facultades para ordenar y practicar la

prueba de oficio. “Es, por lo tanto, un deber del juez ejercitarlas cuando sean necesarias o convenientes para comprobar la realidad de los hechos alegados o investigados”. (Santo, 1992, p. 28)

2.1.20. Principio de valoración de la prueba.

El tema de la valoración de la prueba busca una respuesta para la pregunta: ¿qué eficacia tienen los diversos medios de prueba establecidos en el derecho positivo?

En este sentido:

Ya no se trata de saber qué es en sí misma la prueba, ni sobre qué debe recaer, ni por quién o cómo debe ser producida. Se trata de señalar, con la mayor exactitud posible, cómo gravitan y qué influencia ejercen los diversos medios de prueba, sobre la decisión que el magistrado debe expedir. (Couture, 2014, p. 211)

El principio de la apreciación de la prueba significa que la prueba debe ser objeto de valoración en cuanto a su mérito para llevar al órgano jurisdiccional el convencimiento acerca de los hechos que interesan al proceso.

No se concibe un proceso moderno (civil, penal, laboral, etc.), sin que el magistrado tenga libertad para evaluar las pruebas allegadas, conforme a las reglas de la sana crítica, y facultades inquisitivas para obtenerlas. (Santo, 1992, p. 27)

Por otro lado, cabe recordar que el principio de la imparcialidad del juez en la dirección y apreciación de la prueba impone que el debate probatorio sea imparcial, es decir, “el estar siempre orientado por el criterio de averiguar la verdad, tanto cuando ordena prueba de oficio o a petición de parte, como cuando meritúa los medios incorporados a la causa”. (Santo, 1992, p. 23)

Para terminar con este punto, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano el COGEP establece:

Artículo 164.- Valoración de la prueba. Para que las pruebas sean apreciadas por la o el juzgador deberán solicitarse, practicarse e incorporarse dentro de los términos señalados en este Código. La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, dejando a salvo las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos. La o el juzgador tendrá obligación de expresar en su resolución, la valoración de todas

las pruebas que le hayan servido para justificar su decisión. (Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2015, p. 25)

Dado que este tema de la determinación de la eficacia concreta de la prueba es tan amplio, se hace necesario abordar varios puntos. Tales son principalmente: 1. La apreciación de la prueba; 2. La disponibilidad de los medios de prueba; 3. La ordenación lógica de los medios de prueba; y, 4. Los diversos sistemas de valoración.

En síntesis, los principios generales del derecho en relación con los principios generales de la prueba judicial se presentan en esencia en tres estadios. En el primer lugar, ofrecen solidez y confirmación a la solución que en la ley o la costumbre se encuentra. En segundo lugar, ampliando la eficiencia y aplicación de las reglas aisladas que en la ley se encuentra. Por último, en tercer lugar los principios actúan como complemento al derecho positivo, creando un derecho nuevo aparte del existente en el ordenamiento jurídico de los Estados.

CAPÍTULO III

ESTUDIO DE LAS VENTAJAS DE LA PRUEBA TESTIMONIAL EN EL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS

3.1. Diversos sistemas de valoración de la prueba.

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

3.1.1. Pruebas legales.

La doctrina europea distingue dos sistemas de valoración de la prueba. El primer sistema es el de las pruebas legales o tasadas, que “son aquellas en las cuales la ley señala por anticipado al juez el grado de eficacia que debe atribuir a un determinado medio probatorio”. (Couture, 2014, p. 219) Por otro lado, tenemos las pruebas libres.

A continuación in extenso, se mostrará la legislación española anterior a la codificación actual que pone en relieve el amplio panorama de pruebas legales. Cabe mencionar, que todavía en la actualidad este sistema de valoración de la prueba no ha sido excluido por completo de nuestros códigos.

Así, en el Fuero Viejo de Castilla variaba el número de testigos según el litigio versara sobre mueble o inmueble y según discutieran hombres de la misma o distinta ciudad. Si la demanda entre hombre del mismo pueblo era sobre bien mueble, debía ser probada por dos testigos del pueblo; si era sobre inmueble, se requerían cinco testigos. De ellos, tres debían ser desde el abuelo hasta el nieto, que se hayan de leal matrimonio, según manda la Iglesia. En el Fuero Real de España estaba excluido, por regla, el testimonio de la mujer. Sin embargo, eran admitidos sus dichos para atestiguar cosas que fueron oídas o hechas, en baño, horno, molino, río, fuente, hilados, tejidos, partos, hechos mujeriles y no en otra cosa. El Espectáculo graduaba el valor de los testigos imponiendo al juez sobrios criterios de estimación. Los ancianos deben ser más creídos que los mancebos, porque vieron más y pasaron más las cosas. El hidalgo debe ser creído más que el villano, pues parece que guardará más de caer en vergüenza por sí, y por su linaje. El rico debe ser más creído que el pobre, pues el pobre puede mentir por codicia o por promesa. Y más creído debe ser el varón que la mujer, porque tiene el seso más cierto y firme. La Partida Tercera está denominada por el criterio de la prueba aritmética. Dos testigos idóneos hacen plena prueba que obliga al juez. Si las dos partes presentan testigos de igual número, prevalecen los que son de mejor fama. Si los testigos de ambas partes son de igual fama, predomina el mayor número. Si se trata de probar la falsedad de un instrumento privado, se

requieren dos testigos. Si la falsedad se encuentra en instrumento público no alcanzan dos, sino que se requieren cuatro. Para probar el pago cuando la deuda consta en instrumento público, son indispensables cinco testigos. En los pleitos sobre testamentos se requieren siete testigos, y ocho si el testador fuese ciego, etc. (Couture, 2014, págs. 220-221)

Este régimen permite advertir de qué manera el legislador en la antigüedad “aplicaba ciertos principios críticos, dando o quitando valor a los medios de prueba. Por acto de autoridad, se aspiraba a señalar de antemano el resultado de los procesos intelectuales del juez”. (Couture, 2014, pp. 219-220)

Históricamente como se ha analizado han existido dos sistemas de evaluación de medios probatorios: 1. Sistema tasado o legal; y, 2. Sistema de prueba convictivo. El primer sistema es aquel establecido por el propio legislador y que los jueces no pueden ignorar y el segundo es aquel donde los jueces mediante sus propios parámetros interpretativos más allá de la ley toman una decisión en base a su libre convicción.

En la historia procesal, el sistema tasado como método de evaluación de las pruebas practicadas en los juicios:

Vino a civilizar las pruebas judiciales bárbaras (ordalías), como resultado de la influencia que los canonistas ejercieron en todo el orden procesal vigente durante la Edad Media. [...] En lo que interesa a nuestras legislaciones en América, este sistema aparece normativamente en la Ley de Partidas y se repite en casi todos los ordenamientos posteriores. (Albiña, 2014, p. 10)

Teniendo en cuenta dicho escenario a nivel regional la Ley de Partidas partiendo del concepto de prueba estableció que la misma podía ser plena o semiplena. Hoy en día el COGEP no hace distinciones y solo existe la prueba al contrario del ya derogado CPC ecuatoriano.

En síntesis, en un sistema basado en reglas fijadas por el legislador, se señala con anticipación al juzgador el grado de eficacia que debe atribuir a ese medio de prueba. Sin embargo, el COGEP en los siguientes casos reconoce a la prueba legal:

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

2. La declaración de parte es indivisible en todo su contenido, excepto cuando exista otra prueba contra la parte favorable del declarante. (Art. 187, inc. 2o)

3. La prueba que resulte de los documentos públicos y privados es indivisible, en consecuencia no se podrá aceptar en una parte y rechazar en otra y comprende aun lo meramente enunciativo, siempre que tenga relación directa con lo dispositivo del acto o contrato". (Art. 199)

4. Para que los documentos extendidos en idioma distinto del castellano puedan apreciarse como prueba, se requerirá que hayan sido traducidos por un intérprete y cuenten con la validación conforme lo dispuesto en la ley. (Art. 200).

5. El instrumento público hace fe, aun contra terceros, de su otorgamiento, fecha y declaraciones que en ellos haga la o el servidor público que los autoriza, pero no en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él hayan hecho las o los interesados. En esta parte no hace fe sino contra las o los declarantes. Las obligaciones y descargos contenidos en el instrumento hacen prueba con respecto a las o los otorgantes y de las personas a quienes se transfieren dichas obligaciones y descargos, a título universal o singular. (Art. 208)

6. Los actos administrativos gozan de las presunciones de legitimidad y ejecutoriedad. (Art. 329) (Romero, 2017, pp. 106, 107 y 108)

3.1.2. Pruebas libres.

De lo anterior se originan dos subsistemas que se encuadran en el concepto de convicción:

El primero, en el cual el juez nada explica, se conoce como libre convicción (o, también, de íntimo convencimiento o de convicción moral) y es el que emplean siempre los miembros de un jurado y los arbitradores en el juicio de arbitramento. El segundo, en el cual se explica razonadamente el iter del pensamiento del juzgador en la tarea de tomar una decisión, se conoce con la denominación de sana crítica (o de apreciación razonada) y es el que emplean todos los jueces de derecho y los árbitros en los juicios arbitrales. (Albiña, 2014, p. 13)

3.1.3. Libre convicción.

En cuanto a la libre convicción, debe entenderse por tal aquel modo de razonar que no se apoya necesariamente en la prueba que el proceso exhibe al juez, ni en medios de información que pueden ser fiscalizados por las partes.

Dentro de este método el magistrado adquiere el convencimiento de la verdad con la prueba de autos, fuera de la prueba de autos y aun contra la prueba de autos.

[...] La libre convicción no es, pues, el conjunto de presunciones judiciales que podrían extraerse de la prueba producida. Las presunciones judiciales son sana crítica y no libre convicción, ya que ellas deben necesariamente apoyarse en hechos probados y no en otras presunciones; deben, además encadenarse lógicamente de tal manera que conduzcan sin violencia hasta el resultado

admitido. La libre convicción, en cambio, no tiene por qué apoyarse en hechos probados: puede apoyarse en circunstancias que le consten al juez aun por su saber privado; no es menester, tampoco, que la construcción lógica sea perfecta y susceptible de ser controlada *a posteriori*; basta en esos casos con que el magistrado afirme que tiene la convicción moral de que los hechos han ocurrido de tal manera, sin que se vea en la necesidad de desarrollar lógicamente las razones que le conducen a la conclusión establecida. (Couture, 2014, pp. 223-224)

Es importante aclarar que el concepto de libre convicción a nivel regional es un método para liberarse de cierto modo de lo estricto de las pruebas legales en el proceso civil. Lo anterior, no quiere decir que es un régimen voluntarista por parte del magistrado de apreciación de la prueba. Sin duda, sobrepasa el mero arbitrio que dicha institución de mal manera pudiera significar y dicho concepto debe reservarse “para expresar, conforme a su verdadero sentido, una forma de convencimiento libre (conocimiento intuitivo; prueba hallada fuera de autos; saber privado del juez respecto de los hechos que debe apreciar; etc.)”. (Couture, 2014, p. 225)

3.2. Las reglas de la sana crítica.

El COGEP establece como regla general el sistema de la sana crítica como ya se ha mencionado para la valoración de la prueba tal como lo establece el artículo 164 de dicho Código.

Las reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba (ya se de testigos, de peritos, inspección judicial, de confesión en los casos en que no es lisa y llana) con arreglo en la sana razón y aun conocimiento experimental de las cosas. (Couture, 1997, p. 271)

3.2.1. Concepto.

La doctrina define la sana crítica del juzgador como una “fórmula leal para entregar al ponderado arbitrario judicial la apreciación de las pruebas, ante los peligros de la *prueba tasada* y por imposibilidad de resolver de las situaciones infinitas de las probanzas”. (Cuevas, 2008, p.

341) Dicha institución jurídica “debutó como método de apreciación de testimonios en el art. 137 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855.

En este sentido in extenso:

Se trataba, simplemente de eliminar las operaciones aritméticas que debían hacer los jueces al contar y sumar personas que declaraban en un mismo sentido y reemplazarlas por operaciones de razonamiento mental basado en la lógica y en las observaciones que nacen de la experiencia personal del juez, confirmadas por la realidad. Con el tiempo, y tal vez por la notable imprecisión del significado de los conceptos empleados para formar el sintagma los autores primero y las leyes después extendieron estas reglas a la apreciación de todo medio confirmatorio con lo cual puede llegar a instalarse la arbitrariedad judicial en el sistema. De donde resulta que, actualmente, el juzgador debe razonar toda su decisión, aun en la etapa que contenga pura valoración tasada por el legislador.

De ahí que importante doctrina afirme que la sana crítica exige que el juzgador piense y describa su razonamiento de modo tal que permita al perdedor comprender las razones objetivas y subjetivas que influyeron en su ánimo al tomar la decisión que le es adversa y, además, posibilitar al superior igual conocimiento para que pueda saber lo mismo y, eventualmente, atender los agravios del impugnante. (Albiña, 2014, pp. 13-14)

La sana crítica del juzgador no es un método unitario, sino que es “la resultante de una combinación que reúne desde el valor anticipado de los medios de acreditamiento a la libre convicción en las declaraciones, para llegar a la ponderación final de todos los medios de eficiencia llevados al proceso”. (Albiña, 2014, pp. 14) La sana crítica es un medio que nace por los enfoques de la valoración de la prueba como se ha mencionado y “permite ajustarse a las circunstancias “cambiantes locales y temporales y a las particularidades del caso concreto”. (Domínguez, 1991, pp. 23-26)

Es importante mencionar que sana crítica o la apreciación en conciencia no puede ser confundida con libre arbitrio; el juzgador al dictar sentencia deberá explicar por el principio de motivación por qué otorga credibilidad al testimonio de los testigos o de las partes y estará sujeto de crítica por el tribunal superior. En este sentido, podemos concluir que las reglas de la sana crítica “son los criterios normativos (<reglas>, pero no jurídicas) que sirven al hombre

normal, en una actitud prudente y objetiva (<sana>) para emitir juicios de valor (estimar, apreciar: <crítica> acerca de una cierta realidad)”. (Guasp, 1947, p. 647)

3.2.2. Sana crítica y lógica.

Las reglas de la sana crítica consisten en su sentido formal en una operación lógica. “Cabe decir, que la lógica no basta para convalidar una sentencia. Es decir, “la elaboración del juez puede ser correcta en su sentido lógico formal y la sentencia ser errónea”. (Couture, 2014, p. 222)

Por ejemplo, un fallo razona de la siguiente manera:

Todos los testigos de este pueblo son mentirosos; este testigo es de este pueblo; en consecuencia, ha dicho la verdad.

El error lógico es manifiesto, pero desde el punto de vista jurídico la solución puede ser justa si el testigo realmente ha dicho la verdad. Pero puede ocurrir otra suposición inversa. Dice el juez: todos los testigos de este pueblo son mentirosos; este testigo es de este pueblo; en consecuencia, es mentiroso. (Couture, 2014, p. 222)

Respecto de último supuesto, se cumple con una operación lógica siguiendo y respetando los principios de la sana crítica. Sin embargo, la sentencia es injusta si es que se da el supuesto de que una de las premisas hubiera fallado: si todos los hombres del pueblo no fueran mentirosos, o si el testigo no fuera hombre de ese pueblo. Es así, que el juez debe tener mucho cuidado y específicamente en este caso se cumple con la premisa de que el juez puede seguir el silogismo correcto y aún así fallar injustamente.

3.2.3. Sana crítica y experiencia

La experiencia del juez, de la que ya se ha hablado, es inevitablemente la máxima para tener una correcta valoración de la prueba. Cabe insistir, que el juez no es una máquina de razonar, sino, esencialmente, un hombre que toma conocimiento del mundo que le rodea y le conoce a través de sus procesos sensibles e intelectuales. “La sana crítica es, además de lógica, la correcta apreciación de ciertas proposiciones de experiencia de que todo hombre se sirve en la vida”. (Couture, 2014, p. 223)

Es así, que los principios lógicos de las reglas de la sana crítica a diferencia de la lógica tradicional se acoplan a las variables que se pudieren presentar con relación del tiempo y el lugar del litigio. Así, se demuestra que la sana crítica concebida como lógica moderna está en constante progreso en la manera de razonar por parte del juez.

“Es necesario, pues, considerar en la valoración de la prueba el carácter forzosamente variable de la experiencia humana, tanto como la necesidad de mantener con el rigor posible los principios de lógica en que el derecho se apoya”. (Couture, 2014, p. 223)

3.2.4. Excelencia del concepto de reglas de la sana crítica.

La sana crítica, es sin duda, el método más eficaz de valoración de la prueba. Dicho concepto jurídico es transversal dentro del COGEP a todos los medios de prueba y a la carga de la prueba sin los excesos de la prueba legal, que muchas veces llevan a decisiones contrarias a la convicción del juez. Del mismo modo, las reglas de la sana crítica tampoco poseen los excesos “a que la arbitrariedad del magistrado podría conducir en el método de la libre convicción tomado en un sentido absoluto, reúne las virtudes de ambos, atenuando sus demasías”. (Couture, 2014, p. 226)

3.3. Naturaleza de las normas que regulan la apreciación de la prueba.

La doctrina ha considerado que las normas que rigen la apreciación de la prueba no son de derecho procesal, sino de derecho material. Lo anterior porque en “ellas fijan la suerte del derecho de las partes interesadas, aun con anterioridad al proceso”. (Couture, 2014, p. 211)

Ha llegado a afirmarse que la tradición de los países latinos era la de considerar a las formas de la prueba como una institución de derecho procesal y su valor o eficacia como una cuestión de derecho sustancial. Por otro lado, los países anglosajones se direccionan en dar carácter procesal a todos los temas de la prueba. (Bensa, 1930, p. 1201) Sin embargo, la tendencia más reciente es la de adjudicar carácter procesal, aun en la doctrina latina, la forma de la prueba y también la eficacia de los medios de prueba.

La tesis de que la teoría de la eficacia de la prueba pertenece al derecho civil, corresponde a una concepción privatista del proceso. Pero esa tesis, que mira el problema desde el punto de vista de las partes, olvida que la prueba es tanto como una actividad de los litigantes, un instrumento de convicción del juez. En todo panorama de la prueba, la figura que prevalece es la figura del magistrado. Él decide los hechos en razón de principios de lógica probatoria, en consideración al interés general por los fines mismos del derecho. (Couture, 2014, p. 212)

3.3.1. Disponibilidad de los medios de prueba.

La disponibilidad o indisponibilidad de los medios de prueba es un problema que hoy en día se discute en la doctrina siendo que por un lado, se ha sostenido que la institución jurídica de los medios de prueba es un atributo exclusivo del legislador, y que fuera de él, nadie puede introducir dentro del sistema otros medios de demostración de la verdad.

Pero frente a esta conclusión, no apoyada en razones convincentes, la jurisprudencia día a día incluye la admisión de pruebas no previstas en las disposiciones de la ley civil o procesal.

La impresión dactiloscópica para suscribir documentos de analfabetos, el análisis de la sangre en la investigación de la paternidad, la radiografía en materia de accidentes en general y del trabajo en particular, la autopsia en los casos de transmisión radiotelefónica, la fotografía, la autopsia, etc. (Couture, 2014, p. 2014)

Son otros tantos medios de prueba no previstos en nuestra codificación procesal y como se sabe todos han sido acogidos por la jurisprudencia porque su valor de convicción es excepcional. Es así, que la vida ha rebasado a la antigua idea de la doctrina sobre la disponibilidad de los medios de prueba.

Ninguna regla positiva ni ningún principio de lógica jurídica, brindan apoyo a la afirmación de que el juez no puede contar con más elementos de convicción que los que pudo conocer el legislador en el tiempo y en el lugar en que redactó sus textos. Por el contrario, lo jurídico, lo lógico y hasta lo humano es lo contrario: que el juez no cierre los ojos a las nuevas formas de observación que la ciencia pone, con imaginación siempre renovada, ante él, El progreso del derecho debe mantener su natural paralelismo con el progreso de la ciencia; negarlo, significa negar el fin de la ciencia y el fin del derecho. (Couture, 2014, p. 215)

Puede decirse, pues, que los medios de prueba en la legislación ecuatoriana como en la de los demás países no es taxativa y como se ha explicado en la ley civil o procesal simplemente los enuncia. Es así, que siempre y cuando el juez y las partes procesales sometan dichos medios de prueba que no están previstos en la ley de acuerdo a las garantías generales que son características del sistema probatorio los mismos son válidos.

3.3.2. Ordenación lógica de los medios de prueba.

Puede advertirse en principio que la clasificación de los medios de prueba se impone por razones de carácter científico. Vale decir, que hay medios de prueba que tienen un carácter directo dado que tienen un contacto inmediato del juez y aluden a una reconstrucción o representación de los motivos de prueba. Por otro lado, aquellos medios de prueba que no tienen una comprobación directa se apoyan en un sistema lógico de deducciones e inducciones.

En este sentido en primer término aparece la prueba directa por percepción:

Consiste en el contacto inmediato de la persona del juez con los objetos o hechos que habrían de demostrarse en el juicio. Puede decirse que la prueba más eficaz es aquella que se realiza sin intermediarios, y en ese sentido, el primero de todos los medios de prueba, desde el punto de vista de su eficacia, es la inspección judicial. (Couture, 2014, p. 216)

Hay que decir que, aunque su eficacia es casi segura, dicho medio de prueba funciona en escasas ocasiones. “Un hecho es casi siempre una circunstancia pasajera, y lo normal, lo regular, es que la posibilidad de observación de ese hecho se haya perdido definitivamente cuando el juez tenga que fallar en el litigio”. (Couture, 2014, p. 216) Es por esto, que hay que acudir a los medios sustitutivos.

El medio sustitutivo de la prueba directa por percepción es la representación de un hecho ausente. La misma, se produce de dos maneras: 1. Mediante documentos que ha recogido algún rastro de esos hechos; o, 2. Mediante relatos de personas. Siguiendo la idea, es importante decir que no todas las circunstancias pueden registrarse en documentos.

El consentimiento puede frecuentemente documentarse; pero los hechos ilícitos, los delitos, los cuasidelitos, normalmente no se pueden documentar. En un accidente de tránsito, que ocurre en un abrir y cerrar de ojos, no hay documento posible. Los documentos posteriores, como el parte policial, son de relativo valor. Entonces la reconstrucción de los hechos se verifica *mediante relatos*. Esta representación mediante relatos se presenta en dos circunstancias distintas: el relato efectuado por las partes y el relato efectuado por terceros que nada tienen que ver en el juicio. Cuando la representación se efectúa por las partes mismas, se está en presencia de la [declaración de parte][...]. Las partes, al [declarar][...] acerca de la verdad de un hecho, no hacen otra cosa que representar en el presente una circunstancia ausente. Y cuando la representación se produce mediante relato de terceros, de personas indiferentes, a quienes no mueve el interés, se está en presencia de la prueba de testigos. (Couture, 2014, p. 217)

Por último, queda todavía la prueba por deducción o inducción. Muchas veces, hasta cuando el relato no es posible existe la posibilidad que el propio juez mediante deducciones lógicas, infiriendo de los hechos conocidos y desconocidos llega a dictar sentencia. Es claro, que muchas de las veces los jueces se apoyan en la presencia de un examen pericial.

3.3.3. Eficacia de los medios de prueba.

“La prueba se hace más incierta a medida que van penetrando entre el juez y los motivos de prueba los elementos intermediarios”. (Couture, 2014, p. 218) De esta manera, la inspección judicial tiene una firmeza absoluta si se llega a dar. En la prueba por representación que como se ha explicado comúnmente sustituye a la prueba directa por percepción, “el documento es el más eficaz, porque el intermediario queda reducido tan sólo a la conversión del hecho en cosa”. (Couture, 2014, p. 218)

Menos eficaz es, en cambio la representación mediante relatos:

La representación a cargo de las partes tiene la grave falla del interés; de aquí que la representación mediante relatos a cargo de las partes sólo es creída en cuanto sea contraria a su interés y nunca cuando corra en su misma dirección.

En la representación a cargo de los que no tienen interés que vicia sus declaraciones, los intermediarios disminuyen la eficacia del relato. Las visiones son imperfectas, por el tiempo transcurrido entre el hecho y el relato. Las fallas naturales de la memoria, la interferencia de otros elementos ajenos que turban el recuerdo, son otras tantas deficiencias del relato y, en el proceso escrito, los escribanos receptores de la declaración jamás pueden transmitir, aunque se lo propongan, la versión fiel del relato. (Couture, 2014, p. 219)

La prueba por deducción, su debilidad es absoluta dado a “la imperfección de los puntos de apoyo, los vicios de razonamiento, las falacias de falsa de experiencia, de falsa percepción, de falsa deducción”. (Couture, 2014, p. 219) Es así, que todo lo anterior acerca de la prueba por deducción aumenta el riesgo de la actividad probatoria. La regla general que conviene tener en cuenta es que existen variantes de eficacia como se ha analizado en los distintos medios de prueba. Todo depende de la cercanía o lejanía del juez con los motivos presentados, “a mayor proximidad, mayor grado de eficacia; a mayor lejanía, menor valor de convicción”. (Couture, 2014, p. 219)

Además de la eficacia de los distintos medios de prueba antes mencionados, una vez que el juzgador, en la audiencia preliminar en el juicio ordinario, ha admitido la prueba conducente, pertinente y útil, en ciertos casos “debe hacer los señalamientos y dictar las órdenes correspondientes para la producción de la prueba anunciada y solicitada”. (Romero, 2017, p. 85) Así: “el juzgador podrá aceptar o no la solicitud de prueba nueva, de acuerdo con su sana crítica, hasta antes de la convocatoria a la audiencia de juicio”. (Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2015, p. 57)

3.4. Declaración de parte.

Declaración de parte (la llamada confesión en el CPC derogado) “es el testimonio rendido por una de las partes, acerca de los hechos controvertidos, el derecho discutido o la existencia de un derecho”. (Romero, 2017, p. 158) En tal sentido, la naturaleza de dicha institución jurídica es que: “la declaración de parte es indivisible en todo su contenido, excepto cuando exista otra prueba contra la parte favorable del declarante”. (Romero, 2017, p. 158)

En cuanto a las reglas sobre la declaración de parte: 1. La declaración de parte se practicará en la audiencia de juicio; 2. Se podrá pedir como diligencia preparatoria, las declaraciones urgentes en los siguientes casos: personas de avanzada edad, personas que por su grave enfermedad puedan fallecer y a quienes estén próximos a ausentarse del país; 3. Podrán

formularse preguntas sugestivas, conforme lo dispuesto en el artículo 177 numeral 7 del COGEP; 4. El juzgador negará las preguntas inconstitucionales, impertinentes, capciosas, oscuras, compuestas y aquellas que coaccionen al declarante; 5. La declaración se practica mediante interrogatorio y contrainterrogatorio. En este punto, no hay pliego de posiciones y no procede rendir declaración de parte por apoderado; y, 6. Las autoridades y funcionarios establecidos en el artículo 177 numeral 9 del COGEP que deban rendir declaración de parte, emitirán informe con juramento sobre los hechos con respecto a los cuales se les haya solicitado.

Por otro lado, “la declaración legítimamente hecha sobre la verdad de la demanda termina el proceso”. (Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2015, p. 61) Para que la declaración de parte sobre la verdad de la demanda termine el proceso, “tiene que ser legítima; es decir, una declaración de la verdad sustentada en lo que es justo y equitativo”. (Romero, 2017, p. 162)

Al respecto, debemos tener presente que, según lo dispuesto en el artículo 242 del COGEP:

Art. 242.- Ineficacia del allanamiento. El allanamiento será ineficaz:

1. Cuando la o el demandado sea incapaz, excepto cuando se trate del allanamiento de personas jurídicas.
2. Cuando el derecho no sea susceptible de disposición de las partes.
3. Cuando los hechos admitidos no puedan probarse por medio de la declaración de parte.
4. Cuando la sentencia deba producir efecto de cosa juzgada con respecto a terceros. (Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2015, pp. 72-73)

Otra de las ventajas de la prueba testimonial que el presente Estudio pretende analizar es que en el CPC se contemplaba la confesión ficta la misma:

Tenía lugar en el caso de que la persona llamada a confesar no compareciere, o si compareciendo se negare a prestar la confesión, o no quisiere responder, o lo hiciere de modo equívoco u oscuro. En este caso el juez podía declararla confesa, quedando a su libre criterio, lo mismo que a los jueces de segunda instancia, el dar a esta confesión tácita el valor de prueba, según las circunstancias que haya rodeado al acto. (Romero, 2017, pp. 158-159)

El COGEP elimina la confesión ficta y como se analizará posteriormente el sistema procesal ecuatoriano acoge un interrogatio libre rendido por una de las partes.

3.4.1. Necesidad del interrogatorio libre o informal.

Una de las principales fuentes de prueba en cualquier tipo de proceso siempre lo ha constituido la declaración de la parte demandada. Para conseguir el valor de plena prueba es necesario que se utilice el interrogatorio libre, sin formalismos ni limitaciones, con o sin juramento.

En el moderno proceso civil la declaración de parte, antes confesión judicial, tiene que estar respaldada por otros medios de convicción para una decisión correcta por parte del juez analizando toda la prueba del proceso en conjunto. “Este uso del conocimiento de la parte con fines procesales es de lógica elemental, y no se justifica efectuar distinciones según se trate de proceso penal, civil o de otra índole”. (Santo, 1992, p. 229)

Sin embargo, el criterio eminentemente privatístico que prevaleció en el procedimiento civil europeo y, por extensión, en América del Norte y del Sur, ha influenciado rigurosamente en la forma escrita de los juicios. (Salvo en Inglaterra y Estados Unidos de Nortamérica), llevó a restringir al máximo el interrogatorio de la parte con fine de prueba o meramente aclaratorios.

Es por esto, que en muchos códigos de procedimiento en nuestra región y en el ya derogado CPC tal interrogación libre estaba prohibido al juez oficiosamente, y se lo efectuaba mediante “cuestionarios, redactados bajo ciertos requisitos en diligencia juramentada, conocida generalmente con la denominación de “posiciones”, de dudosa efectividad”. (Santo, 1992, p. 230)

Como lo pone de relieve Devis Echandía: (1976)

La prohibición del libre interrogatorio de las partes por el juez en el proceso civil, es un rezago del concepto, revaluado desde ya hace casi un siglo, del juez como simple árbitro en la contienda procesal y de la tutela del interés individual como fin del proceso. Las limitaciones al interrogatorio de una parte por la otra no tienen justificación lógica ni explicación satisfactoria, ni siquiera dentro de la concepción privatística del proceso civil, que puede explicar la inactividad del

juez, pero no las restricciones al uso de medios lícitos de prueba por las partes (a nadie se le ocurrirá decir que sea ilícito interrogar al adversario sobre el conocimiento que tenga de los hechos que configuren el litigio). No puede existir un derecho a callar la verdad ni a ocultarla, cuando el Estado interviene en ejercicio de su función jurisdiccional; en cambio, existe el deber de lealtad, veracidad y probidad para toda persona que concurra a un proceso, cualesquiera que sean su naturaleza y finalidad. (p. 567)

Gran parte de la doctrina moderna está de acuerdo acerca de esta cuestión. Así, dicha institución jurídica que tiende a sustituir la confesión formal por el interrogatorio libre de las partes, valorado libremente por el juez como lo establece el COGEP es para muchos doctrinarios la conquista más importante del moderno proceso civil.

Quizás a modo de anticipo para la recepción local de la recomendable técnica del *cross examination* [...], se está abriendo paso, vigorosamente, el llamado <<interrogatorio libre de las partes>>. Es decir, la posibilidad de convocar a las partes para someterlas a un interrogatorio no formal, y, por ende, despojado de los, a veces, absurdos formalismos propios del ritual de la absolución de posiciones (o interrogatorio formal de las partes). (Santo, 1992, p. 231)

Cabe mencionar que el *cross examination* “consiste en interrogar al testigo sin ninguna cortapisa derivada de la preparación previa de un cuestionario; interrogatorio que es llevado a cabo en primer término por el oferente del testimonio y *a posteriori* por su adversario”. (Peyrano, 1978, pág. 121) La doctrina italiana tampoco pasó inadvertida de la fuerza de convicción que puede asignarse a la conducta en juicio.

Así, Micheli manifiesta: (s.f.)

El interrogatorio libre puede constituir, pues, fuente de prueba para el juez en cuanto la ley considera la respuesta al interrogatorio mismo, no ya como prueba derivada de la declaración de ciencia de la parte, sino como comportamiento procesal relevante de dicha parte y, como tal, apto para proporcionar al juez elementos idóneos para la formación de su convencimiento, en cuanto concurren a permitir al juez elevarse del hecho conocido (respuesta al interrogatorio) al hecho desconocido a probar; estamos, por eso, en la esfera de la prueba crítica por presunciones. (p. 169)

Lo peculiar de lo anterior, es que actualmente con el moderno proceso civil por audiencias en Ecuador se permite al juez que considere el comportamiento procesal y en particular al

interrogatorio como un hecho conocido. Así posteriormente, el juez podrá partir para la reconstrucción del hecho objeto de prueba. Lo anterior siempre y cuando se tenga en cuenta que no se podrán realizar preguntas “inconstitucionales impertinentes, capciosas, oscuras, compuestas y aquellas destinadas a coaccionar ilegítimamente al declarante”. (Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2015, p. 27)

En el siguiente caso jurisprudencial reiteradamente citado como paradigma de la aplicación del principio de inmediación procesal, comprueba la importancia del libre interrogatorio en el moderno proceso civil. El mismo, que tiene un fin de interés general que es la paz y la armonía y sólo subsidiariamente particular sirve como medio de prueba para la tutela de los derechos e intereses individuales.

Por si alguna duda pudiera quedar respecto de la solución del caso de autos, la audiencia convocada por este tribunal a fs. 297 y 308, a la que concurrieron ambas partes, la hizo desaparecer, pues ella ha dejado en mí espíritu la más plena y rotunda impresión de que era la actora quien decía la verdad. Frente a la firmeza de sus expresiones a los detalles de tiempo y lugar, que dio respecto de su vinculación con R. G. y de la vida del mismo, que demostró conocer perfectamente, y a las reacciones emocionales que le produjeron algunas negativas del demandado, éste, por el contrario, se manifestó reticente y a veces contradictorio, en una situación de apatía, hasta rehuyendo enfrentar a la actora con la mirada. Ésta no podía ser la conducta de un hombre, de ser verdad la afirmación de que dolosamente trataba de adjudicársele una hija que no le pertenecía... (CNCiv, 1959, p. 606)

Cabe concluir, que el libre interrogatorio ha sido consagrado en diversos códigos de procedimiento civil: Finlandia (1928), Dinamarca (1916), Alemania (1933), Italia (1940), Francia (1916), El Vaticano (1916), Austria (1825), Suiza (1947). Lo contemplan, asimismo, Suecia, Portugal, Japón, Noruega, Turquía, Inglaterra, EE.UU. de Norteamérica, Rusia, Alemania Oriental, Hungría, Checoslovaquia, Polonia, Yugoslavia, etc. Cabe recordar, que lo anterior también es “necesaria consecuencia del principio universalmente aceptado, de la inmediación o contacto personal del juez con las partes y el material probatorio, como medida indispensable para una recta justicia”. (Santo, 1992, p. 233)

3.5. Prueba testimonial.

3.5.1. Concepto.

Específicamente la prueba testimonial es “la que se hace por medio de *testigos* (v.), o sea, a través del interrogatorio y declaración verbal o escrita de personas que ha presenciado los hechos litigiosos o han oído su relato a otros”. (Cuevas, 2008, p. 313)

Es así que el testigo es in extenso:

Quien ve, oye o percibe por otro sentido algo que no es parte, y que puede reproducir de palabra o por escrito, por signos. | Persona que debe concurrir a la celebración de ciertos actos jurídicos, en los casos así señalados por la ley o requeridos por los particulares, para solemnidad de aquél, poder dar fe y servir de prueba. | Persona fidedigna de uno u otro sexo que puede manifestar la verdad o falsedad de los hechos controvertidos. | Toda cosa, aun inanimada, de la cual se infiere la verdad de un hecho. (V. PIEZA DE CONVICCIÓN.) | **ABONADO**. El que carece de tacha legal. (V. TACHA.) | **DE CARGO**. El que declara en contra del procesado o acusado. | En general, los presentados por el fiscal o el acusador privado. (V. TESTIGO DE DESCARGO.) | **DE DESCARGO**. El que depone a favor del acusado. | En general, todo el presentado por su defensor. (V. TESTIGO DE CARGO.) | **DE OÍDAS**. El que relata lo que ha oído a otros *testigos*, que sí oyeron o vieron lo que se aduce o controvierte. | **DE VISTA**. Denomínase asimismo *testigo ocular*, el que presenció personalmente lo que refiere, sea la percepción por la vista o por el oído. | Persona que vigila o acecha a otra, por lo común con impertinencia y sin derecho. (V. TESTIGO DE OÍDAS.) | **FALSO**. El que falta maliciosamente a la verdad al declarar, sea diciendo lo que no es, negando lo que sabe o deformado el testimonio con evasivas o reticencias. | **HÁBIL**. El que tiene capacidad legal para declarar y contra el cual no hay tacha admisible. (V. TESTIGO INHÁBIL.) | El que por incapacidad natural o por disposición de la ley no puede prestar testimonio. | También, el incurso en alguna tacha. | **INSTRUMENTAL**. En los instrumentos o documentos notariales, el que firma junto con el notario, para solemnidad del acto, y afirmar así el hecho y contenido de éste. | **NECESARIO**. Aquel sobre el cual pesa alguna tacha legal, no obstante lo cual se admite su testimonio por la precisión de informes o datos. | **PRESENCIAL**. El que depone sobre dichos o hechos, oídos o vistos por él, acaecidos en su presencia. (V. TESTIGO DE OÍDAS Y DE VISTA.) | **SINGULAR**. El que es único en lo que declara. (V. TESTIGO ÚNICO.) | Se designa así al que por circunstancias especiales ha sido la sola persona que ha presenciado un hecho. | También, el que declara algo que ningún otro testigo comprueba ni niega. (Cuevas, 2008, pp. 364-365)

Para fines del trabajo de investigación y dejando de lado otros tipos de pruebas, el sistema probatorio comprende: 1. La prueba testimonial, que rinde una de las partes o un tercero; 2. La declaración de parte, que se concibe como el testimonio de los hechos controvertidos del caso en particular (parte actora o parte demandada); y, 3. La de declaración de testigos, es el

testimonio que rinde la persona que a través de sus sentidos ha percibido hechos relacionados con la controversia. En los tres casos el juzgador cumple un rol fundamental dado que en base a su experiencia y a su conocimiento podrá advertir si dichas personas dicen la verdad o no. Es así que, la prueba testimonial se practicará en la audiencia de juicio o en la audiencia única, según el tipo de proceso, ya sea en forma directa o a través de videoconferencia.

3.5.2. Testimonio de parte y testimonio de tercero

Desde una perspectiva estrictamente jurídica, el testimonio es un acto procesal mediante el cual una persona informa a un juez sobre lo que sabe de ciertos hechos.

Jurídicamente, entonces, no toda declaración es un testimonio, sino la que se hace a un juez, para fines procesales.

En cualquier investigación familiar o escolar, para fines laborales o políticos y de cualquier otro orden, suele hablarse de testimonios y de testigos para referirse a las personas que pueden dar fe sobre cualquier hecho o respecto a los antecedentes y cualidades o defectos de otras personas o que han manifestado conocerlos o que simplemente se sabe que los han presenciado u oído. (Santo, 1992, p. 341)

Sin embargo, estas personas no son jurídicamente testigos, ni sus declaraciones constituyen testimonios. Como se ha mencionado, lo que aquellas personas han dicho son simplemente relatos de índole extraprocesal. “Ejemplo de estas últimas los constituyen el intercambio de informaciones de unas personas a otras que permanentemente se producen en la vida social sobre todo tipo de hechos o sucesos, conocidos directamente o por terceros”. (Santo, 1992, p. 341)

Tampoco son jurídicamente testigos ni sus declaraciones testimonios cuando, en las investigaciones familiares o escolares, para fines laborales o políticos, “sus autores pueden dar fe sobre cualquier hecho o respecto a los antecedentes y cualidades o defectos de otras personas o que han manifestado conocerlos o que simplemente se sabe que los han presenciado u oído”. (Santo, 1992, p. 342)

Procesalmente hablando es un testimonio toda declaración que se haga a un juez como se ha mencionado para fines procesales. “La doctrina suele distinguir las declaraciones procesales en *confesiones* [actualmente en el COGEP declaraciones], cuando emana de alguna de las partes del proceso en que deben considerarse como pruebas, y *testimonios*, únicamente cuando provienen de otras personas”. (Santo, 1992, p. 342)

El COGEP acoge el derecho contemporáneo siendo que admite la figura jurídica del testimonio de parte con fines probatorios y trata de evitar en este nuevo código en los procesos por audiencias a la confesión propiamente dicha, que se da sólo cuando es favorable a esa parte o favorable al otro sujeto procesal. En este sentido, doctrinalmente hablando en un sentido amplio se habla de testimonio cuando se alude tanto a las partes como al de terceros. Por otro lado, en un sentido estricto “se limita el concepto de testimonio a la declaración de terceros en el proceso civil, laboral y contencioso-administrativo; en el penal se admite el de la parte civil o lesionada con el delito”. (Santo, 1992, p. 343)

3.5.3. ¿Qué se entiende por testimonio?

Testimoniar es servir de testigo y de esta manera hacer presente un sentimiento especialmente de solidaridad. La importancia de la prueba testimonial dentro de los sistemas procesales por audiencias es uno de los elementos de conexión más importantes que hay entre el juez y las partes procesales para llegar a la verdad en cada proceso. Lo anterior porque es una prueba muy estable que se aprecia directamente y en caso de un falso testimonio que violenta el juramento de decir la verdad la persona tendrá repercusiones penales.

Redenti, entre otros autores, consideran que hay testimonio, para efectos procesales: (Redenti, 1957, p. 293)

Cuando alguien, que no sea ni actual ni virtualmente parte del proceso o de la causa, exponga en forma narrativa y con finalidad informativa, hechos o circunstancias que declare conocer (haber aprehendido) de *visu et auditu* (de vista y de oído) y que puede suministrar directamente o también indirectamente (en vía presuntiva) elementos de convicción respecto de lo que constituye tema de prueba.

Por otro lado, dicho concepto no comparte Devis Echandía: (1976)

Porque si bien es evidente que el testimonio consiste en una narración que sobre lo que sabe de ciertos hechos o circunstancias da al juez una persona, no es necesario, en cambio, para que exista, que tal persona, no es necesario, en cambio, para que exista, que tal persona declare conocer esos hechos o esas circunstancias, o que verse su declaración sobre hechos de que tiene conocimiento, [...], porque puede ocurrir que los ignore y su declaración consista en manifestarlo así o que tampoco se requiere, para que exista el testimonio, que ese tercero suministre elementos de convicción respecto a los hechos que constituyen el tema de prueba en ese proceso y ni siquiera que su declaración verse sobre éstos; son dos aspectos relacionados con su eficacia probatoria o utilidad y su admisión en el proceso particular en que se produce y con el fin propio del mismo, como de toda prueba en general, pero no constituyen requisitos para la existencia jurídica del testimonio. (p. 26)

En síntesis, debe entenderse que el concepto con el cual Echandía estaba en desacuerdo como que el objeto del testimonio consiste en lo que el testigo en el proceso judicial narre al juez y no en lo que narre útilmente para el juez.

Asimismo, Echandía agrega: (1976)

Desde el momento en que, de oficio o a solicitud de parte, el juez recibe la declaración de una persona que no constituya [declaración] en ese proceso, sobre el conocimiento que pueda tener o no tenga respecto de cualquier hecho, existirá un testimonio; otra cosa es que según su contenido resulte útil o inútil, eficaz o ineficaz para el fin perseguido de formarle al juez el convencimiento sobre tales hechos. (p. 344)

Acerca de la posición de Echandía, que hay casos donde se dan testimonios sobre hechos pasados o circunstancias actuales. Es decir, comenzaron a existir antes del momento de prestar declaración y “si bien la percepción del hecho y su ocurrencia deben preceder siempre al testimonio, aquél puede tener todavía permanencia en el acto de deponer”. (Santo, 1992, p. 344)

Cabe recalcar, que en el derecho contemporáneo y lo que el COGEP trata de establecer es que como se ha mencionado acepta la declaración de parte. En este sentido, el desinterés del testigo al declarar como requisito de eficacia de la prueba testimonial no quiere decir que el testimonio no exista. Es por esto, la importancia del valor que el juez le reconozca conforme a su experiencia y a las circunstancias de la causa.

De la misma manera, el testimonio no siempre es una declaración sobre hechos percibidos. Si se trata de hechos escuchados o deducidos nuevamente, será la sana crítica del juez quien destaque el valor probatorio. No cabe duda, que la experiencia sensorial del testigo es un requisito de gran valor durante el juicio para que sea eficaz, pero como se ha mencionado no para que sea considerado innegablemente testimonios.

Otra cosa es, la prueba falsa que también es prueba y la misma produce efectos probatorios hasta que se demuestre su falsedad. “Naturalmente, una vez probada esta circunstancia, tales efectos dejarán de producirse, pero continuará siendo testimonio, documento o [declaración]”. (Santo, 1992, p. 346)

Únicamente cuando el testimonio sirva como prueba del hecho que representa, es verdaderamente eficaz y existe. Gran parte de la doctrina concuerda que, aunque la percepción no es fuente indispensable para la existencia del testimonio, el objeto en sí de la prueba testimonial no basta con la percepción de un testigo con relación a un hecho. Lo anterior, dado que el objetivo y fin de dicha institución jurídica es llegar al convencimiento del juez acerca de la verdad, pues sino, cualquier persona ajena a la causa podría ser considerada testigo.

Para terminar, acerca de lo que se ha explicado, aunque sean hechos percibidos y sea el juez quien valore la prueba y su veracidad en un proceso judicial; el objetivo y fin siempre será respetar los principios de la prueba antes analizados. Por otro lado, cabe recordar que “la calidad de testigo sólo se tiene cuando el juez decreta la [notificación] de tal persona” (Santo, 1992, p. 346) En lo que tiene que ver con la prueba testimonial tal como lo establece el CO, la demanda contendrá: 1. El anuncio de los medios de prueba que se ofrece para acreditar los hechos; 2. La nómina y domicilio de los testigos; y, 3. La expresión sucinta sobre los hechos sobre los cuales serán interrogados,

3.5.4. Inseparabilidad del juicio del hecho.

El testigo, en principio, debe limitar su declaración a la exposición de hechos. No obstante, “resulta inevitable que emita opiniones, que complementan su relato de sus observaciones”. (Santo, 1992, p. 347) Por ejemplo, sobre la condición en la que se encontraba una persona (ebriedad o ira). Respecto de lo anterior, Silva Melero dice: (1968) “quíerose o no el testigo juzga”. (p. 213)

Es por esto, que la doctrina contemporánea manifiesta que es incorrecto que la prueba testimonial se aísle en un juicio de hecho. Es así, que el juicio subjetivo del testigo está estrechamente ligado con el hecho sobre el cual trata su declaración.

Asimismo, pasa que el testigo puede definir erróneamente el hecho que quiere representar, en esta circunstancia el juez deberá separar dicho testimonio del juicio jurídico y rectificar su definición. En tal sentido, es imposible separar por completo la cuestión de hecho de la jurídica, porque no siempre existen hechos puros o testimonios perfectos. En el anterior punto, es donde la libre valoración de la prueba y la experticia del juez se puntualizan para obtener un correcto efecto del testimonio.

3.5.5. Cuestiones jurídicas y normas de derecho.

En el ámbito procesal, deben distinguirse entre las cuestiones jurídicas de las normas de derecho, pues éstas, en principio, no son objeto de prueba testimonial (salvo en los casos de la costumbre y la ley extranjera). Desacertadamente, Carnelutti, sostiene en forma absoluta: (1979) el testigo “no puede narrar la existencia de la regla jurídica, sino los hechos de los cuales el juez induce su existencia”. (p. 103)

Por el contrario, las cuestiones de puro derecho, son entendidas como “principios o máximas abstractas, nunca son objeto de testimonios ni de prueba judicial de ninguna clase”. (Santo, 1992, p. 349)

Al respecto dice Echandía: (1984)

Una cosa es que las reglas de derecho no necesiten por lo general prueba, ni formen parte del tema de la prueba, y otra muy diferente que las reglas de

derecho estén excluidas de la actividad probatoria judicial. Debe tenerse buen cuidado de no confundir lo primero con lo segundo.

En principio, pueden identificarse las cuestiones de hecho, para fines del proceso, como aquellas que recaen sobre realidades materiales o psíquicas, en el sentido amplio que dejamos explicado. Pero también vimos que es imposible separar de los hechos <<hechos>> el juicio que sobre ellos tengan las personas que los hayan percibido y quienes reciban el relato de aquéllas, y esos juicios revisten en muchos casos un carácter jurídico inevitable, pues es frecuente que el testigo o el perito y la parte misma en el documento o la [declaración] o la demanda y su contestación, los emitan utilizando conceptos jurídicos generalmente conocidos, como cuando se califica la entrega de un dinero como préstamo, o la de un semoviente como compraventa, o de un inmueble como arrendamiento. Entonces la cuestión de derecho forma parte del hecho que se trata de probar; pero no creemos aceptable decir que aquélla por sí misma e independiente del hecho constituya objeto de prueba, como lo constituyen los demás juicios, por las razones ya expuestas. (pp. 100-101)

Cabe recordar que para fines del presente trabajo de investigación a diferencia de lo que planteaba el CPC acerca de la confesión, en el cual la parte declara sobre hechos que le son personales, el testigo en el COGEP depone sobre hechos de terceros y a cuyas consecuencias jurídicas no se halla vinculado.

3.6. Características del testimonio de terceros.

3.6.1. Representación del hecho.

Tal como se ha analizado, para que se cumpla cabalmente la definición de testigo y de testimonio debe indispensablemente comprender el elemento funcional de la representación, dado que, si la declaración no contiene dicha característica sobre algún hecho en específico, no puede existir testimonio. Carnelutti, con excelente criterio precisa lo anterior con dos ejemplos: (1979) “la declaración del testigo de querer o no la indemnización o de querer o no abstenerse de deponer [...], no son *declaraciones testificales*”. (pp. 103-107)

El juez, por consiguiente, debe hallar siempre en la declaración “la *representación de un hecho*. Esto, es entendido en su más amplio significado, aun tratándose solamente de juicios, suposiciones o deducciones del testigo o de la calificación jurídica utilizada para definirlo”. (Santo, 1992, p. 351)

3.6.2. Acto posterior al hecho.

El testimonio es un acto posterior hecho que se reconstruye. Es decir, que el hecho representado tiene existencia antes del acto del testimonio, pero como se ha explicado en los títulos precedentes “no es indispensable que acontezca antes del proceso, pues puede ocurrir después de promovido éste”. (Santo, 1992, p. 351)

En este sentido, Carnelutti acierta al observar que: (1979) “el testimonio es, pues, *un acto humano dirigido a representar un hecho no presente*, es decir, acaecido antes del acto mismo”. (pp. 121-130) Lo anterior, no quiere decir que existan causas donde ese hecho pueda tener subsistencia en el momento de la declaración e inclusive con posterioridad a ésta.

Por ejemplo:

Cuando se declara sobre la situación actual de un inmueble o las características presentes de una persona o de un objeto.

La memoria del testigo es, precisamente, lo que faculta esa reproducción o reconstrucción, al guardar o conservar con ella la percepción del hecho y permitir recordarlo en el acto de deponer. (Santo, 1992, p. 352)

3.7. El testimonio como medio de prueba.

El testimonio es un medio de prueba caracterizado por ser: 1. Indirecta; 2. Histórica; y, 3.

Un acto jurídico.

3.7.1. Prueba indirecta

Reviste este carácter en cuanto no se identifica con el hecho por probar, que es su objeto, de modo que el juez llega al conocimiento de éste en forma *mediata*, por el testimonio del cual lo induce, y percibe solamente el testimonio (primera acepción del concepto de prueba directa o indirecta). (Santo, 1992, p. 353)

3.7.2. Prueba histórica.

Es una prueba histórica porque como se ha analizado con ella se reproducen los hechos pasados o subsistentes, pero evidentemente su existencia inició previo a darse el testimonio.

Pero más allá de lo anterior, es una prueba histórica por su carácter de tener una función representativa en el proceso y determina precisamente la dificultad de su crítica o valoración.

3.7.3. Acto jurídico.

Dado que el testimonio, debe ser necesariamente una declaración consciente de una persona, es considerado por la doctrina como un acto jurídico y no un simple hecho jurídico. Cabe recordar, que las declaraciones emitidas fuera del proceso no constituyen testimonios o declaraciones de parte, pero pueden ser consideradas como declaraciones extrajudiciales.

3.8. Tachas.

La tacha es el motivo o causal de sospecha que anula o disminuye la fe de un testigo. La misma es de dos clases: 1. Absoluta, cuando se inhabilita al testigo de prestar declaración válida en cualquier juicio; y, 2. Relativa, cuando se inhabilita de prestar declaración al testigo en un proceso determinado.

3.8.1. Tachas absolutas.

Tachas absolutas. -No pueden ser creídos como testigos en ningún juicio:

- 1.- Los que padezcan enajenación mental;
- 2.- Los ebrios consuetudinarios y los que carezcan de industria o profesión honesta conocida;
- 3.- Los quebrados fraudulentos;
- 4.- Los que estén cumpliendo condena penal;
- 5.- Los que hayan sido condenados por falso testimonio;
- 6.- Los ciegos y los sordos con relación a hechos que se perciban por los sentidos de que carecen. (Couture, 1945, s.p.)

Por otro lado, en nuestra legislación lo anterior está establecido en el artículo 189 del COGEP:

Artículo 189.- Testigo. Es toda persona que ha percibido a través de sus sentidos directa y personalmente hechos relacionados con la controversia.

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 psicotrópicas. (Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2015, p. 28)

3.8.2. Tachas relativas.

Tachas relativas. -No pueden ser creídos como testigos en los juicios en que intervienen las personas a quienes están vinculados:

- 1.- El pariente en línea directa o dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad;
- 2.- El dependiente de la parte que lo presenta;

- 3.- El que tenga interés en el juicio, ya sea por sí mismo, ya sean sus parientes dentro del grado establecido en el número 1;
- 4.- El que tenga sociedad con la parte que lo presente, salvo que fuere anónima;
- 5.- El acreedor o deudor de alguna de las partes;
- 6.- El que ha recibido beneficios de importancia de parte de quien lo presente;
- 7.- El que ha dado recomendaciones sobre la causa después de comenzada;
- 8.- El amigo íntimo de la parte que lo presente o el enemigo manifiesto del adversario. (Couture, 1945, s.p.)

De lo precedentemente expuesto podemos siguiendo a Echandía: (1984)

En *sentido estricto*, testimonio es un medio de prueba que consiste en una declaración de ciencia y representativa, que un tercero hace a un juez, con fines procesales, sobre lo que dice saber respecto de hechos de cualquier naturaleza y en *sentido amplio*, es testimonio también esa declaración, cuando proviene de quien es parte en el proceso en que se aduce como prueba, siempre que no perjudique su situación jurídica en ese proceso porque entonces sería confesión. Para que exista testimonio no es necesario que el testigo conozca los hechos sobre los cuales declara y mucho menos que los haya percibido, sino que narre lo que de ellos sepa, o manifieste su absoluta ignorancia sobre los mismos. (pp. 33-34)

De tal manera, se comprueba como ya se ha analizado que en los dos casos existe testimonio. Claro está, que el valor que como prueba pueda tener su declaración será menos convincente que en el primer caso. Por el contrario, para que un testimonio sirva de prueba completa o incompleta es necesario que el testigo haya percibido dicho hecho sea capaz, tenga aptitud física y moral para el acto. Así, se cumplen las condiciones intrínsecas y extrínsecas de la prueba testimonial, además de que dicha prueba recaiga específicamente sobre los hechos pertinentes del litigio.

3.9. Naturaleza y obligación del testigo de declarar.

La obligación del testigo de declarar se trata de un deber de derecho público hacia el Estado. El mismo, es necesario para el ejercicio de la función judicial sea cual sea el proceso, dado que los mismos persiguen un fin de interés público. De esta manera, se conseguirá la realización del derecho en el caso específico, la paz y la armonía sociales. La obligación de declarar se consagró en España en el Fuero Real “(ley 20, tít. 9, Lib. 2), en las *partidas* (Partida 3ª, ley 35, tít. 16, y Partida 1ª, tít. 2, Lib. 2) y en la *Novísima Recopilación*”. (Santo, 1992, p. 357)

Actualmente, el deber de comparecer está contemplado en todos los códigos de procedimiento civil y penal, imponiéndole al testigo multas e inclusive sanciones personales, como arresto, en caso de desobediencia.

Como lo enseñan Morello, Passi Lanza, Sosa y Berizonce: (1969-1973)

El servicio de la justicia requiere, para su efectividad, la consagración del deber genérico que se pone a cargo de las personas de acudir personalmente ante el órgano de la jurisdicción para prestar declaración sobre los hechos de la causa; deber cuya omisión, salvo que sea justificada, trae aparejado su cumplimiento coactivo, mediante la conducción por la fuerza pública *ob torto collo* (<<traído del cuello>>) a la presencia del tribunal; y aun, la aplicación de sanciones penales [...] y procesales de carácter pecuniario. (p. 403)

Acerca de la anterior, la obligación es una carga puesta a todos los ciudadanos de un país buscando un beneficio común y desde el punto de vista social la justicia es una función cuyo objeto es el mantenimiento del orden público. De ahí, “que en todas las legislaciones se imponga una sanción al que se niegue a declarar”. (Alsina, 1956-1965, p. 544)

Por su parte, también hay que considerar que sobre toda persona que tiene calidad de testigo o cuyo testimonio haya sido dispuesto de oficio pesa el deber de acudir ante el órgano jurisdiccional el día y la hora designados para que se realice la declaración. “Existe, entonces, un deber para con el Estado de rendir testimonio sobre el conocimiento que se tenga de los hechos que interesen a cualquier proceso”. (Santo, 1992, p. 357)

Por otro lado, los testigos voluntarios se distinguieron en Roma durante largo tiempo de los obligados a comparecer, pero Justiniano consagró el carácter general de deber legal.

En este sentido:

El testigo, durante el proceso acusatorio, no estaba obligado a prestar declaración; por el contrario, en el inquisitivo, tanto de derecho común como canónico, se llegó al absurdo de emplear la tortura como medio de obligar al testigo a que declarara, y su conclusión lógica fue eliminar su libertad de conciencia y obtener falsas interpretaciones. (Santo, 1992, p. 357)

3.9.1. Sujetos

Son sujetos del deber de testimoniar todas aquellas personas que estén sometidas a la jurisdicción nacional, incluyendo a las extranjeras (aun si son transeúntes, en tanto no abandonen el país). Lo anterior, se da en el sentido que el extranjero no puede ser obligado a regresar al país para deponer ante el juez que lo requiere como testigo.

Echandía comparte esta opinión: (1976)

Si la [notificación] se hace pura para declarar ante un funcionario consular o diplomático nacional en el lugar donde reside el testigo o ante una autoridad de ese país, [pues en tal caso] no hay razón para eximirlo del deber de concurrir y testimoniar. (p. 51)

3.9.2. Efectividad o coercibilidad.

Como ya se ha mencionado, el incumplimiento de un deber jurídico configura una conducta ilícita y da lugar a sanción. Estos dos requisitos, lo diferencian de la carga procesal.

1) Aplicación de sanciones.

El Estado, para garantizar el *deber de testimoniar*, impone diversas sanciones que van desde multas hasta penas personales, por ejemplo:

1º) multas sucesivas por el desobedecimiento de cada [notificación];
2º) penas privativas de la libertad o arresto disciplinario, por el desacato al juez;
3º) una combinación de las primeras y las segundas, bien sea acumuladas o sucesivamente, imponiendo éstas en caso de reincidencia. (Santo, 1992, p. 358-359)

2) Empleo de la fuerza pública.

Un medio coercitivo además de los anteriormente mencionados, es la conducción del testigo renuente al tribunal para rendir su declaración, mediante la fuerza pública. Esta medida, se trata de la obtención coactiva de los medios materiales de prueba. Lo que este principio procesal trata conseguir, es que se pongan en conocimiento del juez los documentos, las cosas y las personas para la comprobación de los hechos del proceso tal como lo establece el artículo 191 del COGEP.

Artículo 191.- Notificación de la o del testigo. La o el testigo será notificado, mediante boleta, con tres días de anticipación a la diligencia. En dicha notificación se le advertirá la obligación de comparecer y se le prevendrá que, de no hacerlo y no justificar su ausencia, será conminado a comparecer con el

apoyo de la Policía Nacional. (Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2015, p. 28)

Echandía explica este principio con suma claridad: (1976)

En virtud de él, los documentos, las cosas y, en ocasiones, la persona física, cuando es objeto de prueba (para exámenes médicos, por ejemplo), deben ponerse a disposición del juez cuando se relacionan con los hechos del proceso. En consecuencia de los ya vistos sobre la comunidad de la prueba, la lealtad y probidad de las partes y el interés público que en ella existe; permite al juez el allanamiento de inmuebles, el acceso a los archivos públicos y privados, e imponer ciertas coacciones a las partes y testigos para que comparezcan a absolver interrogatorios o a reconocer firmas, y para que suministren los objetos, escritos o libros de contabilidad, cuya exhibición se ha decretado. Es más efectivo en los procesos penales y en los civiles inquisitivos, pero tiene aplicaciones importantes en el civil dispositivo. Si la suerte del proceso y de la justicia que con él se quiere impartir dependen de la prueba, es absurdo que el juez carezca de facultades para obtenerla. Las coacciones utilizadas consisten generalmente en multas, en la consecuencia jurídica de dar por reconocido el documento o por [declarado] el hecho, y en la pérdida de oportunidades procesales. Pero es admisible y así lo autorizan nuestros códigos de procedimiento, que se recurra a conducir por la fuerza al testigo o a la parte ante el funcionario judicial y, más todavía, que se le apremie con multas para que declare de modo preciso y sin evasivas, siempre que luego no se utilice coacción alguna para obtener su declaración en determinado sentido, como se hizo en épocas antiguas, inclusive con el uso del tormento. (p. 359)

El testigo, una vez en presencia del juez, debe gozar de amplia libertad para responder el interrogatorio y contestar en forma expresa y no evasiva.

En último caso, si tenía conocimientos de interés para el proceso,[y miente] habrá incurrido en el delito de perjurio, lo mismo que si hace cualquier declaración falsa, pero es necesario probarle en el proceso penal respectivo la falsedad, pues, como todo sindicato, se presume inocente, lo que equivale a presumirlo de buena fe mientras no se demuestre lo contrario (no es una presunción de veracidad del testimonio, porque, como hemos visto, el testigo más honesto y sincero puede equivocarse por defectos de percepción, de memoria o de juicio). (Echandía, 1976, p. 586)

El COGEP acerca de esta cuestión dispone en el artículo 182 “cuando la declaración sea evidentemente falsa, la o el juzgador suspenderá la práctica del testimonio y ordenará que se remitan los antecedentes a la Fiscalía General del Estado”. (Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2015, p. 27)

3.10. Procedimiento probatorio.

3.10.1. El deber del testigo de declarar y decir la verdad.

Como se ha señalado anteriormente, además del deber de comparecer, el testigo tiene también que prestar declaración. Precisamente, el COIP sanciona el incumplimiento y si el testigo no cumple con el deber de decir la verdad establece:

Artículo 270.- Perjurio y falso testimonio.- La persona que, al declarar, confesar, informar o traducir ante o a autoridad competente, falte a la verdad bajo juramento, cometa perjurio, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años; cuando lo hace sin juramento, cometa falso testimonio, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

De igual modo, se comete perjurio cuando a sabiendas se ha faltado a la verdad en declaraciones patrimoniales juramentadas o juradas hechas ante Notario Público. (Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2014, p. 105)

Cabe mencionar, que la existencia de secreto profesional no queda librada exclusivamente a la opinión del testigo, sino que es deber del juez si concurre o no en el caso en concreto. “La sola invocación del secreto profesional para rehusar un testimonio no es decisiva, por cuanto corresponde al juez resolver sobre su procedencia y dispensar o no al testigo de la obligación de declarar”. (CNCiv, Sala B, 1952, p. 480)

Art. 175.- Obligación de la o del declarante. La o el declarante deberá contestar a las preguntas que se le formulen. La o el juzgador podrá ordenar a la o el declarante que responda lo preguntado.

La o el declarante podrá negarse a responder cualquier pregunta que:

1. Pueda acarrearle responsabilidad penal personal, a su cónyuge o conviviente en unión de hecho o a sus familiares comprendidos dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, excepto las que se refieran a cuestiones de estado civil o de familia.

2. Viole su deber de guardar reserva o secreto por razón de su estado u oficio, empleo, profesión, arte o por disposición expresa de la ley. (Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2015, pp. 58-59)

En los siguientes ejemplos también se pone en relieve lo importante que es declarar y amparar los intereses de los litigantes o de terceros. “No puede ampararse en el secreto profesional el abogado que es preguntado sobre hechos ocurridos en una reunión en que estuvieron presentes ambas partes ahora en litigio”. (CCiv, 1950, p. 258) Del mismo modo, los médicos de la Asistencia Pública no pueden negarse a expedir los informes que se les solicita.

En este sentido, más que una cuestión de amparo profesional de naturaleza individual, es una cuestión doctrinaria como se puede apreciar. La doctrina considera que es facultad de los jueces de establecer si la reserva del secreto constituye una cuestión de conciencia librada, como tal, o, si por el contrario, dispensar o no a aquél del deber de testificar.

En la práctica el ofrecimiento de la prueba testimonial inicia mediante una etapa de proposición del testimonio. Dicha etapa contiene varios requisitos formales comunes a toda clase de juicios. Es así, que los requisitos de forma para practicar dicha prueba es presentar una lista de los testigos con expresión de sus nombres, profesión y domicilio. Lo anterior, deberá constar en la demanda o contestación a la demanda del juicio.

Tal exigencia responde a la finalidad de hacer factible su comparecencia, y fundamentalmente, acordar al adversario la posibilidad de oponerse a su [notificación]. (Sin perjuicio de la facultad del juez de desestimar de oficio y sin sustanciación alguna el ofrecimiento de prueba testimonial que no fuese admisible, o de testigos cuya declaración no procediese por disposición de la ley, las partes podrán formular oposición si indebidamente se la hubiese ordenado. (Santo, 1992, p. 400)

No es infrecuente que se cometan errores sobre los datos que habilitan el ejercicio de la prueba testimonial. Sin embargo, no cualquier equivocación autoriza a rechazar la prueba. Dicho error, debe alcanzar tal gravedad que verdaderamente haya confundido a la individualización del testigo.

La sola circunstancia de haberse abreviado el segundo nombre del testigo con la inicial correspondiente, y de existir la diferencia de una sola letra en el apellido, no viola las exigencias legales referentes a la individualización de aquél. [...] La omisión de alguno de los nombres de pila de la testigo, como la de su apellido de soltera, no es suficiente para impedir su declaración si la parte contraria a la que la propuso no alega que la desconoce ni desvirtúa la afirmación de ésta en el sentido de ser de la amistad de la familia. [...] Tampoco es susceptible de fundar la oposición la diferencia entre el nombre corrientemente utilizado por el testigo, con el que fue propuesto, y el que resulta de la inscripción en el Registro Civil. [...] La omisión de la profesión o industria no constituye causal suficiente para rechazar el testimonio cuando el testigo ha sido propuesto en tiempo y forma, se han expresado con claridad su nombre y domicilio y no existe duda sobre su identidad. (Santo, 1992, p. 401)

Por otro lado, el artículo 178 del COGEP establece que la práctica de la prueba testimonial se desarrollará de la siguiente manera:

Art. 178.- Práctica de la prueba testimonial. Se desarrollará a través de la declaración de acuerdo con las siguientes reglas:

1. La o el juzgador tomará juramento y advertirá al declarante su obligación de decir la verdad y de las penas del perjurio.
2. La o el juzgador preguntará al declarante sus nombres y apellidos, edad, estado civil, dirección domiciliaria, nacionalidad, profesión u ocupación.
3. La parte que haya pedido la presencia de la o del declarante procederá a interrogarlo. Una vez terminado, la contraparte podrá contrainterrogar al declarante.
4. La o el declarante no podrá leer notas ni apuntes durante la práctica de su declaración a menos que se trate de valores o cifras. (Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2015, p. 60)

3.11. El interrogatorio.

3.11.1. Concepto.

“El interrogatorio es el conjunto de preguntas que puede formular la parte oferente del testigo, a las que éste debe responder en el acto de la audiencia señalada con la finalidad de recibir su declaración”. (Santo, 1992, p. 402) La presentación de dicho interrogatorio puede reservarse hasta el momento de la audiencia.

3.11.2. Diferencia de las preguntas con las posiciones.

Las preguntas que debe contener el interrogatorio se diferencian de las posiciones en diversos aspectos, como veremos seguidamente. Las posiciones al estudiar la prueba de la declaración deben formularse en forma asertiva y el absolvente contestarlas en forma afirmativa o negativa. Por otro lado, las preguntas deben formularse en forma interrogativa o indagatoria, en forma tal que de su contenido no pueda inferirse la contestación.

Las posiciones deben versar sobre hechos personales del testigo y por el contrario las preguntas, pueden versar “tanto sobre hechos personales del testigo como sobre hechos de terceros, pero siendo el testigo un tercero extraño a la litis, sus respuestas no son susceptibles de producir consecuencias jurídicas a su cargo”. (Santo, 1992, p. 404)

Es importante destacar que el COGEP recoge las objeciones a los testimonios y establece:

Art. 176.- Objeciones a los testimonios. Las partes podrán objetar de manera motivada cualquier pregunta, en particular las que acarreen responsabilidad penal a la o el declarante, sean capciosas, sugestivas, compuestas, vagas, confusas, impertinentes o hipotéticas por opiniones o conclusiones. Se exceptúan las preguntas hipotéticas en el caso de los peritos dentro de su área de experticia.

Podrán objetarse las respuestas de las o los declarantes que van más allá, no tienen relación con las preguntas formuladas o son parcializadas.

Una vez realizada la objeción, la o el juzgador se pronunciará aceptándola o negándola. (Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2015, p. 59)

En otras palabras, la objeción a las preguntas en la prueba testimonial es un medio para ejercer el derecho a contradicción. El fin de las objeciones en este sentido, será que en la práctica de esta prueba se evite que durante el examen directo a los testigos o en el contraexamen se introduzcan pruebas que oculten la verdad y así afecten los principios de buena fe y lealtad procesal desarrollados en el capítulo II del presente trabajo de investigación.

La doctrina por su parte prohíbe las denominadas preguntas sugestivas, es decir:

Aquellas que no dejan al testigo otra posibilidad que la de responder por sí o por no, y que desvirtúan la finalidad de la prueba testimonial. [...] De ahí que la jurisprudencia haya desconocido validez a las declaraciones que se reducen a contestar “es cierto” a las preguntas que contienen la descripción clara, completa y circunstanciada de los hechos que se pretenden acreditar. [...] La prueba testimonial obtenida a tenor de interrogatorios que se formulan como si fuesen posiciones, con la fórmula “diga como es verdad...” es aberrante y carece de valor probatorio. (Santo, 1992, p. 403)

El COGEP por su lado en el artículo 177 numeral 6 y 7 establece:

6. Las respuestas evasivas o incongruentes así como la negativa a declarar y toda la prueba debidamente actuada será valorada íntegramente por la o el juzgador conforme con las reglas de la sana crítica, siempre que la ley no requiera que se prueben de otra forma.

7. Podrán formularse preguntas sugestivas sobre temas introductorios que no afecten a los hechos controvertidos, recapitulen información ya aportada por la o el declarante o la o el juzgador haya calificado al testigo como hostil. También están permitidas en el contrainterrogatorio cuando se practique la declaración de una parte a pedido de la otra. (Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2015, pp. 59-60)

De esta manera, cabe consignar, por último, que la salvedad que contempla la doctrina y nuestra legislación corrobora la admisibilidad de un testimonio técnico donde se busca a toda costa garantizar un debido proceso salvaguardando la verdad para perseguir los intereses de la litis.

3.11.3. Tipo de preguntas.

Existen varios tipos de preguntas que pueden estar presentes en un interrogatorio: 1. Las preguntas sugestivas, son aquellas en las que, en su propia esencia de la pregunta ya contiene la respuesta. Al testigo no se le da la oportunidad de expresarse por sí mismo. Por lo mismo, por regla general dichas preguntas están prohibidas; excepcionalmente están permitidas en los casos que establece el artículo 177 numeral 7 del COGEP. La antigua formulación de: ¿diga cómo es verdad? Era vergonzoso para la justicia ecuatoriana y es una gran ventaja de la prueba testimonial en el COGEP al prohibir y dar la posibilidad de objetarlas como lo establece el artículo 176 del COGEP 2; 2. Las preguntas capciosas, son aquellas que encierran un engaño para lograr que el testigo reconozca un hecho; 3. Las preguntas compuestas, son aquellas que incluyen varios hechos y causan confusión en el testigo; 4. Preguntas impertinentes, son las que no tienen que ver con hechos relevantes en el proceso; 5. Las preguntas introductorias, son aquellas que sitúan al testigo en el contexto de los hechos; y, 6. Las preguntas abiertas y cerradas.

En definitiva, entre las ventajas de la prueba testimonial en el COGEP tenemos: 1. No contendrán más de un hecho; 2. Serán claras y concretas; 3. No se formularán las que estén concebidas en términos afirmativos, sugieran respuestas o sean ofensivas o vejatorias; 4. No podrán contener referencias de carácter técnico, salvo si fueren dirigidas a personas especializadas. Cada pregunta no puede contener más de un hecho; “sin perjuicio de la facultad de la contraparte de oponerse cuando no se respeten estas exigencias, el juez o quien lo sustituya

puede, de oficio, hacerlas respetar”. (Santo, 1992, p. 406) En este sentido nuestra legislación faculta al juez a interrogar libremente al testigo.

Por otro lado, respecto de la prohibición de incluir referencias técnicas en la pregunta Serantes y Palma exponen su comentario en estos términos: (1983)

[...] esta prohibición como principio, con el cual tiende a que se desnaturalice el carácter de la prueba testimonial, convirtiéndosela, eventualmente, en una prueba pericial, no implicando ello que a un testigo especializado en alguna materia, llamado como tal a declarar, no se le pueda formular preguntas de índole técnica sobre hechos controvertidos y pertinentes en lo que haya participado. (p. 302)

Respecto de la forma interrogativa se procura que el testigo relate un hecho que ha observado por sí mismo. Por consiguiente, es necesario que al narrar ese hecho sobre el cual testifica lo haga de manera circunstanciadamente. “La pregunta, a tal fin, debe, por lo tanto, ser formulada en forma interrogativa o indagativa es decir, de modo que su contenido no sugiera la respuesta”. (Santo, 1992, p. 405)

Como se ha analizado con anterioridad, el ordenamiento procesal ecuatoriano no permite una pregunta sugestiva que carece de toda validez, ya que el testigo se limita a contestar “es cierto” a lo que se le pregunta. Es así, que el juez al dictar sentencia definitiva, evalúa las contestaciones remitiéndose a la norma procesal.

En virtud de ello, se ha decidido sobre lo expuesto precedentemente, “que la formulación de preguntas sugestivas no le deja al testigo otra posibilidad que responder por sí o por no, quedando desvirtuada, de tal modo, la finalidad de este medio probatorio”. (CNCiv, s.f, p. 1298)

3.12. Notificación de los testigos.

3.12.1. Procedimiento.

Una vez designados los testigos por el juez el día y la hora en que depondrán, deberán ser notificados por su cédula. “El letrado patrocinante de la parte que ofreció al testigo o testigos

es quien suscribe la cédula respectiva, que deberá diligenciarse en el domicilio denunciado por aquélla con la anticipación prevista por el transcripto”. (Santo, 1992, p. 408)

Esta circunstancia deberá hacerse constar en el texto de la cédula. La cédula contendrá, asimismo, la advertencia al testigo de que si no comparece a la primera audiencia sin causa justificada se lo hará comparecer a la segunda por medio de la fuerza pública y se le impondrá la multa [correspondiente]. (Santo, 1992, p. 408-409)

Nuestra legislación lo establece de la siguiente manera:

Art. 191.- Notificación de la o del testigo. La o el testigo será notificado, mediante boleta, con tres días de anticipación a la diligencia. En dicha notificación se le advertirá la obligación de comparecer y se le prevendrá que, de no hacerlo y no justificar su ausencia, será conminado a comparecer con el apoyo de la Policía Nacional. (Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2015, p. 62)

Por lo dicho, la notificación a los testigos es de suma importancia porque permite que se lleve a cabo la teoría del caso del abogado litigante como es la presentación de dicha prueba en audiencia, la misma que podría ser determinante para comprobar la verdad procesal en un juicio. Es importante recordar el principio general antes ya analizado, donde el juez tiene la facultad a anticipar la fecha de la audiencia por razones de urgencia para la declaración de los testigos.

3.12.2. Carga de la notificación.

El testigo, según el COGEP será notificado por el juzgado, salvo en los casos específicos que la parte que lo propuso asumiere la carga de hacerlo comparecer a la audiencia. En este sentido, el interesado es quien debe realizar el trámite de la notificación.

3.12.3. Testigos domiciliados fuera de la jurisdicción del juzgado.

Si se da el caso que el testigo se domicilia fuera de la jurisdicción del órgano judicial competente en el proceso, “se halla exento del deber de comparecer ante la sede de este último, correspondiendo que lo haga ante la autoridad judicial con competencia en el lugar de su domicilio”. (Santo, 1992, p. 410) A tal efecto, el juez de la causa aplicando la norma deberá librar oficio o exhorto según el caso, a dicha autoridad.

3.12.4. Depósito y examen de los interrogatorios.

Una vez ofrecida la prueba de testigos corresponde que el interrogatorio practicado quede a disposición de la parte contraria, la que podrá dentro del plazo correspondiente hacer preguntas. Como se ha mencionado con anterioridad, el juez examinará los interrogatorios, pudiendo con su sana crítica eliminar las preguntas innecesarias y agregar las que considere pertinentes.

En el caso que se den interrogatorios a testigos domiciliados fuera de la jurisdicción del juzgado, “el juez fijará el plazo dentro del cual la parte que ofreció la prueba debe informar acerca del juzgado en que ha quedado radicado el exhorto y la fecha de la audiencia, bajo apercibimiento de tenerlo por desistido”. (Santo, 1992, p. 411) Lo anterior, hace posible la facultad de la otra parte a vigilar e intervenir en el diligenciamiento mediante el previo conocimiento del interrogatorio y formulación de sus preguntas.

Si el litigante obligado a dar la información no la produce dentro del plazo señalado por el órgano judicial, corresponde darle por *perdido el derecho a la respectiva prueba*, de oficio o a solicitud de parte, sin sustanciación.

El litigante perjudicado podrá intentar la reposición del auto, justificando la demora en informar. (Santo, 1992, p. 411)

3.13. Examen de los testigos.

3.13.1. Procedimiento.

El examen de los testigos, según ya lo hemos estudiado más arriba comienza una vez propuesta la prueba testimonial y declarada admisible, el juez designará la audiencia en la cual se concentran las declaraciones de todos los testigos, “o bien, cuando tal concentración resulte imposible, fijará sucesivas audiencias en días seguidos y determinará cuáles de ellos depondrán en cada una de ellas”. (Santo, 1992, p. 412)

Una vez instaurada la audiencia y notificado el testigo, aquélla se desarrolla mediante ciertas formas y contingencias que examinaremos a continuación. Asimismo, el juez debe prever una audiencia supletoria para que comparezcan a declarar los testigos ausentes en la primera.

3.12.2. Orden de las declaraciones.

Si no ha habido inconvenientes, una vez presentados los testigos notificados en la sede del juzgado, serán llamados sucesiva y separadamente. En la práctica, en lo posible el juez los llama alternándose los testigos del actor y del demandado. Es claro, que es cuestionable que el juez cambie el orden de los testimonios, a menos que se trate de razones especiales.

Lo anterior, es explicado mejor por la doctrina y pone en relieve el llamado alternativo de los ofrecidos por ambas partes, en forma tal “de impedir la posibilidad de que el demandado, en conocimiento del contenido de toda la prueba testimonial producida por su adversario, instruya a sus testigos en un sentido determinado o desista de aquellos cuyos dichos puedan resultarle perjudiciales”. (Santo, 1992, p. 412)

A la misma razón responde la notificación alternativa, en el caso de imposibilidad de concentrar en una sola audiencia todas las declaraciones. De esta manera la alternancia como una institución jurídica pretende, “frustrar la posibilidad de que el demandado, en conocimiento del contenido de toda la prueba testimonial producida por su adversario, instruya a sus testigos en un sentido determinado, o desista de aquellos cuyos dichos pueden resultarle desfavorables”. (Santo, 1992, p. 413)

Por otro lado, “la modificación del orden de la declaración debe realizarse por una providencia del juez que podrá ser anterior o contemporánea a la audiencia y que ella será inapelable, pero susceptible de revocatoria”. (Falcón, 1982-1984, p. 324)

Rocca y Griffi ofrecen una explicación sumamente clara respecto del orden de las declaraciones: (1981)

1° Orden alternativo.

Procede salvo decisión fundada a pedido de parte o resolución directa del juez en casos esenciales.

2° Llamado al testigo.

Se lo efectúa de viva voz por el funcionario del juzgado, en el vestíbulo contiguo a la sala de audiencias o por la mesa de entradas, o en ambos lugares.

3° Orden respectivo de lista.

El principio debe respetarse. Por otra parte, el testigo puede solicitar oralmente ser examinado con preferencia a otro si invoca circunstancias especiales (v. gr.: estado de salud, indisposición sobreviniente, etc.).

4° Espera del testigo.

El lugar de espera, que debe ser separado del de audiencia, debe encontrarse incomunicado por el mismo, de modo que el testigo que espera no pueda escuchar lo que declara el testigo que ésta rindiendo testimonio.

5° Egreso de testigo e ingreso del testigo próximo.

Debe evitarse cualquier comunicación entre los mismos. Las razones son obvias.

6° Planteamiento de cuestiones.

El planteamiento de cuestiones, por ejemplo, sobre ingreso, permanencia o egreso de testigos, lo puede efectuar cualquiera de las partes.

El juez puede resolver cada uno de los casos que se presenten sin sustanciación e inclusive sin auto escrito.

7° Testigo retenido.

Aunque el testigo haya prestado declaración debe esperar la finalización del acto. (p. 349)

3.13.3. Apertura del acto.

No obstante que en la práctica no suele cumplirse, es deber del juez, o del secretario en su caso, examinar, con carácter previo a la declaración, el contenido del interrogatorio presentado por el oferente del testigo, con el objeto de controlar si las preguntas se adecuan a las formalidades que exige, y de modificar sus términos o eliminarlas en caso contrario. (Santo, 1992, p. 414)

Es por esto, que se debe solicitar a la parte que está efectuando el interrogatorio las aclaraciones respectivas en caso de preguntas que adolezcan de imprecisión, a fin de evitar que los testigos sean inducidos en error. También las partes procesales, con el mismo objeto, pueden recíprocamente formularse las preguntas que crean necesarias con autorización o por intermedio del juez. Hay que tomar en cuenta, que la solicitud de explicaciones puede efectuarse una vez finalizada la declaración testimonial, aunque no sea precisamente para aclarar la naturaleza de la pregunta, sino para esclarecer cualquier hecho controvertido.

3.13.4. Juramento o promesa de decir la verdad.

Como se ha explicado con anterioridad en el capítulo presente, la mayor parte de las leyes procesales vigentes a nivel global, imponen el requisito de rendir juramento o promesa de decir

la verdad. Esto, es básico para llegar al fondo de la litis y constituye una garantía de la veracidad del proceso y del testimonio. La efectividad del requisito mencionado se funda en la sanción penal establecida en el COIP y por otro lado, en la relevancia moral que es de orden secundario.

Sin embargo, hay legislaciones como la Ordenanza Procesal Alemana o el reglamento austríaco que simplemente faculta al tribunal o al juez para hacer jurar al testigo siempre que lo considere conveniente por la importancia de la causa. En efecto, algunas leyes procesales eximen del juramento a los menores de cierta edad, lo que significaría que ciertas excepciones a esta regla “[se hallan instituidas] por razones que van más allá del interés particular del justiciable”. (Santo, 1992, p. 416) “[...] Si bien, en principio, la declaración así rendida no es válida, se trata de una nulidad relativa que, como tal es subsanable cuando no se impugna el acto oportunamente”. (Santo, 1992, p. 417)

3.13.5. Interrogatorio preliminar.

El interrogatorio previo se refiere a ciertas cuestiones que en la práctica se denominan generalidades de ley a todas las personas que van a un determinado proceso judicial a rendir testimonio. No cabe, confundirlo con las preguntas particulares que se le dirigen al testigo respecto de los hechos controvertidos en el proceso.

El interrogatorio preliminar contiene preguntas como: 1. Nombre, edad, estado, profesión y domicilio; 2. Si es pariente por consanguinidad o afinidad de alguna de las partes; 3. Si tiene interés directo o indirecto en el pleito; 4. Si es amigo íntimo o enemigo; y, 5. Si acreedor o deudor de alguno de los litigantes. En tal sentido vamos a acreditar dos cosas fundamentales que son: 1. Al testigo; y, 2. Su testimonio. Las preguntas transcritas procuran diversas finalidades, pero las previstas específicamente en los incisos 3, 4 y 5, finalmente, procuran “allegar al juzgador elementos de juicio para evaluar, al momento de pronunciarse y conforme las reglas de la sana crítica, el grado de atendibilidad que se le debe atribuir a la deposición del testigo”. (Santo, 1992, p. 418)

En este sentido, la demostración de la credibilidad del testigo generalmente se efectúa con preguntas abiertas e introductorias. El examen directo al testigo “tiene como propósito central acreditar las pretensiones de la demanda o las afirmaciones de la contestación a la demanda. Este es un medio para introducir las prueba testimonial al juicio oral”. (Romero, 2017, p. 184) Lo anterior, tiene sentido puesto que la pregunta no limita la respuesta ni sugiere una respuesta; y por ello “estas preguntas potencian la credibilidad del testigo porque permiten al juzgador apreciar el grado de conocimiento que tiene de los hechos controvertidos”. (Romero, 2017, p. 180)

3.13.6. Organización del interrogatorio directo.

Para lograr el convencimiento del juzgador sobre los hechos y pretensiones la organización del examen directo es de suma trascendencia. Dado que el examen directo es esencialmente estratégico para demostrar nuestra teoría del caso la doctrina acoge ciertas directrices: En primer lugar, la prueba testimonial debe seleccionarse “con criterio de utilidad, pertinencia, conducencia. La “sobre prueba” dificulta la atención del juzgador y sobretodo la determinación de la información relevante”. (Romero, 2017, p. 188) Además de lo anterior, se debe seleccionar un testigo principal y dos testigos de corroboración por cada aspecto.

En segundo lugar, el abogado litigante debe identificar “lo que el testigo conoce sobre los hechos alegados y asegurarse de que su versión en la audiencia será veraz. En tercer lugar, partiendo que el examen directo de testigos es eminentemente estratégico es conveniente precisar el orden de la presentación de los testigos por temas de impacto y mejor apreciación de los testimonios por parte del juzgador. En cuarto lugar, como ya se ha analizado con anterioridad la apreciación de la prueba en su conjunto es fundamental en los juicios orales; y, por tanto “mientras más armonice el testimonio con la prueba actuada durante el juicio seguramente mayor será su grado de credibilidad”. (Alfaro, 2015, p. 225) Por último, en quinto lugar el testigo debe estar preparado tanto en el examen directo como en el contraexamen.

Por otro lado, la obligación del juez continúa cuando pregunta al deponente si tiene algo que agregar o rectificar. Por último, “los agregados y rectificaciones deben expresarse a continuación, firmando el testigo, las partes asistentes al acto, así como el juez (si estuvo presente) y el secretario, consignándose, cuando ocurra, la circunstancia de que el testigo no haya querido o podido firmar”. (Santo, 1992, p. 420)

Con respecto a la forma de las respuestas, el testigo contestará sin poder leer notas o apuntes, a menos que por la naturaleza de la pregunta, se le autorizara el juez. En este caso, el secretario deberá dejar constancia en el acta que el testigo ha respondido mediante lectura. Finalmente, “el juez siempre debe exigir que el testigo manifieste las circunstancias por las que llegó el hecho que está declarando a su conocimiento, lo que es fundamental para la valoración de la prueba”. (Santo, 1992, p. 420)

Otra de las ventajas de la prueba testimonial en el COGEP se conoce como interrogatorio redirecto:

El que realiza el abogado que ha propuesto al testigo luego que se ha producido el conainterrogatorio [...]

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

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

El interrogatorio redirecto, como es lógico, tampoco debe reiterar o repetir las preguntas formuladas en el interrogatorio directo [...]

[No es una obligación] si el conainterrogatorio no ha dañado su caso, el abogado no tendrá que interrogar nuevamente. (Alfaro, 2015, p. 228)

3.13.7. Interrupción de las declaraciones.

Con el fin de asegurar el orden en la audiencia y para evitar que el testigo sea perturbado, existen medidas disciplinarias al que interrumpiese al testigo en su declaración. Una multa es una consecuencia de lo anterior y en caso de reiteración incurrirá en el doble de la multa.

Falcón, por su parte, es parco en su comentario y expresa: (1982-1984)

[...] La interrupción debe ser de las que revelan inconducta procesal con el objeto de obstaculizar la audiencia, atacar la investidura judicial, en su autoridad o respecto que merece, o alterar la secuela de la audiencia en su desarrollo formal, pero no aquellas que hacen a la cuestión, como si el letrado, o la parte, se oponen a la pregunta. (p. 351)

3.13.8. Permanencia de los testigos en la sede del juzgado.

La comunicación de los testigos que ya han prestado declaración con aquellos que todavía esperan está prohibida. Es decir, que los testigos estarán en un lugar donde no puedan oír las declaraciones de los otros. En el caso de que un testigo eventualmente la oyeren ello no obsta que tal circunstancia sea suficiente para que preste la suya.

Al cabo de su declaración, los testigos deben permanecer en la audiencia, a no ser que el juez decida lo contrario. Lo anterior tiene lógica pues, el juez puede llamar a los testigos nuevamente a fin de que aclaren alguna cuestión sobre lo expuesto.

3.13.9. Suspensión de la audiencia.

Eventualmente puede suceder que por la extensión de los interrogatorios, resulte imposible recibir el testimonio de todos los que han sido propuestos como testigos para la audiencia. En tal sentido, el interrogatorio se suspenderá para continuarlo con normalidad en días y horas hábiles sin necesidad de notificar a los testigos nuevamente.

Falcón comenta: (1982-1984)

[...] La suspensión de la audiencia y la hora y día que se continuará deberá hacerse constar en el acta. Los testigos *no deberán ser* [notificados] *nuevamente* [...] Quiere decir que no es necesaria una nueva requisitoria formal. Se les notificará el acta y cuándo continuará la audiencia, para lo que quedarán [notificados] automáticamente. La notificación requiere, además, la firma del acta por los testigos notificados. (pp. 422-423)

3.13.10. Indicios de falso testimonio de otro delito.

Si las declaraciones ofreciesen indicios graves de falso testimonio u otro delito, el juez podrá ordenar la detención en el acto de la audiencia, después de ella. La doctrina considera que dicha facultad que tiene el juez civil, debe estar reducida en casos extremos y fundada en indicios graves de falsedad. En tal sentido, la falsedad en que incurre el testigo “deberá estar relacionada con los hechos que tengan influencia directa en el tema de la litis, de modo que el falso testimonio causa, a su vez, un directo perjuicio a una de las partes”. (Santo, 1992, p. 424)

El juez que juzga el falso testimonio del testigo lo hará conforme a las reglas de la sana crítica y en relación directa con las circunstancias del proceso civil en específico. “No debe esperar, entonces, los resultados de la causa penal, [...] pues el fallo penal no es cuestión prejudicial respecto del fallo civil [...], ni justifica la suspensión del trámite del juicio”. (Santo, 1992, p. 424)

3.14. Contrainterrogatorio.

3.14.1. Concepto

La contradicción es uno de los principios constitucionales que tiene mayor vigor en el sistema procesal oral. Siendo el contraexamen una manifestación de este principio, la función principal es revelar los defectos de información de la prueba presentada. Por este motivo, el juez al finalizar el contraexamen del testigo y aplicando las reglas de la sana crítica va a basarse en que la información que supere el contraexamen es información de buena calidad. A diferencia del careo que el CPC establecía, en donde había una confrontación entre los testigos, el COGEP lo sustituyó por el contrainterrogatorio como un método más eficiente. De esta manera, lo que el COGEP incentiva con esta nueva institución jurídica es a hacer todo lo posible para que existan amplias posibilidades de controvertir la prueba y no solo una simple confrontación. Como se analizará a continuación, el contraexamen es una herramienta de litigio que mejora la calidad de información de la prueba presentada.

La contrariedad de la prueba produce mejor calidad de información para resolver el caso. Dicha institución jurídica, pone a prueba el testimonio rendido en el examen directo de los testigos ya que el principio de inmediación es fundamental para que el juez con su sana crítica valore la verdadera verdad procesal, y además revela los defectos de información de la prueba presentada con anterioridad en el proceso. Lo importante es que el tribunal se entere si el testigo de una, o la otra parte procesal está mintiendo u omitiendo ciertos hechos que son trascendentales para que el tribunal puede sentenciar de manera justa y apegado a derecho.

Las proposiciones fácticas deben siempre haber pasado por el test de la contradictoriedad, ya que es el método más confiable para llegar al fondo, siendo la esencia del juicio. Dichas proposiciones fácticas serán demostradas en base a un contrainterrogatorio dirigido a un testigo que pretenderá encontrar debilidades de la prueba de la contraparte. Cabe decir, que esta apuesta no es teórica, sino que proviene esencialmente de la experiencia: para quien ha tenido la oportunidad de participar en juicios orales, resulta completamente cotidiano escuchar el relato unilateral y treinta minutos más tarde ver que la versión del testigo de la contraparte en el contraexamen se desmorona.

Ahora bien, aquí comienza el problema del que se hace cargo el presente ensayo: el oficio de contraexaminar exige técnicas y destrezas muy específicas. Dado que en los sistemas latinoamericanos, con tan poca experiencia en los juicios orales, se ve con frecuencia a abogados parándose a improvisar, discutiendo con el testigo y, en suma, haciendo del contraexamen algo bastante inútil en términos de control de calidad de la información que el testigo trae al juicio.

Es así, que:

Si para el momento en que termina el contraexamen la credibilidad del testigo y de su testimonio quedó intacta, entonces tal vez ese abogado jamás debió haberse parado a contraexaminar. Ni hablar de que –como ocurre con tantos malos contraexámenes– el testigo salga de el todavía más fortalecido. (Baytelman, 2004, pp. 153-154)

Probablemente nada perjudica más que el abogado litigante tenga en su lógica que la pretensión del contraexamen consiste en la total humillación tanto del testigo como de su testimonio. Esta imagen más bien se contrapone a aquello en lo que realmente consiste un contraexamen profesional. En primer lugar, hay que decir que posiblemente no es lo más oportuno destruir el testimonio cada vez que sea posible, dado que “lo más común -en un sistema acusatorio maduro- es que el testigo no sea derechamente perjuro, que no sea parte de ninguna conspiración maquiavélica y que, en cambio, crea genuinamente haber percibido lo que dice haber percibido”. (Baytelman, 2004, pp. 154-155)

Por esto, pretender que el caso dependa de que podamos destruir a los testigos completamente no tiene razón de ser. Tal como lo dice Andrés Baytelman con gran destreza: (2004)

Esa lucha sin cuartel que se trenza entre el contraexaminador y el testigo, vertida en una maraña de “dimes y diretes” superpuestos, preguntas interrumpiendo respuestas y respuestas interrumpiendo preguntas; una batalla tan hostil, desorganizada e incomprensible que, en el fragor de la lucha, hace que el significado de la evidencia útil se vea superado por la discontinuidad del relato, la repetición del examen directo, el tedio de una discusión estéril y la defensa a ultranza por parte de ambos de sus respectivas versiones que, a poco andar, produce que quienes están escuchando –jueces incluidos– comiencen a prestar más atención a la necesidad de darle un retoque de pintura a las paredes del tribunal, y al escote de esa bellísima mujer que se sienta entre el público, que a lo que está pasando en el contraexamen. (p. 155)

La primera cuestión en considerar respecto del contraexamen, es que se construye desde y para el alegato final.

A este respecto:

El alegato final no es una regalía graciosa para decir cualquier cosa que al abogado se le venga en gana: el alegato final debe hacerse cargo de la prueba específica y concreta producida en juicio; de esta suerte, los abogados no pueden argumentar en el alegato final hechos –incluyendo los que desacreditan a un testigo– que no hayan efectivamente producido en el contraexamen. Esto tergiversa la prueba y es causal de una legítima objeción por la contraparte. Por esto, es crucial que el contraexamen se diseñe y se ejecute con total atención, concreta y precisa, al ejercicio argumentativo del alegato final. Será allí que armaremos el puzzle y argumentaremos sobre la información que nuestro

contraexamen produjo, cómo esa información encaja con el resto de la prueba y de qué manera dicha información probablemente menos espectacular, pero más útil– deteriora la calidad del testigo contraexaminado. (Baytelman, 2004, p. 156)

En segundo lugar, un contraexaminador no hace preguntas cuya respuesta no conozca. Por lo mismo, el contraexamen es, entonces, un ejercicio muy concreto. Lo anterior, tiene razón de ser dado que el abogado litigante en base a su teoría del caso y a la información que dispone va a producir cada una de esas líneas de contraexamen que serán determinantes para argumentar las conclusiones en el alegato final.

Por todo lo dicho, un buen abogado nunca va a querer estar en una posición donde no sabe lo que hace, porque ninguna información útil sale de allí. De estar en esa posición el juez, atendiendo a las reglas de la sana crítica dará validez al testigo y al testimonio de la contraparte y no a la teoría del caso que se propuso al principio del juicio.

El contraexamen exige al abogado litigante tener control del testigo, porque necesita superponer su propia teoría del caso a ese testimonio. En tal sentido, dicha institución jurídica requiere de un método sin considerar nuestras intuiciones, pero sí de instrumentos poderosos al momento de llevar adelante el contraexamen de un testigo que, por lo general, no tiene ningún interés en colaborar con nuestro caso.

En el momento de desarrollar el contraexamen el abogado litigante debe estar al tanto que el testigo también puede responder y ofrecer una buena razón a lo que indagamos. Cabe recordar, que se aceptan preguntas sugestivas tal como lo establece el artículo 177 inciso 7 del COGEP: “podrán formularse preguntas sugestivas sobre temas introductorios que no afecten a los hechos controvertidos, recapitulen información ya aportada por la o el declarante o la o el juzgador haya calificado al testigo como hostil. También están permitidas en el contrainterrogatorio cuando se practique la declaración de una parte a pedido de la otra”. (Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2015, p. 42)

Lo que no es aceptable para un buen abogado litigante es la pregunta por la conclusión o la llamada “pregunta de más”. Aunque la tentación puede ser irresistible sobre todo para los abogados litigantes de menos experiencia, lo único que causará es que el tribunal note que la información que dispone el abogado no es suficiente para desacreditar de una buena manera al testigo de la contraparte. Finalmente, a diferencia del examen directo la construcción de una historia cronológica carece de importancia. La estructura del contraexamen, por lo tanto, es esencialmente temática.

3.14.2. Caducidad de la prueba testimonial y supuestos que comprende.

Con respecto a la caducidad de la prueba testimonial la doctrina ha instituido un sistema de caducidades automáticas que limita considerablemente la posibilidad de planteamientos de incidentes de negligencia. Dicho sistema comprende tres supuestos que seguidamente examinaremos.

En el primer y segundo supuesto: se adopta el principio de notificación al testigo que se efectuará por medio del juzgado, pero también se prevé la situación donde el testigo no comparezca. En dicho caso, se tendrán en cuenta las sanciones ya analizadas anteriormente y se lo tendrá por desistido. Es decir, como lo establece el artículo 437 del CPN, “si la parte que ofreció el testigo no concurriere a la audiencia por sí o por apoderado y no hubiese dejado interrogatorio, se la tendrá por desistida de aquél, sin sustanciación alguna”. (Congreso de la Nación, 1967, s.p.) Cabe recordar, que la declaración de caducidad no es en cambio pertinente cuando el testigo ha invocado una causal de inasistencia que el juez considera inadmisibles.

3.15. Prueba testimonial de oficio.

La prueba testimonial de oficio se refiere a que el juez puede disponer por facultad propia la comparecencia de personas mencionadas por las partes en los escritos de constitución del proceso, o cuando sea el caso a personas que en otras pruebas producidas, tuvieren conocimiento de hechos que puedan ayudar a buscar la verdad de la causa. De igual manera, el

juez podrá ordenar que se practiquen nuevamente los interrogatorios a los testigos o proceder al contrainterrogatorio como ya se ha explicado.

Hoy en día el juez no solamente tiene la facultad judicial de la notificación a aquellos testigos mencionados por las partes en los escritos de demanda, reconvencción o contestación, sino que nuestra legislación hoy en día contempla también la posibilidad de la notificación a rendir testimonio de las personas que puedan ayudar a absolver posiciones o de declarar para esclarecer la verdad procesal por medio de la prueba testimonial.

La prueba testimonial de oficio sólo encuentra obstáculo, en cuanto a su admisibilidad, con relación a los testigos que fueron ofrecidos y respecto de los cuales ha mediado declaración de negligencia o desistimiento por parte del proponente, porque lo contrario implicaría transgredir los principios de igualdad y de preclusión. (Palacio, 1967-1972, p. 431)

Cabe mencionar el desistimiento del testigo propuesto. Algunas legislaciones parten de la base que el desistimiento de testigos, realizado por el proponente, sólo se consuma si la otra parte lo aprueba y si el juez lo admite. Sin embargo, la solución precedente no es consagrada por el COGEP, ya que para desistir del testigo propuesto que todavía no ha rendido posiciones o ha declarado, no requiere la conformidad de la contraparte.

Rocca y Griffi, por su parte, limitan su comentario de la siguiente manera: (1981)

Se faculta al juez para adquirir *prueba testimonial de oficio*, según así resultare de otras pruebas producidas, extendiéndola a personas que pudieren tener conocimiento de los hechos, aunque no fueren mencionados en los escritos introductorios de la instancia, pero que surgieren de las pruebas aportadas en autos. Coincide con el otorgamiento de poderes de averiguación al juez, respecto de la verdad material, [...], que lo faculta a decidir, en cualquier estado de la caus, la comparecencia de testigos [...]. (p. 432).

Finalmente, el COGEP claramente en comparación con el CPC dotó de autoridad a los jueces del Ecuador valorando su experiencia y sana crítica estableciendo en su artículo 168 que podrán “excepcionalmente, ordenar de oficio y dejando expresa constancia de las razones de su decisión, la práctica de la prueba que juzgue necesaria para el esclarecimiento de los hechos controvertidos. Por este motivo, la audiencia se podrá suspender hasta por el término de quince

días”. (Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2015, p. 57) y de la misma manera, el COFJ en el artículo 130 numeral 10 establece: que es una facultad jurisdiccional esencial de los juzgadores “ordenar de oficio, con las salvedades señaladas en la ley, la práctica de las pruebas que juzguen necesarias para el esclarecimiento de la verdad. (Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2009, p. 41)

Para concluir este trabajo de tesis, a continuación se señalarán las conclusiones y recomendaciones obtenidas a lo largo de esta investigación. Lo anterior, con el fin de que se indiquen los beneficios obtenidos, así como que se le pueda dar continuidad al interés del sistema procesal civil ecuatoriano.

4. Conclusiones.

4.1. La conformación del presente Estudio certificó que con la entrada en vigencia del COGEP el procedimiento civil ha experimentado en el curso de estos tres años grandes ventajas en la práctica de la prueba testimonial para impulsar y proteger el debido proceso en los juicios por audiencias. De tal manera, el principio de oralidad y el principio de inmediación benefician tanto a las partes procesales, al abogado litigante y al juez a la hora de la práctica de la prueba testimonial. Sin embargo, la brecha entre la teoría y la praxis presenta retos muy importantes para una óptima Administración de Justicia en el Ecuador.

4.2. Dado que todavía están pendientes varios miles de juicios sujetos a las normas del CPC, precisa en primer lugar que los jueces de primera instancia o a-quo establezcan con precisión la diferencia entre la forma de como se recepta la prueba testimonial en la actualidad con el COGEP y como se la receptaba en el antiguo CPC.

4.3. Las deficientes resoluciones de los jueces de primera instancia al valorar la prueba testimonial en Ecuador, aplicando las reglas de la sana crítica a las que está sujeto este medio probatorio; es consecuencia de las dificultades de los jueces de receptar de manera correcta esta prueba, y que por su falta de experiencia y conocimiento de psicología jurídica y sociología

jurídica no aplican de manera efectiva las reglas de la sana crítica para valorar dicha prueba. Así, dejando en indefensión a las partes procesales, irrumpiendo el debido proceso y el derecho de las partes a una resolución honorable.

4.4. La prueba testimonial tiene especial importancia y es necesaria, ya que en muchos casos, por la naturaleza misma de los hechos que se trata demostrar no se puede recurrir a otro medio probatorio. De tal modo, se tendrá una relación directa entre el juez y el testimonio de los hechos acontecidos que será receptado únicamente cuando sea pertinente, útil y conducente al asunto que se controvierte, conforme dispone el artículo 160 del COGEP.

4.5. La presencia permanente del juez para valorar la práctica de la prueba testimonial y para examinar la actitud del declarante para llegar al fondo del asunto y a la verdad de los hechos, es trascendental para cumplir con el principio de inmediación que nuestro marco constitucional y normativo establece. Imperativamente, el juez debe apreciar en conjunto toda la prueba producida por todos los medios, y se vuelve necesario más aún cuando varios medios probatorios se complementan entre sí.

4.6. Para el sistema de sana crítica, en la valoración de la prueba realizada por el juez contribuye tanto la máxima de la lógica como la máxima de la experiencia (ambos elementos a la vez). El juez debe tener presente que las leyes y las instituciones deben ir de la mano con el progreso de la realidad social, cultural, económica y científica de una sociedad. Por tanto, es fundamental que los jueces en la aplicación de la sana crítica como el sistema más eficiente dentro del procedimiento civil en Ecuador tengan presente el desarrollo y el avance del derecho, así como la actualización de la experiencia humana.

4.7. Las reglas de la sana crítica es la base para que los jueces no abusen del derecho. En tal sentido, son una categoría intermedia que no tiene ni la rigidez propia de la prueba legal, ni la excesiva inestabilidad de la prueba de libre convicción.

4.8. Una sentencia favorable es el fin que todo abogado litigante busca en la práctica. Cabe decir, que la misma no es una operación de pura lógica jurídica. La motivación de los medios de prueba en las resoluciones de los jueces es ciertamente una operación humana, que con todos sus riesgos y todas sus excelencias, y su valor como tal dependerá, siempre, en último término, de lo que valga el juez, como hombre y como ciudadano. La virtud del juez es, en consecuencia, necesariamente, la virtud del derecho.

5. Recomendaciones.

5.1. Dentro de todo trabajo de investigación, se desea siempre que haya una mejora continua del mismo. Es por esto, que se recomienda a futuros estudiantes como a personas que ejerzan la profesión, y que tengan interés en la litigación y en el estudio de las instituciones de la prueba testimonial y la sana crítica; en la investigación del silogismo entre el juez, la prueba y su sana razón, para que en un futuro los resultados de las resoluciones de los jueces en el Ecuador con respecto a la prueba testimonial sean correctamente motivadas para consagrar un Estado constitucional de derechos y justicia.

6. Fuentes bibliográficas.

Albiña, R. D. (2014). Bases para una sana crítica: lógica, interpretación, argumentación, máximas de la experiencia, conocimiento científico. Santiago de Chile, Chile: RIL editores.

Alfaro, L. M. (2015). Tratado Integral de Litigación Estratégica. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.

Alsina, H. (1956-1965). Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial. Buenos Aires, Argentina.

Arazi, C. F. (1983-1985). *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, comentado y concordado*. Buenos Aires, Argentina.

Asamblea Constituyente. (2008). Constitución de la República del Ecuador. Montecristi, Ecuador.

Asamblea Nacional de la República del Ecuador. (2009). Código Orgánico de la Función Judicial. Quito, Ecuador.

Asamblea Nacional de la República del Ecuador. (2014). Código Orgánico Integral Penal. Quito, Ecuador.

Asamblea Nacional de la República del Ecuador. (2015). Código Orgánico General de Procesos. Quito, Ecuador.

Bensa, C. F. (1930). Diritto delle Pandette. Torino, Italia.

Bentham, J. (1971). Tratado de las pruebas judiciales. Buenos Aires, Argentina.

Cappelletti, M. (1973). El Proceso Civil en el Derecho Comparado. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Jurídicas Europa América.

Cardoso, G. E. (01 de 05 de 2018). Entrevista: ventajas de la prueba testimonial en el Código Orgánico General de Procesos. (S. B. Cordero, Entrevistador)

Carli, C. (1973). La demanda civil. Buenos Aires, Argentina.

Carnelutti, F. (1979). La prueba civil. Madrid, España.

Casación, 270-T-97 (La Sala Civil transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República de Perú 21 de 11 de 1997).

CCiv (1950).

Centro de Estudios de Justicia de las Américas. (2012). *Presentación del Código de Procedimiento Unificado*. Quito.

Chiovenda, E. T. (s.f.). Examen comparativo de las pruebas.

Chiovenda, G. (1954). Instituciones de derecho procesal civil. Madrid, España: Editorial Revista de Derecho Privado.

CNCiv (Sala B 1952).

CNCiv (Sala D 27 de Mayo de 1959).

CNCiv (Sala F s/f).

Congreso de la Nación. (1967). Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Buenos Aires, Argentina.

Couture, E. (1942). Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Buenos Aires, Argentina.

Couture, E. (1945). Proyecto de Código de Procedimiento Civil. Montevideo, Uruguay.

Couture, E. (1978). Estudios de derecho procesal civil. Buenos Aires, Argentina.

Couture, E. (1997). Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Depalma.

Couture, E. (2001). Estudios, ensayos y lecciones de derecho procesal civil. México D.F., México: Editorial: Jurídica Universitaria.

Couture, E. (s/f)., (pág. 61).

Cuevas, G. C. (2008). Diccionario jurídico elemental. Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta.

Dávila, F. N. (01 de 05 de 2018). Entrevista: ventajas de la prueba testimonial en el Código Orgánico General de Procesos. (S. B. Cordero, Entrevistador)

Domínguez, M. S. (1991). Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales. Madrid, España: Editorial Edersa.

Duce, A. B. (2004). Litigación Penal. Juicio Oral y Prueba. Santiago, Chile.

Echandía, D. (1976). Teoría general de la prueba judicial. Buenos Aires, Argentina.

Echandía, D. (1984). Compendio de la prueba judicial. Santa Fe, Argentina.

Eisner, I. (1964). La prueba en el proceso civil. Buenos Aires, Argentina.

Estrampes, M. M. (1997). *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*. (J. M. Editor, Ed.) Barcelona, España: José María Bosch Editor.

Falcón, E. (1982-1984). Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, anotado, concordado y comentado. Buenos Aires, Argentina.

Fassi, S. (1977-1978). Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, comentado, anotado y concordado. Buenos Aires, Argentina.

Florian, E. (1961). *Delle prove penali*. Milán, Italia.

Granda, M. P. (2010). *El derecho como ciencia: manual de metodología y técnicas de la investigación jurídica*. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Griffi, I. R. (1981). *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, comentado y anotado*. Buenos Aires, Argentina.

Guasp, J. (1947). *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Madrid, España: M. Aguilar editor.

Guasp, J. (1968). *Derecho procesal civil*. Madrid, España.

Lico, M. (s.f.). *Breve estudio de los principios generales del Derecho y de los principios generales del Derecho aplicables y surgidos del Derecho Administrativo*. Obtenido de Buenos Aires Ciudad: <http://www.buenosaires.gob.ar/procuracion-general/breve-estudio-de-los-principios-generales-del-derecho-y-de-los-principios#>

Malatesta, N. F. (1964). *Lógica de las pruebas en materia criminal*. Bogotá, Colombia.

Melendo, S. S. (1957). *El proceso civil*. Buenos Aires, Argentina.

Melero, S. (1968). *La prueba procesal*. Madrid, España.

Melero, S. (1968). *La prueba procesal*. Madrid, España.

Micheli, G. (1961). *La carga de la prueba*. Buenos Aires, Argentina.

Micheli, G. (s.f.). *Curso de derecho procesal civil*.

Morello, A. (1969-1973). *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación, comentados y anotados*. Buenos Aires, Argentina.

Palacio, L. (1967-1972). *Derecho procesal civil*. Buenos Aires, Argentina.

- Palma, Ó. S. (1983). Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias. Buenos Aires, Argentina.
- Palma, O. S. (1983). Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias. Buenos Aires, Argentina.
- Peyrano, J. (1978). El Proceso Civil. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea.
- Peyrano, J. (1978). El proceso civil, principios y fundamentos. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea.
- Ponencia francesa. (1970). Proceso oral y proceso escrito. *VIII Congreso Internacional de Derecho Comparado*, (p. 10). Pescara.
- Ponencia polaca. (1970). Proceso oral y proceso escrito. *VIII Congreso Internacional de Derecho Comparado*, (p. 11). Pescara.
- Quijano, J. P. (1996). El futuro del proceso civil. Bogotá, Colombia.
- Redenti, E. (1957). Derecho procesal civil. Buenos Aires, Argentina.
- Romero, C. R. (2017). Apuntes sobre la Prueba en el COGEP. Quito, Ecuador: Corte Nacional de Justicia.
- Ruales, P. (28 de 06 de 2012). (J. E. Bermeo, Entrevistador) Quito, Ecuador.
- Santo, V. d. (1992). La prueba judicial: teoría y práctica. Buenos Aires, Argentina: Editorial Universidad.
- Schönke, A. (1950). Derecho procesal civil. Barcelona, España.
- Taruffo, M. (2006). Sobre las fronteras, escritos sobre la justicia civil. Bogotá, Colombia.

7. Anexos.

7.1. Entrevista al Dr. Fabián Navarro Dávila.

Formación profesional.

- Abogado, Dr. en Jurisprudencia.
- Dr. en Ciencias Internacionales.
- Máster en Seguridad y Desarrollo.
- Cursos de especialización en la Universidad de Salamanca y en la Universidad de Buenos Aires.
- Varios eventos de capacitación en el país y en el exterior.

Experiencia profesional relevante.

- Fiscal General.
- Juez de la Corte Suprema de Justicia.
- Conjuez de la Corte Superior de Pichincha.
- Decano de Derecho de la Universidad Internacional SEK.
- Procurador judicial de la Superintendencia de Bancos.
- Asesor de varias instituciones públicas.

Experiencia docente.

- Profesor de pregrado de la Universidad Internacional SEK.
- Profesor de posgrado de la Escuela de Ciencias Internacionales.
- Profesor de posgrado Judicial de la Universidad Central del Ecuador.
- Instructor y conferencista en varios eventos académicos.

Obras publicadas.

- La división político administrativa del Ecuador.
- Política exterior ecuatoriana.
- La burocracia en el Ecuador.

Preguntas y respuestas.

1.- ¿Cuáles son los problemas frecuentes que se presentan en las resoluciones de los jueces a-quo al apreciar la prueba testimonial incorporada al proceso?

Su falta de experiencia y conocimiento de psicología jurídica, sociología jurídica, etc; para hacer efectiva las reglas de la sana crítica para valorar la prueba testimonial. (Dávila, 2018)

2.- ¿Cuáles son los presupuestos legales que debe considerar el juez para la valoración de la prueba testimonial?

Para que sea admitida y tenga valor probatorio, la prueba testimonial para su admisibilidad debe ser pertinente, útil y conducente al asunto que se controvierte, conforme dispone el artículo 160 del COGEP. (Dávila, 2018)

3.- ¿Cuál es la importancia de la prueba testimonial frente a los demás medios probatorios?

La prueba testimonial, rendida con juramento de manera personal en la audiencia de juicio y con asilencia de un defensor, igual que las pruebas documentales (documentos públicos y privados), la prueba pericial e inspección judicial, tienen la finalidad de conducir al jugador a la convicción sobre la existencia de los hechos y circunstancias controvertidos.

Ante el evento de que la ley exija prueba documental como es el caso de los títulos ejecutivos o que se presenten prueba documental consistente en instrumentos públicos, la prueba testimonial no puede sustituir ni enervar el valor de esa prueba ni de la prueba pericial e inspección judicial; allí sirve para coadyuvar a la certidumbre del juez respecto de la existencia de los hechos o de un derecho. En el caso de que no exista otra prueba, la prueba testimonial cobrará mayor importancia. Conforme dispone el artículo 186 del COGEP, para valorar la prueba testimonial, el jugador considerará el contexto de toda la declaración y su relación con otras pruebas. (Dávila, 2018)

4.- ¿Cómo considera el COGEP a la prueba testimonial y que diferencia se establece respecto del testimonio y la confesión en el CPC?

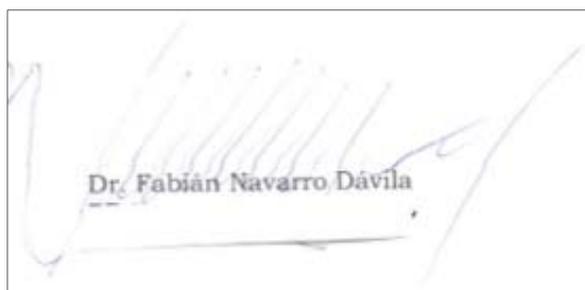
La prueba testimonial, conforme dispone el COGEP es de dos clases: declaración de parte y declaración de testigos. La declaración de parte que es un testimonio acerca de los hechos controvertidos, el derecho discutido o la existencia de un derecho rendido por una de las partes, conforme al artículo 183 del COGEP, reemplaza a la confesión judicial prevista en el artículo 143 del CPC que rigió antes de la vigencia del COGEP.

El mismo, la definía como la declaración o reconocimiento que hace una persona, contra sí misma de la verdad de un hecho o la existencia de un derecho, se practicará de manera oral en la audiencia de juicio y tiene los mismos efectos o procesales que tenía la confesión judicial, es decir que la declaración legítimamente hecha sobre la verdad de la demanda termina el proceso. (Dávila, 2018)

5.- ¿Cuáles son los parámetros que el juez debe seguir para aplicar la sana crítica, frente a la declaración de parte, declaración del testigo y en general de la prueba?

Aprehender con su capacidad y experiencia, el conocimiento, razón de los dichos y las circunstancias concurren. La coherencia del testimonio, su exactitud, características de la persona que depone, edad, salud física y mental, circunstancias de tiempo y lugar en que se dieron los hechos, probidad, imparcialidad del testigo, todo esto observando que las preguntas se ciñan a los dispuesto en el artículo 176 del COGEP. Para lo cual el juez puede preguntar, pedir explicaciones o aclaraciones al testigo, sin que le sea permitido disponer de oficio la práctica de la prueba testimonial. (Dávila, 2018)

D.M. Quito, agosto 2018



Dr. Fabián Navarro Dávila

Dr. Fabián Navarro Dávila

7.2. Entrevista al Dr. Guido Erasmo Mantilla Cardoso.

Formación profesional.

- Abogado, Dr. en Jurisprudencia.

Experiencia profesional relevante.

- Director de la Escuela Judicial.

- Asesor del Consejo de la Judicatura y asesor de la Superintendencia de Bancos.

Experiencia docente.

- Profesor titular de la Escuela de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Central del Ecuador (cátedras: Código Civil y Código de Procedimiento Civil 1972-1997).

- Profesor titular de la Escuela de Derecho, Universidad de las Américas.

Obras publicadas.

Comentarios al Código de Procedimiento Civil coautor con el Dr. Emilio Velasco Céleri (II Tomos), y, artículos en varias revistas jurídicas.

Preguntas y respuestas.

1.- ¿Cuáles son los problemas frecuentes que se presentan en las resoluciones de los jueces a-quo al apreciar la prueba testimonial incorporada al proceso?

Como todavía están pendientes varios miles de juicios sujetos a las normas del CPC, precisa establecer la diferencia entre la forma como se receptaba la prueba testimonial con vigencia de este cuerpo legal y como se lo hace en la actualidad con el COGEP. En el sistema procesal escrito, en la práctica, era una realidad incontrovertible que la prueba testimonial la receptaba no el juez, ni siquiera el secretario de la judicatura, sino el ayudante a cuyo cargo se encontraba el proceso; este funcionario según su real saber y entender, decidía ante sí, que testimonio se aceptaba y cual no; calificaba los interrogatorios, y demás formalidades de la declaración testimonial.

En el COGEP estas anormalidades han desaparecido, ya que existe intermediación entre el juez y los sujetos procesales, porque el testimonio se recepta en la audiencia de juicio en forma directa o a través de video conferencia u otro medio de comunicación de similar tecnología, con la presencia permanente del juez que tiene la posibilidad hasta de examinar la actitud del declarante al rendir el testimonio y percatarse hasta donde esa declaración es verdadera.

En todo caso, la dificultad principal en la apreciación de esta prueba en primera instancia radica en la poca experiencia que generalmente tienen los jueces para aplicar las reglas de la sana crítica a las que está sujeto este medio probatorio. (Cardoso, 2018)

2.- ¿Cuáles son los presupuestos legales que debe considerar el juez para la valoración de la prueba testimonial?

Según el CPC para ser testigo idóneo se requiere, edad, probidad, conocimiento e imparcialidad. Según el COGEP, toda persona que ha percibido a través de sus sentidos directa y personalmente hechos relacionados con la controversia, puede declarar sobre los mismos, salvo los absolutamente incapaces, los que padecen de enfermedad mental que les prive de la capacidad de percibir o comunicar objetivamente la realidad, y los que al momento de ocurridos los hechos sobre los cuales deben declarar se encontraban en estado embriaguez o bajo el efecto de sustancias estupefacientes o psicotrópicas.

El CPC, establece que los jueces y tribunales apreciarán la fuerza probatoria de las declaraciones de 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 concurren.

En tanto que el COGEP dispone: La prueba deberá ser apreciada en su conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, dejando a salvo las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia y validez de ciertos actos. El juzgador tendrá la obligación de expresar en su resolución, la valoración de todas las pruebas que le hayan servido para justificar su decisión. (Cardoso, 2018)

3.- ¿Cuál es la importancia de la prueba testimonial frente a los demás medios probatorios?

Los testigos son los terceros ajenos al acto o hecho debatido que pueden afirmar la existencia de un hecho jurídico, porque estuvieron presentes. La prueba testimonial tiene varios inconvenientes, ya que está condicionada a factores psíquicos personales que pueden desfigurar la realidad: la forma como el testigo ha percibido el acontecimiento sobre el cual declara; el modo como ha conservado en su memoria el hecho; la capacidad de evocación, que es el factor más complejo puesto que interviene en él la represión y censura; el grado de sinceridad o sea la forma en que el testigo quiere expresarse y la forma como el testigo debe expresarse. La prueba testimonial tiene especial importancia y es necesaria, ya que en muchos casos, por la naturaleza misma de los hechos que se trata demostrar no se puede recurrir a otro medio probatorio.

Así la prueba de testigos es necesaria en los delitos y cuasidelitos, puesto que quien ejecuta estos actos no deja constancia escrita del hecho ilícito. Asimismo, la prueba de testigos es admisible en negociaciones mercantiles, cualquiera que

sea el importe de la obligación que se trate de probar. También la prueba testimonial es admisible como excepción en los actos y contratos que contienen la entrega o promesa de una cosa que valga menos de ochenta dólares de los Estados Unidos de América (artículo 1726 C.C.). También es admisible la prueba testimonial, cuando hay un principio de prueba por escrito, cuando ha sido imposible conseguir una prueba escrita y en los casos expresamente exceptuados por la Ley. En todo caso, es preciso señalar que un principio respecto de la prueba testimonial determina que los “testigos se presan y no se cuentan”. (Cardoso, 2018)

4.- ¿Cómo considera el COGEP a la prueba testimonial y que diferencia se establece respecto del testimonio y la confesión en el CPC?

El COGEP considera prueba testimonial tanto a la declaración que rinde una de las partes como a la que rinde un tercero y se practica en la audiencia de juicio; y, aclara: declaración de parte es el testimonio acerca de los hechos controvertidos, el derecho discutido o la existencia de un derecho rendido por una de las partes. En tanto que, del testigo dice que es: toda persona que ha percibido a través de sus sentidos directa y personalmente hechos relacionados con la controversia (artículos 174, 187 y 189 COGEP).

El CPC trataba separadamente a la confesión y a la prueba testimonial dando un valor probatorio diferenciado a cada uno de estos medios probatorios. Tradición que tiene sus raíces en el Derecho Romano que consideraba a la confesión como la reina de las pruebas, por eso se decía que quien ha confesado debía sentirse como juzgado y que a confesión de parte relevo de prueba. De la prueba testimonial se decía que es a la que menos debe recurrirse y debía restringirse lo más que se pueda. Andrés Bello expresaba “no hay para que decirlo, la facilidad con que por medio de declaraciones juradas pueden impugnarse y echarse por tierra los más legítimos derechos...”. (Cardoso, 2018)

5.- ¿Cuáles son los parámetros que el juez debe seguir para aplicar la sana crítica, frente a la declaración de parte, declaración del testigo y en general de la prueba?

Eduardo Couture manifiesta que la legislación española de 1855, pasada a muchos códigos hispanoamericanos, creó entre los sistemas de la libre convicción (romano) y el de la prueba legal (germánico) una tercera figura intermedia de carácter científico, el principio de la apreciación racional de la prueba, con arreglo a la sana crítica. ¿Y qué es la sana crítica? ¿Es prueba legal, es decir, son las reglas lógicas o empíricas elevadas a la jerarquía de reglas jurídicas?, o, por el contrario, ¿es prueba discrecional, salida natural de la conciencia del magistrado hacia la apreciación de los hechos? Y se responde manifestando que no es ni la una ni la otra cosa y que según su parecer: las reglas de la sana crítica son una categoría intermedia que no tiene ni la rigidez propia de la prueba legal, ni la excesiva inestabilidad de la prueba de conciencia. Y agrega que mientras en la prueba legal, el legislador le dice al juez “tu fallaras

como yo digo”, en la libre convicción el legislador dice al juez: “tu fallaras como tu conciencia te lo diga, yo no tengo reglas”.

Pero en la sana crítica, el legislador le dice al juez “tu fallaras con arreglo a los principios lógicos y de experiencia, ordenados de acuerdo con las reglas de la experiencia, ordenados de acuerdo con las reglas que hoy se admiten para juzgar los casos; es decir, de acuerdo con los principios admitidos por la lógica y de acuerdo con las máximas de la experiencia que nos da la observación”.

Concluye manifestando que:

La sentencia no es una operación de pura lógica jurídica, ni el juez es una máquina de razonar. La sentencia es una operación humana, con todos sus riesgos y todas sus excelencias, y su valor como tal dependerá, siempre, en último término, de lo que valga el juez, como hombre y como ciudadano. La virtud del juez es, en consecuencia, necesariamente, la virtud del derecho.
(Couture, 2001, pág. s.p.)
(Cardoso, 2018)

D.M. Quito, agosto 2018



Dr. Guido Erasmo Mantilla Cardoso