

UCUENCA

Universidad de Cuenca

Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales

Carrera de Derecho

**La Prueba Testimonial como Diligencia de Oficio para el Esclarecimiento
de los Hechos Controvertidos**

Trabajo de titulación previo a
la obtención del título de
Abogado de los Tribunales
de Justicia de la República y
Licenciado en Ciencias
Políticas y Sociales

Autor:

Santiago Andrés Loyola Cazorla

Director:

Juan Carlos Cabrera Prado

ORCID:  0009-0005-9727-7528

Cuenca, Ecuador

2024-05-13

Resumen

El presente trabajo investigativo se ha desarrollado con la finalidad de analizar y dar a conocer la controversia suscitada cuando el juez ordena bajo su potestad la práctica de la prueba para mejor resolver, determinando de este modo cuáles son los efectos que produce la actuación del juzgador dentro de un procedimiento que se sustancia por vía judicial. Es por ello que la responsabilidad termina recayendo en el organismo jurisdiccional, es decir en las personas encargadas de hacer justicia dentro del territorio nacional, los mismos que deben vigilar por la plena garantía de la normativa legal y constitucional que el Poder Legislativo ha implementado y plasmado previamente en los cuerpos normativos. De manera general se puede concluir que La prueba testimonial para mejor resolver es una figura jurídica que en la actualidad le entrega al juez la potestad de solicitar el testimonio de una persona para tratar de esclarecer ciertos hechos controvertidos dentro del proceso que se sustancia

Palabras clave del autor: práctica probatoria, tutela judicial, derecho procesal, hechos controvertidos, principio dispositivo



El contenido de esta obra corresponde al derecho de expresión de los autores y no compromete el pensamiento institucional de la Universidad de Cuenca ni desata su responsabilidad frente a terceros. Los autores asumen la responsabilidad por la propiedad intelectual y los derechos de autor.

Repositorio Institucional: <https://dspace.ucuenca.edu.ec/>

Abstract

The present investigative work has been developed with the purpose of analyzing and publicizing the controversy that arises when the judge orders under his authority the practice of evidence to better resolve, thus determining what are the effects produced by the judge's action within of a procedure that is carried out by judicial means. That is why the responsibility ends up falling on the judicial body, that is, on the people in charge of doing justice within the national territory, the same ones who must monitor for the full guarantee of the legal and constitutional regulations that the Legislative Power has implemented and embodied. previously in the regulatory bodies. In general, it can be concluded that testimonial evidence to better resolve is a legal figure that currently gives the judge the power to request the testimony of a person to try to clarify certain controversial facts within the process that is being carried out.

Autor keywords: evidentiary practice, judicial protection, procedural law, controversial facts, dispositive principle



The content of this work corresponds to the right of expression of the authors and does not compromise the institutional thinking of the University of Cuenca, nor does it release its responsibility before third parties. The authors assume responsibility for the intellectual property and copyrights.

Institutional Repository: <https://dspace.ucuenca.edu.ec/>

Índice

Abstract	3
Índice	4
INTRODUCCIÓN	5
CAPÍTULO I	6
LA PRUEBA TESTIMONIAL Y SU EFICACIA EN EL ESCLARECIMIENTO DE HECHOS	6
1.2. La prueba testimonial: Aproximaciones a su conceptualización	6
1.3. Pertinencia y aplicabilidad de la prueba testimonial	7
1.4. Propósitos de la prueba testimonial	8
CAPÍTULO II	10
LA FIGURA DE LA PRUEBA PARA MEJOR RESOLVER	10
2.1 Aproximaciones conceptuales	10
2.2 La prueba para mejor resolver y su relación con los principios del debido proceso	13
2.3 La restricción para ordenar prueba testimonial de oficio en el Código de Procedimiento Civil	15
2.4 La prueba para mejor resolver según la legislación adjetiva vigente	17
CAPÍTULO III	21
LAS CONSECUENCIAS DE LA PRÁCTICA DE PRUEBA TESTIMONIAL PARA MEJOR RESOLVER	21
3.1 La prueba testimonial para mejor resolver vs el principio dispositivo	21
3.2 Las consecuencias jurídicas de la coerción a la libertad probatoria de las partes	24
3.3 La vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de las partes por la aplicación de prueba testimonial para mejor resolver.	27
3.4.- La Prueba Testimonial para mejor Resolver frente al ideal de Justicia	30
3.5.- La Carga Probatoria en la Prueba Testimonial para mejor Resolver	32
ENTREVISTAS	38
RESULTADOS Y ANÁLISIS	41
CONCLUSIONES	52
RECOMENDACIONES	53
Referencias Bibliográficas	54
ANEXOS	57

INTRODUCCIÓN

La presente investigación plasmada en formato de tesis abarca muchos aspectos relacionados con la prueba testimonial para mejor resolver, partiendo desde su proposición esta clase de prueba testimonial nace por menester del propio juzgador y es este el que a través de su consideración así como de forma oficiosa solicita la comparecencia de personas para que rindan testimonios, lo cual posibilita el esclarecimiento de ciertos hechos controvertidos materia de debate en el correspondiente procedimiento que se sustancia por vía judicial.

Sin embargo, el proceder del juez puede ser equívoco por obvias razones como la de tratar de dilucidar los actos acaecidos, pero esto no necesariamente beneficia al proceso, sino que puede afectar los derechos de las partes ya que, su proceder logra alcanzar el carácter erróneo e ineficaz para el fin pretendido. Por ende, el proceder conjunto del juzgador y la prueba testimonial para mejor resolver ocasionan en ciertos casos una improcedibilidad que varios autores doctrinarios señalan como cierto.

Esta improcedibilidad e imparcialidad se suscita debido a que no hay norma expresa alguna que establezca su correcta utilización o restricción referente a la situación y a los hechos que se quieren comprobar dentro del procedimiento, ya que este escenario planteado al final de cuentas provoca la vulneración de principios, derechos y demás preceptos legales que se encuentran vigentes y en pleno uso por el ordenamiento jurídico del país.

CAPÍTULO I

LA PRUEBA TESTIMONIAL Y SU EFICACIA EN EL ESCLARECIMIENTO DE HECHOS

1.2. La prueba testimonial: Aproximaciones a su conceptualización

Muchos son los estudios e investigaciones que apuntan hacia la antigüedad de la prueba testimonial como procedimiento para indagar y conocer sobre un caso determinado, con base en las declaraciones y argumentos de los implicados.

En torno a esta premisa se han planteado diversas posturas, muchas de las cuales apuntan a la vinculación del concepto de testimonio con el de la prueba testimonial; así por ejemplo Gonzalez y Orué, (2021) destacan que “la prueba testimonial hace referencia a la declaración judicial llevada a cabo por terceros, es decir, por personas ajenas y exentas del hecho acontecido. Todo ello apunta al siguiente argumento” (Juan Gonzalez & Esteban Orué, 2021, pág. 135).

Para estos autores la prueba testimonial tiene su fundamento clave en la declaración que llevan a cabo los terceros respecto del caso tratado, que son ajenos al litigio determinado, quienes se encargan que dar su opinión en forma de declaración y la exponen ante el juez que conduce el caso en presencia y conocimiento de las partes implicadas. Por su parte, Alberto Binder (2020) sostiene en el marco de este contexto, que la prueba testimonial

“es aquella en la que se toma en consideración la declaración y opinión de personas que sí estuvieron, vieron, presenciaron y vieron el hecho en cuestión; es decir, en esta oportunidad solo son llamados a declarar, y su opinión será válida, de quienes saben acerca del acontecimiento por haberlo vivido, por ser testigos fidedignos e incluso por formar parte protagónica dentro de este, ya sea como acusado o acusador, víctima o victimario” (pág. 236).

Lo anterior complejiza notoriamente la concepción de prueba testimonial, pues en ella se involucran diversos factores y elementos definitorios como los testigos en primera persona, es decir, los testigos propiamente, los testigos-expertos, aquellos que atestiguan en función de documentos que proponen, así como los testigos que emiten misivas alusivas al caso.

1.3. Pertinencia y aplicabilidad de la prueba testimonial

De acuerdo con su acepción estándar, la prueba testimonial es aquella declaración que una de las partes o una tercera persona dentro de la correspondiente audiencia rinde una versión sobre lo que tiene conocimiento acerca de un hecho o acto determinado. Dicha declaración se realiza a través de un interrogatorio y posteriormente un contrainterrogatorio, es de igual manera importante el destacar que si el testigo desconoce el idioma español se asignará un intérprete o traductor para que declare bajo juramento (Asamblea Nacional del Ecuador, Código Orgánico General de Procesos, 2023)

Es así que este medio probatorio inicia con la petición expresa de convocar a determinadas personas para que declaren sobre ciertos actos de los cuales tienen conocimiento, la ley la declara pertinente y oportuna cuando esta prueba testimonial es realizada respetando los derechos de las partes, así como de los declarantes, sin omisión laguna o perjuicio contra otro. Es de este modo que Cristian Contreras (2017), establece que el medio probatorio testimonial:

“es la piedra angular para determinados casos donde las pruebas documentales son escasas, y fundamenta su idea en los hechos de difícil comprobación a través de documentos ya sean públicos o privados, oponiéndose de manera rotunda a cualquier intervención impropia o inoportuna del órgano jurisdiccional que a la postre termine influenciando y viciando el procedimiento a favor o en contra de una parte” (pág. 287).

A consideración propia y respecto a lo señalado anteriormente, el tratadista hace obvia mención sobre lo que aporta la prueba testimonial y cuál es su función dentro de los procedimientos, sin embargo, señala con cierta retórica el actuar del órgano jurisdiccional encargado de administrar justicia cuando su proceder, aunque sea con ánimos de imparcialidad y justicia terminan estos mismos afectando a una de las

partes dentro del proceso sustanciado, su oposición buenamente es un indicativo respecto al impropio proceder que puede existir por parte del juzgador.

El declarante según la normativa referente en estos casos debe contestar con la verdad ante las preguntas o cuestionamientos que se le realicen, esto con previa venia del juzgador; aunque el declarante tiene el derecho emanado por la propia ley de negarse a declarar cuando dicha declaración acarree cualquier tipo de responsabilidad sobre su cónyuge u otra persona relacionada a este hasta el cuarto grado de consanguinidad, así como al correspondiente segundo grado de afinidad, otra excepción se suscita cuando debido a su profesión o situación no puede quebrantar el secreto inherente al hecho acontecido. Ante las declaraciones o testimonios que existan dentro de un mismo procedimiento, pueden las partes recurrir a objeciones, es de tal manera que Coronado (2016), indica:

“las objeciones planteadas por las partes es una manifestación propia del principio de contradicción ya que dichas objeciones están dirigidas a verificar o desmentir las hipótesis planteadas por ambas partes sobre los hechos acontecidos y debatidos dentro de la correspondiente audiencia de juicio, haciendo prevalecer un principio y por lo tanto los derechos de las partes. Es de esta forma que el juez tiene la última palabra para que la objeción proceda o no sobre el requerimiento mencionado con anterioridad y de igual manera el juez bajo la sana crítica decidirá afirmar o negar la objeción planteada” (pág. 68).

1.4. Propósitos de la prueba testimonial

La prueba testimonial y su finalidad son transcendentales dentro de un juicio, por lo que es de suma importancia tratar los pasos que se siguen durante la correspondiente audiencia para practicar la prueba testimonial y que esta tenga la validez necesaria, tal y como lo establece el Código Orgánico General de Procesos (2023); ante esto es necesario señalar de forma detallada las siguientes reglas:

“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” (pág. 44)

Detalladamente la prueba testimonial se da una vez que los testigos llamados a declarar estén presentes en la audiencia, es así que el juzgador conocedor de la causa les dará a conocer sobre el delito que incurren por falsear la verdad, posterior a ello el mismo juez pedirá a viva voz a los declarantes que den información pertinente para registrar los datos de los declarantes esto con el fin de corroborar la información dentro del expediente judicial.

Es en este instante donde se empieza el interrogatorio y luego se le concede el contrainterrogatorio a la contraparte para que realice sus preguntas; como se puede analizar el juez termina siendo una parte imparcial dentro de la práctica relacionada a la prueba testimonial y por ende es el encargado de dirigir estos testimonios sin la necesidad de inmiscuirse en asuntos ajenos a su potestad que pueden acarrear situaciones de vulneración y desventaja hacia cualquiera de las partes.

Su aplicabilidad proviene de las reglas antes mencionadas ya que se considera como legítima cuando esta misma respeta lo estipulado en la ley y bajo esa premisa la aplicación es concordante con los principios legales emanados de la constitución y de los organismos internacionales sin afectar a las partes procesales. En este sentido (Cristian Contreras, 2017) asevera la valoración de la prueba testimonial es:

“algo que queda a discrecionalidad del juez. El juzgador construye su propio razonamiento en base a la declaración emitida y de manera conjunta con el resto de pruebas para sustentar su fallo, esto quedará determinado dentro de la motivación respecto a la decisión que a través de la sana crítica el juez haya tomado o considerado adecuada para dar fin al juicio” (pág. 128)

Como se demuestra en el trabajo investigativo, la prueba testimonial es una herramienta jurídica de relevancia e importancia trascendental para esclarecer los hechos ocurridos en cierta situación, de hecho el mismo COGEP establece que dicha voluntad debe nacer de cualquiera de las partes dentro de un juicio, así como doctrinariamente algunos tratadistas sostienen esta misma idea ya que estiman innecesario e improcedente el actuar de un juez al requerir algún tipo de prueba sin previa petición de las partes, por lo que de manera lógica establecen que el juez está extralimitando su poder como órgano jurisdiccional de justicia y esto podría incurrir en la presentación de varias pruebas que son inútiles e incluso que afectan la decisión final del juez a costa del perjuicio de alguna de los sujetos procesales. A partir de ello convergen ciertas situaciones donde la misma ley no prevé este tipo de sucesos por lo que podría existir una afectación directa a las personas e inclusive a los mismos principios contemplados dentro del marco normativo ecuatoriano.

CAPÍTULO II

LA FIGURA DE LA PRUEBA PARA MEJOR RESOLVER

2.1 Aproximaciones conceptuales

Conceptualmente la prueba para mejor resolver ya se encuentra en primer orden establecida dentro del COGEP, el cual señala que el juez podrá ordenar por iniciativa propia la práctica de cierto medio probatorio dentro del procedimiento que se sustancie, esta decisión tomada por el juzgador se considera como excepcional y cuando el caso lo amerite para aclarar de mejor forma los hechos debatidos en audiencia (Código Orgánico General de Procesos, 2023).

Esta figura actualmente establecida en la normativa ecuatoriana ha representado un debate y confrontación entre algunos tratadistas de derecho, ya que existe la división de opiniones al expresar unos especialistas que este actuar del juzgador va en contra de ciertos principios y garantías así como el permitir la vulneración derechos de las partes, mientras que otros especialistas señalan que su implementación y uso es

adecuado y pertinente cuando el juez lo realiza bajo parámetros definidos y sin traspasar la legalidad ni sobrepasar las atribuciones que el juez tiene por su propia condición. Es así que de manera conceptual Gozaíni (2018), establece:

“la prueba de mejor resolver es aquella figura jurídica empleada por el juzgador bajo criterios objetivos para ejercer su facultad y disponer la práctica probatoria que nace bajo voluntad e iniciativa del juzgador con el fin de despejar las dudas que este mismo tenga. Ante esta conceptualización es preciso señalar que el autor con su razonamiento da un punto de vista positivo a la utilización de esta figura por su provechosa utilización, sin embargo, es menester puntualizar que en efecto su implementación es hasta cierto grado positiva siempre y cuando la disposición y usos del medio probatorio sea ecuaníme y este mismo no vulnere principios ni derechos de las personas o peor aún termine favoreciendo ilegítimamente a una parte sobre la otra” (pág. 279).

Desde otra perspectiva referente a la prueba para mejor resolver el tratadista Gerardo Parajeles (1998), señala:

“este tipo de prueba la pide el juez como una forma de vislumbrar y encontrar la verdad sobre lo discutido en la pertinente audiencia, el juez utiliza su ánimo de justicia para solicitar una prueba documental o testimonial que beneficie a la está misma, sin embargo, el juzgador puede encontrarse con una problemática que puede interferir de un modo u otro en la correcta actuación del proceso, originando discrepancias y conjeturas entre las partes procesales” (pág. 149).

Hasta la presente redacción del trabajo existe una divergencia en lo que respecta a las opiniones de ciertos tratadistas sobre lo relativo a la prueba para mejor resolver, sin embargo, se puede avizorar que es un tema muchas veces complejo de tratar y asimilar por parte de juristas, abogados e incluso tratadistas de derecho, esto repercute en la división de ideas y opiniones respecto a la utilización o no utilización de esta figura jurídica; la interposición de dicha figura es sustentable bajo la premisa de aclarar ciertos aspectos de los hechos más este fin no siempre acaba en buenos términos para las partes.

Es por ello que se necesita fundamentar aún más esta figura jurídica con los conceptos y opiniones de tratadistas conocedores y afines a la temática abordada, para no sesgar el criterio investigativo. Ante esto Jaime Marín, establece “son medidas que permiten resolver las incertidumbres respecto a los hechos suscitados dentro de un procedimiento, mismas que son ordenadas por el juez con la finalidad de complementar de mejor manera la prueba procedente por los sujetos procesales” (Jaime Marín, 2019 , pág. 84). En este mismo orden de ideas el tratadista Manuel Antonio Borja (2003), acerca de la prueba para mejor resolver, menciona:

“se sustenta en la lógica jurídica de querer despejar toda razón infundada o duda sobre lo acontecido respecto a los medios probatorios; su base parte del conocimiento del juez y su plena utilización a través del discernimiento en donde el juzgador suele tener la potestad de ejercer esta figura jurídica cuando lo crea conveniente, siempre que dicha figura no menoscabe los derechos o vulnere algún principio procedimental” (pág. 372).

Es así que el presente enunciado, así como el anterior respetan la utilización e implementación de la prueba para mejor resolver; fundamentan su argumento en pro de brindarle mayor conocimiento al juez sobre lo debatido y para señalar fehacientemente los hechos acontecidos, sin embargo, son claros en señalar que dicho uso no puede contravenir contra la normativa vigente, así como a los principios ni a los derechos de las partes procesales, su único fin es el que le imprime la normativa sin ninguna extralimitación de poder o funciones del juez.

Resumiendo sucintamente, la denominada “prueba para mejor resolver” es un medio por el cual él juzgador puede interferir para pedir cierta prueba que el crea conveniente bajo su convicción, doctrinariamente existen desacuerdos sobre esta figura jurídica ya que algunos consideran como una figura oportuna a la hora de disolver dudas existentes sobre los hechos controvertidos, sin embargo, hay tratadistas que creen que su uso puede obstaculizar la justicia, así como coartar principios y derechos de las partes. A consideración propia esta figura llamada “prueba para mejor resolver” resultaría beneficiosa en muy pocos casos, más no en ciertas pruebas como las testimoniales donde el requerimiento erróneo de un sujeto ajeno al proceso causa un detrimento al mismo proceso e inclusive a la justicia y a los principios reconocido por el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

2.2 La prueba para mejor resolver y su relación con los principios del debido proceso

Este medio probatorio denominado prueba para mejor resolver según el autor Roberto Lara (2011), busca en cierta medida:

“velar por el bienestar del debido proceso; es así que el medio probatorio trata de implementar una decisión más acorde con la realidad del supuesto planteado. Este tipo de prueba que nace a través de la petición de oficio por parte del juez se lleva a cabo para "proveer mejor" y para que el resultado sea más acertado y apegado a la realidad fáctica de los hechos” (pág. 118).

Ahora bien, se debe establecer que es el debido proceso y porque es importante que se respete este principio cuando sucede la denominada prueba para mejor resolver, es de este modo que doctrinariamente se conoce como debido proceso a lo siguiente:

La Constitución de la República del Ecuador (2008), señala en su artículo 76 que en todo procedimiento que se sustancia en el Ecuador en el cual se determinen ya sean derechos u obligaciones, se certificará el debido proceso como garantía básica para ambas partes procesales sin distinción alguna.

En la misma normativa constitucional existe un artículo mucho más preciso y conciso sobre el debido proceso y su garantía dentro de cualquier procedimiento, de manera literal instruye lo siguiente:

“Art. 169.- El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, intermediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades” (pág. 94).

El analizar este artículo es de suma importancia ya que desde la propia normativa constitucional se establece un sistema procesal como un mecanismo probo, justo e imparcial de justicia, y de igual manera estipula que todo procedimiento sustanciado en territorio ecuatoriano debe respetar los principios emanados por la Constitución, así

como por las codificaciones vigentes, buscando a través de su implementación una efectiva garantía al debido proceso.

Lo anteriormente se puede traducir en que en los procesos donde concurra la prueba para mejor resolver puede existir una afectación al debido proceso así como a otros principios, su utilización es materia de debate ya que algunos conocedores de derecho creen conveniente este tipo de figura jurídica dentro de los procedimientos y otros se encuentran renuentes a aceptarlo ya que se basan en el exceso de participación y poder conferido al juez, el mismo que podría afectar a las partes de manera indiscriminada.

Existen autores que señalan al debido proceso como un principio básico e inviolable bajo ningún concepto, de este modo su justificación en que las leyes nacionales o supranacionales deben respetar los derechos básicos de los seres humanos sin que para ello se atropellen los derechos de otras personas o que algún sujeto se vea afectado por la normativa aplicable y existente. Es así que Osvaldo Gozaíni (2018), en un apartado de su obra expone que el debido proceso es:

“un principio que nace desde hace muchos años atrás por la necesidad de establecer y rigorizar los procedimientos judiciales que existían, para impedir vulneraciones de índole procesal y normativa contra las partes procesales, dirigiendo el correcto desarrollo de dicho procedimiento desde el inicio hasta el final del mismo” (pág. 211)

Ante este comentario del autor es justo el señalar que la prueba para mejor resolver es aquello que bien puede impedir el correcto desarrollo del procedimiento tal y como lo señala el juez y por ende se vería coartado el debido proceso, por obvias razones ya que como se ha establecido esta clase de pruebas es algo que no tiene ningún tipo de restricción para su uso y únicamente lo deja al libre albedrío del juzgador, por lo que este mismo a pesar de no tener la intención de causar detrimento al proceso podría hacerlo al convocar a personas ajenas o que no conocen como ocurrieron los hechos como testigos y estos a su vez corromper la verdad de los sucesos.

El debido proceso al ser un principio que gozan todas las personas sin distinción alguna, termina siendo algo inherente a los sujetos procesales y por eso mismo el procedimiento debe tener tintes de imparcialidad y justicia sin beneficiar a una parte procesal a costa de la otra. De este modo existen tratadistas que consideran al debido

proceso como una muestra de lo que mínimamente se debe respetar en lo referente al procedimiento y al actuar de las partes y del mismo juzgador.

A partir de ello, un autor se explaya y expresa dentro de su obra lo que a apreciación de este mismo debe ser el actuar de las partes y la forma en como al juez le corresponde dirigir el procedimiento para no causar menoscabo al ya mencionado debido proceso. Así de esta manera Johana Vallejo (2017), sostiene:

“las partes o sujetos dentro de un procedimiento deben ser los impulsores de las diligencias necesarias, es decir de aquellas que ellos pueden realizar, de esta manera la práctica probatoria recae específicamente en los sujetos procesales interesados en esclarecer los hechos controvertidos, mientras que el juez bajo su potestad tiene que remitirse a las pruebas ya sean estas testimoniales o cualquier otro tipo, garantizando el desenvolvimiento pertinente de la audiencia convirtiendo de este modo al juez en una parte imparcial encargada de dirigir el procedimiento y atender los diversos requerimientos que las partes le solicitan, siendo este mismo calificado como un órgano jurisdiccional neutral y objetivo” (pág. 87).

2.3 La restricción para ordenar prueba testimonial de oficio en el Código de Procedimiento Civil

Ciertamente existe una restricción en lo que respecta al Código de Procedimiento Civil, esto se percibe dentro del articulado del cuerpo normativo antes mencionado el cual señala que los juzgadores están facultados a pedir de oficio ciertas pruebas que ayuden a esclarecer la verdad, sin embargo, no están facultados a ordenar que se convoquen testigos para que rindan testimonio bajo ninguna excepción (Congreso Nacional de la República del Ecuador, 2005).

La Codificación anteriormente vigente establecía y normaba que los testigos no pueden ser requeridos bajo oficio o petición expresa del juez, sino que esta potestad era exclusiva de las partes procesales, para regular este tipo de actuaciones existía el artículo 118 mismo que se encuentra señalado con anterioridad; evidentemente este código buscaba el no otorgarle demasiadas atribuciones al juzgador para así evitar el

uso excesivo y prolongado de facultades capaces de menoscabar derechos así como de violentar o vulnerar principios establecidos en el marco normativo en aquella época cuando el Código de Procedimiento Civil estaba en vigor.

En necesario el señalar la apreciación o forma en cómo se concebía a esta clase de regulación sobre el actuar de oficio por parte del juez en lo referente a la prueba testimonial, para ello Parajeles (1998) menciona “la petición y desarrollo de la práctica probatoria está a discreción de las partes, relegando al juzgador a ser una parte meramente dirigente y oyente del procedimiento” (Gerardo Parajeles, 1998, pág. 93).

Lo cual da a entender que el juez no debe tener plena potestad en lo referente a medios probatorios, ya que su simple intervención a la hora de designar personas ajenas al conocimiento de la causa vulnera lo referente a derechos y principios de las partes procesales dejando en posible indefensión a estas mismas.

Como sea que suceda, esta figura jurídica se debe interpretar de la mejor forma en como le convenga a la justicia misma ya que su utilización con el anterior Código de Procedimiento Civil era rigurosa y se encontraba debidamente reglada bajo una norma que le otorgaba la potestad al juzgador para pedir de oficio cierta clase de prueba, más no tenía el poder para solicitar una prueba testimonial de algún agente o persona extraña al suceso, el mismo que podría tergiversar la verdad del proceso y dejando a la administración de justicia transgredida. Tal y como lo señala Pablo Javier Silva (2019), mismo que al respecto, menciona:

“la practica probatoria se la reconoce como exclusiva para las partes en diversos ordenamientos jurídicos latinoamericanos y es por esta razón que recae sobre los sujetos procesales esta clase de requerimientos, sin embargo, es conocida la existencia de ordenamientos donde el juez tiene la facultad de pedir de manera oficiosa otras pruebas esto es aceptado hasta cierto punto, pero no se debe olvidar que ante esta potestad del juez tiene que existir una regla que lo controle y acate” (pág. 71).

A pesar de que lo escrito por el autor es relativamente nuevo en comparación con el desuso del Código de Procedimiento Civil, se entiende la idea principal la cual no es más que controlar el poder del juzgador en las pruebas que este pida mediante oficio, esta clase de requerimientos los considera como especiales y extraordinarios al

momento de ejecutarlos y es por ello que a través de su pensamiento plantea que en los ordenamientos donde se permita esta clase de pruebas se cohíba de la mala utilización por parte del juez y es así que expone la necesidad de controlar esta actuación por parte del organismo jurisdiccional competente.

Es menester propio del elaborador del trabajo investigativo el dar su opinión basándose en la información recabada y manifestada; es a partir de ello que se puede señalar que existía verdaderamente una clase de restricción para ordenar de oficio la prueba testimonial por parte del juzgador dentro del Código de Procedimiento Civil.

Evidentemente este tipo de restricción fue plasmado en dicho cuerpo normativo con el fin de evitar la extralimitación por parte del juez, esto en razón de no vulnerar derechos ni principios contemplados; es plausible el determinar que el poder legislativo instauró esta limitante pensando en no crear encrucijadas y conflictos entre los sujetos procesales, otorgándole al juez la suficiente potestad para pedir de manera oficiosa alguna prueba sobre los hechos controvertidos pero sin entregarle un poder totalitario que converja en una desestabilización de la justicia.

Dentro del proceso esta figura jurídica podía ser muy empleada por el juez como una forma de revelar los hechos discutidos, por lo que por norma general tal y como lo establece el articulado sobre la prueba de oficio dentro del Código de Procedimiento Civil, esta misma era una herramienta beneficiosa, pero ante este beneficio se encontraba una restricción que necesariamente debía existir para controlar el actuar y proceder del juez, esto por obvias razones ya que si al juez se le entregaba plena y libre facultad este podía solicitar pruebas testimoniales fatuas e innecesarias que a la postre dificultaban la toma de decisiones y resoluciones judiciales que perjudicarían a una de las partes y pondrían en tela de juicio su procedibilidad y veracidad. Sin olvidar que el juzgador se convertiría prácticamente en una parte procesal más del juicio y este perdería su característica de imparcialidad objetiva sobre el proceso sustanciado.

2.4 La prueba para mejor resolver según la legislación adjetiva vigente

Actualmente la normativa vigente en el Ecuador relativa a la prueba para mejor resolver se encuentra en el Código Orgánico General de Procesos y ya no el Código de Procedimiento Civil que alguna vez se empleó en el país, una vez establecida la normativa vigente es necesario el señalar que a día de hoy el COGEP, manifiesta lo siguiente:

“Art. 168.- Prueba para mejor resolver. La o el juzgador podrá, 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” (pág. 46).

Al analizar minuciosamente este precepto vigente con el anteriormente señalado, es clara la diferencia entre los dos artículos, por un lado, se encuentra el artículo del COGEP mismo que le otorga al juez la libre potestad y disposición para pedir de manera oficiosa cualquier clase de prueba que permita desenmarañar los hechos controvertidos, este tipo de pruebas no tienen ninguna restricción ya que pueden ser documentales e inclusive testimoniales las cuales podrían tergiversar la verdad si se convocan a personas ajenas a la causa del asunto.

Mientras que, a comparación de la normativa expresada en el Código de Procedimiento Civil, esta misma si limita la facultad del juzgador a la hora de requerir prueba, ya que todo material probatorio que demande el juez tenía que ser documental más no podía ser testimonial, en razón de que expresamente la normativa de ese entonces plantaba una restricción a la potestad del juez bajo estas circunstancias para evitar que el proceso tenga fallas por hacer comparecer a personas que no eran necesarias o pertinentes de que rindan una versión testimonial que a final de cuentas podía perjudicar a las partes vinculadas en el proceso y de igual forma menoscabar derechos y principios previamente fundamentados dentro del marco normativo legal y constitucional. A partir de ello el autor Carlos Ramírez Romero, (2017), señala:

“la prueba para mejor resolver tiene connotaciones jurídicas vinculantes que se llegan a generar una vez que el Juez ordena este tipo de pruebas dentro de un proceso, provocando una ecuanimidad en los casos donde dicho medio probatorio favorezca a la verdad misma, sin embargo, si no alcanza esta meta es sustentable el afirmar que esta misma aprueba roza la ilegalidad y la falta de imparcialidad que tanto promulgan las leyes nacionales” (pág. 158).

A pensamiento del autor, la prueba es considerada como algo inviolable y de predominancia jurídica por el juzgador y por la ley, es a partir de ello que su oportuna utilización e implementación permite el despliegue probatorio racional por parte de los sujetos procesales de acuerdo a sus argumentaciones fácticas que versan sobre los hechos ocurridos, pero la figura predominante del juez en la actual normativa le concede el poder de solicitar la presencia de un testigo para que rinda testimonio sobre lo controvertido, este mismo hecho desencadenará en irregularidades dentro del proceso por las razones que nacen del testimonio mismo ya que este puede falsear a la verdad o puede ser un testimonio no necesario para evidencia y esclarecerlos hechos debatidos.

Es necesario el resaltar que existen algunos autores que sustentan su pensamiento a través de la afirmación proveniente de lo que se conoce como norma general, ósea una norma que con el pasar de los años se han establecido dentro de los ordenamientos jurídicos por su nivel de eficacia y aceptabilidad; es de esta manera que Julián Andrés Gaitán establece su criterio oponiéndose a que se le otorgue potestad al juez para pedir prueba testimonial cuando lo crea conveniente reconociendo que la actividad probatoria es única y exclusiva de las partes litigiosas, la sustentación de esta es de gran trascendencia para la defensa y las pretensiones, al igual que es considerado como un instrumento que permite alcanzar la verdad procesal (Julián Andrés Gaitán, 2017).

Como se ha demostrado dentro del trabajo investigativo son varios los autores que se muestran contrarios a permitir que el juez se ha capaz de pedir cualquier medio probatorio bajo su potestad sin previa petición de las partes, ay que como lo señala el anterior autor se suele considerar que las partes procesales son aquellos sujetos que deben demostrar cómo sucedieron los hechos y no necesariamente el juez, el cual bajo su pensamiento puede creer correcto el pedir cierta prueba testimonial pero esta misma podría tergiversar y desnaturalizar la verdad que inclusive la normativa legal, la Administración de Justicia y los sujetos procesales anhelan alcanzar plenamente.

Recapitulando, es innegable que existen diversas opiniones de distintos autores y tratadistas sobre la denominada prueba para mejor conocer, algunos de ellos consideran a esta figura jurídica como una herramienta conveniente que la propia Administración de Justicia le otorga al juzgador para que se emplee en el lógico esclarecimiento de los hechos suscitados cuando el juez no tiene plena justificación de como realmente aconteció lo sucedido, desde ese punto de vista se da a entender

que la implementación puede llegar a ser beneficiosa en algunos casos; sin embargo, la mayoría de autores no creen lo mismo, ellos se sustentan en que las partes son las responsables de entregar los medios probatorios para llegar al convencimiento del juez.

Es así que consideran innecesario e improcedente que la propia Administración de Justicia le entregue esta potestad al juez de ordenar prueba testimonial por parte de este mismo sin ningún tipo de restricción que regule el actuar del juzgador en los casos donde acontezca la figura de la prueba para mejor resolver.

Dicha regulación en el actual marco normativo vigente no existe, como se analizó el COGEP permite que el juez demande la practica probatoria testimonial sin impedimento alguno en las situaciones que bajo su opinión crea pertinente, esto como una forma de querer garantizar el pleno conocimiento del juzgador sobre cómo sucedieron los hechos alegados; pero es indiscutible que eso podría acarrear problemas e inconvenientes entre las partes e irregularidades dentro del proceso.

Por otra parte, es necesario el resaltar que el descontinuado Código de Procedimiento Civil dentro de su articulado establece una restricción para el juzgador al momento de querer pedir como medio probatorio el testimonio de alguna persona, el juzgador en el código anterior únicamente estaba capacitado a repreguntar, pedir una explicación o aclaración a la persona interrogada.

Es así que la prueba testimonial de oficio era impedida por la misma normativa de ese entonces, su impedimento devenía del razonamiento que el legislador le imprimía a la normativa creada y como esta iba apegada a la realidad social y jurídica del país, algo que a la fecha no se puede establecer debido a que la vigente normativa no contempla miramientos ni limitaciones hacia los jueces en los casos donde se proponga de oficio o por petición propia del juez la práctica de prueba testimonial en la correspondiente etapa procedimental que se encuentre.

CAPÍTULO III

**LAS CONSECUENCIAS DE LA PRÁCTICA DE PRUEBA TESTIMONIAL PARA
MEJOR RESOLVER****3.1 La prueba testimonial para mejor resolver vs el principio dispositivo**

Una vez ya determinada que la prueba para mejor resolver dentro del ámbito referente a la prueba testimonial recae en la potestad del juez tal y como lo señala el COGEP en su cuerpo normativo, es esencial el comparar y precisar cómo esta figura jurídica afecta a ciertos principios y que consecuencias se generan a partir de este suceso.

Para ello se debe partir desde lo relativo al principio dispositivo y cómo este se ve afectado por la figura jurídica antes señalada, el obtener una noción clara y precisa hace posible establecer qué clase de aflicción sufre el principio dispositivo ya que este es reconocido por el marco normativo ecuatoriano como un principio básico que rige y posibilita el correcto desarrollo de los procedimientos

Primeramente, se debe tomar en consideración que es el principio dispositivo, como se origina y cuál es el alcance de este dentro del ordenamiento jurídico, es por ello que, según palabras de la autora María Elisa Gaso (2017):

“el principio denominado dispositivo es aquel mediante el cual se confía la actividad de las partes, para que realicen el estímulo o impulso en la función jurisdiccional mediante la aportación de materiales sobre los que ha de versar la decisión del juez” (pág. 19).

Apreciación muy similar a la sostenida por la tratadista Maite Aguirrezabal (2017), quien, sobre el principio dispositivo, sostiene:

“puede conceptuarse como aquel que en el proceso se le atribuye a las partes la tarea de estimular la actividad judicial y aportar los materiales del proceso, y que les reconoce la iniciativa exclusiva para poner en movimiento el aparato jurisdiccional, permitiendo al ciudadano, sobre la base de un criterio de oportunidad, decidir si lleva a la tutela judicial el derecho subjetivo e interés legítimo del que cree ser titular” (pág. 423’).

Lo referido en el párrafo anterior es lo que comúnmente se conoce como “principio dispositivo” lo cual no es más que ese impulso procesal que las partes realizan dentro de un procedimiento, otorgándole a dichas partes la potestad y deber de continuar sin dilaciones el proceso que se sustancia, por lo que el juzgador debe estar presto a la plena sustanciación de este mismo con el fin de no interrumpir ni retrasar todo lo que conlleven las actuaciones procesales de las partes.

Es preciso señalar que una vez analizado lo que es el principio dispositivo, su forma de aplicación, así como la función que desempeña en los procedimientos, a este principio se le debe compaginar y analizar con la prueba testimonial para obtener y sustanciar de manera coherente lo relativo al tema abordado en la investigación, es por dicha razón que a continuación se pormenorizará a través de doctrina, teoría, pensamiento y lógica lo concerniente al tema. En este sentido Iván Hunter Ampuero, (2010), menciona:

“el principio dispositivo versa sobre que las partes procesales son consideradas como los sujetos activos dentro del procedimiento y estas mismas tienen el deber de impulsar el proceso, así como el de determinar el objeto de la causa, mientras que el juzgador es el sujeto pasivo y únicamente le corresponde dirigir el proceso y decidir la controversia dependiendo de las actuaciones de las partes” (pág. 188).

Es claro el pensamiento del autor y es lo que precisamente hoy se sigue conociendo como principio dispositivo, además señala algo de suma importancia sobre lo que se ha tratado en el presente trabajo investigativo. Interpretando lo referente al principio dispositivo y lo referente a la prueba testimonial para mejor resolver, es indiscutible que hay una disparidad entre dicho principio y figura jurídica, partiendo del hecho de que el principio promulga que las partes son las únicas en dar el impulso necesario dentro del procedimiento y estos sujetos procesales son considerados como sujetos activos dejando al juzgador como un sujeto pasivo el cual debe resolver la causa, sin embargo, la norma relativa a la prueba testimonial solicitada de oficio por el juez contraviene lo establecido dentro del principio antes mencionado ya que esta figura le otorga al juez un rol activo dentro del procedimiento al investirlo con la facultad de pedir un medio probatorio según su discrecionalidad.

El planteamiento sobre la inactividad del juez cuando de recolectar medios probatorios se tratase, es bastante obvio ya que bajo la investidura y poder que se le otorga al juzgador este mismo no puede ser parte procesal dentro del procedimiento, su participación activa a la postre termina vulnerando no solo a las partes sino que al mismo proceso, debido a que como se ha mencionado con anterioridad el principio dispositivo otorga a las partes el deber legal de dar el impulso necesario a la causa existente dejando de lado a la posible intervención del juzgador misma que estaría contraviniendo con los principios e incluso a la tutela judicial efectiva por motivos relacionados a la sustentación procesal, debido proceso e imparcialidad los cuales se los establece como principios y garantías que el Estado ha tomado para juzgar dentro de la denominada legalidad procesal. Ahora bien, el mismo autor Ampuero, resalta que la prueba debe ser solicitada únicamente por las partes dentro de un procedimiento y que el juzgador debe mantenerse como un sujeto pasivo para no menoscabar el principio dispositivo, esto como una forma de respetar los principios básicos que contempla determinado ordenamiento jurídico.

Como se ha señalado la prueba testimonial es en sí mismo un medio probatorio y doctrinariamente siempre se le ha otorgado la potestad de solicitar y practicar esta misma prueba a las partes en el proceso que se sustancia, más allá de si la prueba beneficia a una parte o a la otra, debido a que esto dependerá del correcto planteamiento que las partes tengan al momento de utilizarla ya que su labor es la de practicarla en el procedimiento y llevar al juez al convencimiento de los hechos controvertidos. Una vez establecido lo mencionado con anterioridad es necesario el fijar la figura del juez y su actuación dentro del procedimiento para respetar el principio dispositivo.

Es así que el juez debe limitarse en su actuación y diligencia dentro del proceso, ciertamente su potestad está enmarcada en la norma, pero esto no deja de lado que actualmente el mismo COGEP le otorga determinado poder que tiene rasgos negativos y que ponen en tela de juicio si realmente se respeta el principio dispositivo ya que al juez lo convierte en un sujeto activo más en el proceso y desvirtúa en cierto modo la imparcialidad que debería tener el juzgador para con ambas partes.

Otro pensamiento que permite fundamentar lo aportado dentro de este capítulo es lo que menciona Cabrera, respecto al principio dispositivo y la actividad probatoria del tribunal, dicha actividad se encuentra en la potestad de los litigantes; por lo que de manera consecuente el juez como órgano jurisdiccional no podrá solicitar medio probatorio alguno para evitar interferir deliberadamente en la naturaleza del objeto.

Como se ha venido estableciendo son varios los autores que consideran que la práctica de medios probatorios, así como la misma prueba testimonial es facultad exclusiva de los sujetos procesales y no del juez, tal es el caso de la prueba para mejor resolver ya que el juzgador con su actuación termina afectando al principio dispositivo, así como a los hechos controvertidos que se buscan esclarecer. Esto se podría considerar como un ataque directo a la institucionalidad e imparcialidad que se supone el Estado debería resguardar con recelo, en miras de generar mayor seguridad jurídica ya que este mismo Estado tiene el deber objetivo de cuidado sobre todo lo que a este le compete ya sea de manera individual o colectiva, su fin principal es velar por la no violación o detrimento de los derechos de todo aquello que compone el Estado en cuestión.

A opinión propia tanto la figura jurídica de la prueba para mejor resolver como el principio dispositivo no pueden convivir y subsistir juntos, esto por razón de que ambos enunciados son completamente contrarios entre sí; mientras que el principio señala que las partes procesales son los sujetos activos y que de estos depende el impulso del procedimiento con todo lo que esto conlleva, al juez en cambio le otorga un rol pasivo como un ente imparcial encargado de dirigir y resolver la causa.

Por otro lado, existe la figura de la prueba testimonial para mejor resolver la cual es contraria al principio y es que señala que el juez tiene la potestad suficiente para pedir este medio probatorio de manera oficiosa sin previa petición siquiera de las partes, convirtiendo al juzgador en un sujeto activo dentro del proceso y por ende yéndose de manera contraria al principio dispositivo.

3.2 Las consecuencias jurídicas de la coerción a la libertad probatoria de las partes

La libre disposición y ejercicio de la prueba es indiscutiblemente algo fundamental dentro de un sistema normativo apegado a la verdad, la limitación o cualquier forma que impida esta misma termina provocando consecuencias para las partes, es por ello

que es necesario el establecer dichas consecuencias o al menos puntualizarlas de manera precisa e inequívoca.

Primeramente, se debe tener muy en claro que significa coerción para después razonar sobre esta misma y las consecuencias que genera en las partes procesales respecto a la libertad probatoria. Es así que para Arsenio Guardia 1(998), se entiende por coerción:

“toda restricción en lo referente al libre ejercicio de derechos, esta misma puede ser legal si proviene de sentencias ejecutoriadas debidamente por autoridad judicial o puede ser ilegal si devienen por abuso de poder o de funciones por parte de algún Órgano o Autoridad” (pág. 120).

Para Norberto Bobbio (1993), coerción puede tener dos formas de interpretar el carácter de la denominada coerción, por lo tanto, señala que dentro del aspecto coercitivo del derecho deben diferenciarse dos posiciones:

“la primera la cual afirma que la coerción es un elemento necesario de las normas jurídicas y la segunda que la coerción es el objeto del derecho, en el sentido que el Derecho es un conjunto de normas que regulan el uso de la fuerza coactiva” (pág. 344).

La diferencia existente entre estos dos planteamiento del autor no desprenden polémica alguna ya que ambos puntos de vista son aceptados hoy en día, por un lado la coerción se encuentra intrínseca como un elemento que compone a la norma misma y por otro lado señala que la coerción pertenece al objeto del derecho, es decir a aquello que regula la norma sin necesidad de sobrepasar los límites ya que, de existir extralimitación en su uso, la coerción termina convirtiéndose en una forma de reprimir, vulnerar y detrimir el derecho de las personas a través de actos que desencadenen estas situaciones.

De este modo a la coerción se la denomina como restrictiva ya sea esta legal o ilegal, su restricción está orientada a los derechos de las personas y al pleno goce de los mismos; sin embargo, sobre lo relativo a la coerción que puede llegar a existir por la

falta de libertad probatoria esta misma va encaminada al problema de la temática abordada y es que es muy complicado de hablar sobre libertad probatoria cuando el juez tiene libre disposición de convocar a testigos, siendo esto muchas veces innecesario ya que las partes presentaran la prueba testimonial conforme a su pensamiento y estrategia implementada en la correspondiente audiencia.

Según pensamiento de Cristian Contreras, la prueba, así como la práctica de la misma, “nace de la libertad probatoria que el ente rector de un Estado tiene respecto de su ánimo por alcanzar la plena justicia, sin miramientos, dilaciones o contradicciones que coarten a las partes o sujetos procesales” (Cristian Contreras, 2017, pág. 310). Es justo el precisar que el anterior autor califica a la libertad probatoria como un esfuerzo que cierto país realiza en base a su normativa para garantizar la correcta aplicación probatoria en aras de no vulnerar y hacer respetar los derechos de las partes; teóricamente el concepto está encuadrado como debería estar, aunque en la actualidad y al menos en el Ecuador la práctica probatoria no se encuentra muy bien establecida y regulada en ciertos flancos, tal es el caso cuando el juez solicita de oficio la prueba testimonial para mejor resolver ya que ciertamente se termina coartando de un modo u otro la libertad probatoria que las partes deberían gozar.

Una vez ya establecido que la libertad probatoria sufre alguna especie de detrimento cuando el juzgador toma un rol positivo dentro del procedimiento, se debe señalar que consecuencias jurídicas genera este accionar. Es por ello es que hay que tomar en cuenta lo que establecen ciertos tratadistas de derecho y aplicar la lógica razonable para discernir y comprender de mejor manera las consecuencias acaecidas. Según Héctor López (2018),

“el mayor problema o consecuencia que puede suceder en aquellas situaciones en donde no hay libertad probatoria o que esta misma se vea diezmada bajo cualquier motivo, es el de tergiversar la verdad misma esto porque el medio probatorio se vio viciado con pruebas que eran innecesarias o de fatua utilización dentro del procedimiento a resolver” (pág. 188).

Efectivamente, a lo largo de la investigación y con el soporte de las fuentes doctrinales se avizora que una consecuencia grave cuando la libertad probatoria se ve restringida es la de tergiversar la verdad, esto por obvias razones, este caso podría ocurrir cuando

el juez bajo su mandato ordena la prueba testimonial de alguien que él cree conveniente, sin embargo, dicha persona puede aportar escasa o nula información que deja al juzgador con más dudas que respuestas, y por ello mismo la verdad se ve comprometida ya que el juzgador no tendrá pleno conocimiento sobre los hechos acontecidos que se tratan de demostrar.

Es fundamental indicar que el hecho de tergiversar la verdad o de los hechos es algo muy complicado de tratar en situaciones donde se refieren a personas ajenas al proceso, poniendo como ejemplo al momento de llamar a testificar a una persona que tiene escasa o nula información sobre el suceso que se quiere comprobar o negar, las partes procesales entran en una encrucijada cuando dentro de sus pretensiones no se contaba con dicha persona ya que al momento de ser ingresada como testigo este tiene el deber legal de relatar sobre lo sucedido a pesar de que su información puede ser contradictoria y atípica para el demandado o demandante lo que a la postre llegaría en cierto punto a tergiversar la verdad de los hechos discutidos.

Finalmente, es preciso el señalar que la libertad probatoria es un baluarte para los sujetos procesales, la esencia de la defensa nace prácticamente de los medios probatorios y el menoscabo de esta libertad lo único que genera es desestabilización dentro de la Administración de Justicia y poca convicción hacia la justicia misma por parte de las personas que se ven afectadas por esta situación.

3.3 La vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de las partes por la aplicación de prueba testimonial para mejor resolver.

Partiendo del significado de tutela judicial efectiva, la autora Rocío Mercedes Araujo, (2011) señala que:

“la tutela judicial efectiva consiste en que las personas sin distinción alguna pueden recurrir a los Órganos de Justicia con el fin de que sean velados y protegidos sus derechos, e incluso este derecho garantiza que deben existir sentencias justas sin arbitrariedad alguna y estas han de ser dictadas por una autoridad competente” (pág. 247).

Para Augusto Morello, “El derecho a la tutela judicial efectiva se configura, fundamentalmente, como la garantía de que las pretensiones de las partes que intervienen en un proceso serán resueltas por los órganos judiciales con criterios

jurídicos razonables” (Augusto Morello, 2014, pág. 58). Igual de importante es lo señalado por Sergio García Ramírez (2006) el mismo que indica y concibe a la tutela judicial efectiva como:

“el derecho al libre acceso a los jueces y tribunales de justicia, obtener un fallo, a que el fallo se cumpla a fin de que el ciudadano afectado sea repuesto en su derecho y compensado si hubiere lugar a ello por el daño sufrido. Su enunciado versa con lo relativo y establecido en la Constitución otorgándole un enfoque más propio sobre los beneficios y forma de acceso a la tutela judicial efectiva en relación a la promulgación legal que el Estado realizó a través de la Constitución de la República del Ecuador” (pág. 637).

Con los enunciados establecidos se puede deducir que la tutela judicial efectiva es una garantía que toda persona tiene dentro del Ecuador para acceder a los distintos niveles de justicia que reconoce el Estado, la justicia al ser considerada como un eje primordial esta misma busca evitar vulneraciones a los derechos de los ciudadanos y a respetar el debido proceso como una ruta para lograr alcanzar amplios márgenes de justicia. El Estado por lo tanto es un garante a perpetuidad sobre los bienes jurídicos que ha este se encuentran encomendados, por lo que a grandes rasgos su responsabilidad en cualquier situación está a la par de sus propios beneficios lo cual se transcribe a que la tutela judicial efectiva es obligación primordial para un Estado como el ecuatoriano.

Es por ello que hay autores quienes estiman que dicha tutela judicial efectiva es mucho más que una garantía, tal es el caso de la autora Gissela Cevallos Sánchez (2018), misma que al respecto, menciona:

“La Tutela judicial efectiva no sólo es un principio que se recoge en la Constitución de la República del Ecuador, va más allá de ello es un derecho fundamental que se debe cumplir tal cual lo dispone el ordenamiento jurídico del país; y que por lo tanto los jueces son los primeros llamados a respetarlos, colocarlos primer lugar en el ejercicio de sus funciones, y velar por la consecución efectiva de esta garantía fundamental, de esta forma demostrando transparencia en el cumplimiento de sus obligaciones para con el Estado” (pág. 5).

Tal y como lo señalan los autores la tutela judicial efectiva es considerada por varias personas como un derecho fundamental el mismo que debe ser acatado por los distintos Órganos Estatales y funcionarios para garantizar su pleno cumplimiento, entre ellos se encuentran los juzgadores quienes deben hacer todo lo posible para garantizar una justicia

proba, sin dilaciones o parcialidades que afecten a la postre a los derechos de las partes, por lo que su actuación dentro de las causas sustanciadas debe ser diligente y correcta para así cumplir con lo que la norma dispone.

De este modo e interpretando que el juez es el encargado de velar por el debido proceso, así como por la tutela judicial efectiva al ser parte del Órgano Jurisdiccional, este mismo juzgador se encuentra en una encrucijada al momento de querer plantear la prueba testimonial para mejor resolver, debido a que no hay una congruencia entre los principios y la norma misma.

Aunado a lo anteriormente establecido la tutela judicial efectiva se ve vulnerada por indiscutibles razones, primeramente, el juez en su tarea de juzgador imparcial y probo no puede realizar actos contrarios a los principios previamente determinados ni a la norma misma, en caso de realizar un acto de esta índole que bien podría ser la prueba testimonial para mejor resolver estaría causando detrimento a lo relativo a la ya mencionada tutela judicial efectiva, ya que las partes o una de las partes se verían afectadas por testimonios innecesarios y fatuos sobre los hechos controvertidos, gracias al actuar desacertado que un juez podría tener dentro del procedimiento a la hora de pedir por propio oficio el actuar o testimonio de personas ajenas al conocimiento de la causa o irrelevantes para el proceso que se sustancia.

Además, esto generaría cierta inestabilidad de la legalidad de los procesos que se sustancien donde se aplique la “prueba para mejor resolver” y dicho sea de paso el Estado terminaría siendo el único responsable ante estos hechos ya que mediante su competencia y actuar puede hacer posible que se restrinja estas actuaciones por parte del juez, ya que como es de conocimiento público el Estado como ente gubernamental tiene responsabilidad ante aquellas situaciones que puede prever y corregir mediante mandato de ley o a través de reformas a la normativa en cuestión; buscando siempre la legalidad e imparcialidad de la justicia hacia los conciudadanos ecuatorianos.

3.4.- La Prueba Testimonial para mejor Resolver frente al ideal de Justicia

La Carta Magna del año 2008, en su articulado número 1 establece que el Ecuador es un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, postulado que nos da a entender que, el ideal del sistema de administración de justicia nacional, es garantizar el idóneo y eficaz ejercicio y respeto de todos los Derechos y garantías consagrados en este cuerpo normativo, razón por la cual todas las instituciones y funcionarios públicos, están sometidos al imperio de la ley, para que de tal manera se logre cumplir este objetivo.

Al referirnos al termino “Justicia”, entendemos a este como un tema efímero y de cierta manera utópico, puesto que, desde los inicios del Derecho, este ha sido un aspecto que no se ha podido cumplir de forma eficaz, a tal punto, que existe varias corrientes doctrinales que están en total desacuerdo con la utilización de este, para referirse a los fines del derecho. En tal sentido, aun cuando son varios los autores que han estudiado y se han pronunciado sobre la naturaleza del mismo, no ha sido posible llegar a una definición unánime, razón por la cual, citaremos aquellos, que han gozado de mayor aceptación.

En primer lugar, tenemos en la definición esgrimida por Sócrates, quien concibe al termino justicia, como “una virtud denominada *arete*, misma que consiste en tener la sabiduría para discernir entre el bien y mal, entendiéndose que el bien es lo justo y el mal lo injusto” (Mareli Sánchez, 2018, pág. 36), definición que sugiere que la verdadera justicia se plasma mediante una decisión judicial que logre un equilibrio o igualdad entre los derechos de las partes litigantes.

Hans Kelsen, uno de los más reconocidos juristas a lo largo de la Historia, en su obra “Que es la Justicia” refiere que “el ideal de justicia, es muy similar al ideal del hombre de alcanzar la felicidad” (Hans Kelsen, 1973, pág. 385), es decir, según el criterio de este jurista, la justicia resulta un tema muy subjetivo, puesto que, la felicidad de cada persona se basa en temas puntuales, y muy distantes unos con otros, razón por la cual, en base a esta analogía, es claro que la justicia, de similar forma, depende la perspectiva, posición e intereses de cada una de las partes en litigio.

Definiciones que no distan mucho de las expresadas por las corrientes actuales, mismas que han seguido la misma línea del ideal de justicia de antaño, tal como es el caso de la expresada por Jorge Bernal Moreno (2005), en su obra “La Idea de Justicia”, misma que señala:

“La justicia no es el dar o repartir cosas a la humanidad, sino el saber decidir a quien le pertenece esa cosa por derecho. La justicia es ética, equidad y honestidad. Es la voluntad constante de dar a cada uno lo que le corresponde” (pág. 288)

De similar forma el diccionario del español jurídico de la Real Academia Española (2023), en el cual se define a la justicia, como:

“Principio constitucionalmente consagrado como valor superior del ordenamiento jurídico en el que confluyen los de razonabilidad, igualdad, equidad, proporcionalidad, respeto a la legalidad y prohibición de la arbitrariedad, ya que, según los casos, se identifica con alguno de estos otros principios” (pág. 2)

Definiciones que nos permiten asimilar que la naturaleza jurídica de la justicia, radica en el hecho de que, mediante la creación y aplicación de las normas y principios jurídicos se logre establecer una debida proporcionalidad e igualdad, en la protección de los derechos e intereses de los ciudadanos; mas aun en el de aquellas personas que se encuentren en un conflicto judicial. Ideal que ha sido muy difícil de cumplir desde épocas remotas, debido a ciertas falencias normativas, las cuales de una u otra forma han resultado beneficiosas para algunas personas, y totalmente perjudiciales para otras, tal como acontece en el testimonio para mejor resolver, medio probatorio mediante el cual, como se ha manifestado a lo largo de la presente investigación, se faculta al juzgador para que pueda solicitar de oficio el testimonio de una persona, con la finalidad de esclarecer determinada circunstancia u hecho, que a criterio de este, sea de trascendental importancia para la resolución del conflicto.

Situación que evidentemente generará una decisión parcializada, puesto que, desde el hecho que el juzgador solicite un testimonio que permita reafirmar la tesis de una de las partes sin que este haya sido requerido por quien se creyera asistido del mismo, ya sugiere un acto desigual para la contraparte, quien debiera ejercer su derecho a la contradicción sin haber tenido el mas mínimo conocimiento del mismo, limitandose de esta manera su derecho a la defensa, puesto que, no se le permitio preparar esta, con el tiempo debido, peor aun, anunciar y practicar otros medios probatorios tendientes a desvirtuar y contradecir el mismo, situación que por notorias razones, es totalmente contrario al ideal que persigue la justicia.

3.5.- La Carga Probatoria en la Prueba Testimonial para mejor Resolver

Como es de conocimiento general la entrada en vigencia del Código Orgánico General de Procesos, represento un cambio en la forma de sustanciar los procesos, siendo uno de los más notorios y de gran relevancia, la oportunidad para anunciar los medios probatorios de los cuales se crean asistidas las partes, mismos que según lo establecido en el numeral 7 del

artículo 142 del cuerpo normativo prenombrado, deben ser anunciados en la presentación de la demanda, norma que textualmente, reza:

“El anuncio de los medios de prueba que se ofrece para acreditar los hechos. Se acompañarán la nómina de testigos con indicación de los hechos sobre los cuales declararán y la especificación de los objetos sobre los que versarán las diligencias, tales como la inspección judicial, la exhibición, los informes de peritos y otras similares. Si no tiene acceso a las pruebas documentales o periciales, se describirá su contenido, con indicaciones precisas sobre el lugar en que se encuentran y la solicitud de medidas pertinentes para su práctica” (págs. 38-39)

Situación similar acontece en lo correspondiente a la parte demandada, quien también está obligada a anunciar sus medios probatorios en la respectiva contestación, esto según lo dispuesto en el artículo 152, ibidem, el cual, reza:

“Anuncio de la prueba en la contestación. La parte demandada al contestar la demanda deberá anunciar todos los medios probatorios destinados a sustentar su contradicción, precisando toda la información que sea necesaria para su actuación. A este efecto, se acompañará la nómina de testigos indicando los hechos sobre los cuales deberán declarar y la especificación de los objetos sobre los que versarán las diligencias tales como la inspección judicial, la exhibición, los informes de peritos y otros similares. Si no tiene acceso a las pruebas documentales o periciales, se describirá su contenido, indicando con precisión el lugar en que se encuentran y solicitando las medidas pertinentes para su incorporación al proceso” (pág. 42)

Normas que de forma clara establecen el momento procesal oportuno, en el que las partes deben anunciar la nómina de las personas que rendirán su testimonio en la audiencia de juicio, siendo imperativo notar, que una vez precluida esta etapa, ya no se podría anunciar ni presentar ningún tipo de testimonio que las partes no lo hay solicitado, ni aun como prueba nueva, puesto que, esta procede únicamente cuando la existencia del medio probatorio no haya sido de conocimiento de la parte que pretende beneficiarse de ella, o cuando no se haya podido acceder a esta, parámetros que no podrían acontecer en lo correspondiente a los testimonios, por cuanto, la esencia de estos no lo permitiría.

Dentro del mismo cuerpo normativo analizado, el artículo 169, establece como regla general que quien ha realizado la afirmación de algún hecho está obligada a justificarla con los medios probatorios que creyere pertinentes, disposición que nos lleva a la conclusión que únicamente las partes son quienes podrían solicitar testimonios que les permitan justificar las afirmaciones expresadas en la demanda, o las negativas en la contestación a la demanda.

Situación que, en lo correspondiente al testimonio para mejor resolver, nos lleva a realizarnos las siguientes preguntas ¿si el juzgador es quien solicita el testimonio de una tercera persona, a cuál de las partes procesales, le corresponde realizar el interrogatorio?; ¿es legal que el testimonio recabado por solicitud del juzgador, constituya prueba válida para una de las partes procesales?

Con relación a la primera interrogante es de gran importancia tener presente que el juzgador al ser la autoridad facultada por la ley para dirigir el proceso, tiene ciertas facultades específicas que puede ejecutar de oficio o a petición de parte durante la sustanciación de la causa. Al respecto el artículo tercero del COGEP, dispone

“La o el juzgador, conforme con la ley, ejercerá la dirección del proceso, controlará las actividades de las partes procesales y evitará dilaciones innecesarias. En función de este principio, la o el juzgador podrá interrumpir a las partes para solicitar aclaraciones, encauzar el debate y realizar las demás acciones correctivas”.

Circunstancia que también la encontramos consagrada en el artículo 174 ibidem, el cual trata sobre la prueba testimonial, mismo que, dispone:

“Prueba testimonial. Es la declaración que rinde una de las partes o un tercero. Se practica en la audiencia de juicio o en la segunda fase de la audiencia única, ya sea en forma directa o a través de videoconferencia u otro medio de comunicación de similar tecnología, con excepción de las declaraciones anticipadas. Se lleva a cabo mediante interrogatorio de quien la propone y contrainterrogatorio de contraparte. La o el juzgador puede pedir aclaración sobre un tema puntual de considerarlo indispensable”.

Similar situación encontramos plasmada en el artículo 297 del mismo cuerpo normativo, el cual trata sobre las reglas que se deben aplicar para el desarrollo de la audiencia de juicio, norma que en su numeral sexto, dispone:

“Actuada la prueba, la parte actora, la parte demandada y las o los terceros de existir, en ese orden, alegarán por el tiempo que determine equitativamente la o el juzgador, con derecho a una sola réplica. La o el juzgador, de oficio o a petición de parte, podrá ampliar el tiempo del alegato según la complejidad del caso y solicitará a las partes las aclaraciones o precisiones pertinentes, durante el curso de su exposición o a su finalización” (pág. 76)

Disposiciones que refirieren de forma clara que el juzgador únicamente está facultado para pedir aclaraciones o precisiones, sobre los testimonios que rindan los testigos o peritos presentados por las partes en litigio, circunstancia que ha sido incorporada como un mecanismo en favor del juzgador, para que este pueda esclarecer determinadas circunstancias controvertidas que servirán de base para emitir una decisión. Normas mediante las cuales se otorgan ciertas potestades específicas que el juzgador puede aplicar en su rol de director de las audiencias, estando de cierta forma vetado de incorporar medios probatorios al proceso, por cuanto, esto corresponde únicamente a las partes procesales, circunstancia que la encontramos plasmada en el artículo 5 ibidem, el cual reza “Impulso procesal. Corresponde a las partes procesales el impulso del proceso, conforme con el sistema dispositivo” (Asamblea Nacional del Ecuador, Código Orgánico General de Procesos, 2023, pág. 2)

Norma que debe ser relacionada con el artículo 19 del Código Orgánico de la Función Judicial, el cual establece al sistema dispositivo como uno de los principios rectores de todo proceso judicial, norma que textualmente, consagra “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”. (Código Orgánico de la Función Judicial, 2015, pág. 8)

Principio que en palabras del jurista Carlos Felipe Báez (2022), en su obra denominada ¿Qué es el principio dispositivo?, es definido, como:

“Llamase principio dispositivo aquel en cuya virtud se confía a la actividad de las partes tanto el estímulo de la función judicial como la aportación de los materiales sobre los cuales ha de versar la decisión del juez. La vigencia de este principio se manifiesta en los siguientes aspectos: iniciativa, disponibilidad del derecho material, impulso procesal, delimitación del “thema decidendum”, aportación de los hechos y aportación de la prueba” (pág. 6).

En la misma línea tenemos el criterio expresado por Daniel Vicente Cadena (2009), en su obra denominada “La Oficiosidad de Prueba Frente al Principio Dispositivo y Derechos Fundamentales”, el cual acerca del principio dispositivo, menciona:

“El principio dispositivo impone que sean las partes, exclusivamente, quienes determinen el “thema decidendum”, debiendo el juez, por lo tanto, limitar su pronunciamiento a lo que ha sido pedido por aquellas en los actos de constitución del proceso en los que se fundan sus pretensiones y defensas, siendo esta una actividad que les es privativa, estando vedada al juez la posibilidad de verificar la existencia de hechos no afirmados por ninguno de los litigantes. Igualmente le está vedado el esclarecimiento de la verdad de los hechos afirmados por una de las partes y expresamente admitidos por la contraria” (pág. 74).

Finalmente tenemos lo expresado por el jurista Rodrigo Rivera Morales (2016), en su obra “Las Pruebas en el Derecho Venezolano”, en la cual acerca del principio dispositivo, menciona:

“el juez debe atenerse a lo alegado y probado en autos, sin poder sacar elementos de convicción fuera de estos, ni suplir excepciones o argumentos de hechos no alegados ni probados...”. De manera que, lo que se está aplicando es el aforismo latino *iudex iudicet secundum allegata et probata partium*. Es de hacer notar, que según Echandía (s/f) citado en Rivera (ob cit), el aforismo en cuestión, no es exclusivo del principio dispositivo, sino que, puede ser utilizado circunstancialmente por el principio inquisitivo. Sin embargo, es de destacar, que cuando se aplica el principio dispositivo, “los únicos que pueden aportar pruebas en el proceso son las partes, de manera que el juez está obligado a fallar conforme a lo probado por las partes” (pág. 44)

Según la normativa invocada, a todas luces se vislumbra cuáles son las potestades específicas de los juzgadores dentro de los procesos recaídos a su cargo, denotándose que por mandato expreso de la ley la iniciativa e impulso probatorio corresponde únicamente a las partes en litigio, siendo obligación del Juez únicamente emitir una decisión en base a los medios probatorios aportados al proceso por las mismas, sin que este pueda subsanar errores incurridos por los mismos.

Disposiciones que nos permiten evidenciar una notoria contradicción entre la esencia de la prueba para mejor resolver consagrada en el artículo 168 del COGEP con respecto al conjunto de normas pertinentes a la carga probatoria, situación que desnaturaliza lo dispuesto en el principio dispositivo consagrado en la normativa interna, al otorgar cierta iniciativa probatoria al juzgador, generándose una clara inseguridad jurídica a las partes en litigio.

Circunstancia que a más desnaturalizar lo dispuesto en el sistema dispositivo, claramente refleja la parcialización del juzgador hacia una de las partes procesales, puesto que, este solicita un testimonio, mediante el cual se refuerza la tesis de defensa de una de estas, generando así la ineficacia de este medio probatorio, problemática que se origina ante la inexistencia de normas y procedimientos jurídicos que regulen estos aspectos de forma eficaz, imponiendo límites a la potestad del juzgador dentro de un proceso judicial, siendo por lo tanto, muy notoria esta falencia normativa existente en el ordenamiento jurídico interno, la cual transgrede de forma directa varios derechos de rango constitucional, de los cuales son titulares sin distinción alguna todas las personas que se ven envueltas en un conflicto judicial.

Resultando un tanto dificultoso emitir una respuesta acertada a la primera incógnita plasmada en líneas anteriores, esto, por cuanto, según todo lo mencionado resulta muy claro que la carga probatoria corresponde únicamente a las partes procesales, es así, que el interrogatorio debería ser realizado por la parte que pretende beneficiarse de este, y el contrainterrogatorio por la contra parte.

Más, sin embargo, en lo correspondiente a la prueba testimonial para mejor resolver, no existen normas procedimentales o parámetros exactos que regulen la práctica de este medio probatorio, existiendo un vacío de ley, en el cual no sabe que parte deberá ejercer esta facultad sobre un testimonio solicitado de oficio por parte del juzgador, siendo imperativo denotar que el juzgador esta vetado de realizar interrogatorios o contrainterrogatorios a los testigos o peritos.

En lo correspondiente a la segunda interrogante expresada la respuesta es clara, por cuanto, según lo descrito a lo largo de la presente investigación, la práctica de este tipo de medio probatorio transgrede derechos y principios de una de las partes procesales, razón por la cual, el mismo no debería ser valorado como tal, peor aún, surtir los efectos jurídicos deseados.

ENTREVISTAS

UNIVERSIDAD DE CUENCA



Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales

Carrera de Derecho

ENTREVISTA

TEMA: “La prueba testimonial como diligencia de oficio para el esclarecimiento de los hechos controvertidos”

La presente entrevista se realizará a varios profesionales del Derecho, enfocándose principalmente a personas que ejercen la profesión, lo cual permitirá conocer con mayor profundidad lo relativo al tema planteado en el correspondiente trabajo

investigativo.

Nombres y Apellidos:

Santiago Andrés Loyola Cazorla

1. ¿Qué función o trabajo usted desempeña actualmente?

2- ¿Tiene conocimiento sobre la prueba para mejor resolver?

Si ()

No ()

3. ¿Ha dispuesto de oficio la práctica de la prueba para mejor resolver dentro de algún procedimiento?

Si ()

No ()

4. ¿Ha dispuesto alguna vez la práctica de la prueba para mejor resolver para obtener una prueba documental?

Si ()

No ()

5. ¿Ha dispuesto alguna vez la práctica de la prueba para mejor resolver para obtener una prueba testimonial?

Si ()

No ()

6. ¿Considera que la prueba para mejor resolver es útil de aplicarla dentro de nuestro sistema de justicia? ¿Por qué?

7. ¿Bajo qué situaciones cree conveniente el utilizar la prueba para mejor resolver?

8. ¿Considera que la utilización de la prueba para mejor resolver afecta a alguna de las partes procesales?

Si ()

No ()

9. ¿En caso de que la respuesta anterior sea afirmativa, como consideraría que se ven afectadas las partes a través de este medio probatorio?

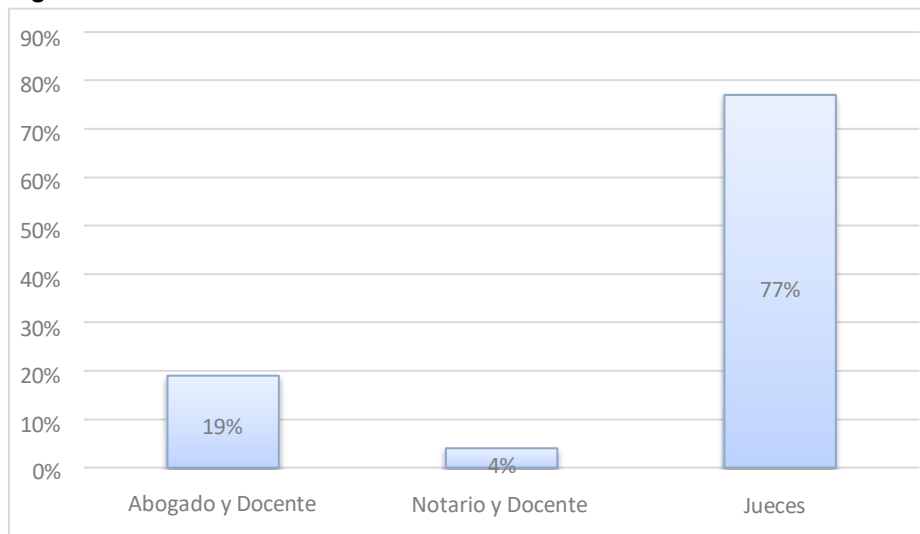
10. ¿Considera que la prueba testimonial para mejor resolver no afecta a ciertos principios tales como “Tutela judicial efectiva” o “Libertad probatoria”?
¿Por qué?

RESULTADOS Y ANÁLISIS

En la presente parte del trabajo investigativo se plasmarán los resultados que arrojaron las entrevistas realizadas a diversas personas que tienen conocimiento sobre el tema, de igual manera se llevará acabo el pertinente análisis de las diez preguntas planteadas para establecer y diferenciar los distintos criterios de los entrevistados.

1. ¿Qué función o trabajo usted desempeña actualmente?

Figura 1

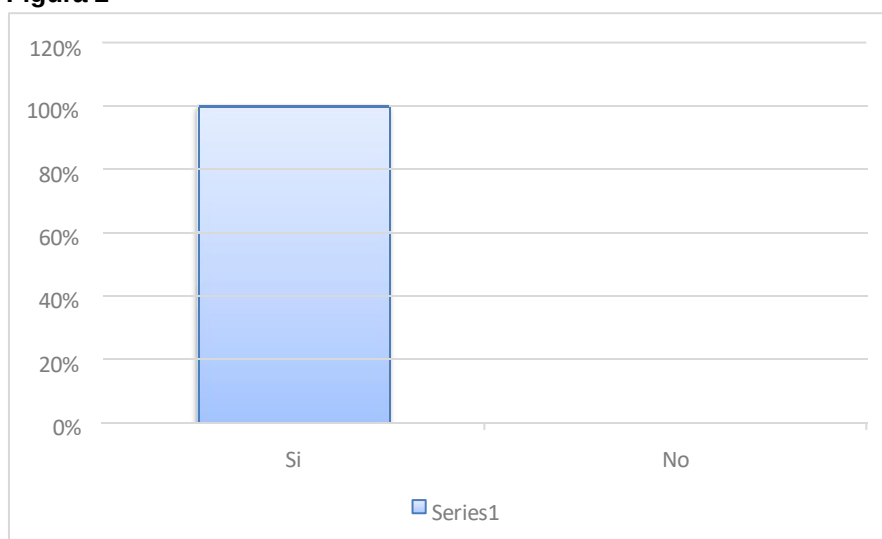


Nota. Elaboración propia

De la totalidad de entrevistas realizadas el 77% de personas señalaron que se desempeñan actualmente como jueces reconocidos legalmente, por otra parte, el 19% ha indicado que son Abogados en libre ejercicio y Docentes. Finalmente, un 4% señaló que son Notarios y Docentes en la actualidad. Esto nos otorga un amplio espectro el cual se debe analizar en base a los distintos criterios y opiniones de los entrevistados en pro de dar mayor validez al trabajo investigativo

2. ¿Tiene conocimiento sobre la prueba para mejor resolver?

Figura 2

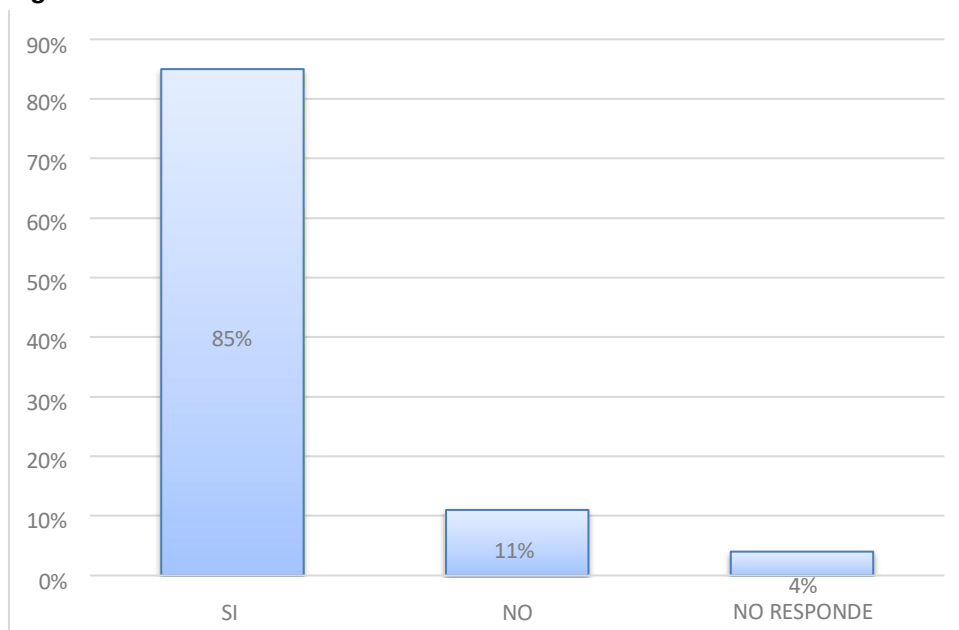


Nota. Elaboración propia

El 100% de las personas entrevistadas han indicado que tienen un conocimiento previo sobre la denominada prueba para mejor resolver, por lo que beneficia realmente a la presente investigación ya que las opiniones y criterios vertidos son admisibles para ser analizados; esto a grandes rasgos demuestra que la prueba para mejor resolver es conocida por las diferentes personas involucradas en el mundo del derecho, ya sean estos Abogados en libre ejercicio, docentes e incluso jueces.

3. ¿Ha dispuesto de oficio la práctica de la prueba para mejor resolver dentro de algún procedimiento?

Figura 3

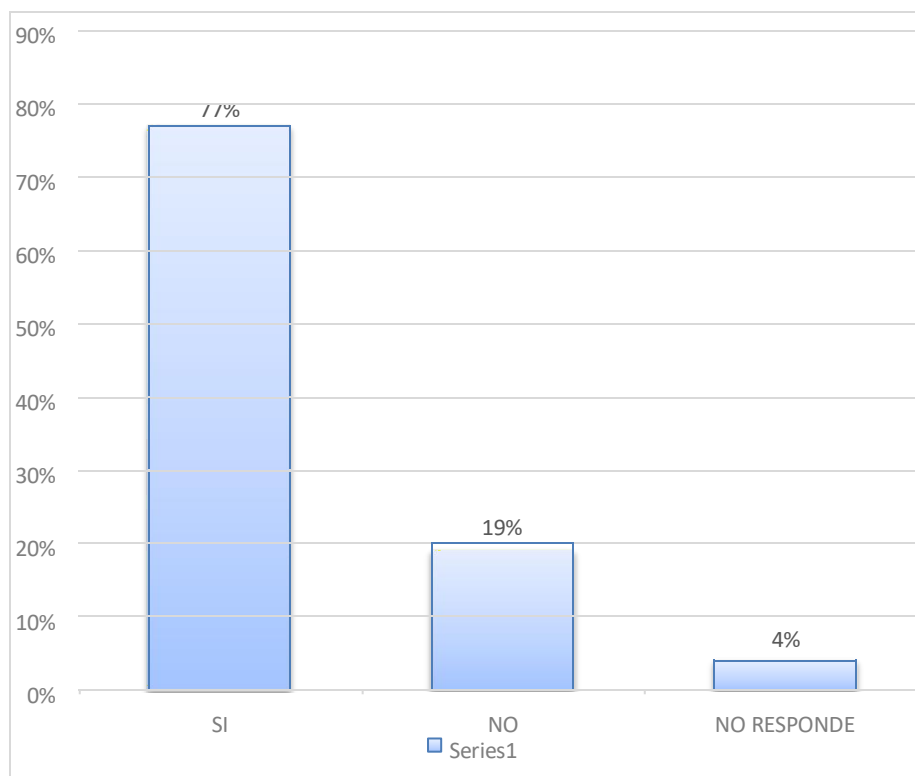


Nota. Elaboración propia

El 85% de la totalidad de personas entrevistadas señalaron que dentro de su competencia han dispuesto de oficio la práctica de la prueba para mejor resolver dentro de algún procedimiento, esto es un gran indicativo de que los jueces alguna vez o veces han realizado este acto en pro de mejorar la prueba presentada o esclarecer ciertos hechos controvertidos, mientras que un 11% de los entrevistados manifestaron que no han pedido alguna vez de oficio la prueba para mejor resolver y finalmente un 4% no respondieron a la presente pregunta.

4. ¿Ha dispuesto alguna vez la práctica de la prueba para mejor resolver para obtener una prueba documental?

Figura 4

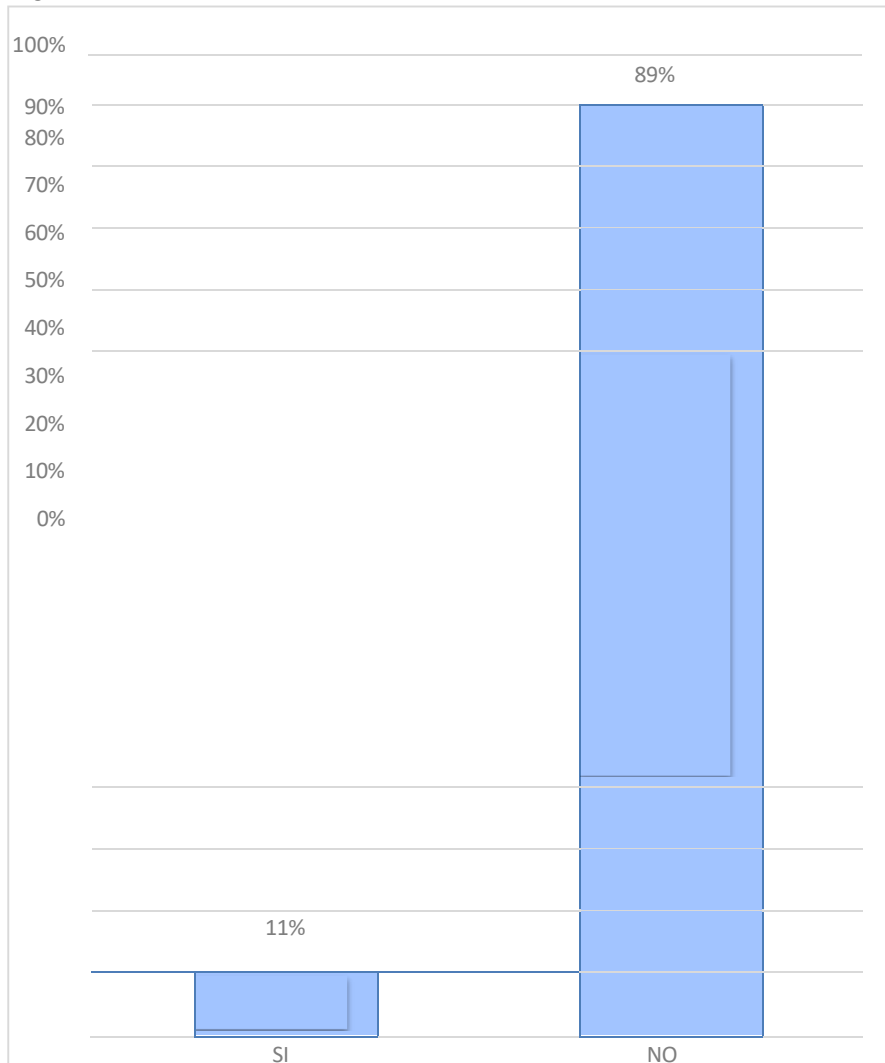


Nota. Elaboración propia

Respecto a la pregunta 4 de la entrevista, el 77% de las personas entrevistadas manifestaron que han dispuesto en alguna ocasión la práctica de la prueba para mejor resolver para obtener una prueba documental esto dentro del límite de su competencia, por otra parte, el 19% no ha dispuesto la práctica de este tipo de pruebas para obtener una prueba documental y solo el 4% de los encuestados no respondieron a esta pregunta. Esto es una clara manifestación de que la práctica de la prueba para mejor resolver ha ocurrido con asiduidad tratándose de la obtención de pruebas documentales dentro de un procedimiento.

5. ¿Ha dispuesto alguna vez la práctica de la prueba para mejor resolver para obtener una prueba testimonial?

Figura 5

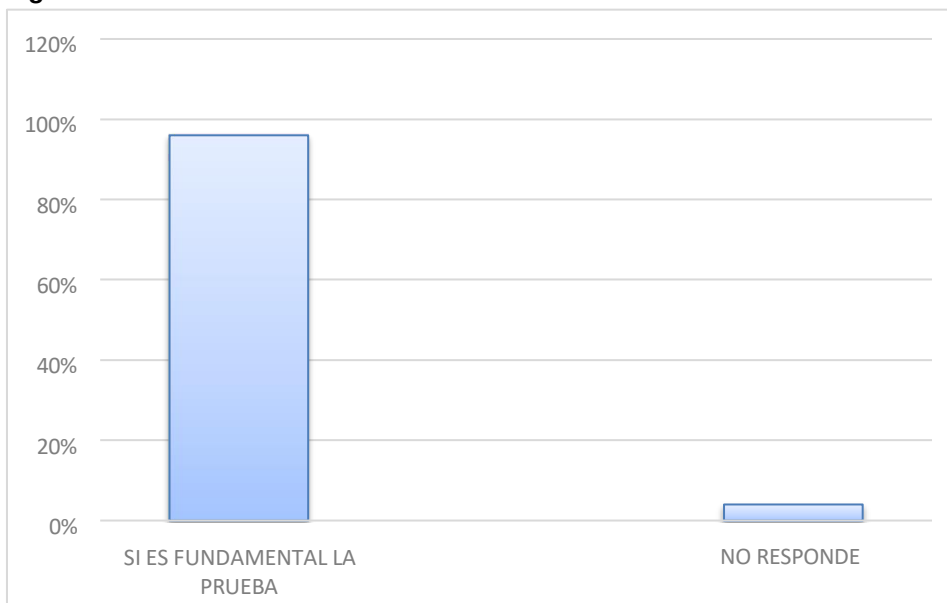


Nota. Elaboración propia

De las personas entrevistadas el 89% han señalado que nunca han dispuesto la práctica de la prueba para mejor resolver para obtener una prueba testimonial, mientras que solo un 11% manifestaron que si lo han dispuesto para pruebas testimoniales, esto es un claro indicativo de que este tipo de obtención de prueba se prefiere o se estila el realizarlos para sumar una nueva prueba documental, a pesar de que algunos entrevistados supieron manifestar que si lo han hecho para obtener una prueba testimonial dentro de un procedimiento.

6. ¿Considera que la prueba para mejor resolver es útil de aplicarla dentro de nuestro sistema de justicia? ¿Por qué?

Figura 6

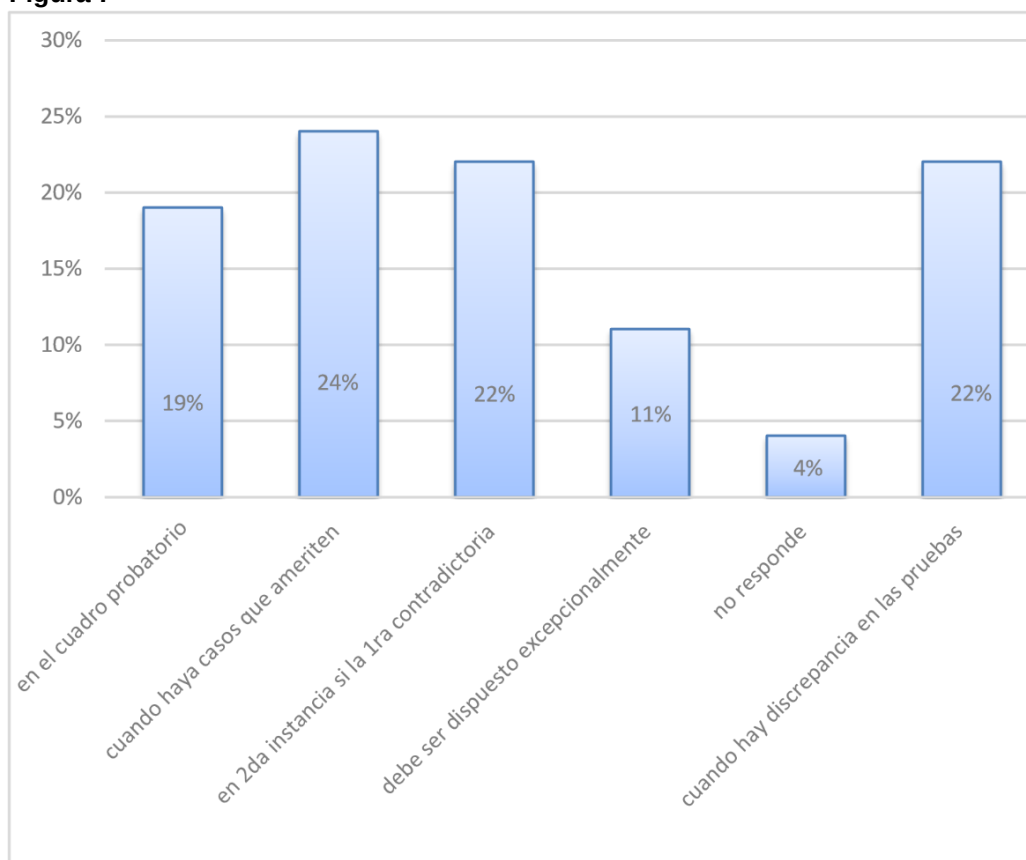


Nota. Elaboración propia

Dentro de esta pregunta el 96% de los entrevistados señalaron que la prueba para mejor resolver es útil de aplicarla dentro de nuestro sistema de justicia, mientras que un 4% no ha respondido a la pregunta. En este punto se debe ser conciso y analizar las respuestas que los entrevistados escribieron como justificante para esta misma, de manera general establecen que esto le permite al juez recabar pruebas que consideren necesarias dentro de un procedimiento que posibiliten el resolver de manera justa este mismo, sin embargo, no señalan la incongruencia existente en el momento en el que el juez interviene directamente y por ende se transforma en una especie de parte procesal parcializada dentro del procedimiento.

7. ¿Bajo qué situaciones cree conveniente el utilizar la prueba para mejor resolver?

Figura 7



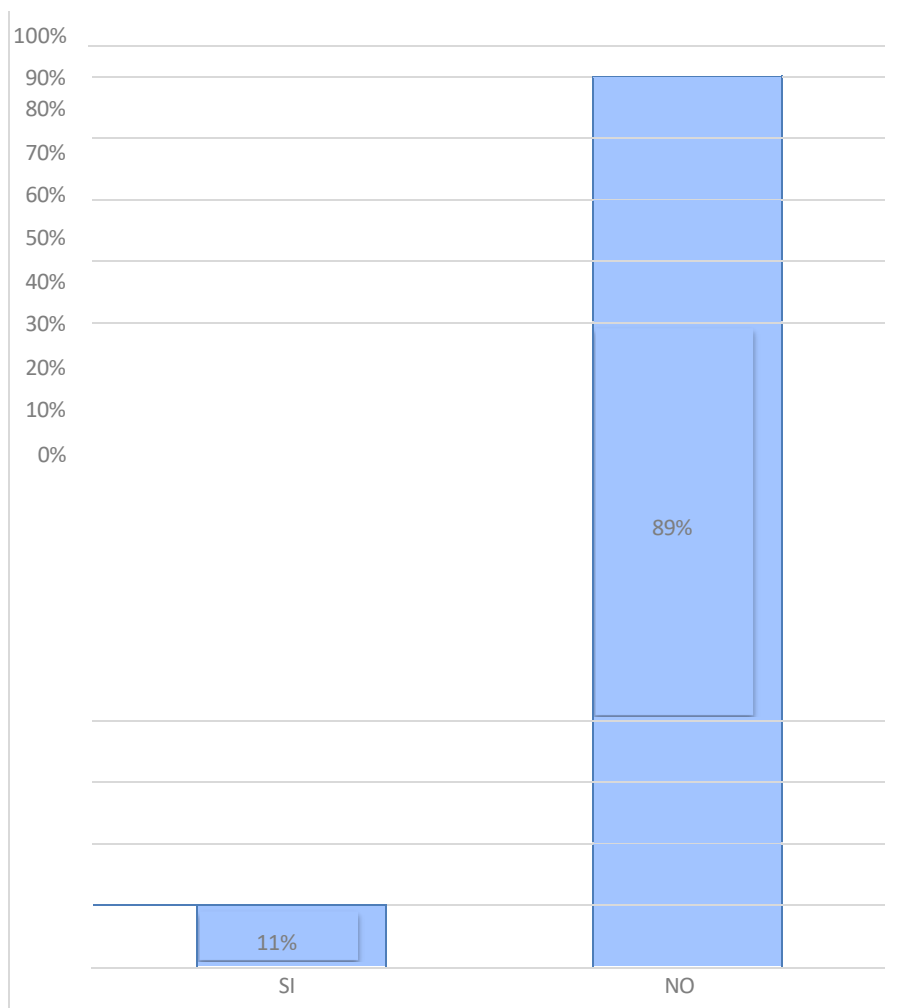
Nota. Elaboración propia

En la presente pregunta los entrevistados supieron manifestar diversas situaciones en las que ellos consideran conveniente el utilizar la prueba para mejor resolver, ante ello el 23% de la totalidad de los encuestados se refirieron a que es conveniente el utilizar este medio probatorio cuando haya casos que lo ameriten, un 22% cuando hay discrepancia entre las pruebas presentadas, un 21% dentro de la segunda instancia si la primera fue contradictoria, un 19% cuando se realice el cuadro probatorio, un 11% considera que debe disponerse excepcionalmente y un 4% se abstuvo a responder. Todo esto otorga varias opiniones que

en mayor o menor medida tienen congruencia entre si y es que se considera todo lo excepcionalmente positivo para que la conocida “prueba para mejor resolver” tenga una aceptación razonable dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, sin embargo, es evidente en la presente investigación que existen problemas para cualquiera de las partes procesales al aplicarla dentro de un procedimiento.

8. ¿Considera que la utilización de la prueba para mejor resolver afecta a alguna de las partes procesales?

Figura 8

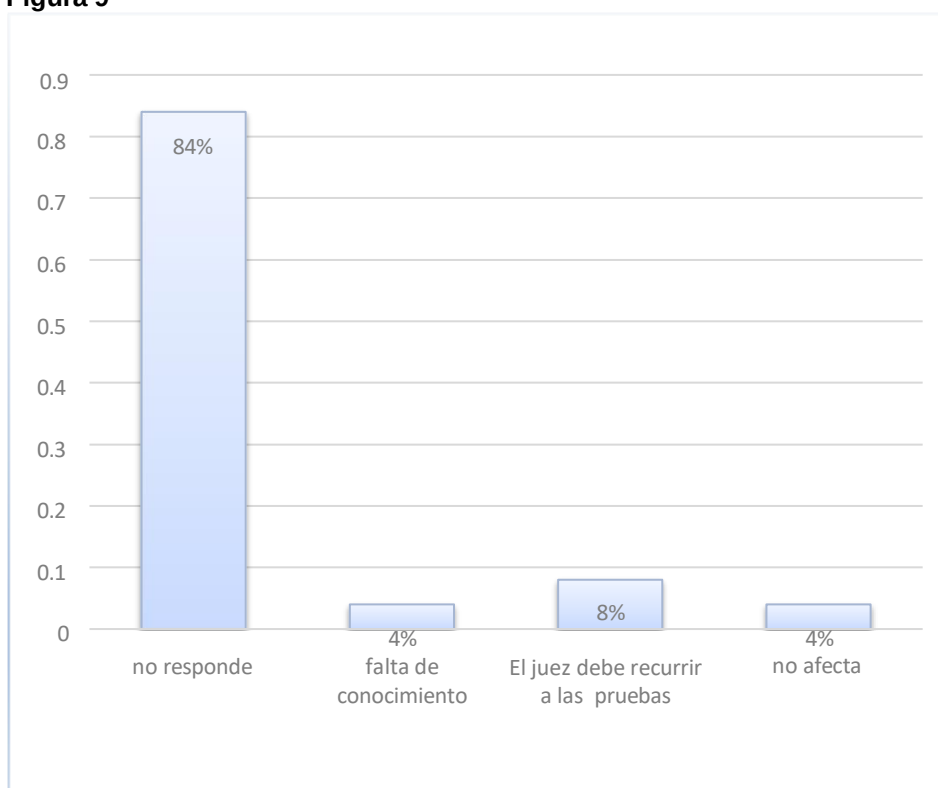


Nota. Elaboración propia

En la presente pregunta el 89% de los entrevistados manifestaron que la utilización de la prueba para mejor resolver no afecta a ninguna de las partes procesales y un 11% contestaron que si existía una afectación al utilizar este medio probatorio. Ahora bien en concordancia con las respuestas de las preguntas previas a esta, se puede asegurar que los entrevistados solamente avizoraron el lado bueno de la prueba para mejor resolver lo cual permite otorgar una nueva prueba al procedimiento, sin embargo, no distinguieron el lado oculto o más incoherente y es que el juez se convertiría en una parte procesal que no gozaría de imparcialidad y que ante una prueba conseguida por su propia iniciativa podría ocasionar el detrimento de los derechos de una de las partes procesales, mientras que una pequeña porcentaje manifestó que si existe una clase de afectación al momento de que se solicita la prueba para mejor resolver.

9. ¿En caso de que la respuesta anterior sea afirmativa, como consideraría que se ven afectadas las partes a través de este medio probatorio?

Figura 9

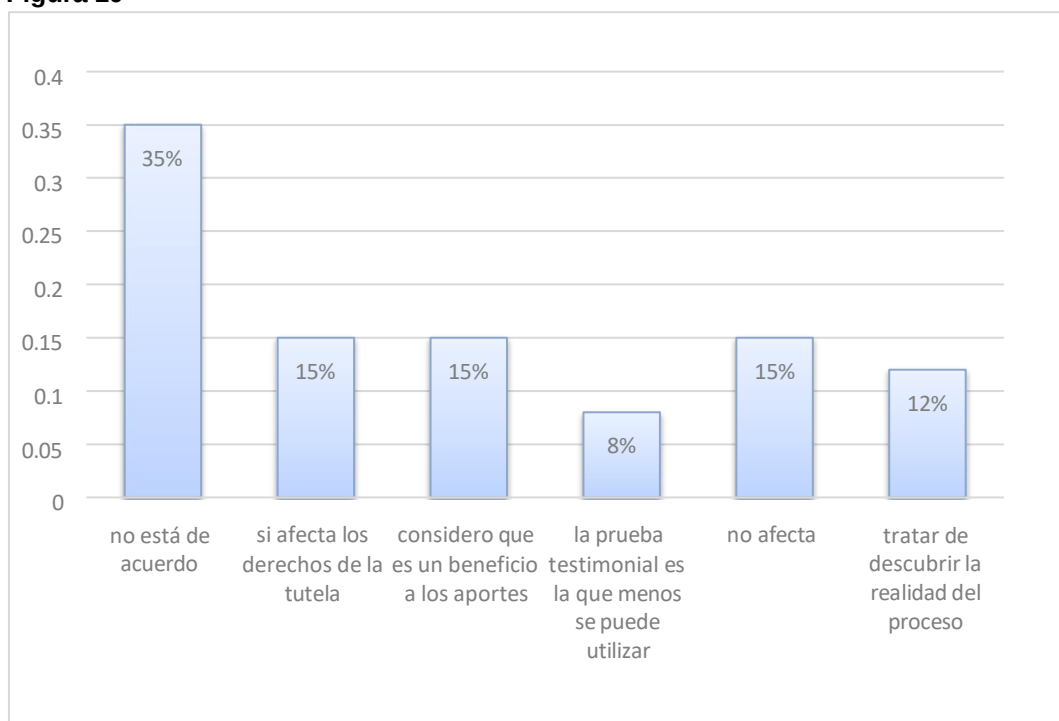


Nota. Elaboración propia

Ante esta pregunta un 84% de las personas no respondió la presente pregunta ya que respondieron de manera negativa, un 8% manifestó que el juez al recurrir a esta clase de medios probatorios se convierte en un ente parcializado y que afecta a las partes, un 4% consideró que la falta de conocimiento por parte del juez en estos casos posibilita que exista una afectación a cualquiera de las partes y finalmente un 4% señalaron que no afecta a ningún derecho de las partes. Esto representa en gran medida como puede existir un desconocimiento sobre todo lo que conlleva la “prueba para mejor resolver” debido a que únicamente ven el lado beneficioso de lo que puede provocar este medio probatorio y no ven más allá para avizorar que realmente este tipo de pruebas puede llegar a afectar a una de las partes ya que desarma la estructura del caso planteado por cualquiera de las partes generando un claro detrimento.

10. ¿Considera que la prueba testimonial para mejor resolver no afecta a ciertos principios tales como “Tutela judicial efectiva” o “Libertad probatoria”? ¿Por qué?

Figura 10



Nota. Elaboración propia

De la totalidad de las personas entrevistadas el 35% no está de acuerdo con que la prueba testimonial para mejor resolver afecte a la tutela judicial efectiva o a la libertad probatoria, un 15% considera que realmente se afectan los derechos a la tutela judicial efectiva, un 15% establece que se podría interpretar como un beneficio a la prueba aportada, otro 15% señala que no genera ninguna afectación o detrimento de derechos, un 12% aduce que trata de descubrir la realidad del proceso y un 8% establecen que la prueba testimonial menoscaba ciertos derechos a través de su utilización. Esta pregunta genera respuestas divididas y es que son prácticamente porcentajes muy parecidos entre los que señalan detrimentos de derechos y los que no lo consideran como tal, por ende, el desarrollo del presente trabajo investigativo da ese impulso a instaurar una crítica desde lo doctrinario y jurídico sobre lo dudoso y poco convencional que puede ser la “práctica para mejor resolver” y su afectación a cualquiera de las partes procesales.

CONCLUSIONES

- La prueba testimonial para mejor resolver es una figura jurídica que en la actualidad le entrega al juez la potestad de solicitar el testimonio de una persona para tratar de esclarecer ciertos hechos controvertidos dentro del proceso que se sustancia.
- El juzgador al convocar de oficio la presencia de un testigo lo convierte en una especie de sujeto procesal, lo cual genera falta de imparcialidad para con las partes procesales, así como provoca la vulneración del debido proceso, principios y demás derechos inherentes a las personas.
- Doctrinariamente existen divergencias entre autores acerca de la utilización de este medio probatorio por parte del juez, debido a que algunos consideran que su utilización bajo un mecanismo regulado permite alcanzar la finalidad de esta figura; mientras que la mayoría de ellos consideran una intromisión y un despropósito del juzgador hacia la justicia misma y hacía las partes procesales.
- En base a lo analizado y asimilado en el presente trabajo, la afectación a derechos, principios y al proceso mismo es evidente con esta clase de prueba testimonial para mejor resolver, ya que genera detrimento en los derechos de los sujetos procesales cuando el juez convoca bajo su potestad a una persona ajena al proceso que desconoce sobre los hechos, lo cual a la postre esto mismo resulta en el incorrecto cumplimiento del debido proceso así como en la afectación de principios y derechos constitucionales establecidos en la propia Constitución de la República del Ecuador.

RECOMENDACIONES

- Incentivar a las personas profesionales del Derecho a conocer sobre esta figura jurídica analizada para que estos mismos tengan el conocimiento necesario sobre la desventaja que puede llegar a representar la prueba testimonial para mejor resolver dentro de los procedimientos que ellos sustancien en su vida profesional.
- Procurar por parte de los juzgadores el aplicar este medio probatorio cuando la situación realmente lo amerite y cuando exista la plena certeza de que esta persona llamada a rendir testimonio sea alguien que aporte al esclarecimiento de los hechos controvertidos.
- Establecer por parte del poder legislativo futuras normas que no permitan una utilización desatinada de la misma, para así evitar incorrectas interpretaciones legales que afecten a las partes y a la propia Administración de Justicia.
- Presentar un proyecto de ley reformativo al artículo 168 del COGEP, mediante el cual se establezcan de forma clara los parámetros y límites de actuación del juzgador, al aplicar esta figura, para que de esta manera evitar la trasgresión de los derechos y garantías constitucionales de las cuales se ven revestidas las partes procesales.

Referencias

- Alberto Binder. (2020). *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires-Argentina: Ad-Hoc. S.R.L. .
- Arsenio Guardia. (1998). La Coerción Real y las Consecuencias Civiles Ex-Delito. *Derecho & Sociedad. Revistas PUPC*, 120.
- Asamblea Nacional Constituyente. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Montecristi-Ecuador: Lexis.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2015). *Código Orgánico de la Función Judicial*. Quito-Ecuador: Lexis.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2023). *Código Orgánico General de Procesos*. Quito-Ecuador: Lexis.
- Augusto Morello. (2014). *El Proceso Civil Moderno*. Madrid-España: Marcial Pons. .
- Carlos Felipe Báez. (2022). *Que es el Principio Dispositivo*. República Dominicana: Law Firm.
- Carlos Ramírez Romero. (2017). *Apuntes sobre la prueba en el Cogep*. Quito-Ecuador: CNJ.
- Coronado. (2016). *Las objeciones en los interrogatorios del juicio oral*. Quito-Ecuador: Andina.
- Cristian Contreras. (2017). .La valoración de la prueba testimonial en el proyecto de Código Procesal Civil: Una tarea inconclusa. *Revista de derecho "Valdivia"*, 287.
- Daniel Vicente Cadena. (2009). *La Oficiosidad de Prueba frente al Principio Dipositivo y Derechos Fundamentales*. Ambato-Ecuadorq: UASB.
- Gerardo Parajeles. (1998). *Curso de Derecho Procesal Civil: Disposiciones Generales, Proceso Ordinario y Procesos Abreviados (2 ed.)*. . Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. .
- Gissela Cevallos Sánchez. (2018). Tutela judicial efectiva y la relación con el principio de intermediación. *Revista Universidad y Sociedad*, 168-173.
- Hans Kelsen. (1973). *Que es la Justicia*. Berlín: REP.
- Hector Lopéz. (2018). Manual de lógica formal para su empleo en el derecho. . *Centro de Estudios Superiores en Materia de Derecho Fiscal y Administrativo*, 188.

- Iván Hunter Ampuero. (2010). El principio dispositivo y los poderes del juez . *Revista de derecho (Valparaíso)*, 188.
- Jaime Marín. (2019). Analisis de la prueba para mejor resolver en el COGEP. *Internacional de derecho*, Uleam.
- Johana Vallejo. (2017). *La prueba para mejor resolver como garantía, contenida en el Código Orgánico General de Procesos frente al derecho constitucional al debido proceso en la ciudad de Guaranda en el año 2016*. 2017. Guaranda-Ambato: UEB.
- Jorge Bernal Moreno. (2005). La Idea de Justicia. *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM*, 288.
- Juan Gonzalez & Esteban Orué. (2021). *La Prueba Testimonial*. Asunción-Paraguay: Lexi Juris.
- Julián Andrés Gaitán. (2017). El debido proceso: La carga de la prueba en el proceso jurisdiccional transicional en Colombia. *Diálogos de Saberes*, p. 161.
- Maite Aguirrezabal. (2017). AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite. El principio dispositivo y su influencia en la determinación del objeto del proceso en el proceso civil chileno. *Revista de Derecho Privado*, 423.
- Manuel Antonio Borja. (2003). *La prueba en el derecho colombiano (2 ed.)*. . Bogotá-Colombia: UNAB.
- Mareli Sánchez. (2018). *La Noción de Justicia en Sócrates*. Málaga-España: Estudios Cavernarios.
- María Elisa Gaso. (2017). El Principio Dispositivo y el rol del Juez. *Academia Derecho*, 19.
- Norberto Bobbio. (1993). El Positivismo Jurídico 3 era ed. . *Debate Juridico*, 344.
- Oswaldo Gozaíni. (2018). *Oralidad y Prueba en el COGEP (1 ed.)*. FR Ediciones . Buenos Aires-Argentina: FR Ediciones. .
- Pablo Javier Silva. (2019). *La iniciativa probatoria del juez en el Código Orgánico General de Procesos*. Quito-Ecuador: UASB.
- Real Academia Española. (12 de Junio de 2023). *dle.rae.es*. Obtenido de *dle.rae.es*: <https://dle.rae.es/justicia>
- Roberto Lara. (2011). *Motivación de los hechos: reflexiones sobre las diligencias para mejor proveer*. Mexico D.F: Isonomía.
- Rocío Mercedes Araujo. (2011). Acceso a la justicia y tutela judicial efectiva. Propuesta para fortalecer la justicia administrativa. Visión de derecho comparado. *Estudios Socio-Jurídicos*, 247.

Rodrigo Rivera Morales. (2016). *Las Pruebas en el Derecho Venezolano*. San Cristóbal : Librería J. Rincón.

Sergio García Ramírez. (2006). El debido proceso: Concepto general y regulación en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. *Boletín mexicano de derecho comparado*, 637.

Anexos

Diseño del Proyecto de Investigación

UNIVERSIDAD DE CUENCA

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

CARRERA DE DERECHO

PROTOCOLO DE PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

Línea de investigación:

El Derecho Probatorio según el Código Orgánico General de Procesos

A. Título del proyecto:

“La prueba testimonial como diligencia de oficio para el esclarecimiento de los hechos controvertidos”

Estudiante: Santiago Andrés Loyola Cazorla

Director sugerido: Dr. Juan Carlos Cabrera

Cuenca - Ecuador / mayo de 2021

B. Tema del Proyecto de Investigación

La prueba testimonial como diligencia de oficio para el esclarecimiento de los hechos controvertidos

C. Planteamiento del problema

El Código Orgánico General de Procesos (COGEP) constituyó en el país un avance fundamental en materia de unificación y concentración procesal, esto como consecuencia de la corriente de reformas legales que proponía la Constitución del año 2008. El COGEP tuvo como uno de sus objetivos principales el actualizar la legislación adjetiva del país, anteriormente determinada en el Código de Procedimiento Civil (CPC), para adaptarla a las nuevas realidades jurídicas y a la necesidad imperiosa de renovar el sistema de justicia en base a principios como el de legítima defensa, la oralidad, concentración y contradicción.

Sin embargo, desde el año de publicación del COGEP y a medida que pasa el tiempo y se afianza su aplicación en la práctica jurídica, se empiezan a descubrir ciertos aspectos dentro del articulado que implican verdaderos retrocesos normativos al comparar a la legislación adjetiva vigente con la legislación derogada del Código de Procedimiento Civil.

El Código de Procedimiento Civil determinaba la figura de la prueba de oficio, destinada a propiciar un mejor esclarecimiento de la verdad procesal cuando el cuadro probatorio aportado por las partes no resultaba suficiente para este fin. Sin embargo, con el fin de evitar el exceso de discrecionalidad judicial y en miras a que el administrador de justicia no tenga un papel inquisitivo en el aporte de un tipo de prueba generalmente sujeta a irregularidades, como es la prueba testimonial, el artículo 118 del derogado CPC planteaba una restricción respecto a la prueba testimonial, en donde la misma no podía ser ordenada de oficio:

“Art. 118 CPC. - Los jueces pueden ordenar de oficio las pruebas que juzguen necesarias para el esclarecimiento de la verdad, en cualquier estado de la causa, antes de la sentencia. Exceptúase la prueba de testigos, *que no puede ordenarse de oficio*; pero si podrá el juez repreguntar o pedir explicaciones a los testigos que ya hubiesen declarado legalmente. Esta facultad se ejercerá en todas las instancias antes de sentencia o auto definitivo, sea cual fuere la naturaleza de la causa”. (Congreso Nacional de la República del Ecuador, 2005)

Ahora bien, el COGEP establece dentro de su texto la figura jurídica de prueba de oficio, pero ahora renombrada como “prueba para mejor resolver” y se encuentra regulada en el artículo 168. Lo que resulta llamativo es que el COGEP no determina ninguna restricción sobre el tipo de prueba que el juzgador puede pedir de oficio para mejor resolver, por ende, el juzgador está legalmente facultado para llamar discrecionalmente a cualquier testigo que crea conveniente:

“Art. 168 COGEP. - Prueba para mejor resolver. La o el juzgador podrá, 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).

El problema del otorgamiento legal de esta facultad jurisdiccional, es que el juez podría llamar a testificar a individuos que pudieren no brindar elementos probatorios relevantes para acreditar los hechos en litigio. Esto es especialmente preocupante dentro de procesos en los cuales la prueba testimonial es la piedra angular en la configuración del cuadro probatorio, como por ejemplo en los procesos de divorcio por abandono, pudiendo el juzgador, por ejemplo, declarar sin lugar una demanda por haber llamado a testigos ajenos al caso o con intereses ajenos a los de la parte actora, so pretexto de haber invocado la figura de prueba para mejor resolver. Si bien el art. 168 determina que la facultad para ordenar prueba para mejor resolver es excepcional, no se determinan los supuestos en los que deberá proceder.

En base a lo anteriormente expuesto, es posible afirmar que esta facultad irrestricta y discrecional del juzgador vulnera el principio dispositivo, el derecho a la defensa y el derecho a la tutela judicial efectiva de las partes, en virtud de que se coarta su libertad probatoria en favor de testigos elegidos por el juez, quien es ajeno al litigio; los cuales pudieren o no aportar un testimonio favorable para las pretensiones de las partes.

D. La pregunta

¿Cuáles son las consecuencias jurídicas de aplicar la prueba testimonial para mejor resolver de acuerdo al COGEP?

E. Estado de la cuestión

Para determinar los avances dentro de la ciencia jurídica sobre la temática en cuestión, se ha tomado en consideración diversas obras y artículos académicos respecto al tema. En primer lugar, el estudio de las falencias que presenta la redacción de la figura de prueba para mejor resolver en el COGEP ha sido abordado en las siguientes obras:

El jurista Rodolfo Trejo (2018), ha escrito un artículo académico titulado “La imparcialidad al momento de ordenar prueba para mejor resolver en los juicios civiles en el COGEP”, en donde analiza este nuevo rol que la reciente legislación adjetiva directa o indirectamente le ha asignado al juzgador en el tema probatorio. Para el autor, el nuevo rol con el que la Constitución ha investido a los jueces no debe ser un pretexto para que los administradores de justicia realicen una suerte de “mutación” donde se conviertan o sustituyan a las partes procesales en su deber probatorio dentro del proceso. Afirma además que la atribución intrínseca de las partes de justificar sus afirmaciones o negaciones debe mantenerse de esa manera, pues al momento de subsanar alguna negligencia o descuido de dichas partes al momento de la aportación y práctica de prueba, el juez podría viciar de imparcialidad.

Por su parte, el abogado Edison López (2018) en su proyecto de investigación titulado “Regulación de la aplicabilidad de la Prueba para Mejor Resolver en los procesos que conoce la Unidad Judicial Civil – COGEP” resalta la intrascendencia e insuficiencia que presenta la figura de la prueba para mejor resolver dentro del COGEP, factor que ha

generado el desuso de la figura dentro de los juzgados civiles de la ciudad de Quito, básicamente por la carencia de especificidad y objetividad en el texto legal al regular una figura de tal magnitud, y además por el temor de los juzgadores a recibir sanciones administrativas por el uso indebido y deficiente de esta figura. Al respecto el autor señala:

La aplicación de la prueba para mejor resolver se ve limitada debido a la carencia de especificidad y objetividad en la ley, puesto que, al ser una medida excepcional, no se determina parámetros que constituirían esta excepcionalidad, dejando este aspecto a la deriva de la sana crítica del juez. Así también, al no determinar parámetros para su práctica, hay una gran posibilidad de ir en contra de estos principios legales y constitucionales; por lo tanto, la aplicabilidad de la prueba para mejor resolver tiene que regularse de mejor forma limitando su alcance y aplicabilidad, de manera que guarde congruencia con derechos, garantías y principios determinados en nuestra normativa nacional. (p. 6)

Finalmente, es pertinente presentar el aporte de Johanna Vallejo (2017), quien en su proyecto de investigación titulado “La prueba para mejor resolver como garantía, contenida en el Código Orgánico General de Procesos frente al derecho constitucional al debido proceso” afirma que la figura de la prueba para mejor resolver resulta tan deficiente al punto de considerarla inconstitucional por vulnerar principios como el de contradicción, dispositivo y el principio de imparcialidad, al respecto realiza el siguiente comentario:

“Se considera vulnerar el principio de contradicción y el de imparcialidad, esto por cuanto resulta lógico y evidente que si es una prueba generado por el juzgador, ésta jamás va a poder ser sujeta a contradicción, pues la contradicción se la ejerce con la otra parte de la relación jurídica mas no en contra del juzgador, pues este mantiene una posición neutral frente al caso, así como tampoco es posible que un juez pueda actuar con imparcialidad, pues al disponer la producción de una prueba de oficio, de forma indudable está convirtiéndose en parte procesal a favor de cualquiera de las partes (actor o demandado), así como en caso de que la prueba haya sido contradicha resulta inocente pensar que los efectos de la contradicción van a ser aceptados por el juez productor de prueba de oficio”. (p. 18)

Ahora bien, respecto a la prueba testimonial en específico en el marco de la prueba para mejor resolver, el principal aporte científico jurídico ha sido señalado por Francisco Yépez (2016) en su investigación titulada “Trasplante de la práctica de prueba testimonial civil adversarial al Ecuador”, en la cual resalta que en el COGEP no se establece restricción alguna para que el juzgador ordene de oficio la práctica de prueba testimonial para mejor resolver. Enfatiza el problema de que un Juez ante esta falta de restricción ordene este tipo de prueba, afirmando la dificultad para definir quién deba objetar las preguntas realizadas por dicho Juez, y asimismo la dificultad en la determinación de cuál de las partes tendría la capacidad para poder repreguntar al testigo.

F. Objetivo General

Analizar las consecuencias jurídicas de la facultad jurisdiccional para ordenar prueba testimonial bajo la figura de prueba para mejor resolver según el COGEP.

G. Objetivos Específicos

- a** Analizar de manera pormenorizada la prueba testimonial, su pertinencia y aplicabilidad según el COGEP.
- b** Describir la figura de prueba para mejor resolver y su evolución normativa en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.
- c** Precisar las consecuencias de la práctica de la prueba testimonial para mejor resolver en relación al derecho a la tutela judicial efectiva de las partes.

H. Marco Teórico y Conceptual

Siendo el Derecho Probatorio el quid de la línea investigativa que se pretende analizar, es pertinente partir por aportar el concepto de prueba. Para Echendía (1978), la prueba es “todo motivo o razón aportado al proceso por los medios y procedimientos

aceptados por la ley, para llevarle al Juez el convencimiento o la certeza de los hechos” (p. 113).

La prueba judicial encadena por argumentos las posibilidades de existencia de los hechos, hace el enlace de congruencia entre el fallo buscado y el proferido, bajo derroteros procesales que, en un campo netamente jurídico, determinan actividad, formas, maneras e incidencias del convencimiento logrado para los eventos procesales, en su marcha y conclusión, con repercusiones en las esferas de las expectativas y derechos en los interesados en la decisión, en forma accidental o principal. Se traduce en información creíble o en una ocasión para conjeturar con acierto acerca de sucesos requeridos en el apoyo del fallo hasta llegar a establecer como argumentación unas posibilidades incontrovertidas de los hechos. (Borja, 2003, pág. 81)

Sobre la prueba testimonial, el Dr. Kaisser Machuca (2014), ha determinado el siguiente concepto:

“En doctrina la prueba testimonial o testifical judicial consiste “en la declaración que emite un tercero ante Juez, es decir una persona extraña a la controversia, que le suministra elementos de juicio acerca de la verdad o falsedad de los hechos interrogados. (...) Desde el punto de vista jurídico procesal, es el acto probatorio mediante el cual se informa al juez sobre lo que se conoce respecto de ciertos hechos pasados o presentes materia de controversia y consecuentemente requeridos de prueba. El testimonio es un medio de prueba indirecto, por representación de los hechos gravados por la memoria, realizado tanto por terceros ajenos al proceso, como por las partes procesales. El relato del testigo tiene como antecedente la captación o apreciación de los hechos que logró a través de sus sentidos y que luego fueron almacenados en su memoria, actividad íntimamente ligada a su capacidad de conservación y evocación”. (p. 12)

Ahora bien, sobre la prueba para mejor resolver es posible denotar que se trata de una figura que se encuentra incorporada no solo en nuestra legislación adjetiva, sino también en diversos ordenamientos jurídicos de América Latina, con la diferencia de que en países como México tienen otras denominaciones, siendo denominada la figura en este país como

“prueba para mejor proveer”. Así, es posible encontrar conceptos doctrinarios de la figura como el que se muestra a continuación:

“Las pruebas o diligencias para mejor resolver se traducen en la facultad con la que cuentan los jueces dentro de los procesos judiciales para, oficiosamente, ordenar la práctica o desahogo de aquellos medios probatorios que, a su consideración, son necesarios para la debida resolución de la controversia puesta a su conocimiento por las partes dentro del juicio. (...) En tal sentido, aquellas se tratan de prácticas probatorias ordenadas oficiosamente por los tribunales y dirigidas a esclarecer la verdad de algún hecho controvertido. (...) Es claro que las diligencias para mejor proveer constituyen la facultad o instrumento con que cuentan los juzgadores para que, una vez desahogada la fase probatoria de las partes, en caso de no tener certeza acerca de los hechos relativos a la controversia que está por resolver, se pueda allegar de nuevos elementos u ordenar la realización de acciones adicionales para esclarecer los mismos y, de esta manera, poder dictar su resolución lo más justa y apegada a la realidad”. (pág. 419)

Solventado a breves rasgos los caracteres más importantes que rodean a la prueba respecto al tema específico que compete a la presente investigación, es pertinente tratar de manera puntualizada y meramente introductoria el derecho a la tutela judicial efectiva. Sobre este derecho la doctrina ha señalado lo siguiente:

“La función primordial de los Juzgados y Tribunales consiste en la tutela y realización del Derecho, dentro de la cual destaca llamativamente todo lo que se refiere a la solución de controversias y resolución de conflictos. Frente al sistema de “autotutela”, que consiste en la solución coactiva del conflicto por la parte más fuerte o que ocupa una posición hegemónica, la solución judicial de conflictos supone un importante factor civilizador y un triunfo del Derecho y de la justicia”. (pág. 118)

El punto de partida es, por tanto, la superación de la autotutela y la correlativa asunción por el poder público de la función jurisdiccional y la tutela del Derecho. Para ello se

establecen unos órganos (los Juzgados y Tribunales) que solo pueden actuar (ejerciendo la potestad

jurisdiccional) a instancia de un tercero que solicita su intervención. (Lacalle, 2016, p. 305) La doctrina ha acordado que el derecho a la tutela judicial efectiva básicamente se subdivide en tres derechos inherentes al proceso: el derecho de acceso a la justicia, el derecho a una sentencia de fondo y el derecho a la ejecución:

“Derecho de acceso a la justicia: (...) El interesado tiene derecho a alegar sus pretensiones y hacer valer sus defensas. Luego, las partes ofrecen al Tribunal y rinden todas las pruebas para apoyar sus pretensiones y convencerle de la veracidad de sus planteamientos. (...) **Derecho a una sentencia de fondo:** El derecho a la tutela judicial efectiva no agota su contenido en la exigencia de que el interesado tenga acceso a los Tribunales, sino que garantiza además la obtención de una resolución fundada en Derecho si concurren todos los requisitos procesales para ello. (...) El derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos y ello implica que la respuesta judicial debe ser motivada, razonada y congruente. (...) **Derecho a la ejecución:** La tutela judicial no será efectiva si la sentencia dictada no se lleva a efecto. De manera que, en los casos en que voluntariamente no se cumpla el pronunciamiento contenido en ella, se tiene derecho a la ejecución coactiva” (pág. 306).

I. Metodología

La metodología a aplicarse estará basada en el método deductivo. El punto de partida consistirá en el análisis de las generalidades que rodean a la prueba en el sistema procesal ecuatoriano según el COGEP, el cambio de paradigma respecto a lo que se encontraba establecido en el derogado Código de Procedimiento Civil y los requisitos de pertinencia y procedibilidad relativos a la prueba testimonial. Posteriormente se analizará en específico la manera en que está tipificada la prueba para mejor resolver, sus requisitos de procedibilidad y cómo la falta de restricciones respecto a los tipos de prueba que pueden ser ordenados por el juzgador podría derivarse en irregularidades

y arbitrariedades que puedan afectar el derecho de las partes a la tutela judicial efectiva.

El tipo de investigación será el Dogmático Jurídico. Se recurrirá a la técnica de investigación bibliográfica, tanto de documentos físicos y electrónicos, para recabar el marco jurídico y doctrinal referente a la prueba para mejor resolver y los derechos procesales que se relacionan con la figura.

Adicionalmente, se realizarán entrevistas a jueces y abogados para constatar su postura sobre la práctica de prueba testimonial para mejor resolver, y la frecuencia con que se suscita este tipo de situaciones en la práctica jurídica.

J. Hipótesis

La potestad judicial establecida en el COGEP de ordenar prueba testimonial para mejor resolver conlleva a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de las partes por la potencial declaración de testigos irrelevantes, ajenos al caso o contrarios a los intereses de las partes, elegidos por el juez al invocar la figura de prueba para mejor resolver.

K. Esquema Tentativo

Introducción

Capítulo I

EL DESARROLLO DE LA PRUEBA EN EL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS

1.1 Los avances en materia probatoria respecto al Código Orgánico General de

Procesos

1.2 La prueba testimonial: aplicabilidad y pertinencia

Capítulo II

LA FIGURA DE LA PRUEBA PARA MEJOR RESOLVER

1.3 Aproximaciones conceptuales

1.4 La restricción para ordenar prueba testimonial de oficio en el Código de Procedimiento Civil

1.5 La prueba para mejor resolver según la legislación adjetiva vigente

1.6 La prueba para mejor resolver y su relación con los principios del debido proceso

Capítulo III

LAS CONSECUENCIAS DE LA PRÁCTICA DE PRUEBA TESTIMONIAL PARA MEJOR RESOLVER

3.1 La prueba testimonial para mejor resolver vs el principio dispositivo

4.3 Las consecuencias jurídicas de la coerción a la libertad probatoria de las partes
4.4 La vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de las partes por la aplicación de prueba testimonial para mejor resolver

CONCLUSIONES

ACTIVIDAD	jun	nov	may	ene	nov	may
	2021	2021	2022	2023	2023	2024
Elaboración del Proyecto de investigación	x					
Recopilación de información doctrinaria y jurídica		x				

Análisis e Interpretación de la información recopilada			x			
Redacción del primer informe de investigación			x			
Preparación y aplicación de instrumentos de investigación				x		
Sistematización de la Información					x	
Redacción del Informe final de Investigación					x	
Presentación y Sustentación de la investigación						x

L. Cronograma de Tarea

M. Referencias

Aguirrezabala, M. (2017). El principio dispositivo y su influencia en la determinación del objeto del proceso civil chileno. *Revista de Derecho Privado*(32), 423-441. Obtenido de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/5032>

Ampuero, I. (2010). El principio dispositivo y los poderes del juez. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 149 - 188. doi:<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512010000200005>

Araújo, R. (2011). Acceso a la justicia y tutela judicial efectiva. Propuesta para fortalecer la justicia administrativa. Visión de derecho comparado. *Revista Estudios Socio- Jurídicos*, 13(1), 247-291. Obtenido de <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/1513>

Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador. (2015, mayo 22). Código Orgánico General de Procesos. Registro Oficial Suplemento 506. Retrieved from https://www.defensa.gob.ec/wpcontent/uploads/downloads/2021/01/COGEP_act_dic-2020.pdf Bobbio, N. (1993). *El Positivismo Jurídico* (3 ed.). Editorial Debate. Obtenido de <https://hpj2010.files.wordpress.com/2010/09/1-bobbio-norberto-positivismojuridico.pdf>

Asamblea Nacional Constituyente. (2008). Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449. Quito. Retrieved from https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf

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

- Borja, M. (2003). *La prueba en el derecho colombiano* (2 ed.). UNAB. Obtenido de https://books.google.com.co/books/about/La_Prueba_en_el_derecho_colombiano.html?id=TkljpK9OquYC
- Cabrera, G. (2012). *Derecho Probatorio* (1 ed.). Editorial Vadell Hermanos. Obtenido de https://books.google.com.pa/books?id=sW_KvQEACAAJ&source=gbs_book_other_versions_r&cad=4
- Cevallos, G., & Alvarado, Z. (2018). Tutela judicial efectiva y la relación con el principio de intermediación. *Revista Universidad y Sociedad*, 10(1), 1-6. Retrieved from <http://scielo.sld.cu/pdf/rus/v10n1/2218-3620-rus-10-01-168.pdf>
- Congreso Nacional de la República del Ecuador. (2005, julio 12). Código de Procedimiento Civil. Quito: Códificación 11 en el suplemento 58. Retrieved from https://www.registrocivil.gob.ec/wpcontent/uploads/downloads/2017/05/Codigo_de_Procedimiento_Civil.pdf
- Contreras, C. (2017). La valoración de la prueba testimonial en el proyecto de Código Procesal Civil. Una tarea inconclusa. *Revista de Derecho Valdivia*, 30(1), 287-310. doi:<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502017000100012>.
- Coronado, N. (2016, enero 16). Las objeciones en los interrogatorios del juicio oral. *Gaceta Jurídica*. Retrieved from <https://www.gacetajuridica.com.pe/productos/gaceta-civilprocesal-civil?landing=true>
- Devis, H. (2002). *Teoría General de la Prueba Judicial*. Editorial Temis. Obtenido de https://books.google.com.ec/books/about/Teor%C3%ADa_general_de_la_prueba_judicial.html?id=DXAFPwAACAAJ&source=kp_book_description&redir_esc=y

- Ferrer, A. (2017). *Teoría general de la prueba: concordada con el Código general del proceso y soportes jurisprudenciales* (1 ed.). Grupo Editorial Ibañez. Obtenido de https://books.google.com.ec/books/about/Teor%C3%ADa_general_de_la_prueba.html?id=0gZTtAEACAAJ&redir_esc=y
- Ferrer, J. (2018). *La valoración racional de la prueba* (1 ed.). Editorial Marcial Pons.
- Figueira, Á. (2017). *Manual práctico de la prueba en el Código orgánico general de procesos*. Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Gaitán, J. (2017). El debido proceso: La carga de la prueba en el proceso jurisdiccional transicional en Colombia. *Diálogos de Saberes*, 46, 161-185. Obtenido de <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/dialogos/article/view/2580/2011>
- García, J. (29 de marzo de 2016). *Ofrecimiento de la prueba en el COGEP*. Obtenido de DerechoEcuador: <https://derechoecuador.com/ofrecimiento-de-la-prueba-en-elcogep/>
- García, S. (2006). El debido proceso. Concepto general y regulación en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 39(117). Obtenido de <http://www.scielo.org.mx/pdf/bmdc/v39n117/v39n117a2.pdf>
- Gaso, M., Gonzalez, F., Lobo, L., Maturano, F., & Salas, M. (2017). El Principio Dispositivo y el rol del Juez. *Academia Derecho*, 2(5), 2-19. Retrieved from http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/El_principio_dispositivo_y_el_rol_del_juez_GASO_MARIA_ELIS.pdf

Gozaini, O. (2018). *Oralidad y Prueba en el COGEP* (1 ed.). FR Ediciones. Obtenido de <https://gozaini.com/wp-content/uploads/2019/07/Oralidad-y-pruebas-enEcuador.pdf>

Guardia, A. (1998). La Coerción Real y las Consecuencias Civiles Ex-Delito. *Derecho & Sociedad*, 13, 120-133. Obtenido de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/16653>

Houed, M. (2007). *La prueba y su valoración en el proceso penal*. Instituto de Estudio e Investigación Jurídica. Obtenido de <https://www.sijufor.org/uploads/1/2/0/5/120589378/03-la-prueba-y-su-valoracion-1-1.pdf>

http://cesmdfa.tfja.gob.mx/manual_logica/pdf/01.pdf

https://books.google.com.ec/books/about/La_valoraci%C3%B3n_racional_de_la_prueba.html?id=v1ZmPgAACAAJ&source=kp_book_description&redir_esc=y

Izurieta, G. (2017). Imparcialidad y prueba para mejor resolver en el Código Orgánico General de Procesos. *Piélagus*, 17(2), 113-119. doi:<http://dx.doi.org/10.25054/16576799.1928>

Jurado, A. (2011). Valor probatorio del documento electrónico. *Cuestiones Jurídicas*, 02-19. Retrieved from <https://www.redalyc.org/pdf/1275/127521341004.pdf>

Lacalle, M. (2016). *La persona como sujeto de derecho* (2 ed.). Dykinson. Retrieved from <https://books.google.com.pe/books?id=TQvdBAAQBAJ&printsec=copyrightv=onepage&q&f=false> Obtenido de <http://www.scielo.org.mx/pdf/is/n35/n35a3.pdf>

- López, E. (2018). *Regulación de la aplicabilidad de la Prueba para Mejor Resolver en los procesos que conoce la Unidad Judicial Civil - COGEP*. Tesis de Pregrado, Universidad Central del Ecuador, Repositorio Digital UCE, Quito. Retrieved from <http://www.dspace.uce.edu.ec/handle/25000/16565>
- López, H. (2018). *Manual de Lógica Formal para su Empleo Práctico en el Derecho* (1 ed.). CD México: Colección de Estudios Jurídicos. Obtenido de
- Machuca, K. (2014). *Sumario de Derecho Procesal Orgánico*. Cuenca. Retrieved from <https://www.funcionjudicial.gob.ec/pdf/Codigo%20Organico%20General%20de%20Procesos.pdf>
- Marín, J. (22 de febrero de 2019). *Análisis de la prueba para mejor resolver en el COGEP*. Obtenido de CidEcuador: https://cidecuador.org/wpcontent/uploads/congresos/2019/i-congreso-internacional-de-derechouleam/diapo/Analisis-comparativo-de-la-prueba-para-mejor-resolver_jaimemarin.pdf
- Márquez, A. (2016). Prueba y valoración de la prueba por el Tribunal Fiscal de la Nación Argentina. *Revista de la Facultad de Derecho*(39), 119-144. Retrieved from http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2301-06652015000200006&lng=es&tlng=es.
- Mazón, J. (2018). *Ensayos críticos sobre el COGEP* (1 ed.). Legal Group Ediciones. Obtenido de https://www.goodreads.com/author/show/20780884.Jorge_Luis_Maz_n
- Medina, E. (2017). Análisis de la naturaleza jurídica y los límites de las facultades para mejor proveer en el juicio de amparo. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de México*, 1(9), 417-430. Obtenido de <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/37148>

Moran, R., & Wimper, N. (2018). *La imparcialidad al momento de ordenar prueba para mejor resolver en los juicios civiles en el COGEP*. Tesis de Pregrado, UNIANDÉS, Repositorio Institucional UNIANDÉS. Obtenido de <https://dspace.uniandes.edu.ec/handle/123456789/8484>

Morello, A. (2014). *El Proceso Civil Moderno*. Editorial Marcial Pons. Retrieved from <https://www.pensamientocivil.com.ar/doctrina/4351-proceso-civil-moderno>

Nieva, J. (2010). *La Valoración de la Prueba*. Editorial Marcial Pons. Retrieved from https://books.google.com.ec/books/about/La_valoraci%C3%B3n_de_la_prueba.htm?hl=es&id=gdzrRgAACAAJ&source=kp_book_description&redir_esc=y

Obtenido de

Parajeles, G. (1998). *Curso de Derecho Procesal Civil: Disposiciones Generales, Proceso Ordinario y Procesos Abreviados* (2 ed.). Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. Obtenido de https://books.google.com.ec/books/about/Curso_de_derecho_procesal_civil_con_ju.html?hl=es&id=2lmQQwAACAAJ&redir_esc=y

Ramírez, C. (2017). *Apuntes sobre la prueba en el COGEP* (1 ed.). Quito: Corte Nacional de Justicia. Obtenido de https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/Produccion_CNJ/La%20prueba%20en%20el%20COGEP.pdf

Taruffo, M. (2012). *La prueba de los hechos*. Editorial Trotta. Obtenido de https://www.academia.edu/35982613/la_prueba_de_los_hechos_michele_taruffo

Toscano, F. (2018). *La imparcialidad en materia probatoria* (1 ed.). Obtenido de https://books.google.com.ec/books/about/La_imparcialidad_en_materia_probatoria.html?id=myFLDwAAQBAJ&source=kp_book_description&redir_esc=y

Vallejo, J., & García, E. (2017). *La prueba para mejor resolver como garantía, contenida en el Código Orgánico General de Proceso frente al derecho constitucional al debido proceso*. Tesis de Pregrado UEB, Repositorio DigitalUEB. Obtenido de <https://dspace.ueb.edu.ec/handle/123456789/1843>