



Universidad Internacional SEK Ecuador  
Facultad de Derecho

Trabajo para la obtención del título de  
**MÁSTER EN DERECHO PROCESAL Y LITIGACIÓN ORAL**

“La evacuación de prueba testimonial. Un estudio comparado entre el Código Orgánico  
General de Proceso y el Código de Procedimiento Civil.”

Realizado por:

**WILLIAMS GERMAN BUENAÑO SUÁREZ**

Tutora de tesis

**DRA. ANA TERESA INTRIAGO CEBALLOS**

Quito, diciembre del 2017

## **Declaración Juramentada**

Yo, Williams German Buenaño Suárez, con cédula de identidad No. 0602052052, declaro bajo juramento que el trabajo aquí desarrollado es de mi autoría, que no ha sido previamente presentado para ningún grado a calificación profesional; y, que ha consultado las referencias bibliográficas que se incluyen en este documento.

A través de la presente declaración, cedo mis derechos de propiedad intelectual correspondiente a este trabajo, a la Universidad Internacional SEK Ecuador, según lo establecido por la Ley de Propiedad Intelectual, por su reglamento y por la normativa institucional vigente.

Williams German Buenaño Suárez

C.C. No. 0602052052

## **DEDICATORIA**

Dedico este trabajo de investigación a Verónica, Gabrielito y a toda mi familia que siempre me han apoyado gracias por todo, los amo.

## **Resumen**

El análisis de esta tesis se desarrolla en la Unidad Judicial Civil del Cantón Riobamba, considerando los procesos ordinarios de prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio según la normativa del Código de Procedimiento Civil desde el año 2014 hasta el 2017 y según la normativa del Código Orgánico General de Procesos desde el año 2016 hasta el año 2017. Para analizar la evacuación de la prueba testimonial mediante el estudio comparado entre el Código Orgánico General de Proceso y el Código de Procedimiento Civil desde las diferentes ópticas de cada procedimiento y determinar fortalezas y debilidades del COGEP. Del análisis de los procesos se desprende que el testimonio que rinden los testigos bajo el concepto del COGEP, es adecuado por cuanto cumple con los parámetros que establece el procedimiento respetando los principios y la forma como sostiene la doctrina este tipo de prueba, no así el CPC, que no cumplía con los principios que rigen para la evacuación de prueba testimonial. No se pretende con este estudio diferenciar entre el procedimiento oral y lo escrito por qué se entiende que son un complemento. Lo que se pretende es diferenciar el desarrollo del testimonio en juicio. Para ello se emplearon procesos ordinarios de prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio porque en estos casos la prueba testimonial es muy importante para determinar la posesión del requirente y cumplir así con uno de los requisitos que establece la jurisprudencia para que el juzgador otorgue la prescripción al accionante. El resultado de este estudio es claro, porque el COGEP obliga a cumplir la ley a todos quienes son parte de un proceso, mientras que en el CPC, existía incumplimiento y errores que se venía acarreado como si fuera algo normal, pese a que el mencionado cuerpo de ley exigía otra cosa.

## Abstract

The analysis of this thesis is developed in the Civil Judicial Unit of the Canton Riobamba, considering the ordinary processes of extraordinary acquisitive prescription of domain according to the regulations of the Code of Civil Procedure from 2014 to 2017 and according to the norms of the General Organic Code of Processes from 2016 to 2017. To analyze the evacuation of the testimonial evidence through the comparative study between the General Organic Code of Process and the Code of Civil Procedure from the different perspectives of each procedure and determine strengths and weaknesses of the COGEP. From the analysis of the processes, it is clear that the testimony given by the witnesses under the COGEP concept is adequate because it complies with the parameters established by the procedure, respecting the principles and form as the doctrine maintains this type of evidence, but not the CPC, which did not comply with the principles governing the evacuation of testimonial evidence. It is not intended with this study to differentiate between the oral procedure and the written reason why it is understood that they are a complement. What is intended is to differentiate the development of testimony in trial. For this purpose, ordinary processes of extraordinary possession acquisitive prescription were used because in these cases the testimonial evidence is very important to determine the possession of the applicant and thus fulfill one of the requirements established by the case law for the judge to grant the prescription to the plaintiff. The result of this study is clear, because the COGEP obliges all those who are part of a process to comply with the law, while in the CPC, there was noncompliance and errors that had been carried out as if it were something normal, despite the fact that body of law demanded otherwise.

# ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	9
CAPÍTULO I.....	13
LA ORALIDAD Y EL SISTEMA ESCRITO EN EL PROCEDIMIENTO CIVIL.....	13
1.1. La oralidad.....	18
1.1.1. Antecedentes históricos.....	18
a) Según el Derecho Romano.....	18
b) Según el Procedimiento Francés.....	21
c) La oralidad en Latino América.....	22
1.1.2. Concepto de oralidad.....	23
1.1.3. La oralidad en el Ecuador.....	27
1.2. Los principios de la oralidad aplicados al procedimiento ordinario según el COGEP.....	31
1.2.1. Introducción.....	31
1.2.2. El principio de la oralidad en el COGEP.....	34
1.2.3. El Principio de concentración.....	36
1.2.4. El Principio de contradicción.....	37
1.2.5. El Principio dispositivo.....	38
1.2.6. El Principio de intermediación.....	40
1.2.7. El Principio de publicidad.....	42
1.3. Análisis del Código de Procedimiento Civil.....	44
CAPITULO II.....	47
LA PRUEBA TESTIMONIAL EN EL COGEP.....	47
2.1. Definición de testimonio.....	48
2.2. Los testigos.....	50
2.2.1. Obligación del testigo.....	52
a) Serán derechos del testigo.....	54
b) Serán deberes de los testigos.....	54
2.2.2. Los testigos idóneos.....	55
2.2.3. Tacha, objeciones y desacreditación del testigo.....	56
2.3. Práctica de la prueba testimonial.....	58

2.3.1. El interrogatorio.....	61
a) Orden de presentación de testigos.....	63
2.3.1.1. Fases del interrogatorio directo.....	64
a) Acreditación del testigo.....	64
b) Aspecto objetivo.....	66
c) Preparación y desarrollo.....	67
2.3.2. El contrainterrogatorio .....	68
a) Desacreditar al testigo.....	69
b) Desacreditar el testimonio.....	70
c) Acreditar las proposiciones fácticas.....	70
d) Obtener inconsistencias con otras pruebas.....	70
e) Las declaración anticipada.....	70
2.3.2.1. Preparación y desarrollo.....	71
a) Lo que el abogado debe tener en cuenta.....	71
b) Lo que el abogado no debe tener en cuenta.....	71
2.3.3. Objeciones a los testimonios.....	71
2.3.4. Clases de preguntas.....	73
a) Narrativas.....	74
b) Abiertas.....	75
c) Cerradas.....	75
2.3.5. Tipos de preguntas que se pueden objetar según el COGEP.....	76
a) Compuestas.....	77
b) Capciosas.....	77
c) Incriminatorias.....	78
d) Impertinentes o irrelevantes.....	78
e) Pregunta repetitiva o contestada.....	79
f) Preguntas, confusas, oscuras, vagas, ambiguas.....	80
g) Preguntas sugestivas.....	81

**CAPITULO III.....83**

**COMPARACIÓN ENTRE EL SISTEMA PROCESAL ORAL (COGEP) Y  
EL SISTEMA PROCESAL ESCRITO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO  
CIVIL; ESTUDIOS DE CASOS**

3.1. La prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio.....	84
3.2. Determinar los casos de análisis de COGEP.....	85
3.3. Determinar los casos de análisis de CPC.....	91
3.4. Comparación entre COGEP y CPC según el procedimiento ordinario de casos de prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio.....	96
a) Análisis de la audiencia de juicio.....	97
3.5. Fortalezas y debilidades que presenta el COGEP frente al CPC.....	100
3.5.1. Fortalezas.....	100
3.5.2. Debilidades.....	102
3.6. La forma del testimonio.....	103
a) Interrogatorio.....	103
b) Contrainterrogatorio.....	106
c) El juez.....	108
d) Análisis.....	108
CONCLUSIONES.....	109
BIBLIOGRAFÍA.....	114

## INTRODUCCIÓN

A partir del mes de mayo del año 2016 entra en vigencia el (Código Orgánico General de Procesos), entonces se establece la oralidad como base del nuevo sistema procesal, en lo que respecta a materias no penales, dejando a un lado el sistema escrito, en el que el juez para emitir una resolución debía remitirse únicamente a los autos del proceso, ignorando la presencia de las partes, sin considerar los principios como el de oralidad, publicidad e inmediación, cuyos actos intrascendentes propiciaron la lentitud de los procesos. Es por ello que la oralidad como mecanismo procedimental pretende una posible solución a la situación de congestión judicial, complejidad y lentitud en los trámites para contribuir a solucionar los problemas de la justicia y buscar la verdad procesal.

Al efectuar éste cambio radical del sistema escrito al sistema oral, no solo que se reforman normas, procedimientos y formalidades, sino que cambia toda una cultura jurídica, que debe adaptarse a una práctica de litigación absolutamente diferente a lo ya conocido en el Ecuador en materia procesal civil.

Con respecto a la prueba testimonial de igual forma la oralidad proclama la vigencia absoluta de una nueva forma de llevar la prueba, mediante la cual, la prueba testimonial cobra sentido y contexto ante los ojos de juez.

El manejo de percepciones, persuasión y síntesis son habilidades extra legales que el abogado litigante debe adquirir; su manejo objetivo y técnico se hace necesario si se quiere tener éxito en un nuevo mundo procesal que se acaba de poner en vigencia en el Ecuador.

Al comparar el Código de Procedimiento Civil y el COGEP en su estructura normativa se aprecia profundas diferencias que marcan el camino de cada una, cabe recalcar que en el sistema escrito lo que realmente importaba era lo que se encontraba

escrito dentro de los autos del proceso. En el sistema oral los juicios se basan en el análisis e interpretación de las pruebas, garantizando la inmediación, agilidad y rapidez en los procesos, buscando dar garantía procesal al ciudadano ya que se le permitirá argumentar de viva voz lo que considere necesario para demostrar su posición frente al juez.

Por ello es pertinente preguntarse ¿Cuáles son las fortalezas y debilidades que tiene el COGEP con respecto a la evacuación de prueba testimonial en comparación con el Código de Procedimiento Civil en los procesos ordinarios de prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio tramitados en la Unidad Judicial Civil de la Ciudad de Riobamba, periodo 2014 – 2017?

Al respecto de este tema no existen trabajos de investigación similares, peor aún artículos científicos en donde la academia se pronuncie al respecto. Por ser el COGEP un tema novedoso no existe jurisprudencia que de luces a los jueces, abogados o litigantes para emprender en el sendero de la oralidad procesal y por ser el Código de Procedimiento Civil un proceso que se ha empleado desde los inicios de la República del cual existe abundante información así como jurisprudencia, que todavía se sigue aplicando.

Por ello el marco teórico de esta investigación se fundamenta en la oralidad como forma de comunicación simultánea entre los actores o como título de proceso, pero de forma primordial como principio que debe estar en coexistencia con otros principios y revestido de un carácter técnico.

Esta investigación se fundamentara en el método hipotético deductivo por cuanto se partirá de lo general a lo particular, mediante la creación de una hipótesis para explicar el fenómeno de investigación. Por ello surge la siguiente hipótesis: La evacuación de la prueba testimonial según el COGEP cumple con los principios procesales de la oralidad.

A través de este enfoque se busca identificar la naturaleza profunda de la investigación, su estructura misma, establecer las cualidades, las pautas los problemas centrales de la investigación, mediante registros narrativos del fenómeno estudiado.

Para este trabajo de investigación se empleara 10 audios de audiencia de juicio de procesos ordinarios de prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio que se hayan evacuado en las unidades judiciales de lo Civil del Cantón Riobamba, distribuidas a los ocho jueces que se encargan de tramitar litigios bajo el sistema COGEP desde el mes de mayo del 2016 hasta septiembre del 2017 y que se hallan con sentencia.

De igual manera se empleara copias simples de 10 procesos de trámites ordinarios de prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio, que se hayan evacuado en los juzgados de lo Civil del Cantón Riobamba según el Código de Procedimiento Civil desde el año 2014 hasta el mes septiembre del 2017 y que hayan concluido con sentencia.

La población será de 500 procesos ordinarios tanto de COGEP y de CPC, de los cuales se analizaran diez de cada uno según el muestreo de criterio de saturación por cuanto existen hallazgos repetitivos tanto en los trámites de COGEP cuanto en los trámites del Código de Procedimiento Civil.

Para el desarrollo de esta investigación se empleará el análisis documental por cuanto se investigara en libros, revistas, folletos, y demás documentos donde exista información que responda al tema planteado, mediante un proceso de interpretación y análisis.

Para conocer las fortalezas y debilidades de la prueba testimonial en el COGEP es necesario analizar la doctrina y los casos del procedimiento oral y escrito. Por ello se plantea se plantea tres capítulos mismos que se detallan a continuación:

El Capítulo I se referirá a la oralidad y el sistema escrito en el procedimiento civil, en este capítulo se analizará los antecedentes históricos de la oralidad partiendo del derecho

romano del cual nuestro país ha tomado como referencia, según el procedimiento francés y su influencia en Europa y en América, la oralidad en Latinoamérica hasta llegar al Ecuador. Al considerar que la fuente de la oralidad son los principios no podía faltar el principio de oralidad, el de concentración, contradicción, dispositivo, inmediación, publicidad, todos estos establecidos en el COGEP.

El Capítulo II, se referirá a la prueba testimonial en el COGEP partiendo de la definición de testimonio, el testigo, las obligaciones que tiene el testigo, sus derechos y deberes para con el Estado, cuándo un testigo es idóneo, la tacha, las objeciones y las contradicciones del testigo diferenciando en los procesos tanto oral como escrito, la práctica de la prueba testimonial y dentro de esta el interrogatorio con su estructura, el conainterrogatorio y sus características, para terminar diferenciando las preguntas y tipos de preguntas, con esto se abarca todo lo referente a la prueba testimonial.

En el capítulo III, que refiere específicamente a un análisis de los hechos ocurridos en las audiencias de trámite escrito y en las audiencias orales para establecer semejanzas y diferencias y sobre todo establecer conclusiones entre uno y otro proceso hasta llegar a los motivos por los cuales existe dudas, errores en los litigantes, falencias en los Jueces e incertidumbre en los solicitantes.

Se iniciara determinado los casos de estudio tanto de COGEP como de CPC, luego se realizara una comparación con respecto al procedimiento, a la forma del testimonio en el interrogatorio y conainterrogatorio. Finalmente se establecerán conclusiones

Este análisis pretende ser el inicio de un debate en torno a cómo funciona el COGEP y si comparándolo con el CPC, se han obtenido los resultados que todos esperamos.

## **CAPÍTULO I.**

### **LA ORALIDAD Y EL SISTEMA ESCRITO EN EL PROCEDIMIENTO CIVIL**

En Ecuador el procedimiento civil era escrito desde inicios de la República por ende todo trámite se realizaba de esta manera, desde la presentación de la demanda hasta la sentencia y otras instancias. Sin embargo, la prueba testimonial se requería mediante escrito en el término de prueba correspondiente, el día del desarrollo de esta diligencia las partes acudían ante el secretario quien formulaba las preguntas al testigo, el funcionario copiaba las respuestas en un acta, si había repreguntas previamente escritas para el conainterrogatorio también se anotaba en el acta y terminaba esta diligencia y para constancia firmaban los testigos y los abogados asistentes.

Como podemos apreciar esta diligencia era oral sin embargo no se aplicaba el principio de inmediación y celeridad que son propios del procedimiento oral y los trámites se demoraban mucho tiempo sentencia.

Sin embargo desde el mes de mayo del año 2016 estamos frente a un nuevo modelo de procedimiento en materias no penales que se instauró a través del COGEP y con ello cambian los parámetros de litigación. Así con respecto a la prueba testimonial los testigos son requeridos por las partes para ser admitidos en audiencia preliminar y testificar en audiencia de juicio según el procedimiento ordinario en juicios de prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio. Respetando el principio de inmediación, celeridad y otros principios propios de la tramitación oral.

Sin descuidar que el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia bajo los preceptos de los principios procesales referidos, para que la sociedad se sienta conforme con las resoluciones imparciales y expeditas de los jueces.

No se puede decir que el procedimiento escrito sea malo o que el procedimiento oral sea la solución lo que sí es verdad es que en el trámite escrito no se aplicaba con algunos principio legales y con el procedimiento oral es obligación su cumplimiento para de esta manera lograr la regulación y consolidación de valores institucionales que permitan contrarrestar la litigiosidad superflua, temeraria, basada en la deslealtad procesal, observando la buena fe, el trato justo, la solución de conflictos como mecanismo válido para afianzar las relaciones interpersonales y sociales, que permita inversión, negocio y por ende trabajo. Además de mejorar la calidad de la atención al público por parte de los empleados del Consejo de la Judicatura.

Minimizar las normas procesales que dificultaban la administración de justicia, fomentar la inmediación, la transparencia, la economía procesal, la igualdad ante la ley, la imparcialidad, la simplificación, la uniformidad y principalmente precautelar los derechos y garantías constitucionales y procesales.

Como podemos apreciar la implantación del sistema procesal oral en materias no penales no significa simplemente celeridad sino que fue estructurada por el legislador como un conjunto de procedimientos, actuaciones, valores, derechos, obligaciones, actuaciones, actitudes, aptitudes que devienen de la normativa constitucional.

Por lo tanto la oralidad según el COGEP apunta a un nuevo paradigma al cual debemos adaptarnos todas las personas que vivimos en este país, no solamente es el hecho de hablar en Audiencia sino de un cambio de mentalidad.

Una vez que se ha analizado los fundamentos para implementar la oralidad en nuestro país a través del COGEP, se analizará también la oralidad en el proceso judicial.

Al respecto surge una interrogante ¿Qué es la oralidad?, es una técnica o es un principio. La oralidad es una forma de comunicarnos y lo podemos hacer de manera clara,

seria, vivaz, enérgica, ágil, esto con el objetivo de expresar nuestros, deseos, sentimientos, pasiones, etc. Sin embargo para efectos del proceso judicial se deberá aplicar el principio de oralidad como una relación directa entre el juez y las partes. Así lo dice Chiovenda (1922), “El principio de oralidad no puede limitarse a una discusión oral en la audiencia,...” (p. 131), Según el mismo Chiovenda (1922). “Además la oralidad tiene una serie de consecuencias procesales que son tan importantes como la oralidad misma. Y al decir “principio de oralidad” compréndase en una fórmula necesariamente breve y representativa de toda aquella *serie de consecuencias*” (p. 131). Entonces si la oralidad es un principio este supone la relación de un proceso donde los actos procesales se realizan preferentemente de manera oral, con la actuación activa de los sujetos procesales y el juez.

En la actualidad este principio de oralidad surge por la necesidad de reformar el sistema procesal civil tradicional o sea el escrito, cuya finalidad no es otra cosa que garantizar el cumplimiento de principios fundamentales como la inmediación, la concentración y la publicidad y no solamente aquello sino también lo que sostiene Chiovenda, (1922)

...en todos los casos en que es preciso medir la espontaneidad de las declaraciones de alguien, sea parte, sea testigo, sea perito, es evidente que el contacto directo y personal de éstos con el juez, pone al juez en situación de apreciar mejor la declaración. Y si la verdad de los hechos debe resultar de un contradictorio, sea de partes, testigos o peritos; la confrontación pierde toda eficacia en el escrito que la reproduce. (p. 131)

La oralidad en el proceso civil es una manera de acercar la justicia a los justiciables, permitiendo una relación más personal, humana y directa entre el Juez y las partes.

Sin embargo cuando hablamos de un procedimiento oral, no implica el uso exclusivo de la oralidad sino de un sistema mixto, que aun cuando prevalezca la oralidad,

se hace uso de la escritura para diferentes características del proceso así: la presentación de la demanda, la reconvencción, la contestación o para dejar constancia en las actas de juicio.

Sin embargo surgen algunas interrogantes: ¿Por qué la oralidad debe prevalecer sobre el principio tradicional de escritura en el proceso civil? O su vez ¿Qué fortalezas nos aporta el principio de la oralidad sobre el principio escrito?

Una fortaleza es el factor tiempo, en el poco tiempo que se encuentra en vigencia el COGEP se ha demostrado que los procesos orales suelen durar pocos meses, mientras que los procesos escritos duran años. Así lo demuestra el análisis que se realizó de los casos en el capítulo III de esta investigación.

Otra fortaleza sería la relación que tiene la oralidad con el principio de inmediación significa una relación directa que tiene el juez con las partes y las pruebas presentadas, obteniendo así un conocimiento real de los hechos litigiosos.

A través del principio de concentración que se traduce en que, una vez iniciado el debate, éste debe concluir sin interrupciones en el menor tiempo posible. Este principio es una ventaja ya que puede reunir en un solo momento varias actuaciones, como por ejemplo la presentación de testigos, interrogatorio a los testigos y el contrainterrogatorio en audiencia de juicio, donde las partes al mismo momento puedan aportar, contradecir y evacuar medios probatorios, el Juez por su parte podrá ir analizando, desechando y valorando cada uno de los medios de prueba aportados y su vez ir despejando dudas por ejemplo; el juez puede solicitar a los testigos aclaraciones.

A través del principio de publicidad para que pueda regir una justicia real e imparcial y sobre todo transparente.

Una vez que se analizó el procedimiento oral y el procedimiento escrito surge una postura mixta que es sustentada por Chiovenda (1922) y quien indica lo siguiente:

Pero todo esto no excluye la necesidad de la escritura. La escritura tiene una doble misión en el proceso oral:

- a) La primera es *preparar* el tratamiento del pleito. El primer escrito preparatorio es el que contiene la demanda judicial, y esta debe indicar los elementos de la demanda y los medios de prueba, de modo tan preciso y determinado que ponga al demandado en situación de defenderse; en otro caso se declarará improcedente la demanda:  
A su vez el demandado debe anunciar sus declaraciones de hecho, sus excepciones, los medios de prueba que quiere proponer, mediante un escrito preparatorio. Y podrá haber un escrito de réplica y dúplica. Pero estos escritos preparatorios no tienen que ver con los escritos, documentos y diligencias del proceso escrito.  
En el proceso escrito, la escritura es la forma de las deducciones; una demanda, una excepción, una proposición de prueba no es válida si no se hace por escrito, y aún en el proceso escrito, que admite la audiencia, las deducciones hechas en audiencia se hacen por escrito.
- b) El segundo oficio de la escritura en el proceso oral es la *documentación* de lo que tiene importancia para el pleito, en lo particular de lo que ocurre en la audiencia. (p. 8 – 9).

Como podemos apreciar el procedimiento oral no puede estar alejado del procedimiento escrito sin embargo el procedimiento oral tendrá su propia condición como es el hecho de no poder estar alejada de los principios fundamentales previstos en proceso civil, así lo sostiene Pico I Junoy (2007).

La oralidad o escritura son las dos formas externas que pueden adoptar las actuaciones procesales. En consecuencia, los principios de oralidad y escritura podrían definirse como aquellos en función de los cuales la sentencia debe basarse sólo en el material procesal aportado en forma oral o escrita, respectivamente (p. 1)

En nuestro país no existe un proceso netamente oral, desde hace muchos años se ha venido empleando un sistema escrito, actualmente se está experimentando un sistema oral. Sin embargo no se puede excluir a uno del otro por que los dos son un complemento. Así lo sostiene Chiovenda (1922)

En la doctrina, suele ser frecuente entender que estamos ante un proceso oral cuando existe el predominio de la palabra hablada como medio de expresión, si bien puede atenuarse por el uso de escritos de alegaciones y de documentación, por lo que debemos analizar la concreta regulación de cada procedimiento para advertir la vigencia del principio de oralidad. (p. 153).

Sin embargo, no sabemos a ciencia cierta cuál de estos tipos de proceso es el mejor, al respecto Pico I Junoy, (2007) dice: “Más allá de lo comúnmente admitido por la doctrina desde hace más de un siglo, según lo cual los principios de oralidad y escritura no son posibles en toda su plenitud y que ambos principios tiene sus ventajas e inconvenientes, por lo que dependiendo del concreto acto procesal de que se trate será preferible la oralidad o la escritura.” (p. 1).

## **1.1. La oralidad**

### **1.1.1. Antecedentes históricos**

Para comprender la oralidad es necesario revisar sus orígenes. La oralidad es tan antigua como el hombre mismo, se remonta a la organización de la sociedad y la creación de estructuras y órganos que sustituyeron la barbarie y la práctica de hacer justicia por su propia mano como mecanismo de repulsión a la agresión o violación de los derechos. Pues en los albores de la humanidad la escritura se desconocía como medio de comunicación, de modo que solo a través de la palabra se comunicaban las personas.

#### **a) Según el derecho romano**

Nuestro proceso civil se estructura en las ideas romanas por ello hablar de su formación histórica y de su evolución futura, es referirse al derecho romano expresada por el derecho canónico y las corrientes jurídicas propugnadas de la escritura.

Si analizamos la historia del derecho romano podemos comprender nuestra realidad, para ello referiré dos épocas: la del derecho nacional y la de honorario y de gentes, según Fessia, (1996)

B) Segundo periodo. Era del derecho de honorario y de gentes. Desde la creación de la pretura hasta la publicación del Edicto Perpetuo de Salvio Juliano bajo Adriano, en el año 131. Crece el Derecho romano y la jurisprudencia. Junto al derecho nacional se ubica el derecho honorario con gran intervención del pretor. (p. 149)

Del derecho nacional: desde la fundación de Roma hasta la creación de la Pretura, cuando la protección de los derechos privados de los ciudadanos pasó a ser misión del Estado siendo el objeto del procedimiento civil, ésta se realizaba mediante formas eminentemente orales. Se denominaba *actio o iudicium* y *la lis o iurgium*. Según Francoz, A (2008) “Las manifestaciones orales en tal tiempo eran la *actio o iudicium* y *la lis o iurgium*. Todo ello era consecuencia, en aquella época, por cuanto el proceso no se concebía como un conflicto entre particulares sino como sumisión de las partes a los tribunales.” (p. 126)

El proceso romano no surgió como un conflicto entre dos voluntades resuelto por el fallo sino como sumisión de las partes a los tribunales públicos. Para esta época la oralidad estaba acompañada de todos sus principios, como la *inmediatividad*, para que el tribunal pueda tener contacto directo con las partes y solamente podía comparecer a juicio los que gozaban de capacidad procesal. Así lo señala Chiovenda (1925) cuando dice que: “El proceso romano fue eminentemente oral, en la plenitud del significado de esta palabra y por la razón íntima y profunda que ello era requerido por la función de la prueba”. (p. 168).

El procedimiento era siempre público ante el magistrado o *in iudicio* ante el jurado *iudex*. A los tribunales tenían entrada libre todos los ciudadanos, con excepción de los esclavos.

En la segunda época denominada “del derecho honorario y de gentes” desde la creación de la pretura hasta el reinado de Adriano, dentro de su etapa histórica se conserva en el procedimiento las mismas características. El procedimiento era público, el

magistrado administraba justicia por tribunal, existía libre apreciación de la prueba, el procedimiento era oral, para que se pudiera dictar sentencia. Según Fessia, R. (1996). El derecho honorario y de gentes surge “Desde la creación de la pretura hasta la publicación del Edicto Perpetuo de Salvio Juliano bajo Adriano, en el año 131. Crece el Derecho y la jurisprudencia. Junto al derecho nacional se ubica el derecho honorario con gran intervención del pretor.” (p. 149)

Por otra parte si analizamos los sistemas del procedimiento civil romano vemos que su forma era oral y se daba en tres momentos: 1) sistema de las acciones de la ley, 2) el formulario y 3) el extraordinario

El sistema de las acciones de ley según Von Mayr, (1926) “La oralidad, la inmediación, la actuación de las partes y la libre apreciación de las pruebas parecen ser desde el primer momento los rasgos fundamentales predominantes de este procedimiento.” (p. 138)

En el “sistema formulario” coexistieron dos sistemas: el uno, verbal y el otro escrito. Ambos elegidos con aprobación del magistrado.

A pesar de esto la oralidad se mantuvo como elemento substancial sobre la escritura, al grado de establecer diversas excepciones ya que la transición de la fórmula verbal a la escritura no surtió su efecto, según Izarra, (2013):

El procedimiento ordinario: Legis acciones y el formulario. Se tramitaba a través de formularios y rituales que debían expresarse de forma oral, la contestación de la Litis se hacía oralmente y la hacían las partes certificando el contenido de la Litis con la invocación de los testigos, sin intervención del pretor.

El Juez en la sentencia podía decir llanamente su parecer y definir la condena, pronunciándola de viva voz, en presencia de las partes, si se pronunciaba sin las partes, la sentencia era nula. En Roma en principio los juicios eran orales, pero el hecho de tener que apelar a Roma, hizo que se protocolicen las pretensiones. (p. 17)

Con respecto al “sistema extraordinario” esta forma procesal estaba caracterizada por los principios fundamentales del juicio oral, según Izarra (2013):

El periodo extraordinario: surge una preferencia de las actuaciones escritas que orales y se mantiene los medios de prueba vigentes en el procedimiento formulario, pero con un vigoroso surgimiento de la prueba documental, en virtud de que al viciarse las costumbres, la testifical cae en desprestigio, la sentencia era escrita, leída en público y registrada. (p. 17)

#### **b) Según el procedimiento francés**

Con la Revolución Francesa y la codificación napoleónica que trajo el procesalismo, la situación empezó a cambiar y un equilibrio mayor entre la escritura y la oralidad procesales pudo apreciarse.

El proyecto de Código que fue elaborado por la Comisión Redactora designada por Napoleón se inspiró en las ordenanzas procesales francesas, que producto de la escuela jurídica del siglo XVI, proclamaba el principio de la oralidad. Una vez aprobado el antedicho proyecto entró en vigencia el código de procedimiento civil el 1 de enero de 1807 regulando los juicios en este país y consagrando la oralidad y la publicidad, normas que funcionan complementando el principio de la soberanía judicial. También se aceptó el derecho de disposición e iniciativa de las partes en el proceso en una forma acentuada.

Debiendo destacar que la doctrina alemana moderna que proclamó e impulsó el proceso oral se ha originado precisamente en las ideas de este código de procedimiento civil (*CODE DE PROCÉDURE CIVILE*). Al respecto Hernández Padilla (1940) dice: “Este código ejerció una influencia verdaderamente notable en las legislaciones procesales del continente europeo en el siglo XIX y explicaba su dominio, particularmente en determinados Estados, en que fue impuesto por las armas francesas como ley nacional.” (p. 15).

Hay que destacar que el procedimiento judicial en Francia no adoptó en forma adecuada e intensa el principio de oralidad pues era hasta cierto punto mixto.

Y algo que llama mucho la atención es que el procedimiento francés violentaba permanentemente las normas consecuenciales de la oralidad, pues al respecto del principio de contradicción se concibían numerosos motivos de aplazamientos de las audiencias, de la inmediatez como resultado de lo anterior, los pleitos se alargaban, no siendo posible conservar la identidad física del Juez, llegando a indicar algunos autores que el sistema oral proclamado en *code* de 1807 adolecía de muchos de los inconvenientes del sistema escrito.

Como consecuencia de ello se realizaron varios movimientos de reforma con el objeto de aceptar la oralidad en forma más racional y compleja., se anunciaba la evolución de un verdadero procesalismo sin embargo las guerras mundiales, las invasiones determinaron una paralización absoluta de las tareas.

### **c) La oralidad en América Latina**

En América Latina tomó fuerza la oralidad y se convirtió en un tema permanente de los académicos, administradores de justicia y justiciables, es por ello que a partir del trabajo del Instituto Ibero Americano de Derecho Procesal, con la preparación de anteproyectos de códigos procesales modelo para Iberoamérica, lo cual comenzó en las jornadas de Venezuela en 1967, con la resolución de preparar las bases que luego fueron tratadas en Bogotá y Cartagena en 1970, mediante jornadas se concluye en 1987 con el Código Procesal Civil y Código Procesal Penal modelo para Iberoamérica.

La oralidad en latino América se fundamenta en el proyecto del Código de Derecho Procesal el mismo que según Mosquera (2016):

Con el transcurso del tiempo y con la idea de viabilizar aquel tratado multilateral celebrado por la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, en Latinoamérica, se constituyó el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, mismo que impulsó de un Código Procesal Civil Iberoamericano que serviría para regular el proceso en los países pertenecientes a la región Iberoamericana, cuyo eje central no era otro que establecer un sistema procesal oral manejado por audiencias, de esto que en el año 1988 en su sede Montevideo, se aprobó un Anteproyecto de Código Procesal Civil, mismo que consideró fehacientemente la realidad de los países latinoamericanos, en donde la administración de justicia se ha visto trastocada por intereses que van más allá de lograr justicia y equidad, en el cual el sistema escriturario ha sido históricamente el predominante y se antojaba necesario un cambio de sistema. (p. 18)

Debiendo destacar que este modelo plateaba un sistema mixto porque no se trataba de perder los beneficios de la escritura, es así que se utilizaba la escritura en la demanda, contestación a la demanda, excepciones, reconvencción, fundamentación de recurso, contestación a la reconvencción, expresión de agravios, etc. En decir realizar actos en conjunto concentrando su actuación.

Al ser principalmente oral la audiencia aparece como elemento central del proceso, que concentra a tres sujetos esenciales: el juez, actor y demandado. La oralidad surge como consecuencia de la necesaria presencia de los sujetos procesales y donde debe efectivizarse los principios de publicidad, inmediación y concentración y para ello la oralidad es el medio más eficaz.

Por lo tanto la oralidad entendida hoy como una necesidad es la respuesta al proceso escrito donde la formalidad sacrificaba la realización de la justicia, resultando el "*proceso por audiencias*". En efecto, el proceso por audiencias surge a partir de documentos escritos en los que se establecen posturas de los contendientes, en los juicios ordinarios empieza con una audiencia preliminar y culmina con audiencia de juicio en donde se practicarán: pruebas, alegatos y fallo.

### **1.1.2 Concepto de oralidad**

La comunicación entendida como aquella manifestación lingüística en virtud de la cual el hombre puede expresar emociones, sentimientos, ideas, etc., a través del uso de la

palabra, esta capacidad humana que permite expresarnos oralmente, también posibilita que el hombre tenga un contacto más directo y personal con sus semejantes, se llama oralidad.

Etimológicamente Oral proviene de la palabra en latín “*oralis*” “*orale*”, adjetivos utilizados en la literatura médica y farmacológica para referirse a lo relativo a la boca o a los medicamentos destinados a administrarse por la boca, ya en las lenguas modernas adquiere un significado referente a la palabra hablada.

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (2010) es lo "expresado con la palabra, a diferencia de lo escrito..." (p. 17) por ello la oralidad es la transmisión que realiza el ser humano para expresar sus ideas, sentimientos, pasiones, deseos, etc.

Dentro del área del Derecho, la oralidad constituye una herramienta fundamental para comunicar y garantizar el respeto de los derechos y sobre todo el debido proceso que tenemos los ciudadanos por ser un medio preciso de expresión de la realidad de los hechos, para expresar: claridad, seriedad, veracidad, energía, habilidad y naturalidad en la expresión pues será la oportunidad para que jueces y abogados logren aclaraciones o rectificaciones que lleven a la verdad procesal. Así lo dice Páez (2004)

La tramitación de los procesos según el sistema oral conlleva: el predominio de la palabra hablada, la transparencia, ser inmediatos, ser rápidos y contrastables fácilmente; es importante el contacto directo con los sujetos procesales y los medios de prueba: la oralidad es la manifestación natural y originaria del pensamiento humano, tiene mayor capacidad expresiva; permite la reducción de los costos y el tiempo procesa. (p. 50)

La oralidad no es solo una discusión oral en audiencia, es un debate oral en el proceso y no se puede excluir la escritura porque tiene como función primordial la preparación y la documentación del proceso, Chiovenda (1922) lo dice: “Todo proceso moderno es mixto, se dirá oral o escrito según el puesto que el mismo conceda a la oralidad y a la

escritura y, sobre todo, según el modo en que el mismo actúe la oralidad.” (p. 170). Esto quiere decir que no se debe enfocar a la oralidad procesal como la sustitución de lo escrito sino como la preeminencia de una de estas formas sobre la otra. Cuando se pretenda calificar a un ordenamiento procesal oral o escrito, se debe atender a la forma de aportar el material probatorio al proceso. Según Cappelletti:

Una primera manifestación del valor actual de la oralidad en los diversos países: rapidez del proceso y predominio de la observación directa en la sujeción de las pruebas. La comprensión de las exigencias prácticas y teóricas por las cuales, en el curso de los dos últimos siglos, ha nacido y se ha ido imponiendo en tantas partes del mundo la idea símbolo de la oralidad en el proceso, puede ayudarnos a responder a una última cuestión que nos habían planteado esto es, si se trata de una idea todavía válida y operante; en otras palabras: si existe, cuál es, un significado o un valor actual de la idea de oralidad. (p. 75 – 76)

El proceso oral se caracteriza por la comunicación simultánea de los actores procesales, la presentación, el análisis oral de las pruebas, la interacción entre las partes procesales y el juez. Este sistema se utiliza sin intermediarios, se lo emplea directamente, no se puede dilatar el trámite. La oralidad permite reunir en uno o en pocos actos lo que el escrito separa contrariando la naturaleza propia del proceso.

Hablar de oralidad en el proceso no es referirse a la expresión verbal, sino que se trata de un sistema procesal en el que rigen principios inseparables, tales como el de oralidad, inmediación, concentración, identidad y el de publicidad.

También se puede decir que la oralidad es una forma accesible de comunicación entre el juez y las partes y demás personas que intervienen en el proceso en donde se facilita la correcta aplicación de las pruebas. Por ello es que la oralidad no implica sólo el predominio del elemento verbal sino también la prevalencia de estos principios. Al respecto Aroca (2002) dice: “la oralidad es un principio del procedimiento cuya consecuencia directa es que la resolución judicial puede basarse solo en el material procesal preferido oralmente.” (p. 51).

La doctrina ha calificado a la oralidad, como una característica del proceso, como una forma de exteriorización del acto procesal, incluso se ha venido utilizando el término “oralidad” para fijar tiempo o modelo de juicio frente al llamado juicio escrito, llegando algunos autores a considerarlo como sistema.

Pero en realidad la oralidad constituye un acto procesal que impera en función del sistema judicial en razón de la estructura del proceso atendiendo a la forma como se presente cada acto procesal y que son fijadas por la ley. Al respecto Alcalá – Zamora y Castillo (1999) lo distinguen en tres aspectos “la oralidad como principio, como procedimiento oral y como oratoria forense” (p. 44 – 45). El autor español, opina que la oralidad no es más que uno de los principios que rigen la actividad procesal, que en vez de ser un principio de derecho escrito es un principio de derecho oral; como segundo aspecto se identifica con determinado tipo de proceso donde convergen otros principios como los de inmediatividad, concentración, publicidad, identidad física del juez, instancia única en cuanto al desarrollo del procedimiento y el de la libre convicción en cuanto al desarrollo de las pruebas; como un elemento que no puede ser separado de la oralidad en la tramitación de las audiencias. Cappelletti, (1975) explicando este fenómeno en el proceso civil italiano explica que la oralidad procesal se ha concebido superficialmente de esta manera “...significa el uso exclusivo, o por los menos prevalente, del elemento oral en lugar del elemento escrito en el desenvolvimiento del proceso...”, (p. 64) el mismo Cappelletti (1975), dice que “La concepción de la oralidad como una sustitución de los actos procesales escritos por los orales, es un error denominado más por la redacción que por la razón al pretender suprimir la escritura como forma de expresión del pensamiento.” (p. 65).

Surge una interrogante ¿Qué es mejor la palabra escrita o la palabra hablada? ¿Los testimonios deben ser presentados de viva voz o por escrito?, por ello Rodríguez (1984)

dice: "... cualquier tentativa para establecer un principio puro en los sentidos antes descritos, sería imposible encontrarla. La escritura es imprescindible para lograr la permanencia en el tiempo de las actuaciones, así como la oralidad es inevitable en algunos actos del juicio" (p. 48)

Por lo tanto existe proceso oral cuando los actos procesales prevalecen de los escritos, de ello se infiere el predominio de la tramitación de los actos por medio de la expresión oral frente a la expresión escrita, en la fase actual de la civilización humana, no cabe pensar en un sistema procesal en que la forma oral domine en su absoluta pureza y cuando se pretenda calificar a un ordenamiento procesal de inspiración oral o de inspiración escrita, se debe atender a la forma de aportar el material probatorio al proceso el problema no consiste en dilucidar si a la oralidad se le puede identificar como un proceso o como un procedimiento ya que individualmente considerada se identifica como un procedimiento, siendo el problema central que la oralidad entendida como principio procedimental lo es dentro del proceso para perfeccionarlo.

Como puede evidenciarse, la visión más aceptada por la doctrina es que la oralidad es un principio procesal, aunque la misma siempre se explica como una antítesis de la escritura y no un complemento de ésta, y es aquí donde debe precisarse si realmente la oralidad es entendida como un principio independiente, sin la coexistencia de otros elementos procesales o si por el contrario, la oralidad existe como principio siempre que confluyan otros fenómenos también señalados como principios, me refiero a la inmediación, concentración y publicidad.

Para Vécovi, (1975) la oralidad es un principio central, del cual depende la realización de los principios de inmediación, publicidad, concentración, que siendo diferentes, se encuentran indisolublemente unidos al de oralidad. En este sentido opina:

Es cierto que puede lograrse la intermediación, entre el juez y la prueba, haciendo que éste reciba directamente, especialmente la declaración de testigos o de partes, pero esto demuestra que para ello debemos comenzar a entrar en la oralidad (es en la "audiencia", solamente que puede existir la concentración e intermediación). Es cierto que la publicidad puede lograrse a través de la apertura al público de la discusión de la sentencia, como sucede en países de proceso escrito... pero ¿de qué vale ésta si quienes concurren no conocen el proceso ni los protagonistas de él, ni han oído deponer testigos y peritos? (p. 55- 56)

### **1.1.3. La oralidad en el Ecuador**

Para referir a la oralidad en el Ecuador es necesario partir la Carta Magna porque esta constituye la razón fundamental para el cambio de esquema en el procedimiento.

La Constitución de la República del Ecuador (2017) consagra la oralidad en los procedimientos judiciales, así en el Art. 86 señala que “Las garantías jurisdiccionales se regirán en general, por las siguientes disposiciones:... a) El procedimiento será sencillo, rápido y eficaz. Será oral en todas sus fases o instancias,” (p. 20).

Este imperativo obliga a que el procedimiento judicial se privilegie de la palabra, que los litigantes hagan uso de este medio de comunicación para preparar y fundamentar su reclamo, llegar acuerdos, anunciando prueba, controvertir a las pruebas, preparar con conocimiento y lealtad procesal los casos, estructurar los medios de defensa, para que el juzgador cuente con elementos suficientes que permita un fallo apegado a derecho.

El legislador consideró que la oralidad es una alternativa frente a los problemas que enfrentaba nuestro país, uno de ellos el represamiento de los trámites, al respecto Chiovenda (1925), dice: “la experiencia derivada de la historia permite afirmar que el proceso oral es el mejor y más conforme con la naturaleza y exigencias de la vida moderna, porque sin comprender en lo más mínimo, ante bien, garantizado la bondad intrínseca de la justicia, la proporciona más económicamente, más simplemente y prontamente” (p. 168 ). Con estos antecedentes el procedimiento que se somete a la

oralidad será ágil, oportuno, contradictorio, pertinente y se logrará atender los trámites pendientes y dar agilidad a los actuales.

Por ello se crea el COGEP para abarcar a todas las materias no penales que se tramitaban bajo su propia ley y establecer cinco tipos de procedimiento de conocimiento: 1) el procedimiento ordinario, 2) contencioso tributario y contencioso administrativo, 3) sumario, 4) procedimiento, 5) voluntario. Los procedimientos ejecutivos que recogen dos tipos el ejecutivo propiamente dicho y el monitorio. Y en el libro V el procedimiento de ejecución. Para lograr una comunicación simultánea que poseen los actores procesales la presentación y el análisis de las pruebas orales, la internación oral directa e inmediata entre los litigantes y el Juez quien deberá dirigir la audiencia con su presencia.

El sistema oral tiene su particularidad, se lo emplea sin intermediarios, directamente, cara a cara, exige la presencia de todos los sujetos procesales, jueces, abogados, testigos, peritos, etc. Permite someter al análisis directo e inmediato para establecer afirmaciones o negaciones, pruebas, peritajes, informes, etc., entonces se podría establecer que la inmediación cumple con la concentración de actos. A decir de Páez (2004)

La tramitación de los procesos según el sistema oral conlleva: el predominio de la palabra hablada, la transparencia, ser inmediatos, ser rápidos y contrastables fácilmente; es importante el contacto directo con los sujetos procesales y los medios de prueba: la oralidad es la manifestación natural y originaria del pensamiento humano, tiene mayor capacidad expresiva; permite la reducción de los costos y el tiempo procesal. (p. 14)

Sin embargo no podemos desterrar el trámite escrito del cual hemos sido partícipes durante muchos años, por cuanto nuestra sociedad ha sido arraigada a la costumbre escrita que ha imperado, el cambio de mentalidad y de paradigma no será fácil, sin embargo se debe empezar comprendiendo que el procedimiento escrito no se puede eliminar de forma definitiva por cuanto hay trámites que obligatoriamente deben realizarse de manera

escrita, así: la demanda, la contestación a la demanda, reconvencción contestación a la reconvencción, la fundamentación del recurso de apelación, entre otros y como se aprecia no existe completa oralidad y eso también sin descuidar el expediente electrónico SATJE en donde se puede apreciar el desarrollo de los procesos judiciales. A decir de Flores (2004) se debe considerar algunos aspectos novedosos:

El proceso oral busca dar mayor eficacia y eficiencia a través de la concentración y celeridad del mismo; además, determina que el procedimiento sea directo por la interrelación del juez con las partes, así permite que el juzgador o el tribunal pueda apreciar con mayor agilidad y veracidad los elementos probatorios y documentos de las partes, el juez participa en la exposición de pruebas, interactúa con las partes, conoce directa y claramente sus afirmaciones, por lo que las entiende de una mejor manera y puede discernir y valorar las mismas, su resolución final será motivada en base a lo que haya escuchado y evidenciado en el proceso. (p. 90)

Antes de promulgarse la oralidad en el sistema judicial, no se cumplían los principios de celeridad, inmediación y eficiencia, el trámite era lento, la prueba la evacuaba el secretario, los testimonios los recibía el mismo sin la presencia del juez, con lo cual no se podía garantizar, la tutela judicial efectiva de derechos.

Pero la oralidad no significa simplemente hablar, significa cumplir con un principio constitucional fundamental y por lo tanto debe hacerse de manera técnica y en audiencia tal como lo determina Calamandrei. (1996) “El proceso no es un monólogo, sino un diálogo, una conversación, un cambio de proposiciones, de respuestas y de réplicas, un cruzamiento de acciones y de reacciones, de estímulos y contra estímulos, de ataques y contraataques.” (p. 151)

La oralidad pretende mejorar la administración de justicia, en efecto el COGEP dispone que el juez tendrá que pronunciar sentencia oral al término de la audiencia de juicio ante las partes procesales, esto ayuda mucho para que las partes no tengan que esperar por mucho tiempo la decisión del juez.

Si lo vemos de tal forma como lo sostiene la doctrina la oralidad tiene algunas ventajas y sobre todo trae consigo un cambio significativo en el procedimiento en materias no penales, pero la oralidad requiere el apoyo de la tecnología, de jueces preparados y con destrezas, de abogados con preparación, de conocimientos de derecho, de agilidad mental y razonamiento, capacidad de reacción, experiencia.

La implementación de la oralidad significa observar y cumplir los principios del debido proceso, inmediación, concentración y publicidad, no puede estar alejado de estos principios porque sin estos no hay oralidad. He aquí la diferencia entre el procedimiento escrito CPC en donde no se cumplía con estos principios.

## **1.2. Los principios de la oralidad aplicados al procedimiento ordinario según el COGEP**

### **1.2.1. Introducción**

El principio de oralidad es el primer principio del procedimiento, mediante el cual se adopta la forma oral para que el órgano jurisdiccional y las partes puedan aportar sus argumentos, excluyendo cualquier intento desleal o sorpresivo, para que la resolución o sentencia sea rápida y se concentren las actuaciones. Cómo tal responde a una necesidad con orden, certeza, eficacia y observancia de las garantías del debido proceso.

Para algunos autores la oralidad es una técnica como la escritura, pero a nuestro modo de ver la oralidad es la denominación que se le da al procedimiento mientras que el principio desarrolla al mismo. Por ello el principio de la oralidad no simplemente sirve para resolver un problema, sino que debe estar revestido de un carácter técnico acorde con la Constitución de cada país. Así también la escritura deberá ser considerada como principio y los dos meramente procedimentales.

Cabe señalar que la oralidad es un principio del derecho procesal que se aplica en comunión con el resto de principios que tiene relación con este. Así lo sostiene Chiovenda (1925) “Además, la oralidad tiene una serie de consecuencias procesales que le son tan importantes como la oralidad misma. Y al decir “principio de oralidad” compréndase en una formula necesariamente breve y representativa toda *aquella serie de consecuencias.*” (p. 131).

Así también lo sostiene Pauleti (2011):

Desde un punto de vista tradicional del positivismo jurídico, los principios del Derecho desempeñan una importante función supletoria, integradora o correctiva de las reglas jurídicas, por lo que desde este ángulo, la función es práctica y de perfeccionamiento del ordenamiento jurídico. Pero ésa es una concepción parcial, pues son los principios los que, al menos, indican la dirección en la que debería colocarse la regla para no contravenir el valor contenido en el principio, tanto en lo que respecta a los principios generales del Derecho como a los que inspiran las normas rituales. Es que el fin de la norma equivale al principio de la misma, ella tratará de ser fiel al principio que busca explicitar determinado y mandando ciertas conductas. (p. 81)

Este principio se ha ordenado como proceso de audiencia debido al uso de las modernas tecnologías de registro, de reproducción de la palabra y de imágenes en audiencia. De tal manera que un proceso civil pueden encontrarse varios tipos de audiencias con distintas finalidades, por ejemplo la audiencia preliminar, la audiencia de juicio, audiencia única, etc.

Este proceso por audiencia oral es de naturaleza compuesta, algunos lo denominan mixto, considerando que necesita de actos escritos los de iniciación procesal y otros eminentemente orales como los probatorios. Sin embargo según Chiovenda (1925) afirma que “la expresión “proceso mixto” al referirse al proceso oral es equivocada porque todo proceso moderno es mixto por que admite la oralidad y la escritura. Pero el proceso mixto debe ser llamado oral o escrito, según su desenvolvimiento. El oral se hace en audiencia y el escrito únicamente constituye anuncio.” (p. 165)

Como puede apreciarse la oralidad es la base fundamental del proceso moderno que desplaza a la escritura en la mayoría de actos.

La doctrina admite que los principios de oralidad y escritura no son posibles en toda su plenitud ya que ambos tienen sus ventajas e inconveniente por lo que dependerá del acto procesal de que se trate para aplicar oralidad o escritura.

La inmediación constituye el factor esencial del juicio oral y por lo tanto no hay oralidad sin este principio, es una garantía de la oralidad indispensable para que despliegue su máxima eficacia. El contacto directo del juez con los sujetos procesales permite una recreación de la realidad, pues tendrá acceso a las declaraciones de todas las personas que conocen el hecho litigioso, pudiendo formularles precisiones o aclaraciones. El principio de oralidad no puede limitarse a una simple discusión oral en audiencia, esta debe ir más allá, debe haber interrogatorio de testigos, conainterrogatorio, informes técnicos, etc. y es más no debe prolongarse en el tiempo porque caso contrario no tendría sentido. Entonces se podría decir que debe ser un debate oral. Y como dice Chiovenda (1925)

Ahora bien en todos los casos en que es preciso medir la espontaneidad de las declaraciones de alguien, sea parte, sea testigo, sea perito, es evidente que el contacto directo y personal de éstos con el juez, pone al juez en situación de apreciar mejor la declaración. Y si la verdad de los hechos debe resultar de un contradictorio, sea de partes, testigos o peritos, la confrontación pierde toda eficacia en el escrito que la reproduce. (p. 131).

Por lo tanto la discusión oral debe ser entendida como una oposición de razones que puede llevar a definir un claro entender en el interior del juez que solamente con la ayuda de los escritos, es decir que lo que se observa, se siente, se escucha es mucho mejor que lo que solamente permanece escrito. Inclusive esto genera rapidez, facilidad de entender recíprocamente, defender posiciones, argumentos, esto explica la importancia de la oralidad en la vida moderna.

### 1.2.2. El principio de la oralidad en el COGEP

El nuevo modelo procesal que rige en nuestro país a partir del 2016 a través del COGEP, introduce un modelo de juicio oral, que exige la obligación y la observancia de los principios que aportan a la oralidad, como garantía que da a las partes igualdad de posibilidades, así como Cappelletti. (1975) dice:

...el proceso oral es un proceso rápido, concentrado y eficiente, en la búsqueda de los hechos y en la valoración de las pruebas, para lo cual se planea reformas procesales que comprometan: a) La abolición de todos los arcaicos residuos del sistema de prueba legal, sustituidos por un sistema de valoración de las pruebas dejando a la apreciación crítica del juez. b) La inmediación de las relaciones entre el juez y los elementos; y, c) la sustracción oral de la causa en una audiencia única o en pocas audiencias próximas. (p. 54)

El principio de oralidad constituye una herramienta esencial en la tarea jurisdiccional, para facilitar el debido proceso, derechos y garantías de los ciudadanos en un Estado de Derecho, al permitir que la actuación del juzgador se acomode a criterios de inmediación y contradicción realmente efectivos,

Mediante la oralidad se desarrollara las audiencias en todas sus fases, inclusive las diligencias, salvo diligencias que se realizaran de manera escrita como la demanda, la contestación a la demanda, reconvencción, contestación a la reconvencción, además se emplazarán otros medios de comunicación como lo permita la tecnología. Según López, J. (2001):

Se ha discutido si la oralidad es un principio o más bien un sistema o una característica, el cual ha de inspirar el proceso y los procedimientos. A su vez, la inmediación, la concentración y la publicidad son tres principios que integran al de la oralidad, de tal manera que si estos no se cumplen, no se estaría ante un sistema oral sistemático, sino asistemático o mal concebido. La oralidad, la concentración, la inmediación y la publicidad se estima por algunos juristas son principios del procedimiento, no procesales, porque si fueran procesales tendrían que estar en todas las legislaciones, lo cual no es así. (p. 19)

Las partes procesales harán uso de su legítima defensa mediante el dialogo, alegando o contradiciendo hasta llegar a la verdad procesal. A decir de Alvarado Velloso

(2011) “Habitualmente se vincula a la oralidad con la inmediación y con la celeridad, en tanto que la escritura es relacionada con la regla de la mediación procesal y con la morosidad judicial.” (p. 228)

Concebido como principio del procedimiento, viene a ser el contrapuesto al de la escritura, donde se da el predominio de la palabra hablada sobre la escrita. Además se ha indicado que es la mejor forma del proceso porque hacen efectivos los principios de economía, celeridad y simplicidad. Según Kielmanovich, (2015).

...resulta difícil encontrar un proceso escrito que no admita en algún grado la oralidad, y uno oral que a su turno no incorpore en alguna medida la escritura, el principio de la oralidad supone modernamente que si bien los actos preparatorios (demanda, reconvención y sus contestaciones) se podrán redactar por escrito –tolerando inclusive su modificación o transformación ulterior en audiencia-, la prueba, para ser válida y eficaz, habrá de ser asumida oralmente y, en lo posible, en una o en pocas audiencias. (p. 86)

El principio de la oralidad descansa en el artículo 168 de la Constitución de la República del Ecuador. Puede decirse que, en el ejercicio del procedimiento judicial, a la oralidad se le considera como un principio privilegiado, que debe ser utilizado por los litigantes y patrocinadores con el fin de sostener reclamos. Lo ideal podría ser llegar a acuerdos, pero de no ser posible debe establecerse la verdad procesal, con el fin de que el juzgador disponga de todos los elementos necesarios, permitiendo un fallo ajustado al derecho.

La Constitución de la República del Ecuador establece el sistema oral en los procedimientos judiciales, en su art. 168, núm. 6, es decir debe privilegiarse en especial a la palabra, motivando a los litigantes y patrocinadores hacer uso de ella, tanto para preparar como también para sostener los argumentos y en el momento de no llegar a un acuerdo entonces se anuncien las pruebas que conduzcan a la verdad procesal, a controvertir las pruebas, a emplear todo el conocimiento y la lealtad, además de los elementos necesarios que permitan al juzgador pronunciar su fallo ajustado en derecho.

Por lo tanto, el sistema oral es un mandato constitucional y tiene que cumplirse. Para ello es importante cumplir con el principio de inmediación que se refiere al contacto del juez, con las partes procesales, con los abogados y con las personas intervinientes en el juicio, el cual no se podría cumplir de continuarse con un sistema escrito.

Para que el COGEP tenga su razón de ser requerido del principio de oralidad y los demás principios propios de la oralidad, según Chiovenda (1925)

1. Requierase en primer lugar que el juez del proceso oral esté constituido desde el comienzo del pleito hasta la decisión por las mismas personas físicas. 2. En segundo lugar se requiere que el proceso oral sea concentrado lo más posible en una audiencia o en pocas audiencias próximas... 3. La oralidad y la concentración exigen que la decisión del incidente no sea impugnada separadamente del fondo. (p. 134 – 135)

### **1.2.3. El principio de concentración**

El proceso oral debe ser lo más concentrado posible, puesto que mientras las actividades procesales sean más próximas menor es el peligro de que la impresión adquirida por el Juez se borre de su memoria, este principio es la consecuencia principal de la oralidad y la que más influye en la brevedad de los pleitos y es precisamente aquí donde se diferencia el proceso oral y el escrito, porque en el oral tiende a concentrarse en una o pocas audiencias, en el procedimiento escrito en cambio se daba una serie de audiencias como la de conciliación, la de prueba, etc. Sin importar que la actividad se realice sin la presencia del juez. En el proceso oral predomina el debate que conducirá a la sentencia.

Este principio se debe cumplir en audiencia en un solo acto. En juicio ordinario que se realizara en dos etapas: la etapa preparatoria y la de juicio, en la última se ordenará la práctica de pruebas admitidas en el orden solicitado y se realizará de forma oral, es así la intervención de los testigos, peritos. Este principio se aplicará de manera diferente a lo

acostumbrado en el trámite escrito en donde se fraccionaba en plazos o términos. A decir de Devis Echandia (2015)

...en los procedimientos orales es donde este principio tiene aplicación adecuada, ya que en audiencia se presentan todas las excepciones y se plantean todos los incidentes, además de alegarse las pruebas y formularse los alegatos de derecho, y por regla general en la sentencia se resuelven todos los hechos y problemas sin que pueda suspenderse el curso del litigio para darle previa solución a uno de ellos. (p. 67).

Según Hinostraza (2012) el principio de concentración de prueba dice:

...los medios probatorios tiene que actuarse en un solo momento procesal, en una etapa única del proceso que lo constituye la etapa probatoria *strictu sensu* que se da a través de la correspondiente audiencia de pruebas. De actuarse los medios probatorios en distintas fases se dificulta su apreciación y la selección de aquellos esenciales y determinantes para sustentar la decisión judicial, peor aún si son actuados en momentos bastante espaciados de tiempo. (p. 75)

Como podemos notar, este principio se caracteriza por la ausencia de su fraccionamiento, que es propio de los procesos escritos, que se dividen en una serie de etapas, separadas por diferentes plazos o términos que lo convierten al proceso en una cadena de excesiva duración; de allí, la importancia del principio de concentración en el proceso oral, destacándose que en una sola audiencia se realiza la contestación de la demanda, presentación y debate de la prueba.

#### **1.2.4. Principio de contradicción**

Este principio se refiere a toda petición formulada por una de las partes en el proceso, misma que debe ser comunicada a la parte contraria para que pueda ésta prestar su consentimiento o formular su oposición. Es pertinente para que las partes se enfrenten en igualdad de condiciones, de derechos, facultades, deberes y obligaciones procesales que permitan afirmar, ratificar, admitir, impugnar, objetar, contradecir, etc.

El proceso donde se escuchará a las partes y en forma tal que puedan contradecir cada una de ellas las pretensiones, las pruebas, los alegatos y en general las proposiciones

que realicen en su tramitación. Se concibe al darles oportunidad para atacar y defenderse.

A decir de Kielmanovich:

El principio de contradicción de prueba, es de raigambre eminentemente constitucional, en cambio, implica que la misma, para ser válida o por lo menos eficaz, debió haber sido producida con audiencia o con intervención de la parte contraria, de modo que ésta pudiese haber fiscalizado su ordenada asunción y haber contado con la posibilidad de ofrecer prueba de descargo. (p. 68)

El sujeto procesal contra quien se dirige un medio probatorio cuenta con la oportunidad de saber, conocer y contradecir la prueba contraria. Según Davis Echandia (1984): "...la parte contra quien se opone una prueba debe gozar de oportunidad procesal para conocerla y discutirla, es decir, que debe llevarse a la causa con conocimiento y audiencia de todas las partes..." (p. 49)

No existe la prueba reservada, tampoco es permisible el conocimiento privado del Juez respecto de los hechos que no obran en el expediente. Este principio se vincula a la lealtad.

Este principio está presente concretamente en audiencia, caracterizado por la igualdad de las partes frente a la ley procesal, e implica que la relación de jurisdicción en doble "relación de acción y de contradicción", en donde la acción es al accionante y la contradicción es el accionado, pero en igualdad de condiciones, de derechos, de facultades, de deberes, cargas y obligaciones procesales, que permiten afirmar, ratificar, admitir, impugnar, objetar, dar o dejar de hacer algo.

### **1.2.5. El principio dispositivo**

El principio dispositivo constituye una de las bases fundamentales del procedimiento, ya que es una de las reglas que se encuentra desde el inicio hasta el fin del proceso.

Según este principio le corresponde a las partes generar actuaciones del juez, así el proceso se desenvuelve siempre por el interés que se origina del actor o del demandado, de tal manera que se llegaría a una inactividad procesal a falta del accionar de las partes.

El principio en mención encarga a las partes el empuje de la función de los jueces, así como la contribución de los hechos y pruebas sobre el tema del proceso. Es decir que, además del ejercicio del derecho de acción, también le corresponde la participación en las instancias, la aportación de pruebas y su impulso; motivando al juzgador que en ejercicio de actividad jurisdiccional llegue a su conocimiento, en función de la pretensión y requerimiento de ellas, el que será expresado en la sentencia.

Se podría decir es casi inconsciente, pues las partes, más allá de cumplirlo en base a las disposiciones legales, lo hacen en función de las actuaciones que el juicio demanda luego del ejercicio del derecho de acción o en la forma en que se practica su defensa, es decir el principio dispositivo está presente en cada accionar del actor o del demandado, aunque lo ejecuten por inercia procesal propia del desenvolvimiento de la causa. Carnelutti (2016) lo dice: “...el juez no puede considerar existentes hechos no afirmados por una parte ni inexistentes hechos afirmados por ambas partes, y, por otra parte, no puede considerar existentes hechos afirmados por una parte cuando no resulten de las pruebas exhibidas y practicadas, con la única excepción de los hechos notorios o de los hechos inherentes al proceso...” (p. 295)

El proceso solo puede iniciarse a petición de parte de quien pretende tutelar un derecho, el Juez será un ente pasivo que podrá actuar solo a petición de las partes no podrá actuar ninguna iniciativa para establecer la verdad o para suplir la falta de actividad de las partes. Para Alsina (1990);

...el principio dispositivo consiste en el dominio por las partes del procedimiento, consistente en que el juez no puede iniciar de oficio el proceso, ni tomar en cuenta hechos

que no hayan sido invocados en la demanda, contestación, contrademanda y por el contrario, debiendo el juez tener por ciertos los hechos en los cuales las partes se muestren de acuerdo, salvo casos excepcionales que la misma ley se encarga de determinar y sobre todo, la obligación para el juez de que el fallo sea congruente, esto es, acorde con lo pedido sin que pueda concederse más ni menos. (p. 55)

Como puede apreciarse, el principio dispositivo contiene parámetros de referencia que se hacen presentes en todo procedimiento que concluya con una sentencia; pero el principio dispositivo no es solamente eso: ya que se limita la actividad del juez, desde cuya óptica podría afirmarse que está en presencia de una obligación; tal es, la de respetar y no invadir la esfera de los derechos privados de las partes, pues siendo de la incumbencia de ellas no le está permitido al juez obrar sino dentro de aquellos linderos de la controversia que han trazado en el pleito a ser resuelto mediante sentencia judicial.

De acuerdo con este principio, el proceso solo puede iniciarse a instancia de quien pretende la tutela de un derecho, y no puede desarrollarse sino mediante el impulso de las partes. El juez es un elemento totalmente pasivo que no puede actuar sino a petición de la parte, al cual le está vedado tomar cualquier iniciativa para establecer la verdad de los hechos materia de controversia o para suplir la falta de actividad de las partes.

De conformidad con el procedimiento escrito, era el juez quien debía desplegar toda actividad necesaria para iniciar el proceso.

#### **1.2.6. El principio de inmediación**

Debe existir una comunicación directa, inmediata entre el juez y las partes del proceso que será efectiva si se desarrolla de manera oral ya que las partes estarán en contacto en el juicio ordinario en el desarrollo de las dos etapas. Sobre todo en la audiencia de juicio en donde se practicará la prueba. Es diferente del sistema escrito en donde las partes procesales jamás se reunían para desarrollar una diligencia, por ejemplo el juez no estaba en audiencia de conciliación, era el secretario quien cumplía con sus

funciones. Según Davis Echandia (2015), intermediación significa que “...debe haber una inmediata comunicación entre el juez y las partes que obran en el proceso y los hechos que en él deban hacerse constar.” (p. 68 – 69)

Lo importante de este principio es la relación de cercanía que tiene las partes procesales, el contacto y la totalidad de la prueba desde el comienzo de la audiencia hasta el final de la misma. A decir de Kielmanovich, (2015):

En cuanto al principio de intermediación referido a la materia de la prueba, implica que el juez debe hallarse en contacto personal e inmediato, con las cosas y las personas que sirven como fuente de la misma, el modo de alcanzar en lo posible una real coincidencia entre el hecho objeto de la prueba; o por lo menos sea aquél quien efectivamente perciba la narración de los hechos que hace la parte o el testigo o escuche las explicaciones suministradas por los peritos, para inducir de esas percepciones la existencia o inexistencia del hecho por probar. (p. 72)

El principio de intermediación exige la relación directa del juez con las partes y los elementos de prueba que deba valorarse para emitir el fallo.

La intermediación es un principio exclusivo del proceso oral pero también se puede aplicar en el procedimiento escrito o mixto, aunque reviste importancia en el sistema oral. Bajo este principio se valora todos los elementos de la demanda, reconvencción y contestación a la demanda y reconvencción, para llegar a un conocimiento claro de los hechos.

Este principio contribuye a la autenticidad, la seriedad, la oportunidad, la pertinencia y la validez de la prueba, por lo que podríamos decir que el principio de intermediación, es un principio general del proceso, pero su importancia se acrecienta en relación con la prueba. La intermediación permite al juez una mejor apreciación de la prueba.

Según Eisner, I. (1991), el principio de intermediación es aquel:

...en virtud del cual se procura asegurar que el juez o tribunal se halle en permanente e íntima vinculación personal con los sujetos y elementos que intervienen en el proceso, recibiendo directamente las alegaciones de las partes y las aportaciones probatorias, a fin de que pueda conocer en toda su significación el material de la causa, desde el principio de ella, quien, a su término, ha de pronunciar la sentencia que la defina (p. 80)

La finalidad del principio de inmediación es que el juez quien va resolver el conflicto tenga el mayor contacto posible con todos los elementos subjetivos (partes procesales) y objetivos (documentos lugares, testigos) que conforman el proceso en el contexto real. Según Davis Echandia, (2011)

La existencia de tres clases de inmediación: la subjetiva, la objetiva y la de actividad. La primera está referida a la cercanía del juez con los protagonistas directos o indirectos de la relación procesal; la segunda, a la comunicación cercana entre el juez y los hechos o cosas materiales ligadas a la relación procesal-conocer los detalles del bien litigioso, por ejemplo, y la tercera, la inmediación de actividad, se presenta cuando en el desarrollo del íter procesal, la actuación de un medio de prueba produce la información necesaria como para acreditar un hecho o situación distinta, pero igualmente discutible, al interior del proceso. (p. 61)

Comparándolo con el sistema escrito en el cual la práctica jurídica nos ha llevado a comparecer a las audiencias mediante documento de autorización, esto en el proceso oral no se da por cuanto la inmediación es posible solo cuando concurren las partes ante el Juez.

### **1.2.7. El principio de publicidad**

Es la facultad que poseen las partes y los terceros de estar presentes en cualquier etapa del proceso, significa también la obligación de los juzgados y las cortes de ventilar públicamente los proceso con las reservas legales.

Es el derecho que tienen las partes para: presenciar toda la audiencia, participar en la misma, examinar expedientes, revisar escritos que se confieran, examinar la participación de terceros, es decir actuar y presenciar el desarrollo de la audiencia.

La bondad de este principio es tan necesaria que llega al extremo de sostener que resulta indispensable para que no se lleven a cabo conflictos en la oscuridad, ya que presenciarlos obliga a los jueces a obrar imparcialmente. Este principio representa la garantía, rectitud, seriedad y legalidad

La justicia no debe ser un secreto y tampoco los procedimientos deben permanecer ocultos es importante que todas las personas puedan conocer los expedientes obviamente con las restricciones que la ley determina, con ello las partes solicitantes pueden por si mismos revisar su expediente y exigir una adecuada defensa técnica de parte de sus defensores.

La publicidad insta a grabar las audiencias por el sistema implementado por la autoridad competente, con la condición de que este material de ninguna manera podrá ser difundido por ningún medio de comunicación. Las partes pueden acceder a las grabaciones oficiales, pero el juzgador no autorizará copia si se considera vulneración de derechos, por lo tanto, en estos casos no alcanza el principio de publicidad. Según Davis Echandia (1997):

este principio consiste en que las partes tienen derecho a presenciar previo reconocimiento todas y cada una de las actividades que se realicen dentro del proceso; es decir, apreciar los diferentes medios probatorios que se presenten por las partes entre sí, examinar los autos y todos los escritos referentes al juicio. Significa que no debe haber justicia secreta ni procedimientos ocultos, ni fallos sin antecedentes ni motivaciones. (p. 60)

En virtud del principio de publicidad de la prueba las partes tienen el derecho de conocer los medios probatorios, intervenir en su actuación, debatirlos, oponerse a ellos y darles el valor que considere pertinentes. Además contempla el derecho de los litigantes a conocer la apreciación que haga el Juez de la prueba.

Según este principio que no debe haber justicia secreta, ni procedimientos ocultos, ni fallos sin antecedentes ni motivaciones. La publicidad es la visibilidad del juicio, esto es importantísimo porque así todo el que toma parte en él se siente controlado, pero ello no

quiere decir, que todo el proceso debe ser necesariamente público, y que toda persona puede conocer en cualquier momento los expedientes, ya que esto perjudicaría gravemente la buena marcha de los procesos.

La publicidad se rige entonces como instrumento de posibilitar la divulgación formal de lo actuado, pero incapacitado o gravemente dificultado para cumplir con su función material de formación de criterio y, por ende, de mecanismo de control externo y democrático de las actuaciones judiciales.

Las actuaciones o diligencias judiciales serán públicas, salvo los casos en que la ley establezca sean reservadas. Este principio consiste en que las partes conozcan de todas las actuaciones realizadas en el proceso por el funcionario judicial, y con mayor razón en la prueba debiendo ser conocidas por las partes y estar al alcance de cualquier persona que se interese en ello, es decir que no pueden existir pruebas oculta, cumpliendo así la función social que les corresponde, siendo este principio un requisito fundamental para su valor y eficacia y como una garantía al derecho a la defensa, este principio lo consagra la Constitución de la República en su artículo el artículo 76, literal d.

### **1.3. Análisis del Código de Procedimiento Civil**

El sistema escrito en Ecuador tiene más de cien años y dentro de este tiempo se ha reformado varias veces el Código de Procedimiento Civil a decir de Hidalgo. (2012)”se han dictado 8 cuerpos del Código del Procedimiento Civil y se ha introducido 106 reformas a lo largo del tiempo.” (p. 56). El Código de Procedimiento Civil estaba dividido en dos libros: en el primero se aprecia las personas que establecen un juicio, el segundo el enjuiciamiento civil en general y además una serie de ritos propios del proceso canónico y las formalidades del proceso romano.

Este procedimiento era formalista, ritual, con frases repetidas por años sin ninguna optimización, generó en el país un sistema lento, sin intermediación, carente de contacto visual entre los sujetos procesales, sin conocimiento oportuno de la prueba. Todo el proceso era tramitado por amanuenses, auxiliares, secretarios. Ante el juez llegaban folios que supuestamente revisaba para emitir sentencia. Con más de ochenta tipos de juicios, que convertían al procedimiento en infinito. Así lo establece el Instituto Ecuatoriano de Derecho Procesal (2008)

El vigente sistema procesal civil ecuatoriano es excesivamente ritualista; la falta de sistematización por instituciones hace que el actual Código adjetivo no constituya una herramienta adecuada ni para los operadores de justicia, ni para los usuarios del servicio. La última codificación, publicada en el año de 2005, incorpora reformas que no han sido significativas. (p. 110)

En el sistema procesal escrito en donde la presencia del juez estaba muy atenuada. El juez era un observador del obrar de las partes y se limitaba a juzgar al finalizar el proceso, con base en aquello que había sido suministrado por las partes en el transcurso del proceso y que constaba en las actas redactadas por los secretarios.

En el CPC debía agotarse una etapa para pasar a la otra, carente de simplificación y concentración de las actuaciones judiciales, y por otro lado la intermediación, solo lo podía llevar a cabo el juez en la audiencia de conciliación, en las demás diligencias era inexistente, por último los jueces no estaban presentes en todas las diligencias, eran ajenos por la acumulación de procesos o porque la ley no le permitía.

La escritura promovía un alejamiento entre el juez y las partes procesales y delegaba de hecho la dirección y recepción de los actos procesales al secretario, actuario o auxiliar de la judicatura limitándose luego a revisar las peticiones actas y sus contenidos al momento de dictar sentencia, el juzgador se volvió referencial y mecánico.

Sin embargo existen ventajas mediante el sistema escrito era importante; entre otras por ejemplo: en cualquier momento se podía revisar o consultar un proceso, favorecía al

entendimiento de asuntos complejos por cuanto se podía leer varias veces de manera sencilla, esto permitía reflexionar al Juez de manera tranquila antes de resolver. El código de procedimiento civil fue un instrumento legislativo que reguló diferentes instituciones procesales relacionadas con derechos patrimoniales, estado y capacidad de las personas, entre otras. Este cuerpo legal adjetivo fue la norma supletoria por excelencia, todas las leyes procesales vigentes en el país referían al CPC en todo aquello que no esté regulado por ellas, por ello su importancia.

En materia civil, prevalecía un sistema procesal basado en lo escrito, solo en algunas etapas del procedimiento se aplicaba la oralidad, así se destaca el testimonio en audiencia de prueba. Sin embargo algunas materias adquirieron oralidad en su desarrollo así: familia, niñez y adolescencia, laboral o el juicio ordinario de menor cuantía. Sin embargo siempre será indispensable la necesidad de documentar por medios escritos, peticiones y actuaciones como son la demanda, la contestación de la demanda, la reconvenición, autos y sentencias exclusivamente.

La parte escrita sigue presente aún con la vigencia del COGEP, que al parecer se podrá apreciar en un sistema mixto por lo tanto no se ha anulado completamente la escritura o pensar siquiera que la escritura puede desaparecer definitivamente del procedimiento de trámites no penales, para ello Zeledón. (2000) dice “La oralidad no significa ausencia absoluta de la escritura, pues aquella siempre será indispensable para documentar los actos de proposición constantes de la demanda y la contestación” (p. 101). La escritura sirve para documentar, para receptar firmas de aceptación y otros trámites que son de enorme importancia.

## CAPÍTULO II.

### LA PRUEBA TESTIMONIAL EN EL COGEP

La prueba testimonial, es uno de los medios de prueba más antiguos del planeta junto con la confesión judicial, pues se deriva del uso del lenguaje como medio de comunicación y relato entre seres humanos.

Este tipo de prueba era el más usual en el antiguo derecho romano, egipcio, babilónico, hindú y hebreo, así lo sostiene Kielmanovich (2016) cuando dice que

La prueba testimonial, esto es la declaración que personas distintas o diversas de las partes procesales se hacían acerca de los hechos que interesaban a la litis, fundamental en el periodo de las *legis actiones*, reinaría también en todo su esplendor a lo largo del proceso formulario, caracterizado por una amplia libertad probatoria tanto a favor de las propias partes como del mismo Juez. (p. 193).

Los testigos se hallaban sujetos a decir la verdad en honor a la religión que tenían, así como también tenía la obligación de comparecer.

Aparece en la historia del Derecho, y por la costumbre de la época, a modo de complemento de la confesión judicial, cuando se dudaba de la declaración de parte, a quien se le imputaba un hecho.

Su utilización data, en el antiguo derecho, como el egipcio, romano, judío, etc., luego en la edad media e incluso hasta los albores de la modernidad, se considera a la prueba testimonial como la prueba principal y suficiente para administrar justicia, preferida por el mismo Justiniano por considerarla basada en presunciones de moralidad y conocimiento del testigo.

De allí que mantenga vigencia entre sus defensores, aquel aforismo de que “los testigos son los ojos y oídos de la justicia”

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

Esta prueba adquirió gran importancia por la ausencia de medios escriturarios como prueba.

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

Sin embargo, luego con el descubrimiento de la imprenta en el siglo XV, que dio vida a la prueba documental, además por su carácter frágil y proclive al error, ha hecho, que se vaya disminuyendo su uso como medio de prueba, así como también por la declinación de los valores morales y la mala utilización profesional que se ha venido dando en este medio, ha llevado que el legislador regule su uso, dotándole de una serie de restricciones, para su admisión y actuación.

## **2.1. Definición de testimonio**

Consiste en las declaraciones que se emiten ante juez, personas extrañas a la controversia, esto es, de quienes sin ser parte en el proceso, suministran al juez elementos de juicio acerca de la verdad o falsedad de los hechos interrogados. Según Josserand (2008) “El testimonio es una declaración hecha por una persona sobre hechos que ha tenido conocimiento por sí misma y no por notoriedad, por rumor público, por lo que se dice; en esto difiere profundamente la prueba testifical de la prueba por fama o por notoriedad” (p. 121)

Según Rodríguez L. (1995) manifiesta “La declaración personal que hace la parte que no litiga o de quien no es parte en el juicio, sobre hechos que se discuten, constituye la prueba del testigo o prueba testimonial” (p. 149)

Según Claro L. (1979) la prueba testimonial, “es la que resulta de las declaraciones verbales de los testigos. Por eso se la llama también prueba verbal.” (p. 730)

Conforme a las definiciones citadas, podemos señalar que la prueba testimonial, es la que resulta de las declaraciones de testigos, es decir de personas extrañas al hecho

que se trata de probar, y a las cuales les constan esos hechos por haberlos presenciado o haber tenido referencia de ellos.

Los hechos que interesan al proceso y que ha de ser objeto de la prueba comúnmente han sucedido antes de la aparición del conflicto judicial y que han quedado impresas en las cosas o en los sentidos de las personas. Serán estos rastros que alegados y llamados a constituirse en presupuestos de las pretensiones o defensas de las partes que habrán de ser “reconstruidos” con la garantía de la imparcialidad o neutralidad impuesta al órgano encargado de dar solución al conflicto.

Es así que las partes tienen la carga de representar o “recrear” los hechos para el juez y para el proceso, mediante distintos medios de prueba que la ley autoriza para ello, así a través de los testimonios que rinden los terceros ajenos, acerca de la probable existencia de un hecho. Según Liebman (1980) “el testimonio es la narración que una persona hace de los hechos a ella conocidos, para dar conocimientos de los mismos a otros. Su función es la de representar un hecho pasado y, por decir así, hacerlo presente a la mente de quien escucha...” (p. 359)

Para Carnelutti, (1944) “el testimonio es pues, un acto humano dirigido a representar un hecho no presente, es decir, acaecido antes del acto mismo.”. (p. 121), es decir que el hombre con sus sentidos, con su lenguaje, dará cuenta de lo sucedido como una reconstrucción mediante relatos. Entendido de esta manera el testimonio en una prueba indirecta,

Según Kielmanovich (2015) el testimonio puede ser:

...una prueba indirecta desde que no media identificación entre el hecho a probar –objeto de la prueba- y el hecho percibido por el juez –objeto de la percepción-.

Es también histórica, porque a través de ella se reconstruyen hechos pasados o pretéritos, que pueden o no sustituir al momento de la declaración, pero que en todo caso comenzaron a existir con anterioridad a ella.

Por último también está una prueba personal, en cuanto proviene de la declaración de una persona física, por lo que es un acto procesal y no un simple hecho jurídico. (p. 130).

Según el Art. 189 del COGEP (2016) el testigo “es toda persona que ha percibido a través de sus sentidos directa y personalmente hechos relacionados con la controversia.” (p. 28). Esta actividad no es delegable y debe versar sobre hechos controvertidos, pasados y percibidos directamente a través de sus sentidos. Dependerá mucho de la capacidad y conocimiento que posea el testigo deberá realizarse a petición de parte y de forma oral salvo el informe con juramento que establece el Art. 177.9 del COGEP y la declaración de parte de los servidores públicos Art. 310 del COGEP.

## **2.2. Los testigos**

Son todas aquellas personas que se encuentran llamadas a declarar sobre algún hecho que hubiera caído sobre sus sentidos, esta persona o personas deben ser extrañas al litigio y deben conocer sobre determinados hechos, además debe ser extraña a los intereses de los litigantes, debe ser un conocedor directo. Así lo dice Chiovenda (1925) “testigo es la persona, distinta de los sujetos procesales, a quien se cita para que exponga al juez las observaciones propias sobre los hechos ocurridos y de importancia para el proceso.” (p. 306)

El testigo es una persona que declara voluntariamente ante el juez sobre hechos que son relevantes para la resolución del asunto sometido a decisión, dicha declaración recibe el nombre de testimonio.

Según Claro Luis, (1979) define al testigo “la persona que ha percibido directamente por sus propios sentidos el hecho sobre el cual se controvierte por las partes” (p. 730).

Según Vodanovic A. (1939), señala, “testigos son los terceros ajenos al acto o hecho debatido que pueden afirmar la existencia de un hecho jurídico, porque estuvieron presentes en el acto de su realización o porque tuvieron conocimiento del mismo” (p. 485)

El testigo es la persona que debe concurrir a la celebración de ciertos actos jurídicos en los casos así señalados por la ley o requerido por los particulares, para solemnidad del mismo y servir de prueba.

En derecho se toma la voz del testigo, en dos acepciones estrechamente relacionadas:

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

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

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

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

El testimonio es una de las distintas pruebas que pueden plantearse en un juicio. Su validez dependerá de la credibilidad del testigo, que a su vez depende de una serie de factores como la afinidad o enemistad que pueda tener con alguna de las partes.

El testigo está sometido al juramento o promesa de decir la verdad. Esto significa que en caso de que se demostrare que mintió en audiencia, habría incurrido en el delito de perjurio.

También suele ser obligado a declarar, salvo que exista algún impedimento tasado en la ley.

Para que lo establecido por los testigos cuente con valor procesal, tiene que ser valorado por el juez el testimonio que se realice en audiencia.

### 2.2.1. Obligación del testigo

El testigo que es un tercero que no interviene en el proceso en razón de un interés propio a quien el resultado le es indiferente y su colaboración es de mucha importancia para el servicio de la justicia, al respecto Kielmanovich (2016) establece:

...la ley impone la colaboración de terceros, y entre estos, la intervención de los testigos, incluyéndola como un verdadero deber procesal, común y connatural a la condición de habitante del territorio, hasta el punto que ante su inobservancia se autoriza el uso de la fuerza pública para traerlos del cuello \_ob torto collo-, y se dispone la aplicación de sanciones penales y procesales en vista de su incompetencia, o reticencia en la declaración. (p. 150)

Inclusive Calamandrei (1996), es muy exigente todavía al indicar que el testigo se encuentra sujeto a “un deber público de poner a disposición de los órganos judiciales su obra, su persona o sus bienes, para la mejor consecución de los fines de la justicia.” (p. 270). Claro que este sistema no rige para el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Por lo tanto el testigo deberá presentarse al llamado de la ley en beneficio de la justicia en función del mantenimiento del orden público. Por otro lado, el testigo no solo deberá comparecer sino también declarar al respecto Kielmanovich (2015) dice: “El testigo no se encuentra pues sujeto solo a un deber de comparecer, sino también, y como “carga pública”, al de declarar acerca de lo que sepa de los hechos que interesan a la litis, salvo excepciones mentadas por la ley.” (p. 252). Si bien es cierto el Art. 175 del COGEP (2016) determina que el declarante podrá negarse a responder cualquier pregunta que:

1. Pueda acarrearle responsabilidad penal personal, a su cónyuge o conviviente en unión de hecho o a sus familiares comprendidos dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, excepto las que se refieran a cuestiones de estado civil o de familia.
2. Viole su deber de guardar reserva o secreto por razón de su estado u oficio, empleo, profesión, arte o por disposición expresa de la ley. (p. 20)

Según la ley el testigo no se encuentra eximido de comparecer pero si de declarar y esto con relación al hecho de que pueda acarrearle responsabilidad penal personal que correspondieran. Por ello el testigo no podrá rehusarse a contestar interrogantes que pusieran en juego los valores como su honor o valores patrimoniales de él y otras personas ósea sus parientes. La facultad de rehusarse a responder debe ser invocada por el testigo, así lo sostiene Kielmanovich (2015) “...en primer lugar, que la facultad de rehusarse a responder debe ser liminarmente invocada por el testigo en uno u otro sentido del citado inciso; vale decir, el testigo, debe manifestar –o el juez inquirir de oficio o a pedido de la contraria- si aquél se ampara en la norma con fundamento en que su respuesta podría incriminarlo penalmente, o podría comprometer su honor.” (p. 254).

Lo que en realidad se protege es la persona del testigo frente a un posible enjuiciamiento penal cuando aclare que la pregunta puede conducirle a tal resultado aunque nada de ello quede en actas, de igual forma la ley tutela el honor del testigo frente al dilema de tener que declarar en descrédito. Sin olvidar que el testigo siempre podría rehusarse a responder aunque el juez insista en que se formulen las interrogantes y que debe responder. Por ello Kielmanovich (2015) dice:

Prohijamos en este sentido un prudente manejo de la información que el testigo pueda aportar con tal propósito, en forma similar con la que ha venido operándose en los tribunales ingleses y estadounidenses, en casos en los que el testigo se rehusaba a declarar invocando el secreto, o el estado o sus reparticiones se negaban a presentar documentación reputada como secreta, confidencial o que interesaba a la seguridad nacional. (p. 126 )

Al respecto surge una inquietud la negativa a contestar una pregunta procede solo a juicio del testigo o se encuentra sujeta al arbitrio del juez, por ello hay que destacar la apreciación judicial en orden a establecer la relación que existe entre el hecho preguntado y el hecho amparado en el secreto profesional.

Si el declarante no asiste a la audiencia la parte interesada podrá solicitar de manera fundamentada, que se suspenda la audiencia por tratarse de una prueba trascendental. Para ello el Juez señalará nuevo día y hora para continuar con el desarrollo de la audiencia y se actuará bajo apremio personal del declarante.

Si las respuestas del declarante son evasivas, incongruentes o se niega a declarar será valorada íntegramente por el juzgador conforme la reglas de la sana crítica, siempre que la ley no requiera que se pruebe de otra forma.

**a) Serán derechos del testigo:**

- Ser notificado con tres días de anticipación a la diligencia
- Ser informado de que rendirá testimonio bajo juramento y que puede ser considerado como perjuro si faltara a la verdad.
- No contestar las preguntas que puedan acarrearle responsabilidad penal personal, a su cónyuge o conviviente en unión de hecho o a sus familiares, cuando se viole el derecho de guardar reserva o secreto por razón de su estado, oficio o profesión.
- Contar con un intérprete si ignora el idioma castellano

**b) Serán deberes de los testigos**

- Que comparezcan los testigos que residan en otros lugares y se presenten a la audiencia o declararan mediante video conferencia u otro medio de comunicación.
- Si el declarante no asiste a la audiencia, la parte interesada podrá solicitar que se suspenda la audiencia por tratarse de una prueba trascendental.
- El testigo debe rendir juramento advertido de su obligación de decir la verdad y las penas de perjuicio.
- El testigo deberá rendir su testimonio con veracidad, el juez puede suspender la práctica del testimonio si existen evidencias de falsedad.

- Las respuestas evasivas o incongruentes así como la negativa a declarar serán valoradas por el juzgador conforme las reglas de la sana crítica.
- El testigo tendrá la obligación de contestar las preguntas que se le formulen y el juez podrá ordenarle que responda con excepción que establece el Art. 175 numerales 1 y 2.

### **2.2.2. Los testigos idóneos**

El testigo idóneo, según el Art. 189 del COGEP debe tener una doble cualidad por un lado está la positiva, por cuanto el testigo debe tener conocimiento de los hechos por el observado a través de sus sentidos directa y personalmente, y una característica negativa, es no hallarse privado del uso de los sentidos o de la razón.

Según el COGEP el legislador ha definido al testigo como toda persona que ha percibido a través de sus sentidos directa y personalmente hechos relacionados con la controversia. El COGEP (2016) establece:

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

Puede declarar como testigo cualquier persona, salvo las siguientes:

1. Las absolutamente incapaces.
2. Las que padecen enfermedad mental, que les prive la capacidad de percibir o comunicar objetivamente la realidad.
3. Las que al momento de ocurridos los hechos sobre los cuales deben declarar se encontraban en estado de embriaguez o bajo el efecto de sustancias estupefacientes o psicotrópicas". (p. 36)

Con el fin de que garantice lo que vivió, escuchó y constató sea lo más cercano a la realidad objetiva de los hechos, existiendo como es lógico una alta dosis de subjetividad del testigo porque los sentidos pueden estar comprendidos dentro de otras concepciones sean religiosas, evolucionistas, creencias, etc. Por ello el elemento básico para valorar la prueba testimonial es la presencia física en audiencia con la intervención del juez y las

partes procesales, lo que no sucedía con el CPC en donde las partes no se encontraban con el juez al momento del testimonio solicitado por las partes.

El testigo idóneo según Martínez O, (2010) “Es quien cumple con los requisitos de edad, probidad, conocimiento e imparcialidad. Por lo que los jueces y tribunales aprecian la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos conforme a las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta la razón que estos hayan dado de sus dichos y las circunstancias que en ellos concurran” (p. 91)

Con la vigencia del Código Orgánico General de Procesos (COGEP), cambia definitivamente el sistema de administración de justicia en materias no penales y señala que: dentro de las incapacidades absolutas cabe señalar a los dementes, los adolescentes personas con capacidades especiales (sorda y que no pueden darse a entender de manera verbal o por escrito o por lengua de señas) así también los que sufren las enfermedades mentales (dementes) y los ebrios o bajo los efectos de estupefacientes o psicotrópicas al momento de los sucesos.

Por lo tanto podrá declarar como testigo cualquier persona salvo las prohibidas por la ley

Desaparecieron los otros motivos de tacha que existía en el CPC como el hecho de que no podían ser testigos los menores de edad o aquellas personas que tenían parentesco o familiaridad con alguna de las partes.

### **2.2.3. Tacha, objeciones y desacreditación del testigo**

La tacha se da antes de que el testigo se pueda presentar en audiencia de juicio. En el trámite ordinario se llevará a efecto en la audiencia preliminar Art. 294.7 cuando se anuncian la totalidad de las pruebas que serán presentadas por las partes en la audiencia de juicio. Es ahí el momento adecuado para tachar al testigo.

Cuando se pretende que el testigo no entre en la prueba de admisibilidad porque no reúne los requisitos del Art. 189 del COGEP. Entonces el juez resolverá rechazando la admisibilidad del testigo. Para ello se puede establecer que el testigo el día de los hechos por ejemplo: estaba embriago o porque ese testigo padece de esquizofrenia, etc.

La tacha constituye una especie de impugnación cuyo objeto es quitar validez o restarle eficacia al testigo, en razón de existir algún defecto o impedimento.

Para Sendra (2007) la tacha constituye "...la posibilidad procesal de la contraparte de poner de manifiesto la existencia de un interés del testigo en el litigio que puede afectar a su versión de los hechos..." (p. 439 – 440).

Es un acto procesal facultativo por el cual los litigantes pretenden enervar la eficacia de un testimonio a ser rendido por una persona afectada por alguna causal de prohibición, impedimento o recusación, e inclusive por manifiesta idoneidad.

Los interrogatorios de testigos en el sistema escrito se realizaban de manera sugestiva a pesar de que no estaba permitido en la ley este tipo de preguntas, sin embargo estas eran aceptadas por los jueces de entonces y a las partes no se permitía reformulación o ampliación de las preguntas escritas. Los testigos por su parte respondían con monosílabos, desperdiciando la válida oportunidad de extraer más información detallada y fluida de una persona que sabe de los hechos. En el sistema oral, el interrogatorio de testigos es una herramienta que sirve principalmente para obtener proposiciones fácticas del testigo que permitan acreditar elementos de las teorías jurídicas que configuran la teoría del caso.

La acreditación del testigo, en relación al sistema de testigo idóneo y tachas que regula el CPC, tiene una enorme diferencia en relación al sistema de testigos regulado en el COGEP.

El sistema escrito vigente en el CPC tenía incompatibilidades con la Carta Magna del Ecuador 2008, en el que coexisten aún tachas con clara inconstitucionalidad, mientras que en el COGEP la regla general es que cualquier persona pueda declarar como testigo, salvo los absolutamente incapaces, los que padecen grave enfermedad mental o los intoxicados con alcohol u otras sustancias estupefacientes o psicotrópicas al momento de los hechos.

En el sistema oral, la apertura del sistema para que las partes presenten dentro de su defensa a testigos que declaren sobre los hechos es amplia, no total, ya que existen excepciones. Las preguntas iniciales normalmente van encaminadas a solventar la credibilidad del testigo a fin de que el juez valore el crédito de dicho testimonio al momento de resolver. La acreditación del testigo se hace a fin de solventar su credibilidad y con el objetivo de convencer al Juez que la información que va relatar el testigo proviene de persona calificada o, por lo menos, de quien conoce los hechos de forma directa.

- Las objeciones podrán realizar las preguntas en audiencia de juicio tanto en interrogatorio cuanto en el contrainterrogatorio cuando estas acarren responsabilidades penales, capciosas, sugestivas, compuestas, vagas, confusas, impertinentes o hipotéticas. También se podrán objetar las respuestas de los declarantes cuando su respuesta vaya más allá de lo preguntado o cuando no tengan relación con las preguntas formuladas o son parcializadas. El juzgador se pronunciará aceptándola o rechazándola. Tal como lo determina el Art. 176 del COGEP
- La desacreditación al testigo tiene lugar en el contrainterrogatorio.

### **2.3. Práctica de la prueba testimonial según el COGEP**

Como se indicó anteriormente la prueba testimonial es el medio más difícil de practicar en juicio, por la subjetividad de la memoria humana y el enfoque individual que

posee todo ser humano. Sin embargo este método de obtener información puede realizarse a través del interrogatorio o conainterrogatorio, según el caso, inclusive el deponente en audiencia de juicio podría ser tratado como testigo hostil.

1. El primer elemento básico de la prueba testimonial en el sistema oral es la práctica del interrogatorio de testigos de denominación directa por cuanto en base a la teoría del caso la parte quien llama a sus testigos para entregar los elementos fácticos tiene que probar sus afirmaciones.

Este interrogatorio en el CPC estaba limitado a preguntas sugestivas que no permitían reformulación o ampliación, por ello es que se hacía un listado de preguntas que el testigo debía responder sin la presencia del Juez, desperdiciando la oportunidad de extraer información detallada y precisa de una persona que conoce los hechos.

Con el COGEP el interrogatorio de testigos servirá según Echandia (1966) para “...obtener proposiciones fácticas del testigo que permitan acreditar elementos de las teorías jurídicas que configuran la propia teoría del caso” (p. 50)

La acreditación del testigo en relación al testigo idóneo y tachas que regulaba el CPC tiene una diferencia en relación al COGEP. Por cuanto el sistema escrito existía previamente establecidas las tachas, mientras que en el COGEP cualquier persona puede declarar como testigo, salvo los absolutamente incapaces, los que padecen grave enfermedad mental o los intoxicados con alcohol u otras sustancias estupefacientes o psicotrópicas al momento de los hechos.

En el sistema oral los testigos pueden declarar de manera amplia sin embargo existen algunas excepciones, por ejemplo las preguntas iniciales deben estar encaminadas a solventar la credibilidad del testigo, a fin de que el juez valore y

de crédito, es decir que se convenza al juez de que la persona que va a declarar es calificada es una persona correcta y conoce los hechos de manera directa.

2. Otro elemento básico para la práctica de la prueba testimonial es el conainterrogatorio, en el sistema escrito las repreguntas se realizaban sin ni siquiera conocer las preguntas del interrogatorio lo cual desnaturalizaba su propia esencia.

En el sistema oral el conainterrogatorio es una herramienta procesal para desacreditar al testigo, desacreditar el testimonio, acreditar proposiciones fácticas propias, acreditar prueba material y obtener inconsistencias con otras pruebas de la contra parte. Lo importante para aquello es la información de manera anticipada que recibe la otra parte cuando establece su prueba ya sea en la demanda reconvención y contestación a las mismas.

3. El tercer elemento básico de la práctica de la prueba testimonial del COGEP es la impugnación que se realiza a las preguntas mediante las objeciones, según Baytelman y Duce (1998) “El mecanismo de objeciones es la manera en que las partes en juicio pueden manifestar su disconformidad con cualquier actividad de la contraparte que pueda afectar sus derechos o poner en riesgo la vigencia de las reglas que rigen el desarrollo del juicio oral” (p. 56).

En el CPC la única forma de objetar era en la confesión judicial, cuando el juez revisaba las preguntas y las calificaba como impertinentes, inconstitucionales, capciosas, etc., pero solo el juez las podía mantener o suprimir.

En la prueba testimonial según el COGEP es importante destacar tres aspectos sobresalientes como son: 1.- El interrogatorio, 2. El contra interrogatorio. 3. Las objeciones como medio de impugnación.

### **2.3.1. El interrogatorio**

El interrogatorio conocido también como examen directo es la oportunidad más importante que tiene el abogado patrocinador para narrar y probar su historia. Mediante este interrogatorio el testigo narra los hechos de manera preferentemente cronológica y directa, la función del testigo no debe limitarse a contestar preguntas y respuestas, el testigo demostrará el conocimiento que tiene respecto de videos, documentos y otros objetos de prueba. El testigo debe ser examinado en todo su contexto.

El léxico que utiliza el COGEP al denominar al examen directo de testigos, es el de interrogatorio. Este se debe practicar de forma personal o mediante videoconferencia en audiencia de Juicio como regla general, y a manera de declaración anticipada, de forma excepcional. El testigo debe presentar juramento de decir la verdad, sea de la religión que fuese, y ser asistido por un abogado. Hay que tomar muy en consideración que, la falta de abogado del testigo, puede acarrear la nulidad de dicha diligencia, lo que significa que no necesariamente la parte quien convocó debe proporcionar a un testigo la defensa, sino que existe la posibilidad que ninguna de las partes quiera asumir con dicho patrocinio, el testigo puede ir con el patrocinador de su elección, o en su defecto, que el mismo juez le asigne un defensor público. Sin perjuicio de aquello, la parte que convoca al testigo debe cubrir los costos de traslado y permanencia del declarante.

En el interrogatorio realizado a testigos se permite el uso de preguntas abiertas y se prohíbe las preguntas sugestivas de fondo, Art. 176 del COGEP. La técnica dependerá del litigante ya que en la práctica de prueba testimonial normada en el COGEP.

Según el COGEP la declaración de parte Art. 187, es el testimonio que realiza tan solo una de las partes no de terceros y acerca de hechos controvertidos, el derecho discutido o la existencia de un derecho. Los derechos que se discuten en materias civiles tienen que ver con derechos u obligaciones patrimoniales o familiares, que son en su

mayoría de libre disposición. Se configura cuando la parte que declara, sea actor o demandado, acepta hechos que le perjudican y a la vez beneficien a la contraparte.

Si el derecho es disponible se entendería que la parte interrogada por declaración de parte estaría admitiendo hechos que equivaldrían en el caso del demandado a un allanamiento o en el caso del actor a la posible desestimación de su demanda y tal vez alguna sanción si es que ello consistiera en abuso procesal

El interrogatorio es una herramienta que permite extraer del testigo la información que se requiere para lograr el convencimiento del juez. Siendo el principal actor el testigo y donde se pone en juego su credibilidad. Por ello será la participación del testigo la que se realizará de manera eficiente y técnica siempre y cuando haya precedido la preparación del testigo.

Lo que trata el interrogatorio es de buscar información del testigo que conoce y el rol del abogado es sólo direccionar el relato. La importancia de los hechos tal como lo sostiene Chiovenda (1925) "...la importancia de los hechos a que se refiere las observaciones del testigo y pueden ser hechos jurídicos, esto es inmediatamente importante para el pleito, o hechos simples; en las condiciones en que, según las circunstancias del caso han podido realizarse las observaciones del testigo;" (p. 307).

Es importante señalar que la información que rinda el testigo dependerán de sus recuerdos, dependerá de la verdad con la que actué, sin embargo es peligrosa por ser subjetiva, por ello dependerá de una buena interrogación oral que se realice en audiencia, ya que la mayor calidad de información es la que se extrae de manera espontánea ante la simple petición de deponer todo lo que se sabe respecto de una determinada situación. Solo así se llevará al convencimiento del Juez.

a) **Orden de presentación de los testigos.**

El orden de presentación de testigos en los juicios de prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio según criterio del investigador podría ser el siguiente:

- En primer lugar podría concurrir el testigo que demuestre mejor credibilidad por un ejemplo una persona que tiene 60 años y que 40 años de su vida los ha vivido junto a la persona que demanda prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio. Considerando que es una persona que vive muchos años ahí en ese lugar y por lo tanto no tendría ninguna razón para mentir. A diferencia de otras personas que sí podrían mentir por ejemplo los testigos que se prestan para declarar sin conocer los hechos a sugerencia del abogado.
- En segundo orden que podríamos considerar es el cronológico por cuanto el testigo mediante su narración puede seguir un orden temporal de los hechos conocidos, organizando sus pensamientos, sus ideas o simplemente decir lo que más recuerda. Este orden tiene su importancia porque las personas pueden ir recordando que pasó primero y luego seguir una secuencia. Es aquel testigo que recuerda los hechos de manera precisa ya sea por fechas, por nombres, por edades, por metros, por años, por direcciones, por nombres etc. Por ejemplo podría ser testigo una persona que trabaja cerca del lugar donde se pretende prescribir, quien ha observado que el poseedor de un inmueble primero tenía una cerca, luego construyó una media agua, etc.
- Y en tercer lugar el orden de testigos será el de novedad, por cuanto permite enfocar en un asunto puntual, ya que esta clase de testigos se basan en hechos que recuerdan de manera muy particular por ejemplo; en el terreno está ubicado una casa de color rosado de dos pisos.

Se debe considerar que este orden de presentación es variable dependiendo del caso que se presente, para otros puede ser primero el cronológico y luego el de credibilidad. Estos órdenes no son concurrentes sino alternativos o sea se elige el cronológico, el creíble o el que tiene novedad.

### **2.3.1.1 Fases del interrogatorio directo**

#### **a) Acreditación del testigo**

La acreditación en el COGEP tiene un objetivo diferente a la tacha de testigos. Acreditar al testigo significa según Baytelman y Duce, (1998) “extraer elementos de juicio para convencer al juzgador de que ese específico testigo es una persona digna de crédito” (p. 44). Si bien es cierto un testigo sin credibilidad no constituirá en una prueba sólida para cuando el juez valore el testimonio.

El juez deberá valorar lo que observa y escucha del testigo para determinar si está diciendo la verdad o no.

Para lograr la acreditación del testigo el abogado realizará preguntas técnicamente elaboradas a fin de que el testigo confiera confianza al juez. En cambio en el CPC existía una serie de tachas para los testigos como por ejemplo que el testigo no podía ser familiar de una las partes, no podía ser menor de edad, inclusive el juez podía valorar el testimonio.

Cuando se practica de manera oral la prueba testimonial se comunica al juez que el testigo propuesto es convincente porque responde de manera clara a las interrogantes que sustentan sus características como: edad, profesión, estudios, experiencia, etc. Mediante información que resulte útil al juez.

Para ser testigo idóneo según el CPC se necesitaba: mayoría de edad, probidad, conocimiento e imparcialidad, es decir primero el testigo debía pasar el filtro de

admisibilidad de las tachas para ser considerado idóneo. Era fácil tachar a los testigos presentados por la contraparte indicado que “tacho a los testigos presentados o que se llegare a presentar por ser desconocedores de los hechos”. Con el COGEP se tacha a los testigos en la fase de admisibilidad de la prueba en audiencia preliminar aduciendo que este no reúne los requisitos del Art. 189 *ibídem*, de esta manera el testigo no entra y no se considerar como prueba.

Se puede establecer que la credibilidad del testigo será el inicio del interrogatorio y es seguramente la parte que más recordará el juez al momento de escuchar el testimonio, esto generara fiabilidad del testigo ante el juez.

Luego de que el testigo haya sido acreditado mediante el interrogatorio. Las demás preguntas que se realicen deberán tener lógica en cuanto a los fundamentos de hecho, inclusive se puede hablar de él orden de testigos que podría iniciar por el de credibilidad, el cronológico o el de novedad si se trate de un juicio de prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio para que el juez tenga una idea clara de los hechos.

Se podrá emplear preguntas abiertas que no sean objetables las mismas que inicien así: cómo, cuándo, qué, dónde, quién. Con las preguntas abiertas el testigo entregará toda la información que conoce de manera directa. Según Baytelman y Duce (1998) “las preguntas abiertas son aquellas interrogantes que invitan al testigo a formular la respuesta en sus propias palabras. Se introduce al testigo una pregunta general, a partir de ella éste tiene amplia libertad para expresarse con sus propias palabras, sin que el abogado limite, restrinja o sugiera ciertas palabras para su declaración.” (p. 57)

Los objetos y documentos por si solos no son idóneos para dar cuenta de su origen y naturaleza porque será a través de la declaración de los testigos en donde los objetos y documentos se acreditarán como prueba para dejar de ser cuestiones abstractas.

Se podrán realizar preguntas introductorias que pueden ser sugestivas en el interrogatorio o contrainterrogatorio Art. 177.7 ibídem, que no afecten a los hechos controvertidos, recapitulen información ya aportada por el declarante o cuando el juez haya calificado al testigo como hostil se podrán realizar preguntas sugestivas sin necesidad de que sean previamente introductorias.

Ejemplo:

- ¿Sabe por qué está aquí?
- ¿Le conoce a X persona?

Considerando que las generales de ley ya les preguntó el Juez de inicio.

Será importante resaltar la falta de motivos del testigo para mentir y la falta de interés en el litigio.

#### **b) Aspecto objetivo**

En el aspecto objetivo se deberá preparar la escena de los hechos, como por ejemplo preparar al testigo. Para que el testigo actúe de manera técnica en el interrogatorio según el COGEP no se puede improvisar. Por ello la preparación de los testigos es importante así se puede minimizar errores, anticipar al declarante la forma de la diligencia, inclusive darle a conocer cómo serán las preguntas, el orden en el que responderá y cuál será la temática en cuestión. Deberá conocer además que luego de las preguntas de su abogado habrá preguntas de la contraparte y estas preguntas deberán ser respondidas de manera clara y precisa.

Se explicara que el abogado de la otra parte pretenderá desacreditarle, generando dudas en sus palabras. Debe comprender además que en el contrainterrogatorio habrá

objeciones y que al escuchar esta palabra debe esperar hasta que el juez ordene que conteste.

Hay abogados que entregan un listado de preguntas y otros que se referirán a hechos simples. Lo cierto es que el testigo debe estar claro de su rol que cumplirá en juicio.

En tal virtud el testigo deberá ser preparado y no inducido.

Deberá el testigo detallar lo percibido por él y que acciones se realizarán luego de lo sucedido.

El interrogatorio permite que el testigo cuente la historia tal como se concibió en la demanda.

El testigo deberá construir en la mente del juzgador tal cual como si fuera una película, resaltando los detalles que considera más importantes.

### **c) Preparación y desarrollo**

Lo que si debe hacer el Abogado con sus testigos:

- El litigante deberá entrevistarse previamente con el testigo para indicarle como será una audiencia qué es lo que va a suceder en la misma. Ensayar cómo será la intervención, inclusive pedirle que conteste las preguntas que se le van a formular, indicarle que la contraparte le realizará un contrainterrogatorio y coordinar cuáles serán las posibles preguntas y como deberá responderlas, realizar un esquema de preguntas que le va plantear y realizar una escena de los hechos.
- Sobre la base de la información facilitada por el testigo, estructurar el orden en que se aplicará la prueba.
- Realizar un listado de preguntas coherentes con la teoría del caso.

Lo que no debe hacer el Abogado con sus testigos:

- Decirle lo que debe hablar cuando rinda su testimonio.

- Hacer preguntas de las que no se sabe la respuesta o permitirle divagar.
- Asumir en lugar de preguntar
- No debe emitir juicios de desvalor sobre los sujetos procesales
- Hacer un interrogatorio directo demasiado largo.

### **2.3.2. El contrainterrogatorio**

La Constitución del Ecuador en el Artículo 168.6 en concordancia con el Art. 76.7 literal h) establece a la contradicción como uno de los principios rectores de sustanciación de procesos en sistema oral y de validez de prueba, además de instrumento mediante el que se refuta la prueba presentada en contra de la parte a quien perjudique

El contra examen de testigos, es denominado contrainterrogatorio en el COGEP, presenta la estructura básica del sistema oral para su práctica, ya que además de preguntas abiertas o cerradas, permite la utilización de preguntas sugestivas como principal herramienta de litigación

El contrainterrogatorio es una técnica general aplicada tanto a testigos, partes y peritos, con el objetivo de desacreditar al testigo y desacreditar el testimonio, se puede acreditar prueba material documental y proponer nuevos hechos que sean útiles para la teoría del caso.

La contradicción es tan medular dentro del sistema procesal, que toda prueba se torna ineficaz si ha sido actuada sin la oportunidad de contradecir, por lo que la contradicción no solo se estructura como un medio de defensa, sino la mejor forma de desarrollar el principio de contradicción que le da validez a la prueba.

La técnica de contrainterrogatorio tiene una serie de destrezas que el litigante debe adquirir. En efecto si bien se pueden utilizar preguntas abiertas en el contrainterrogatorio, provocaría que sea el testigo quien tenga el control de la información al dar respuestas

que le convengan. La utilización correcta de preguntas sugestivas y cerradas permite que la información que el testigo entregue, sea controlada por la contraparte conforme la necesidad de la defensa.

En cuanto a la destreza que amerita el conainterrogatorio. Lo más destacado es cuando a un testigo se le ha detectado una contradicción, se inicia confirmando el error del testigo, se acredita su objetividad en lo dicho, se confronta con declaraciones anticipadas o documentos y se termina señalando al Juez la contradicción. En el contra interrogatorio quien se luce es el abogado, no el testigo.

Como ya se ha indicado el objetivo del conainterrogatorio es desacreditar al testigo o desacreditar los hechos relatados. Porque mientras el interrogatorio construye el conainterrogatorio destruye.

El interrogatorio tiene una estructura cronológica mientras que el conainterrogatorio tiene una estructura temática.

Siguiendo a Baytelman y Duce (1998), existen cinco objetivos básicos del contra examen que se deben tener en cuenta:

**a) Desacreditar al testigo**

La desacreditación del testigo se da en el conainterrogatorio, es decir referente a la credibilidad personal del testigo y su valor como fuente de información. Lo que se debe atacar es la credibilidad más no su admisibilidad. En el momento de la valoración de la prueba, la sana crítica será fundamental para determinar el convencimiento del juez.

Las técnicas para desacreditar al testigo tiene varias formas así por ejemplo Baytelman y Duce (1998) establecen que se debe atacar “interés y credibilidad” (p. 78).

Estas técnicas deben practicarse de manera presencial a fin de no caer en afirmaciones.

### **b) Desacreditar el testimonio**

Una vez que la credibilidad del testigo ha sido desacreditada el segundo objetivo del contrainterrogatorio es desacreditar los elementos fácticos que el testigo haya declarado en juicio luego del interrogatorio. Lo que se trata es de desacreditar ya no al testigo sino su testimonio. El objetivo de desacreditar el testimonio es generar una imagen de duda sobre lo relatado y percibido por el testigo. Es buscar inconsistencias, errores en el testimonio, dudas, es decir crear incertidumbre, duda o confusión.

### **c) Acreditar las proposiciones fácticas**

Emplear el contrainterrogatorio para acreditar las proposiciones. El abogado debe saber con precisión la respuesta antes de efectuar la pregunta a la contraparte, caso contrario no será viable. Porque se puede encontrar un testigo contrario que afirme nuestra proposición.

### **d) Obtener inconsistencias con otras pruebas**

Para encontrar inconsistencias entre los testigos de la contraparte, requiere mucha práctica, esto para provocar duda de sus afirmaciones y generar la menor credibilidad de sus argumentos.

### **e) La declaración anticipada**

Se debe partir de que la única información válida para el juez es la declarada por el testigo en audiencia dejando sin valor alguno las declaraciones anticipadas al juicio que el testigo haya efectuado, por ello este tipo de declaraciones se pueden emplear como objetivo para refrescar la memoria del testigo considerando que la mente es frágil y se puede olvidar el testimonio más importante. Y el segundo objetivo es verificar inconsistencias del testigo a través del contrainterrogatorio en donde se ataca la

credibilidad del testigo, dejando en claro que el testigo dijo unos hechos en la declaración anticipada y al momento del testimonio dijo otros.

### **2.3.2.1. Preparación y desarrollo**

#### **a) Lo que el abogado debe tener en cuenta**

- Tener en cuenta que en el contrainterrogatorio el testigo es adverso
- Anotar las contradicciones y los errores del interrogatorio y utilizarlos en el contrainterrogatorio

#### **b) Lo que el abogado no debe tener en cuenta**

- No debe repetir el testimonio del interrogatorio
- No debe darle la oportunidad de explicar
- Contrainterrogar siempre sin medir la utilidad

### **2.3.3. Objeciones a los testimonios**

Las objeciones a las preguntas del interrogatorio realizada a los testigos exige analizar los requisitos de admisión de las preguntas, qué y quien puede impugnarlas y en qué medida, el COGEP ha determinado que tipo de preguntas y contra preguntas no se pueden realizar. Las preguntas se formulan de manera oral en el momento de la práctica de la prueba. El Juez ha de garantizar para que las preguntas del interrogatorio cumplan con los requisitos legales, es decir que estas sean claras y precisas. El testigo para responder adecuadamente a la pregunta planteada ha de conocer con exactitud qué es exactamente lo que se le pregunta y el juez ha de asegurarse de que la pregunta se ha formulado con claridad y ha sido entendida por el testigo.

Con respecto a la impugnación propiamente las partes, distintas de quienes hayan formulado las preguntas, podrán impugnar su admisión y hacer notar su valoración y

calificación, para que se tenga por no formulada o se planteen de otra manera. Se puede solicitar inclusive que su protesta se sienta en acta.

El COGEP presenta una práctica de objeciones bastante amplia. La regla general es que las partes objeten las preguntas o actuaciones de la contra parte que estratégicamente no le interese, le sean gravosas, ilegales o le afecten de alguna forma. El juez también de oficio puede negar preguntas inconstitucionales, capciosas, oscuras, compuestas o intimidatorias, aun cuando la parte agraviada no las haya objetado.

Este derecho se puede utilizar a lo largo de todo el proceso. Las actuaciones que pueden ser objetadas, entres situaciones definidas: a) Objeciones a cualquier actuación contraria al debido proceso o lealtad procesal, esto quiere decir, en cualquier diligencia o audiencia en las que las partes, testigos, peritos o cualquiera persona le sea dirigida con actos intimidatorios o irrespetuosos. Como se puede apreciar, ésta facultad inicia desde el primer contacto de las partes y el Juez en audiencia oral. b) Objeciones a preguntas ejecutadas en interrogatorio o conrainterrogatorio que sean: inconstitucionales, impertinentes, capciosas, oscuras, compuestas, aquellas destinadas a coaccionar ilegítimamente al declarante; auto incriminatorias, sugestivas, vagas, confusas, e hipotéticas por opiniones o conclusiones. c) Objeción a las respuestas de los declarantes que van más allá, que no tienen relación con las preguntas formuladas o son parcializadas.

Este tipo de objeción es de una utilización muy cuidadosa por parte del litigante, ya que la regla general es que el testimonio no puede ser interrumpido. En este aspecto el Juez debe ser sabio al momento de resolver, ya que tampoco puede permitir que un testigo declare asuntos que no le fueron preguntados o se extralimite en sus opiniones y de la misma forma, no debe permitir que el testimonio se entrampe en incidentes.

Las objeciones no se limitan únicamente a la contradicción de preguntas en la audiencia de Juicio, sino que se erigen como una garantía y facultad de las partes en todo

momento del litigio, a fin de defender la lealtad procesal, el honor, el debido proceso y derechos fundamentales. Las objeciones son una herramienta muy especial, ya que al facultar suspender o provocar incidente en cualquier parte de los interrogatorios, su abuso provoca interrupciones en el desarrollo de un juicio; mermando directamente el flujo de información hacia el Juez.

Las objeciones constituyen una herramienta de la litigación oral que tiene como propósito impedir que información ilegal sea introducida al juicio. Los sujetos procesales pueden objetar las preguntas realizadas por la contraparte, el juzgador debe resolver la objeción para que el testigo conteste o se abstenga de hacerlo.

Es importante señalar que el juez no puede preguntar sino sólo pedir aclaraciones tal como lo determina el Art. 3 del COGEP, cuando establece que “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.” Y el Art. 174 *Ibidem* cuando establece que “La o el juzgador puede pedir aclaración sobre un tema puntual de considerarlo indispensable.”

#### **2.3.4. Clases de preguntas**

Cada estilo de pregunta tiene un efecto diferente que puede ser o no congruente con la intención del patrocinador. Todas son importantes y cada una es útil según la necesidad de la defensa. De allí que existen diferentes tipos de preguntas según el contexto del conflicto, la intención y la necesidad del profesional.

La construcción de la pregunta es muy importante para el fin que persigue la defensa, para proyectarse a ellas es necesario una fase de planificación. Hoy se protege los derechos y garantías de las personas no es posible efectuar preguntas ilegales, ya que la

oralidad exige la participación de los sujetos procesales mediante habilidad, destreza y técnica para intervenir y litigar.

El profesional del derecho debe conocer y planificar su defensa, sino no lo hace entonces va rumbo al fracaso. Si conoce todo lo que exige la teoría probatoria aplicable al caso entonces está preparado para construir preguntas idóneas, útiles y conducentes a sus propósitos con la prueba testimonial y con la presentación y exhibición de la prueba.

Existen varios tipos de preguntas dentro de las importantes tenemos:

**a) Narrativas**

Son aquellas preguntas en donde se requieren que el testigo describa eventos con sus propias palabras, provocando una respuesta más emocional, con evidente espontaneidad. Sin embargo no se debe abusar de esta clase de preguntas ya que puede tener ciertos riesgos por cuanto el testigo entrega información abierta y puede desviarse del tema. El interrogador puede perder el control del interrogatorio.

Son aquellas que invitan a describir sucesos y sobre todo se debe limitar las respuestas que deba ofrecer el testigo, y quien debe limitar al testigo es el abogado ya que es quien conoce su caso y solo dejará que el testigo proporcione la información que refuerce sus fundamentos.

Ejemplo:

- ¿Que observó en el terreno del vecino?
- ¿Pasó algo inusual ahí?
- ¿Qué realizó usted el día 14 de febrero del 2017?

Estas preguntas se realizaran en el desarrollo del interrogatorio, una vez que el testigo ha sido acreditado y se ha establecido su relación con los hechos. Con estas preguntas

puede el abogado lograr que el testigo repita textualmente lo que percibió o sucedió en ese momento. El testigo entrega una información idéntica de lo percibido.

#### **b) Abiertas**

Estas preguntas son más comunes que las narrativas y abarcan un espacio muy amplio de explicación. Constituyen la principal herramienta en el interrogatorio, estas invitan al testigo a formular las respuestas en sus propias palabras:

Si el testigo no está preparado es mejor no realizar este tipo de preguntas por qué puede hacer perder el control del interrogatorio. Si no está preparado este contendrá una serie de situaciones; positivas y otras negativas. Deja al testigo un espacio para descubrir un evento con sus propias palabras.

Ejemplo:

- ¿Quién estuvo en el terreno del señor X?
- ¿Cómo es ese lugar?
- ¿Cuándo usted visitó ese lugar que miró?
- ¿Por qué usted no entró a la casa?
- ¿Dónde está ubicado el terreno?
- ¿Y después que sucedió?

La ventaja de estas preguntas es que tienen el efecto de elevar la credibilidad del testigo, como consecuencia de dejar al testigo explicarse con sus propias palabras y le permite al juzgador elevar el grado de conocimiento que tiene de los hechos.

#### **c) Cerradas**

Son preguntas en donde el testigo debe responder con determinadas palabras, delimitando su relato, estas preguntas son muy útiles en el interrogatorio.

Están dirigidas a obtener información específica para enfocar la atención del juez. Invitan al testigo a escoger una de entre varias respuestas posibles.

Es recomendable la utilización de preguntas cerradas cuando los testigos han sido preparados y el examinador tenga la plena seguridad que conoce los hechos.

Son preguntas que buscan una respuesta expositiva puntual.

Aparentemente algunas preguntas cerradas parecen tener el carácter de sugestivas, la diferencia está en su estructura interrogativa, sin embargo se podría calificar equivocadamente como sugestivas. La pregunta cerrada no sugiere al testigo la respuesta deseada, sino que deja abierta la opción, por limitada que esta sea.

Las preguntas cerradas tienen por finalidad:

- Refrescarle la memoria a los testigos.
- Producir información de testigos que son muy jóvenes, mayores o enfermos

Ejemplo:

- ¿Cuántas personas había en ese lugar?
- ¿Cuál era el tema de la conversación?
- ¿Qué color era el carro que conducía el señor Pérez?

### **2.3.5 Tipos de preguntas que se pueden objetar según el COGEP**

Existen preguntas que según la Constitución de la República del Ecuador y el COGEP, que son ilegales es decir, no se pueden plantear este tipo de preguntas a los testigos en audiencia por que la normativa no lo permite y para vigilar su cumplimiento están las partes procesales en donde está incluido también el juez. Los profesionales del derecho podrán objetar de manera motivada cuando se formula una pregunta ilegal, tal como lo determina el Art. 176 y será a través de las objeciones que se limite la obtención de información a través de medios ilegales. Por ello plantear correctamente las preguntas

en el interrogatorio o conainterrogatorio es esencial para tener éxito en un juicio. Por ello debemos saber cómo plantarlas o, también como no plantearlas.

Según el COGEP existen algunas preguntas que no se pueden plantear en un juicio así:

#### **a) Compuestas**

La pregunta compuesta es susceptible de objeción ya que involucra varios hechos sobre los cuales el testigo debe declarar y la respuesta no permitiría saber sobre cuál de ellas se pronuncia; lo que puede causar confusión al testigo y al juzgador.

Cuando se formulan dos o más preguntas a la vez. Pues se estaría engañosamente intentando que con la posible respuesta afirmativa del testigo, se tengan por acreditados el resto de las afirmaciones, sólo como producto del error a que ha sido inducido.

Son preguntas que incorporan en su contenido varias afirmaciones, cada una de las cuales debe ser objeto de una pregunta independiente.

Es importante recordar lo que escribe Baytelman y Duce (2015) “...por lo general se le invita a responder a la última pregunta contenida en la frase, pretendiendo que cuando responda lo está haciendo también respecto de todo el resto de la información.”

(p. 108)

Ejemplo:

- ¿Qué puesto ocupa en la empresa y qué tiempo laboró en la institución?
- ¿De cuántos pisos es la casa donde estaba usted el 1 de enero del 2017?
- ¿La mañana del 23 de enero que hace referencia? ¿estuvo usted con María cercando el terreno todo el día?

#### **b) Capciosas**

Capciosa o engañosa este tipo de preguntas utiliza un artificio o engaño para sacar provecho del testigo, ya que presenta información irreal a fin de confundir al testigo y,

por ende, al Juez. Según Baytelman y Duce (2015) “entendidas como aquellas preguntas que debido a su elaboración inducen a error al sujeto que responde, favoreciendo de este modo a la parte que las formula.” (p. 105)

Pretende confundir al testigo mediante una falacia o un hecho inexistente.

Ejemplo:

- En el terreno que no es suyo ¿qué tiempo pasó ahí?
- Cuando derrumbó los cercos del terreno ¿qué persona le miró?
- ¿El dueño del terreno a que distancia se encontraba?

#### **c) Incriminatoria**

Estas preguntas son aquellas que intentan obtener del testigo información que no tiene una relación substancial con los hechos que son objeto de prueba.

En un proceso judicial y bajo juramento, pueden existir respuestas que generen responsabilidad penal, lo cual está prohibido por el Art. 77.7 c) de la Constitución del Ecuador que de forma general establece el derecho a toda persona de no declarar contra de sí mismo, sobre asuntos que puedan ocasionar su responsabilidad penal.

Ejemplo:

- ¿Usted falsificó la firma de su socio en el contrato, es eso cierto?
- ¿Usted tomó el dinero de su jefe como parte de pago?
- ¿Usted invadió el terreno de su vecino?

#### **d) impertinente o irrelevante**

Estas preguntas son aquellas que intentan obtener del testigo información que no tiene relación sustancial con los hechos que son objeto de prueba. Es decir no tienen nada que ver con lo que se va probar de fondo. Baytelman y Duce (2015). Agregan que

...una pregunta impertinente o irrelevante lo será en la medida que no avanza desde un punto de vista lógico la teoría del caso de alguna de las partes. No se trata aquí de juzgar si las teorías del caso son buenas o malas: si la pregunta avanza la teoría del caso aunque sea mínimamente, por absurda que sea, es relevante y debe ser admitida en el juicio... [...]... Resulta difícil dar un ejemplo en abstracto de preguntas impertinentes o irrelevantes ya que, como señalamos, el parámetro básico para medir impertinencia irrelevancia es la o las teorías del caso concretas que se discutan en el juicio. (p. 107)

Una pregunta fuera del propósito de la litis no debería ser tomada en cuenta por el juzgador, por lo que su objeción debe ser alegada. La impertinencia tiene muchas veces ciertos límites que deberán analizarse. En ocasiones, se utilizan preguntas impertinentes para iniciar una desacreditación, es por eso que el juzgador deberá valorar hacia dónde va el litigante con preguntas que al parecer no tienen que ver con la litis, pero sí con la desacreditación de quien está rindiendo su testimonio.

Carece de relación con el caso

Ejemplo:

- ¿Qué calificación obtuvo en el colegio?
- En un juicio de prescripción le pregunta al accionado. ¿Qué instrucción tiene usted?

#### **e) Pregunta repetitiva o contestada**

En principio, dentro del interrogatorio y del contrainterrogatorio, puede verse como legítimo el realizar preguntas que pretendan repetir cierta información favorable a la parte que los realice. Como se indicó en el contrainterrogatorio, mediante la enfatización de determinados hechos que son mencionados en todas las preguntas. Sí podrían parecer repetitivas, no lo son, ya que si bien repiten la idea de enlace con la siguiente pregunta, no es la misma pregunta en sí.

Ejemplo:

- En un juicio ordinario por prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio al testigo del accionante le pregunta su abogado. ¿Indique cómo se llama?, ¿indique la dirección donde vive?

**f) Preguntas, confusas, oscuras, vagas, ambiguas**

En principio éste tipo de preguntas pueden ser consideradas dentro del género de las capciosas, por su defectuosa formulación que no permiten comprender al testigo con claridad cuál es el tema que efectivamente se indaga. Estas preguntas tienen una elaboración patológica que pretende confundir al testigo. La pregunta ambigua solicita información que puede entenderse de varias formas o interpretaciones. Es una pregunta que tiende a provocar confusión al testigo ya que su respuesta puede conducir a error al juzgador por el nivel de distorsión y se da por sugerir distintas cuestiones que se intentan indagar. Como ya se ha dicho antes, éste tipo de preguntas aportan información de baja calidad al juzgador, no porque el testigo no sepa la información, sino porque quien la realiza no lo hace de forma correcta. Según Baytelman y Duce (2015) escribe que:

...las preguntas formuladas en términos poco claros pueden ser divididas en tres categorías específicas: preguntas confusas, preguntas ambiguas y preguntas vagas. En conjunto pueden ser entendidas como aquellas preguntas que debido a su defectuosa formulación no permiten comprender al testigo con claridad cuál es el tema que efectivamente indagan. La confusión se da por lo complejo o poco claro de la formulación. La ambigüedad se da por el hecho de que la pregunta puede sugerir distintas cuestiones que se intentan indagar. Finalmente la vaguedad se puede dar por la amplitud o falta de claridad en la pregunta. Lo que se pretende evitar es que el testigo cometa errores en su declaración de los hechos que conoce, derivado esto de la mala formulación de una pregunta, ya sea porque no se entiende lo que se pregunta, porque lo que se pregunta no es claro o porque la respuesta requerida puede dirigirse en un sentido muy abierto. (p. 108)

Ejemplo:

- ¿Qué pasó en su casa en el año 2014?

- Sr. Romaní el día que invadieron su terreno, ¿estaba usted tomado, embriagado o ya había perdido el conocimiento debido a la cantidad de licor que había ingerido ese día?

#### **g) Pregunta Sugestivas**

La pregunta sugestiva se produce cuando la misma siguiere el contenido de la respuesta; es decir, tiene la respuesta implícita en la pregunta. En estricto sentido, éste tipo de preguntas están inicialmente prohibidas en el interrogatorio, pero permitidas en el contrainterrogatorio. El sentido de esta objeción en el interrogatorio es que el testigo declara de forma directa los hechos que conoce de su fuero interno, ya que el abogado únicamente debe ser una guía del interrogatorio.

Éste tipo de preguntas ha dominado nuestra cultura de interrogatorio durante toda la historia procesal civil con la célebre frase “Diga cómo es verdad...” utilizada tanto para interrogatorio escrito de testigos, las repreguntas que se hacían de forma oral pero ante el secretario sin la presencia del juez y la confesión judicial del sistema escrito.

Dentro del interrogatorio existen tres excepciones de preguntas sugestivas, que las adopta el COGEP en el Art.177. Numeral 7, y que permiten que el testigo responda a preguntas sugestivas, no objetables en examen directo, en los siguientes casos:

1. Aquellas que pregunten sobre temas introductorios que no afecten a los hechos controvertidos;
2. Aquellas que recapitulen información ya aportada por la o el declarante;
3. Cuando el juzgador haya calificado al testigo como hostil

Son, pues, las preguntas más cerradas de todas, pues sólo permiten al testigo confirmar o negar su contenido. Si se quiere, en la pregunta sugestiva quien realmente está declarando mediante su pregunta es el abogado.

Las sugestivas siempre buscan una respuesta en sentido afirmativo ya que el abogado a través del interrogado busca entregar información que él quiere hacer notar al juez a través del interrogado. Las sugestivas no se formulan para recibir una respuesta negativa, el examinador debe conocer la respuesta.

Estas preguntas están permitidas en el contrainterrogatorio. Una pregunta sugestiva es aquella que busca que le contesten con un sí o un no. Una de las maneras de evitar las preguntas sugestivas es utilizando preguntas abiertas ¿Qué?, ¿Cómo?, ¿Cuándo?, ¿Dónde?, ¿Por qué?, etc.; Se pueden utilizar cierto tipo de preguntas cerradas, pues no todas las preguntas cerradas son sugestivas aunque todas las preguntas sugestivas son cerradas.

#### Ejemplo

- ¿Es verdad que usted estuvo en el terreno del señor Mario ayer?
- ¿Cómo es cierto que el terreno es suyo?
- ¿Usted no estuvo en el terreno al lado el día lunes?

El problema que existía con el CPC era que los abogados al momento de presentar las preguntas o repreguntas a los testigos, los jueces no calificaban apropiadamente las preguntas, o simplemente no asistían a los testimonios. En la actualidad los jueces deben estar presentes en todo momento inclusive pueden pedir aclaraciones a los testigos o no permitir preguntas ilegales, con ello se establece un nuevo precedente en la forma de litigar, porque será a partir del interrogatorio o contrainterrogatorio y las motivación de la objeciones dónde el profesional demuestre su verdaderos dotes, inteligencia, habilidad y técnica.

### **Capítulo III**

#### **COMPARACIÓN ENTRE EL SISTEMA PROCESAL ORAL (CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS) Y EL SISTEMA PROCESAL ESCRITO (CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL); ESTUDIO DE CASOS**

En el Consejo de la Judicatura de Chimborazo existen doce Unidades de lo Civil en el Cantón Riobamba, de las cuales en ocho unidades se ventilan juicios con COGEP y en las restantes cuatro unidades se conocen causas del CPC.

En las ocho unidades donde se ventilan juicios del COGEP desde su vigencia mayo 2016 hasta septiembre del 2017, se han tramitado 300 causas de prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio. De las cuales analizaré diez casos el número fue determinado por el criterio de saturación. Para realizar un análisis de estos casos es necesario hacerlo de los audios de audiencia de juicio porque es ahí precisamente donde se podrá apreciar con claridad los elementos de esta investigación.

Sin embargo ha sido sumamente complicado conseguir los audios por diferentes razones: el celo, la falta de tiempo de los funcionarios del Consejo de la Judicatura, el lento trámite administrativo que se emprendió, la apatía de los funcionarios, éstas y otras razones complicaron mucho su obtención.

Con respecto a CPC, existen en la Unidad Judicial Civil del Cantón Riobamba cuatro unidades encargadas de realizar trámites que deben completar con este procedimiento. De estos procesos existen unos 200 casos ordinarios de prescripción extraordinaria de dominio de los cuales se analizarán diez casos considerando el muestro de criterio de saturación por cuanto existen hallazgos repetitivos. Para realizar un análisis de estos casos es necesario hacerlo de copia simples de los proceso CPC, especialmente del acta de declaración de testigos y la motivación de la sentencia.

### **3.1. La prescripción Adquisitiva Extraordinaria de dominio**

La prescripción es una de las figuras jurídicas más importantes, porque consolida las posesiones imprimiéndoles el carácter del derecho y explica que la propiedad comenzó por ser una posesión sin título pero no se puede fundar una sociedad sobre una usurpación.

Según la ley, un bien inmueble que no haya sido utilizado por su titular, sirva este, de hecho o de derecho, en beneficio de otra persona que lo posee en beneficio propio. Por haber quedado abandonado por más de 15 años da lugar a la prescripción. Esta falta de interés del propietario por sus cosas lo ha obligado a renunciar tácitamente al derecho de su propiedad, a través del abandono. Eso quiere decir que la base de la prescripción está en la posesión: la tenencia de la cosa con ánimo de señor y dueño.

Conforme el marco legal, la doctrina y la jurisprudencia existe abundante información sobre esta figura en estudio, para la procedencia del juicio de prescripción para ello deben cumplirse ciertos presupuestos legales, cuya omisión de uno o más de ellos, acarrea el rechazo de la demanda.

Para plantear un juicio de prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio debemos señalar los siguientes requisitos: a) Posesión de la cosa litigiosa en las condiciones exigidas por nuestro derecho material. b) Que esta posesión haya durado como mínimo quince años. c) Que en la causa se haya contado con legítimos contradictores, que no pueden ser otros, sino quienes asoman como titulares del derecho de dominio de la cosa litigiosa en el certificado de venta y gravámenes que obligatoriamente el actor debe incorporarlo al proceso. Y, de no ser así, por tratarse de una información importante el juzgador debe recabarla en uso de la facultad contemplada en el Art. 118 del Código de Procedimiento Civil. d) Que la cosa se encuentre dentro del comercio humano. Porque de lo contrario habría ilicitud de causa y objeto. Y e) La debida

singularización de la cosa. Esto es con sus señales particulares, linderos y dimensiones de faltar unos de estos requisitos la demanda no prospera.

Para que pueda ser declarada debe demostrar, a más de la posesión pública y pacífica con ánimo de señor y dueño por el tiempo que la ley prescribe, que el demandado es el actual titular del dominio.

Quien se cree asistido por el derecho de adquirir el dominio de un bien en base a este modo de adquirir la propiedad, plantea o deduce una demanda pidiendo precisamente aquello; es decir que luego del trámite de rigor, se le declare dueño del bien, por cuanto lo ha venido poseyendo por el tiempo necesario.

La demanda debe plantearse en la vía ordinaria. Al tratarse de bienes inmuebles debe inscribirse en el Registro de la Propiedad. Por resolución de triple reiteración de nuestra Corte Nacional de Justicia, como ya se dijo, el accionante debe presentar certificación registral de que el demandado tiene inscrito el bien a su favor. Si el inmueble es urbano, debe contarse en el proceso, con la respectiva municipalidad; citando a sus representantes legales (Alcalde y Procurador Síndico), y también se debe contar con el Procurador General del Estado.

Al respecto Larrea, H (2012), expresa: “La acción de prescripción requiere legítimo contradictor, entendiéndose por tales contradictores al que alega la posesión prescriptiva contra el que perdería su propiedad por la declaración de prescripción”. (p. 305).

### **3.2. Determinar los casos de análisis del COGEP.**

Una vez que se obtuvo los audios indicados se procede a establecer las características de los casos que serán sujeto de análisis; se considerará las siguientes: el número del caso, el tipo del caso que será prescripción adquisitiva extraordinaria de

dominio, fecha de inicio del proceso, fecha de finalización del proceso, fecha de sentencia, veredicto de sentencia, los motivos de la sentencia.

**1. Caso Nro. 06335 – 2016 – 03316.**

<b>Caso</b>	<b>Características</b>
Tipo de caso	Juicio de prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio.
Fecha de inicio del proceso	10 de marzo del 2017
Fecha de sentencia	18 de julio del 2017
Veredicto de sentencia	Se rechaza la demanda por improcedente y por falta de prueba.
Motivos de la sentencia	Al faltar dos de los requisitos esenciales de esta acción, como es la singularización, y contar con los propietarios del inmueble que se pretende la prescripción sería ocioso referirnos a los otros requisitos detallados en líneas superiores.

**2. Caso Nro. 06335 – 2016 – 03317.**

<b>Caso</b>	<b>Características</b>
Tipo de caso	Prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio.
Fecha de inicio del proceso	30 de noviembre del 2017
Fecha de sentencia	5 de julio del 2017
Veredicto de sentencia	En la sentencia se rechaza la misma por falta de prueba.
Motivos de la sentencia	La demanda deberá dirigirse contra quién conste en el Registro de la propiedad como titular del dominio sobre el bien que se pretende ha prescrito; ya que la acción va dirigida tanto para alcanzar la declaratoria de que ha operado este modo de adquirir la propiedad a favor del actor, cuanto a dejar sin efecto la inscripción que aparece reconociendo el derecho de propiedad a favor de los demandados porque ha

	operado la prescripción que ha producido la extinción correlativa y simultánea del derecho del anterior dueño.
--	--

### 3. Caso Nro. 06335 – 2016 - 03533.

Caso	Características
Tipo de caso	Prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio.
Fecha de inicio del proceso	21 de diciembre del 2016
Fecha de sentencia	28 de julio del 2017
Veredicto de sentencia	Se rechaza la demanda por improcedente, por falta de prueba.
Motivos de la sentencia	El bien inmueble que pretende la prescripción no se encuentra individualizado, singularizado, ni determinado, por cuanto del certificado de gravamen que consta en el proceso. Al faltar uno de los requisitos esenciales de esta acción, como es el que en inmueble que se pretende adquirir, por prescripción sea determinado, singularizado e identificando, sería ocioso referirnos a los otros requisitos detallados en líneas superiores.

### 4. Caso Nro. 06335 – 2016 – 03211.

Caso	Características
Tipo de caso	Prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio.
Fecha de inicio del proceso	16 de noviembre del 2016
Fecha de sentencia	18 de mayo del 2017
Veredicto de sentencia	Se rechaza la demanda por improcedente, por cuanto la accionante no cumple con los requisitos exigidos para este tipo de acciones.

Motivos de la sentencia	Que la acción esté dirigida en contra de quien conste en el registro de la propiedad como titular del dominio que se requiere para que opere la acción prescriptiva extraordinaria de dominio no se han cumplido por la actora.
-------------------------	---

**5. Caso Nro. 06335 – 2016 – 03261.**

<b>Caso</b>	<b>Características</b>
Tipo de caso	Prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio.
Fecha de inicio del proceso	23 de noviembre del 2016
Fecha de sentencia	17 de julio del 2017
Veredicto de sentencia	La sentencia se rechaza la demanda por improcedente y por falta de prueba, se interpuso el recurso de apelación.
Motivos de la sentencia	La posesión siendo un elemento fundamental para que opere la prescripción extraordinaria de dominio el bien inmueble debe estar claramente determinada e individualizada. El perito al ser repreguntado señalo de manera clara que el lado oeste no está delimitado.

**6. Caso nro. 06335 – 2016 – 03272**

<b>Caso</b>	<b>Características</b>
Tipo de caso	Prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio.
Fecha de inicio del proceso	24 de noviembre del 2016
Fecha de sentencia	7 de julio del 2017
Veredicto de sentencia	se aceptó la demanda
Motivos de la sentencia	El juzgador para decidir de manera justa, necesita saber que parte dice la verdad el testigo y esta se demuestra con la prueba que no es sino la demostración de la verdad de hecho afirmado por la una parte y negados.

**7. Caso nro. 06335 – 2016 – 03397.**

<b>Caso</b>	<b>Características</b>
Tipo de caso	Prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio.
Fecha de inicio del proceso	8 de diciembre del 2016
Fecha de sentencia	20 de Octubre del 2017
Veredicto de sentencia	Se rechaza la demanda por improcedente al haberse incurrido en falta de legitimación en la causa.
Motivos de la sentencia	Es decir no se contó con todos los legítimos contradictores en el juicio, quienes legalmente también tienen interés sustancial con el derecho discutido, y por consiguiente debían ser legítimos contradictores en la causa por ser Litis consortes necesarios para el juicio. Por lo cual al no haberse dirigido la demanda en contra de todos los titulares de dominio del inmueble que se reclama, a criterio de esta juzgadora resulta inoficioso analizar el resto de elementos probatorios aportados por el actor.

**8. Caso nro. 06335 – 2016 – 03557.**

<b>Caso</b>	<b>Características</b>
Tipo de caso	Prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio.
Fecha de inicio del proceso	22 de diciembre del 2016
Fecha de sentencia	17 de Octubre del 2017
Veredicto de sentencia	rechaza la demanda por improcedente, al haberse incurrido en falta de legitimación en la causa
Motivos de la sentencia	Por lo cual al no haberse dirigido la demanda en contra de todos los titulares de dominio del inmueble que se reclama, a criterio de esta juzgadora resulta inoficioso analizar el resto de elementos probatorios aportados por el actor y tratar sobre los otros requisitos establecidos para que opere en su favor la prescripción adquisitiva.

**9. Caso Nro. 06335 – 2017 – 00648.**

<b>Caso</b>	<b>Características</b>
Tipo de caso	Prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio.
Fecha de inicio del proceso	6 de marzo del 2017
Fecha de sentencia	19 de septiembre del 2017
Veredicto de sentencia	Acepta la demanda
Motivos de la sentencia	Es decir las declaraciones son unívocas y concordantes, puesto que afirman que conocen a la parte actora por más de veinte años, que están en posesión del predio materia de la Litis.

**10. Caso Nro. 06335 – 2017 - 00646.**

<b>Caso</b>	<b>Características</b>
Tipo de caso	Prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio.
Fecha de inicio del proceso	6 de marzo del 2017
Fecha de sentencia	16 de agosto del 2017
Veredicto de sentencia	Se rechaza la demanda por improcedente, por falta de prueba.
Motivos de la sentencia	Al faltar uno de los requisitos esenciales de esta acción, como es el mantener la posesión por más de 15 años sobre el inmueble que se pretende adquirir por prescripción, sería ocioso referirnos a los otros requisitos detallados en líneas superiores.

### 3.3. Determinar los casos de análisis del CPC.

Para Analizar los casos del CPC se solicitó copias simples de los procesos ordinarios de prescripción extraordinaria de dominio tramitados desde el año 2014 hasta el año 2017, en la Unidad Judicial de lo Civil del Cantón Riobamba, en un número de 10 casos, considerando el volumen de cada cuerpo y sobre todo por efecto del muestro de criterio de saturación por cuanto existen hallazgos repetitivos en los casos.

En la Unidad Judicial de lo Civil del Cantón Riobamba existen cuatro unidades civiles de las cuales dos se dedican a tramitar CPC, en dichas unidades desde el año 2014 hasta la presente fecha existen unos 200 casos pendientes de los cuales se han ido tramitando y emitiendo sentencia.

El trámite para obtener copias simples de los procesos fue extremadamente difícil y costoso, no fue fácil su obtención pero una vez que se obtuvo las copias de los procesos se procedió a establecer las características de los casos que serán sujeto de análisis; se considerará las siguientes datos: el número del caso, el tipo del caso que será prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio, fecha de inicio del proceso, fecha de finalización del proceso, fecha de sentencia, veredicto de sentencia, los motivos de la sentencia.

#### 1. Caso Nro. 06304-2014-0595.

Caso	Características
Tipo de caso	Prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio.
Fecha de inicio del proceso	miércoles 15 de octubre del 2014
Fecha de sentencia	19 de Octubre del 2016
Veredicto de sentencia	acepta la demanda

Motivos de la sentencia	Las pruebas examinadas conducen a concluir que la parte actora ejerce actos de posesión material sobre el predio especificado en el libelo inicial de demanda, como cuerpo cierto y determinado, con linderos fijos, por mayor tiempo del requerido para adquirir su dominio por prescripción, sin haber mediado suspensión ni interrupción alguna.
-------------------------	---

## 2. Caso Nro. 06304-2014-0222.

Caso	Características
Tipo de caso	Prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio.
Fecha de inicio del proceso	Miércoles treinta de abril del dos mil catorce.
Fecha de sentencia	29 de agosto del 2017
Veredicto de sentencia	se rechaza la demanda propuesta
Motivos de la sentencia	Las indicadas normas son lógicas atendiendo al derecho de la comunidad y la necesidad de que el desarrollo habitacional se produzca en condiciones razonables, por lo que siendo que el predio cuya prescripción se pretende es de apenas treinta metros cuadrados, y existiendo la oposición municipal, la demanda deviene en improcedente.

## 3. Caso. Nro. 06304-2014-0312.

Caso	Características
Tipo de caso	Prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio.
Fecha de inicio del proceso	fecha 11 de marzo del 2016
Fecha de sentencia	29 de agosto del 2017
Veredicto de sentencia	se acepta la demanda
Motivos de la sentencia	Se han justificado los fundamentos invocados en la demanda, especialmente que la actora señora ALBA TERESA GUERRERO FREIRE, se encuentra en posesión

	de una manera ininterrumpida, tranquila y como dueña por veinte y cinco años.
--	---

#### 4. Caso nro. 06304-2014-0417.

Caso	Características
Tipo de caso	Prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio.
Fecha de inicio del proceso	24 de julio del 2014
Fecha de sentencia	16 de septiembre del 2016
Veredicto de sentencia	se acepta la demanda
Motivos de la sentencia	Los accionantes justifican los fundamentos de su acción en la forma propuesta, especialmente que por más de quince años ininterrumpidos, ha estado y está en posesión del inmueble objeto de este juicio, en forma pacífica, pública, con los ánimos de señor y dueño.

#### 5. Caso Nro. 06304-2014-0500.

Caso	Características
Tipo de caso	Prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio.
Fecha de inicio del proceso	20 de agosto del 2014
Fecha de sentencia	16 de septiembre del 2016
Veredicto de sentencia	se acepta la demanda
Motivos de la sentencia	Los accionantes justifican los fundamentos de su acción en la forma propuesta, especialmente que por más de quince años ininterrumpidos, ha estado y está en posesión del inmueble objeto de este juicio, en forma pacífica, pública, con los ánimos de señora y dueña

**6. Caso nro. 06304-2014-0609.**

<b>Caso</b>	<b>Características</b>
Tipo de caso	Prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio.
Fecha de inicio del proceso	16 de octubre del 2014
Fecha de sentencia	10 de abril del 2017
Veredicto de sentencia	se acepta la demanda
Motivos de la sentencia	Existe confusión por parte de los testigos en la fecha que conocen al accionante unos dicen 17 años y otros dicen 20 años.

**7. Caso Nro. 06304-2014-0701.**

<b>Caso</b>	<b>Características</b>
Tipo de caso	Prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio.
Fecha de inicio del proceso	27 de noviembre del 2014
Fecha de sentencia	6 de septiembre del 2016
Veredicto de sentencia	rechaza la demanda
Motivos de la sentencia	Por lo tanto los argumentos esgrimidos por la parte actora, han quedado en simples enunciado teóricos, no se ha probado el tiempo establecido por la ley para que opere la prescripción; no se ha probado que el inmueble descrito en el libelo de la demanda corresponda al inmueble descrito en el Certificado de gravámenes de fojas 1 del proceso por cuanto éste se le denomina Jarapamba, o esté dentro de éste formando parte.

**8. Caso Nro. 06304-2014-0717.**

<b>Caso</b>	<b>Características</b>
Tipo de caso	Prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio.
Fecha de inicio del proceso	15 de diciembre del 2014
Fecha de sentencia	23 de marzo del 2017
Veredicto de sentencia	se rechaza la demanda por improcedente
Motivos de la sentencia	Cuando el demandante o el demandado no tenía en absoluta legitimación en la causa, por ser personas distintas a quienes correspondía formular esas, a quien se demanda Ángel Damián no figura como propietario de inmueble alguno y por ende entonces sus herederos; la falta de integración adecuada de Litis consorcio necesario impide dictar sentencia de fondo, la falta de legítimo contradictor o falta de integración

**9. Caso nro. 06304-2014-0740.**

<b>Caso</b>	<b>Características</b>
Tipo de caso	Prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio.
Fecha de inicio del proceso	12 de diciembre del 2014
Fecha de sentencia	17 de enero del 2017
Veredicto de sentencia	se acepta la demanda
Motivos de la sentencia	Que quien alega la prescripción prueba haber poseído sin violencia, clandestinidad ni interrupción por el mismo espacio de tiempo; determinándose con las declaraciones testimoniales.  Que la posesión material del inmueble motivo de la presente causa se encuentra a cargo del actor desde el año 1998 en forma pública, pacífica, tranquila e ininterrumpida, determinándose que el mismo la mantiene, ejerciendo actos de señor y dueño.

#### 10. Caso Nro. 06304-2014-0506

Caso	Características
Tipo de caso	Prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio.
Fecha de inicio del proceso	22 de agosto del 2014
Fecha de sentencia	2 de marzo del 2017
Veredicto de sentencia	se rechaza la demanda
Motivos de la sentencia	Por ser acciones y derechos al no estar demandados todos los titulares de dominio del predio que se pretende prescribir, y por falta de prueba se rechaza la demanda. Todos los titulares de dominio del inmueble cuya adquisición se pretende no han sido demandados, sino solo dos propietario de acciones y derechos, incumpliendo otro de los requisitos fundamentales.

#### 3.4. Comparación entre COGEP y CPC según el procedimiento ordinario de casos de prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio.

El desarrollo de la prueba testimonial según el COGEP, se realiza en audiencia de juicio en forma directa es decir en presencia del Juez y de las partes procesales es ahí donde el Abogado requirente podrá formular las preguntas correspondientes según sus intereses, que podrían ser en primer las de acreditación. Luego la contraparte puede realizar el conainterrogatorio, siempre las partes deben evitar realizar preguntas no permitidas en la ley. Esto se realiza al tenor de los principio de oralidad, inmediación, contradicción y oportunidad.

El juzgador puede por su parte pedir aclaraciones sobre un tema puntual. La declaración podrá realizarse también a través de video conferencia u otro medio de

comunicación. Toda prueba testimonial será precedida de juramento, será rendida ante el juzgador, el declarante estará asistido por su defensor, bajo sanción de nulidad.

Por otro lado el desarrollo de la prueba testimonial en el CPC se realizaba de la siguiente manera; cuando alguna de las partes necesita anunciar testigos, presentaba al juez la nómina de los testigos quienes declaraban según el listado de preguntas que realizan los abogados y que era revisado por el Juez. La otra parte también podía presentar sus testigos o pedía que tales testigos declaren también sobre otros hechos, haciendo constar el interrogatorio.

El juez señalaba día y hora para iniciar la recepción de las declaraciones con notificación a las partes. Según la ley el juez tenía la obligación de escuchar y estar presente en las declaraciones, pero no siempre era así, por ello el secretario cumplía con estas funciones. Al finalizar la diligencia firmaba el documento el testigo y el secretario, en muchos casos no estaban presentes ni las partes, tan solo el secretario y el testigo.

#### **a) Análisis de la audiencia de juicio**

- Según el COGEP, la audiencia de juicio se realizará en el término máximo de treinta días.

Al respecto se debe indicar que de los diez casos revisados mediante los audios de audiencia de juicio de COGEP se desprende que no se cumplió con el término de treinta días, por diferentes circunstancias existe un promedio de 60 días luego de la audiencia preliminar para que se lleve a efecto la audiencia de juicio.

De los diez casos analizados si se cumplió con la lectura del acta anterior

- En los diez casos analizados si se presentaron los testigos quienes esperaron en la parte de afuera del salón de audiencias antes de rendir su testimonio.

- En los diez casos analizados a los testigos se les tomó juramento y se les aclaró que está patrocinado por el Abogado de la parte accionante el juez no le consultó al testigo cuál será su abogado, el juez le indicó que está patrocinado por el abogado que le requiere.
- En los diez casos el juez si consulta a los testigos cuáles son sus generales de ley, el juez indica a las partes que van a hacer interrogados por los abogados y que si escuchan la palabra objeción no deben contestar hasta que el juez autorice.
- En los diez casos analizados las partes realizan sus alegatos de apertura, sin embargo existe confusión al momento de solicitar la prueba y el orden en cual se van a practicar por cuanto 2 de los 10 casos analizados han preparado el orden que se aplicará su prueba.
- En los diez casos cuando se practica la prueba testimonial el juez toma juramento de los testigos y le informa de las penas de perjurio por lo cual están comprometidos a decir la verdad.
- Si revisamos los casos del CPC en una gran mayoría de trámites de prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio al tenor de los Arts. 245 y 248 del Código Orgánico General de Procesos, se declara en abandono la causa, así también por desistimiento.

El trámite establecido en el COGEP es muy diferente del que se venía dando mediante el procedimiento escrito para trámites ordinarios de prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio, por cuanto en el sistema escrito se presentaba la demanda, una vez calificada por el juez y aceptada a trámite se podía citar al demandado. Luego se realizaba una audiencia de conciliación en la misma que no intervenía el juez y casi nunca se lograba conciliar. Terminada la misma en seis días se pedía prueba por escrito y luego esperar sentencia.

Con respecto a la prueba testimonial. Cada parte tenía sus propios testigos, se elaboraba el interrogatorio, donde la pregunta medular era la última, y que se refería a la razón de sus dichos. Practicada de esta manera, el juez era un mero espectador, generalmente no cumplía ningún papel en este tipo de diligencia.

Para que proceda el testimonio el juez debía determinar la calidad de testigo, para ello debían ser personas idónea por probidad e imparcialidad. Se podía realizar 30 preguntas e igual número de repreguntas y no más de seis testigos, cada pregunta debía contener un solo hecho y no ser sugestiva, capciosa ni impertinente. Otro medio era la tacha de testigos cuando adolecía de falta de idoneidad no podía ser testigo.

Como vemos una semejanza entre el procedimiento oral y el escrito es que, en el testimonio si se realizaba de forma oral, pero no se cumplía con el principio de inmediación, por cuanto la práctica de la prueba testimonial se realizaba ante la presencia del secretario y no del juez, en ellas se tachaba a los testigos sin siquiera conocerlos y peor aún probar su familiaridad, no había contrainterrogatorio, es decir se valoraba al testigo en sentencia, pero al tenor del acta que se redactaba en audiencia. Sin embargo en los trámites analizados solo en dos casos se observa que se haya valorado la prueba considerando a los testigos para resolver.

Sin embargo de los diez casos analizados entre el procedimiento oral y escrito, los trámites escritos seis se han ganado, y los orales solo dos se ha ganado.

Esto sucede porque el COGEP es una normativa que exige el cumplimiento obligatorio de todos sus artículos y por ende el cumplimiento de los principios rectores de la litigación oral. Caso contrario no se podría llegar ni siquiera a la práctica de prueba porque en audiencia preliminar sería el filtro de admisibilidad, tanto para jueces cuanto para las partes procesales, el mismo Juez al amparo del Art. 81 del COGEP deberá estar

presente en todo el desarrollo de la audiencia. Si existen juicios que se han perdido es por ignorancia de los Abogados patrocinadores, como vemos en los casos analizados no demandaron a todos los propietarios del inmueble.

Mientras que en el CPC, pese a que establecía la norma Art. 232 la obligación del juez a permanecer en el desarrollo de la diligencia de testimonio desde el inicio hasta el final, no lo hacía. No se cumplía con la ley, se hacía caso omiso de los principios rectores de la oralidad en prueba testimonial. El alto índice de juicios ganados podría ser por el facilismo del juez de no leer el proceso que eran cuerpos enormes y como el trámite era escrito, nadie hacía nada.

Como se puede apreciar el tiempo que demora el trámite procesal, en los trámites escritos se demoraba entre dos y tres años mientras que en el procedimiento oral se ocupa entre seis meses y un año, hasta motivar la sentencia, porque la resolución se conoce mucho antes.

### **3.5. Fortalezas y debilidades que presenta el COGEP frente al CPC**

#### **3.5.1. Fortalezas**

- a) Una de las fortalezas sin duda es el tiempo como se puede apreciar de los casos analizados en el trámite de prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio con el COGEP se desprende que desde la presentación de la demanda hasta la emisión de la sentencia se realizó en el tiempo de seis meses a un año, que es mucho más rápido que un trámite de las mismas características que en CPC.
- b) Según los casos analizados en las sentencias de prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio según COGEP se aprecia, que se rechazan 8 demandas de las 10 analizadas en razón de que los accionantes no demandaron a todos los propietarios de los bienes inmuebles en litigio. Es por esta razón que los jueces no llegaron a valorar la prueba testimonial, indicando que la demanda de prescripción

no cumplía con los requerimientos que se establece mediante jurisprudencia. Como se aprecia hay una clara expresión de legalidad en este cuerpo normativo misma que deben cumplirse a cabalidad.

- c) Para la participación de los testigos en audiencia en el COGEP se siguió la normativa estructurada y sobre todo se realizó el interrogatorio y conainterrogatorio frente al juez y con la presencia de la partes. Este es el momento adecuado para que el juez pueda mirar a las partes, pedir aclaraciones a fin de llegar a la verdad procesal.
- d) Para litigar en audiencia las partes procesales deben cumplir necesariamente con los principios de oralidad, inmediación, contradicción y otros propios del procedimiento oral.
- e) Se transforma el proceso escrito en un proceso oral, llamado juicio por audiencias en donde resalta la oralidad.
- f) En los trámites ordinarios se reduce a dos las audiencias, la preliminar y la de juicio, haciendo más corto el procedimiento, no así en el CPC que se realizaban muchas audiencias como la de conciliación, de prueba, de testigos, etc.
- g) Según el COGEP las partes presentan la prueba en la demanda, contestación, reconvencción y contestación a la reconvencción, brindando la facilidad a las partes de contradecir y tachar a los testigos por ejemplo.
- h) Con respecto a la prueba en audiencia preliminar el juzgador se pronuncia acerca de la admisibilidad en función de si son: conducentes, pertinentes, oportunas y útiles para la resolución de la causa. El juez debe rechazar las pruebas que no cumplen con estas características.
- i) Cabe la objeción de preguntas de manera motivada, las preguntas las realiza la parte que solicita no las realiza el juez, cabe el interrogatorio de la contraparte.

Dando mayor agilidad al acto procesal, concentrando todas las actuaciones en una sola audiencia que da mayor celeridad y economía procesal.

- j) En lo referente al acompañamiento de la nómina de testigos con indicación de los hechos sobre los cuales declararán, se justifica, por cuanto en muchos de los casos se presentan un sin número de testigos a declarar sobre un mismo hecho que produce dilación innecesaria del proceso. Por esta razón en audiencia preliminar se elimina la prueba impertinente, inconducente e inútil para determinar las pruebas que deberán ser sustentadas en la audiencia de juicio

### 3.5.2. Debilidades

- a) Según los casos analizados en el CPC de 10 caso 8 se han ganado mediante aceptación de la demanda. Mientras que con el COGEP de los 10 casos analizados solo dos fueron aceptados mediante sentencia y 8 fueron rechazados. Por lo tanto constituye una debilidad que más de la mitad de casos con el COGEP se hayan perdido.
- b) Los profesionales del derecho así como jueces no se encuentran preparados para litigar según lo determina el COGEP de manera oral.
- c) La oralidad mal dirigida ha dado lugar al uso excesivo de la palabra creando confusión y dilatación en el proceso
- d) Las sentencias emitidas por los jueces han sido superficiales y con falta de motivación
- e) La oralidad no debe ser entendida como un todo.
- f) En el CPC al momento de realizar la práctica del testimonio no se aplicaban los principios como el de inmediación, oralidad y contradicción.

g) Existen entre jueces con criterios diversos al momento de aplicar el COGEP

### 3.6. La forma del testimonio

De los diez procesos según el COGEP revisados a través de los audios se puede apreciar que los abogados de los accionantes en el interrogatorio se desenvuelven de la siguiente manera:

#### a) Interrogatorio:

1. Los abogados de los accionantes inician formulando preguntas cerradas sin acreditar primero al testigo, como por ejemplo en el interrogatorio el abogado de la accionante le preguntó: ¿conoce usted a la señora María Laso?, ¿qué tiempo le conoce?, ¿por qué le conoce?. Esto en el caso nro. 06335 – 2016 - 03211.
2. Se realizaron preguntas capciosas que no fueron objetadas por el abogado de la contra parte. En el caso Nro. 06335 – 2016 – 03261 el abogado del accionante a su testigo le preguntó: ¿A qué distancia vive usted del dueño del terreno?, ¿El demandado Víctor Carrillo no es dueño del terreno?
3. Se formularon preguntas sugestivas en el interrogatorio que no fueron objetadas por la contraparte y tampoco por el juez. En el proceso Nro. 06335 – 2017 – 00646, cuando el accionante le realiza las siguientes preguntas: ¿sabe y conoce que tengo un lote de terreno?, ¿Diga el declarante como es verdad que el lote de terreno está ubicado en las calles...?, ¿Diga cómo es verdad que estoy en posesión, pública y pacífica del lote de terreno mencionado?.
4. En el proceso Nro. 06335 – 2016 – 03533 el abogado de la contraparte objetó las preguntas indicando que solo se deben formular preguntas abiertas y cerradas a los testigos.

5. Los abogados de las partes no preparan a sus testigos, ni las preguntas que se formularan, tampoco aplican técnicas de litigación al momento de formular preguntas u objetar las mismas. En el caso Nro. 06335 – 2016 – 03317, el abogado del accionante le pregunta al testigo, ¿desde hace que tiempo está en posesión del terreno? Pero el testigo le responde que no conoce ni que tiempo, ni la fecha exacta. Le vuelve a preguntar ¿qué hechos posesorio ha realizado?, no sabe responder dice que no conoce.
6. Se nota claramente que los testigos no fueron preparados para rendir testimonio. En el caso Nro. 06335 – 2017 – 00646 el primer testigo del accionante al preguntarle quien era el dueño del inmueble, indico que no le conoce al dueño del terreno pero que si lo había visto en ese lugar.
7. Al momento de contestar los testigos tuvieron serios errores que a los ojos del juez no amerita crédito. Cuando en el caso Nro. 06335 – 2016 – 03272, el Abogado del accionante le pregunto ¿Singularice el bien? Y el testigo respondió que el señor Hugo vivía ahí más de quince años.
8. En dos casos de los diez analizados se aprecia que los testigos estaban repitiendo las frases que los abogados les han planteado de manera memorística. Los testigos indicaban que el señor Hugo estaba más de quince años en el inmueble como dueño, no hay otro dueño, en cada pregunta volvía a repetir lo mismo, generado dudas en sus palabras, claramente se evidencia un testigo inducido.
9. El abogado no estructuró el orden en el que se deben presentar los testigos y peor aún la prueba, cuando el juez indicaba Doctor indique el orden en que presentara sus testigos, en el caso Nro. 06335 – 2017 – 00646 el abogado del accionante indico que cualquiera de los dos puede ir primero.

10. Los abogados realizaron preguntas de las cuales no sabían su respuesta, En uno de los casos decía el abogado del accionante ¿indique el testigo las dimensiones del inmueble?
  11. El interrogatorio en cinco de los casos analizados era muy extenso y no se realizaron objeciones a las respuestas. Cuando el abogado le preguntó ¿Indique el testigo por qué conoce el inmueble? El testigo respondió todo en esa pregunta desde los linderos hasta la posesión del accionante.
  12. Se realizan objeciones indicando que las preguntas son subjetivas pero no se motivó indicando por qué eran sugestivas.
  13. Como se puede apreciar en las actas de declaración de testigos del trámite de CPC Nro. 06304 – 2014 – 0740, las preguntas eran sugestivas por ejemplo: ¿El señor Luis Secaira vivió 20 años en el inmueble?, ¿es verdad que le conoce al Señor Luis Secaira? ¿diga cómo es verdad y le consta que el señor Luis Secaira se halla en posesión pacífica e ininterrumpida del lote de terreno ubicado en el Anejo San Clemente?
- En el proceso Nro. 06304 – 2014 – 0740, también se realizaron preguntas sugestivas que se realizaban en el CPC, ejemplo: ¿diga el testigo como es verdad y le consta que el actor tiene construida una casa de hormigón armado de una planta, en donde vive el preguntante con su familia?; ¿diga el testigo como es verdad y le consta que el resto del terreno cultiva productos que se dan en la zona como alfalfa, brócoli, estando actualmente sembrado tomate, brócoli y alfalfa?.
- Es decir la pregunta era sugestiva porque preguntaba específicamente algún aspecto preciso, que no eran temas introductorios.

**b) Contrainterrogatorio:**

1. Ninguno de los abogados desacredita al testigo, cuándo el testigo del accionante en el interrogatorio dijo que estaba en posesión del inmueble por más de 15 años y en el contrainterrogatorio dijo que estaba 14 años más o menos. En el caso Nro. 06335 – 2017 – 00646, el abogado de la contraparte le pregunta ¿me podría indicar los linderos del mencionado lote? Le pide linderos siendo que esto le beneficia al actor porque si sabía el testigo. La Abogada del Municipio le pregunta ¿Qué cultivos hay?, ¿el predio tiene algún cerramiento?, es decir le formula preguntas que ya contesto.
2. Se formularon preguntas abiertas llegando el testigo a tener control sobre su participación es decir según le conviene y no según el caso. Por ejemplo cuándo preguntaba la contraparte ¿Por qué conoce el inmueble?
3. En ningún momento se cortó la intervención de los testigos, pese a que el testigo del accionante hizo referencia a otros aspectos que no tenían nada que ver con el tema en debate. Cuando el testigo hizo un análisis histórico del lugar donde se encontraba el inmueble.
4. En el caso Nro. 06335 – 2017 – 00646, el Juez realizó una pregunta al testigo ¿Hace cuánto tiempo que la señora se encuentra en posesión del terreno?, siendo que el Juez solo puede realizar preguntas solo aclaraciones.

Se puede destacar que en los trámites orales se emplearon preguntas sugestivas en el contrainterrogatorio de tipo cerradas siendo esta la principal herramienta de litigación.

En el contrainterrogatorio que por lo general lo realizaba el municipio no se desacreditó al testigo ni al testimonio.

El concontrinterrogatorio se aplica en audiencia de juicio en caso del COGEP y en el trámite del CPC se aplica también pero de manera escrita que previamente se enviaba mediante escrito. La diferencia radica en el fundamento del principio de inmediación es decir en presencia del juez y las partes.

Sin embargo de aquello y de la excelente oportunidad que tiene las partes de realizar el interrogatorio y concontrinterrogatorio ante la presencia del Juez, surge una inquietud. En los trámites CPC ocho de los diez juicios se ganaron y se valoró la prueba testimonial inclusive se motivó la sentencia indicando que fueron los testigos quienes determinaron la posesión y el tiempo de más de quince años y gracias a ese aporte de los testigos se ganó el juicio. Sin que los testigos hayan intervenido de manera espontánea cara a cara con el juez y sin que las partes hayan realizado interrogatorios y concontrinterrogatorio para fijarnos en el rostro, la actitud, el comportamiento del testigo en audiencia.

Mientras que en los trámites del COGEP de los diez casos analizados ochos de ello se rechazaron por que no se demanda al titular de dominio, no se halla singularizado ni determinado el inmueble, no se contó con los legítimos contradictores, las declaraciones de los testigos no son unívocas con respecto al tiempo de posesión, no se procedió a valorar el testimonio en algunos casos por cuanto no se cumplía con otros requisitos propios de la prescripción.

Eso quiere decir que el COGEP implantó un sistema de legalidad mediante el cual no pasa ningún proceso de prescripción adquisitiva extraordinario de dominio mientras no cumpla con todos los requisitos que contempla la ley y la jurisprudencia. Por lo tanto los abogados deben revisar la ley para realizar su ejercicio profesional y mientras no estén preparados seguirán habiendo juicios que se pierdan.

**c) El juez**

1. En tres de los diez casos analizados el juez realiza preguntas a las partes no aclaraciones sino preguntas.

**d) Análisis:**

Hay que recordar que el juez dirige el proceso, él puede interrumpir a las partes para solicitar aclaraciones y encausar el debate Art. 3 y Art. 174 inciso segundo del COGEP.

En los diez casos analizados el juez realiza preguntas a las partes cuando dice:  
¿Explíqueme cómo es que usted estaba en posesión?

Se debe indicar que el juez de oficio puede objetar preguntas inconstitucionales, impertinentes, capciosas, obscuras, compuestas y aquellas destinadas a coaccionar ilegítimamente al declarante. Así lo establece el Art. 177. 8.

Si comparamos el COGEP con el CPC, llegamos a la conclusión que en el procedimiento escrito habían jueces permisivos que favorecían a las partes y pese a que el código de entonces prohibía el uso de preguntas sugestivas se aceptaban las mismas y no se hacía nada al respecto. Hoy no es posible porque la ley contempla aspectos específicos para cada caso. Este cambio de paradigma no incumbe sólo a jueces sino también a los abogados y la ciudadanía en general.

## CONCLUSIONES

Porqué es necesario comparar la evacuación de la prueba testimonial entre el Código Orgánico General de Procesos y el Código de Procedimiento Civil, porque solamente de la comparación entre dos aspectos es que se puede llegar a obtener alguna conclusión y más aún si esta ha sido valorada de manera documental es decir mediante la aplicación del estudio de casos tal como se ha procedido. Al respecto se puede determinar que el estudio ha sido valioso para llegar a la conclusión, que el COGEP es un cuerpo legal que requiere del cumplimiento obligatorio de su norma para llegar a la verdad procesal y por ende a la consecución de la seguridad jurídica y el bienestar de la ciudadanía. Sin embargo la falta de capacitación en abogados y jueces está generando un desmedro en los derechos por cuanto se está perdiendo una oportunidad valiosa de obtener como en el caso de estudio la prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio considerando que los abogados no plantean bien las demandas y los jueces no observan esos errores que luego se desprenden en la motivación de la sentencia. Es necesario comparar entre el sistema escrito y el sistema oral para darnos cuenta de los resultados que esto esta ha generado en la sociedad.

El procedimiento oral incide en la evacuación de la prueba testimonial porque en el COGEP, las partes procesales pueden observar al testigo, preguntar al testigo, contrainterrogar al testigo y todo esto con el fin de verificar si está diciendo la verdad o está mintiendo. Sin embargo para llegar este punto se debe actuar con técnica y eso realmente es lo que falta a los abogados, técnicas de litigación al momento de preguntar y objetar las preguntas no permitidas. La oralidad ha sido un progreso en el procedimiento judicial que pedía un cambio urgente, ya depende de los profesionales capacitarse para estar al día en los cambios de paradigma que significa este nuevo procedimiento.

La evacuación de la prueba testimonial debe cumplir con los principios de la oralidad, estos es que los testigos en audiencia puedan ser interrogado o contrainterrogados, que el juez pueda pedir aclaraciones, que todo esto se realice al amparo del principio de inmediación, contradicción, concentración, publicidad. Las partes podrán realizar objeciones con el fin de que no se realicen pregunta no permitidas. Ésta es una gran diferencia entre lo que fue el CPC y el COGEP, en el primero no se cumplía con los principios legales que anunciaba la ley se hacía caso omiso pero no pasaba nada hoy sino se cumplen con los principio propios de la oralidad simplemente no se podría continuar con el desarrollo del proceso.

Con esto se puede decir que el COGEP y la oralidad en la evasión de la prueba testimonial supera al procedimiento escrito CPC, sin descuidar que no se puede desterrar lo escrito de lo oral que son un complemento, lo que si debe superar son las viejas prácticas mañosas que hoy ya no se permiten.

1. En el COGEP se cumple con el principio de inmediación este principio se convierte en un requisito fundamental para el desarrollo de la audiencia de juicio y la práctica de la prueba Art. 297 numeral 3) del COGEP por cuanto será en audiencia en donde se recibirán los testimonio y se podrán realizar el interrogatorio y el contrainterrogatorio, por su parte el Juez podrá solicitar aclaraciones y sobre todo constatar las características físicas, psicológicas del testigo que comparece a rendir testimonio de lo que conoce, sabe o a presenciado. Mientras que en el CPC no se cumplía con este principio ya que la diligencia de prueba de testigos se realiza ante la presencia del secretario mediante un formulario de preguntas que también es oral sin embargo las preguntas se realizaban de manera sugestiva a pesar de que estaban prohibidas se planteaban y

eran aprobadas por el juez, no se podía contradecir ni volver a preguntar por cuanto no se contaba con la presencia del juez para que autorice.

Además el interrogatorio se podía hacer ante otro juez por deprecatorio o ante un teniente político.

2. Según el análisis de casos existe un promedio de 60 días luego de la audiencia preliminar para que se lleve a efecto la audiencia de juicio. Esto es un tanto perjudicial por cuanto mientras más pasan los días los recuerdos que tiene el testigo en su mente se podrán perder, considerando que la mente es frágil y que el paso del tiempo influye en este hecho, por lo tanto la información se podría distorsionar no por culpa del testigo sino por efecto del paso del tiempo considerando que el único recurso que tiene el testigo es su mente.
3. Existe desconocimiento por parte de los abogados con respecto al procedimiento de trámites no penales denominado COGEP, desde la presentación de la demanda, pasando por el testimonio en audiencia hasta el alegato final. Algunos errores lo he destacado en el capítulo III de esta investigación y son errores que realmente limitan los derechos de la ciudadanía. Estos son más frecuentes y evidentes en audiencia preliminar y en audiencia de juicio.
4. El abogado no puede tachar al testigo en la fase admisibilidad por que no se realiza un estudio previo del testigo para evidenciar si tiene prohibiciones del Art. 189. No se puede objetar en el interrogatorio y contrainterrogatorio las preguntas de los abogados y las respuestas de los testigos en audiencia, peor aún motivar la razón por la cual lo hace. No puede desacreditar al testigo comparando sus errores en el contrainterrogatorio.

Existe confusión por parte de los abogados que no preparan su intervención para cuando les toca anunciar su prueba especialmente documental. En los casos

analizados existe una demanda en la cual se ha redactado el listado de las preguntas que deberán responder los testigos y de manera sugestiva.

5. Según los casos analizados la aplicación del COGEP significa establecer un orden legal, es decir que para el cumplimiento de la ley, se deben seguir y cumplir todos sus pasos y para aquello todos los ciudadanos debemos estar preparados, los abogados capacitados para no cometer errores al momento de presentar una demanda y los jueces vigilantes de que no se den irregularidades.
6. De los 10 casos analizados según el COGEP se desprende que ocho casos han sido rechazados y tan solo dos han sido aceptados. Mientras que de los diez casos analizados con el CPC seis de estos han sido aceptados y tan solo cuatro han sido rechazados mediante sentencia. Esto se debe a la falta de conocimiento que al respecto tienen los Abogados del COGEP, considerando que los ocho casos han sido rechazados por no haberse dirigido la demanda en contra de todos los titulares de dominio del inmueble que se reclama, a criterio de los jueces no tratan el asunto de los testigos por ser inoficioso analizar el resto de elementos probatorios aportados por el actor y tratar sobre los otros requisitos establecidos para que opere en su favor la prescripción adquisitiva. Para ganar un juicio de prescripción adquisitiva de dominio es importante revisar que se cumplan con todos los requisitos que establece la ley y la jurisprudencia y el COGEP está cumpliendo con este rol.
7. En el CPC se tachaba a los testigos en el escrito de prueba sin conocer siquiera características del testigo, mientras que en el COGEP se tacha al testigo antes de que actúe en audiencia de juicio, es decir en la audiencia preliminar se puede tachar al testigo al tenor del Art. 189 ibídem y el juzgador resolverá sobre la admisibilidad del mismo.

8. El tiempo en que se demora un trámite de prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio ha sido superado por el COGEP de tres y cuatro años que se demoraba con CPC hoy en menos de un año se emite sentencia, lo que contribuye con la sociedad.
9. De los casos analizados los jueces de oficio no negaron preguntas inconstitucionales, impertinentes, capciosas, oscuras, compuestas y aquellas destinadas a coaccionar ilegalmente al declarante.
10. Existe confusión entre lo que es el procedimiento oral y el procedimiento escrito al evacuar la prueba testimonial, y sobre todo un enorme vacío por cuanto nuestra experiencia civil ha estado muy lejos del trámite oral y peor aún del testimonio oral en audiencia.

## BIBLIOGRAFÍA

1. Albán, F. (2017). *Estudio sintético del Código Orgánico General de procesos COGEP*, tomo II, Quito – Ecuador: Editorial.
2. Alsina, Hugo. (1963). *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*. Buenos Aires: Tomo I, Editorial Ediar S.A.
3. Bayteman A, y Duce M. (2000) *Litigación penal Juicio oral y prueba*. Santiago de Chile.
4. Cabanellas, G. (1996) *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*; Tomo VI: Buenos Aires – Argentina: Editorial Heliasta: 24 Edición revisada, actualizada y ampliada.
5. Cappelletti, M. (2002). *El testimonio de la parte en el sistema de la oralidad, parte segunda*. Buenos Aires: Librería editora platense.
6. Carnelutti, Francesco. (1973). *Instituciones del proceso civil*. . Buenos Aires, Argentina: Ediciones Jurídicas Europa - América.
7. \_\_\_\_\_ (1972), *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América.
8. Calamandrei, Piero. (1996) *Proceso y Democracia*. Harla, México
9. Claro, Luis. (1979). *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*.
10. Carbonell, M. (2015). *El nuevo papel de los abogados*. Recuperado de [http://www.miguelcarbonell.com/articulos\\_periodicos/El\\_nuevo\\_papel\\_de\\_los\\_abogados.shtm](http://www.miguelcarbonell.com/articulos_periodicos/El_nuevo_papel_de_los_abogados.shtm)
11. Cueva C. (2007). *El Juicio Oral Laboral, Teoría, Práctica y Jurisprudencia*. Quito: Ediciones Cueva Carrión.
12. Calderón De Buitrago, A. (1996) *Manual de derecho de familia*. Salvador: Editorial San Salvador.
13. Chiovenda, J, *Derecho procesal Civil*, Madrid, Editorial Reus (S.A)
14. De Santo, Víctor. (1986) *El Proceso Civil. Tomo VI. Prueba de Testigos, Nociones Generales. Procedimiento probatorio*. Buenos Aires: Editorial Universidad.
15. Fessia, Ricardo. (1996) *Breve síntesis histórica de Roma y su Derecho*. Argentina: Universidad Nacional del Litoral.
16. Flores, M. (2004). *Varios Sistema Acusatorio y Juicio Oral*, Bogotá: Editora Jurídica de Colombia,

17. Framarino, N. (2008). *Lógicas de las pruebas*. Buenos Aires – Argentina: Editorial Valleta.
18. Francoz Antonio. (2008) *La oralidad en el proceso civil*”, consultado en [www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/23/pr/pr14.pdf](http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/23/pr/pr14.pdf).
19. García, R, Romero L y García F. (2012). *La técnica del interrogatorio*. Madrid: Editorial Rasche.
20. Guasp, J. (1997) *Derecho Procesal Civil*, Tomo Primero Introducción y Parte General, 3ª. Madrid, España: Edición, Instituto de Estudios Políticos.
21. Josserand, Louis. (2008). *teoría general de las obligaciones*
22. Kielmanovich Jorge, *Medios de Prueba*, Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot, 1993.
23. López, Jorge. (2001). *Teoría general sobre el principio de oralidad en el proceso civil*. Costa Rica: Editorial juricentro.
24. Morán, R. (2016) *Derecho procesal civil práctico y el código orgánico general de procesos, doctrina y práctica Tomo I*, Quito – Ecuador: Editorial Murillo.
25. Mosquera, Moisés, (2016) *La oralidad en el Código Orgánico General de Procesos*. Recuperado de <http://dspace.ucuenca.edu.ec/bitstream/123456789/23610/1/tesis.pdf>
26. Newman, Julio Cesar. (1999). *La Oralidad en el Procedimiento Civil y el Proceso por Audiencias*. Mérida: Editorial Arismeca,
27. PÁEZ, A, (2004) *El Nuevo Procedimiento Oral en los Juicios de Trabajo*. , Quito-Ecuador: Ediciones Legales.
28. Pico I Junoy, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, Editorial J.M. BOSCH.
29. Puleti, Ana. *Importancia actual de los principios del proceso civil*. En AAVV (PEYRANO, Director), *Principios procesales*. T.I, Rubinzal, Buenos Aires.
30. Ross Gámez, F. (2015). *Derecho Procesal de Trabajo*. México: Cárdenas Editor.
31. Rodríguez, José. (1984). *El Proceso Civil*. Caracas: Editorial J. Alva
32. Rodríguez, Miguel. (1995). *La Prueba en el Proceso Civil*.
33. Suntaxi, V. (2016), *La implementación de la oralidad en el procedimiento civil*. Recuperado de <http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/3941/1/T-UCCE-0013-Ab-230.pdf>
34. Véscovi, Enrique. (1975). *Modernas Tendencias de los Principios Procesales*. Venezuela. Caracas: Ediciones de la Contraloría General de la República
35. Von Mayr, Roberto, *Historia del derecho romano, Barcelona, 1926*
36. Vodanovic, Antonio. (1939). *Curso de Derecho Civil*.

37. Zavala B. (2002). *Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo III*. Guayaquil – Ecuador: Editorial Edino.
38. \_\_\_\_\_ (2016). *Código Orgánico General de Procesos COGEP notas de estudio 2016*. Guayaquil –Ecuador: Editorial Murillo.