

**Universidad Andina Simón Bolívar**

**Sede Ecuador**

**Área de Derecho**

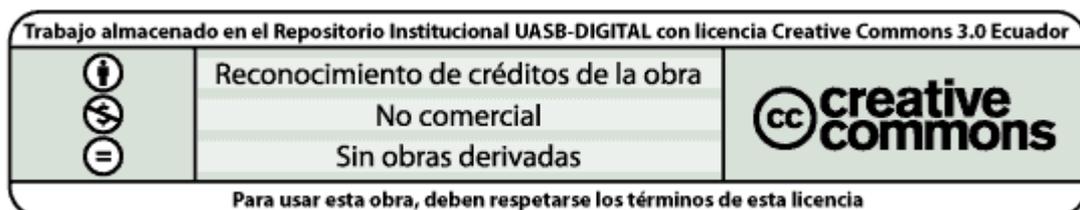
Programa de Maestría en Derecho Procesal

**Trasplante de la práctica de prueba testimonial civil  
adversarial al Ecuador**

Diego Francisco Yépez Garcés

Tutor: Pablo Alarcón Peña

**2015**



### **Cláusula de cesión de derecho de publicación de tesis**

Yo, **Diego Francisco Yépez Garcés**, autor de la tesis intitulada “**Trasplante de la práctica de prueba testimonial civil *adversarial* al Ecuador**”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de magister en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo, por lo tanto, la Universidad utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en formato virtual, electrónico, digital u óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Quito, 7 de Agosto de 2015

Firma.....

## Resumen - *Abstract*

La tesis inicia con la explicación de lo que es un trasplante jurídico y enmarca al lector dentro del ámbito del derecho comparado. Se utilizan modelos valorativos, contextuales y pragmáticos dentro de los cuales la tesis se divide en tres capítulos.

El trasplante del cual la tesis abarca su investigación, es la práctica de la prueba testimonial oral civil, tomando como referencia el sistema *adversarial* del cual se verifican varios rasgos característicos; el sistema está en pleno proceso de *trasplante* al Ecuador, con la aprobación del Código Orgánico General de Procesos del 2015.

En el primer capítulo, se abarca la dimensión valorativa del trasplante jurídico, se explica lo que es un trasplante jurídico y el tipo de sistema de comparación a utilizarse; luego se ubica al lector, de forma global, en los sistemas orales del Norte Global (EEUU y Europa) para explicar lo que significa un sistema oral *adversarial*. Esta dimensión valorativa incluye tres grandes críticas que se realizan al sistema *adversarial angloamericano*.

El segundo capítulo se ejecuta mediante el método contextual, ya que se especifican los tres elementos básicos de los cuales se compone la práctica de prueba testimonial en sistema *adversarial*, esto es: El examen directo (interrogatorio); el contra examen (contra interrogatorio) y la objeción; explicando al lector los objetivos básicos de cada elemento; al final un acápite explicativo de la *reina de las pruebas*, la declaración de parte (antes llamada Confesión judicial) y su práctica en sistema oral.

El tercer capítulo entrega al lector información en un contexto pragmático enfocado a la presencia del sistema oral *adversarial* en la legislación constitucional y en la legislación procesal; se verifican los elementos de la litigación oral *adversarial* existentes en el Código Orgánico General de Procesos aprobado el 22 de mayo de 2015, así como ciertos nudos críticos que se deben debatir, producto del trasplante.

Las notas finales exponen al lector la necesidad de seguir investigando los nuevos retos que del sistema procesal civil oral, una vez que se cambia de lo escrito a lo oral y de lo inquisitorio a lo *adversarial*.

*Para mi cómplice y amada*

*Gisela*

## AGRADECIMIENTOS

En una investigación de Maestría de la Universidad Andina Simón Bolívar, el sacrificio de realizar una investigación a nivel de los mejores Juristas Nacionales es un honor y un desafío; investigar, estudiar, analizar no es lo complicado, sino vencerse a uno mismo.

Gracias a las personas que hicieron posible lograr esta obra, fruto de un dulce esfuerzo. Inicio con el agradecimiento eterno y apoyo incondicional de mi amada esposa y editora Gisela Vaca Jaramillo, Madre de mis amados hijos Ricardo, Samuel y Benjamín, quien con su apoyo de colega, cómplice, cónyuge, amiga y amante, supo soportar largas horas de desvelo y ausencia; Gracias por el apoyo de mi amada Madre Mariam Garcés Barriga, mujer madura, incondicional, amorosa y fuerte, quien con su sabiduría me ha guiado en la vida.

Gracias a mi Maestro, Ricardo Vaca Andrade, sabio Padre político y Abuelo de mis amados hijos, quien con su inteligencia me muestra, constantemente, que la sencillez es la virtud más noble de los Grandes Hombres; Gracias a mi querida suegra, Gisela Jaramillo Vélez, quien ha sabido apoyar a nuestro Hogar con su amor y bendición.

Gracias al equipo de trabajo de Yepez&Asociados y de Litigación Oral Ecuador LOE: Gaby, Andre, Cristian, Carlink, Guadalupe y Andreita; Gracias a mi amigo, Esteban Dávalos Arroyo, quien siempre se une al caos exitoso. Gracias al equipo de instructores y colegas de LOE, Xavier Andrade y Diego Zalamea, por darme la oportunidad de aprehender de lo mejor que tiene el País en Litigación Oral.

Una agradecimiento especial a Pablo Alarcón, director de ésta Tesis, quien con su gran conocimiento guió de forma excepcional la investigación; gracias a Vanesa Aguirre, quien con su exigencia como docente y directora de la Maestría extingue mediocridades académicas.

Gracias a Dios por permitir se tan afortunado por contar con personas sabias e inteligentes en esta travesía académica y de vida.

## ABREVIATURAS

American Bar Association	ABA
Código Orgánico General de Procesos	COGEP
Código Orgánico Integral Penal	COIP
Código de Procedimiento Civil	CPC
Código Orgánico de la Función Judicial	COFJ
Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional	LOGJCC
Litigación Oral Ecuador	LOE
Constitución	Const.
Proyecto de Código Procesal Unificado	CPU
Centro de Estudio de Justicia de la Américas	CEJA

## ÍNDICE

	<b>Página</b>
<b>PRÓLOGO</b>	9
<b>INTRODUCCIÓN</b>	12
<b>Capítulo No.1.</b>	
<b>El sistema oral <i>adversarial</i> y la relación con el Ecuador</b>	17
1.1 ¿Qué es un trasplante jurídico?	
1.2 El debate de los sistemas orales del <i>Norte Global</i>	23
1.3 ¿Qué es un sistema oral <i>adversarial</i> ( <i>adversary system</i> )?	27
1.4 Tres críticas al sistema oral <i>adversarial</i>	34
1.4.1 El Juez excesivamente neutral	
1.4.2 Lo que importa es ganar	
1.4.3 El sensacionalismo del <i>contra-examen</i>	
<b>Capítulo No.2</b>	43
<b>Los tres elementos básicos de la práctica de prueba testimonial <i>adversarial</i> aplicable en el Ecuador</b>	
2.1 Tres elementos básicos en la práctica de la prueba testimonial civil <i>adversarial</i>	48
2.2.1 El examen directo	
2.2.2 El <i>contra-examen</i>	
2.2.3 Las objeciones	
2.2 La práctica de la declaración de parte en el sistema oral <i>adversarial</i>	75
2.2.1 La forma del interrogatorio de la declaración de parte	
2.2.2 La pérdida de vigencia de la declaración de parte <i>ficta</i>	
<b>Capítulo No.3</b>	84
<b>La práctica de la prueba testimonial oral <i>adversarial</i> en el sistema jurídico ecuatoriano</b>	
3.1 La prueba testimonial oral <i>adversarial</i> en la normativa constitucional	85
3.2 La prueba testimonial oral <i>adversarial</i> en la normativa procesal	88
3.3 La práctica de prueba testimonial en el Código Orgánico General de Procesos	99
3.4 Algunos nudos críticos del COGEP	111
<b>NOTAS FINALES</b>	121
<b>BIBLIOGRAFIA</b>	124
<b>Anexos: Proyecto “Litigación Oral Ecuador”</b>	128



## PRÓLOGO

Una contienda judicial es una guerra; Sun Tzu decía sabiamente: *Si eres capaz de ver lo sutil y de darte cuenta de lo oculto, irrumpiendo antes del orden de batalla, la victoria así obtenida es una victoria fácil*. En efecto, el darse cuenta de aquello, que parece imperceptible, será tal vez la diferencia entre ganar o perder contienda.

Al iniciar mi práctica profesional como pasante de un Juez de lo Civil en la ciudad de Quito, aquél anhelo de practicar el derecho como el séptimo arte, en el que abogados litigan en elegantes estrados, realizan una serie de preguntas inteligentes a testigos propios y hostiles; ganando los Juicios de forma triunfal, se convirtió más bien en una mera expectativa.

La vida, con sus inesperadas agitaciones, me llevó a practicar profesionalmente en el sistema procesal penal, del cual me llevé gratas impresiones; en esa materia el derecho cobra cierta vida. El sistema procesal penal ecuatoriano se presentó de una forma más dinámica en cuanto a su práctica ejercicio, gracias a la oralidad que desarrolla.

Fue en el año 2012 cuando tuve la oportunidad de estar involucrado directamente en la reforma procesal civil más importante de toda la historia del Ecuador, que de forma ambiciosa, pretendía cambiar el sistema caduco y muerto que regulaba el Código de Procedimiento Civil; a un sistema vivo y dinámico en el inicial proyecto denominado Código Procesal Unificado que fuere presentado por el Centro de Estudio de Justicia de las Américas CEJA al Consejo de la Judicatura en Transición.

Luego de una serie de cambios y debates en el seno de la Corte Nacional y Asamblea Nacional, el 22 de mayo de 2012 se cristalizó aquel proyecto a una palpable realidad, aprobándose el Código Orgánico General de Procesos que cambiaba el sistema procesal civil en 180 grados, y que ciertamente migró de un sistema inquisitorio escrito, a un sistema oral *adversarial* con ciertas *transmutaciones*<sup>1</sup> al momento de la implantación en el sistema procesal ecuatoriano.

Al nombrar al sistema procesal civil ecuatoriano como *inquisitorio* es por los rasgos existentes en la ley adjetiva civil en relación a la prueba testimonial.

---

<sup>1</sup> López Medina, Diego. 2004. La teoría impura del derecho. Bogotá: Editorial Legis, p.22

Desde los inicios del procedimiento civil hasta la fecha, las partes se someten a las actuaciones del Juez con la prueba viva, necesitando la intermediación del Juez para practicarla, y quien además decide las preguntas que se le van a preguntar tanto a partes como a testigos, sin existir objeciones de por medio. El Inciso segundo del Art. 219 del CPC<sup>2</sup>, mantiene estas facultades inquisidoras<sup>3</sup> del Juez en relación a la prueba viva que resta la capacidad de las partes para dirigir su prueba testimonial.

Al efectuar éste cambio radical de sistema procesal, al sistema oral *adversarial*, 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 por el Ecuador en materia procesal civil. Pero, ¿qué es un sistema *adversarial*? Para responder éste cuestionamiento, se hace indispensable estudiar su origen y naturaleza para luego entender el *trasplante* de éste sistema oral de raíz angloamericana y la adaptación, cambios o transmutaciones que ha sufrido en nuestro sistema procesal local.

El sistema *adversarial* proclama la vigencia absoluta de la prueba viva, mediante la cual, la prueba documental o pericial cobran sentido y contexto ante los ojos de Juez, quien debe resolver el Juicio en el acto. 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. La práctica de la prueba testimonial *adversarial* es un nuevo horizonte para los abogados en materia procesal civil; es una oportunidad para mejorar nuestra cultura jurídica, siempre cubierta por las limitaciones del sistema escrito. Éste es el objeto de ésta tesis: conocer la forma mediante la cual el trasplante jurídico de la práctica de la prueba testimonial oral civil *adversarial* se encuentra regulada en nuestro sistema procesal ecuatoriano.

La palabra *trasplante* no es común para la ciencia del Derecho aplicada en el Ecuador; pero es sin duda, una herramienta esencial del Derecho Comparado, de

---

<sup>2</sup> Art. 219 inciso segundo " ...Enseguida el Juez determinará, según la demanda, la contestación y los demás antecedentes del proceso, las preguntas que debe satisfacer el testigo de entre las formuladas por las partes; y hará él mismo las indagaciones e interrogaciones pertinentes, con interés y minuciosidad[...]

<sup>3</sup> 3. m. Hombre que hace indagación de algo para comprobar su realidad y sus circunstancias. <http://lema.rae.es/drae/?val=inquisidor>

obligatorio entendimiento, cuando se quiere implantar e implementar instituciones jurídicas que provienen de otros lugares del planeta a un sistema local. Está claro que el sistema oral *adversarial* no es propio del Ecuador, y que su práctica ha sido difundida de forma mayoritaria en materia penal, pero ahora, con la globalización de la que el mundo es principal cliente, los sistemas procesales civiles no han sido la excepción. En el Ecuador se acaba de poner en vigencia un Código en materia procesal civil que aplica el sistema oral *adversarial* en todas las materias no penales, de forma avanzada, inclusive más aún que en materia procesal penal, pero: ¿Sabemos cuales son las más severas críticas al sistema *adversarial* en su lugar de creación? ¿Conocemos los elementos básicos de la práctica de prueba testimonial *adversarial* aplicado de forma genérica en otros lugares del mundo?

En necesario conocer la información básica de la práctica de prueba testimonial *adversarial* desde su génesis conceptual, pasando a los elementos básicos de su práctica procesal, terminado en su aplicación, existencia y nudos críticos al aplicarse en el sistema procesal ecuatoriano.

Lastimosamente la teoría tiene un límite cuando se trata de litigación oral; las palabras y los libros llegan a cierto nivel; las exposiciones magistrales llenan hasta un punto el conocimiento de sistemas orales; en efecto, la práctica de prueba testimonial oral civil se queda corta en los libros. Para saber litigar de forma oral, se debe practicar de forma real, por lo que anticipo que esto fue un problema que la teoría no logró resolver; como resultado de esas limitaciones, desarrollé un modelo de gestión educativo aplicado a la litigación oral procesal civil, a fin de completar éste vacío que la teoría me dejaba. La creación de un proyecto que ejecute ejercicios y técnicas de litigación oral es necesario, por lo que ésta investigación tiene la particularidad de que, no solo se quedó en palabras, sino en hechos. De ésta tesis no solo emerge una investigación escrita, sino que da lugar al nacimiento del proyecto: Litigación Oral Ecuador, ya en operación.

# INTRODUCCIÓN

*El estudio de una disciplina cosmopolita no  
implica el rechazo de la sabiduría local<sup>4</sup>*

William Twining

El título de ésta investigación inicia con una palabra *sui generis*: *Trasplante*, lo que merece una explicación inicial. Imaginarnos las ciencias médicas en el intercambio de órganos humanos entre humanos, ayuda a figurar metafóricamente, el sentido del verbo trasplante. La diferencia de ésta metáfora de la medicina, aplicada a las ciencias del Derecho, implica analizar una serie de variantes que *determinan el comportamiento jurídico de una sociedad ante una institución jurídica nueva y su relación con otros sistemas extranjeros*<sup>5</sup>, en pocas palabras, se trata de una aplicación práctica del derecho comparado<sup>6</sup>. Según WATSON, el Derecho Comparado es una disciplina intelectual que investiga *la naturaleza del derecho y su desarrollo normativo*<sup>7</sup>.

El sistema procesal civil ecuatoriano está atravesando uno de los mayores cambios (*por no decir la mayor transformación*) de su historia. Cambiamos de un proceso escrito a uno de tipo oral y de una practica inquisitoria a una *adversarial*. De esto se tratan los trasplantes jurídicos. Es necesario entender el desarrollo normativo que genera la influencia de una determinada institución jurídica formada y practicada en otras latitudes con otras costumbres, en sistemas locales que tienen ciertas características y que sufren cambios al aplicarlas de forma pragmática.

El Derecho debería observarse desde una óptica global si se quiere entender su desarrollo normativo<sup>8</sup>. La visión integral del Derecho es parte esencial de los estudios académicos comparados que analizan instituciones jurídicas trasplantadas. Actualmente dejaron de estar en vigencia esos procesos colonizadores dentro de los cuales se imponían legislaciones enteras en culturas extrañas. El conocimiento global del derecho puede otorgar ciertas herramientas al momento de realizar un trasplante

---

<sup>4</sup>William Twining, *General Jurisprudence – Understanding Law from a Global perspective*. (New York: Cambridge University Press, 2009), Prefacio. **De la traducción del ingles:** *A Cosmopolitan discipline does not imply to neglect of local knowledge*.

<sup>5</sup>Twining, *General Jurisprudence*, 4.

<sup>6</sup>Alan Watson, *Legal transplants an approach to comparative Law*. (Atenas: The University of Georgia Press, 1974), 7.

<sup>7</sup>Watson, *Legal transplants...*, 6.

<sup>8</sup>Alan Watson es enfático al afirmar que: *"In any general or introductory work, this type of relationship (the use of Common) should have pride of place"* (Traducción: *En cualquier trabajo general o introductorio, este tipo de relacion es de uso propio de cada lugar.*)

que impidan, en lo posible, cometer errores al momento de concretar normas, modelos, organizaciones o instituciones jurídicas en un Estado.

El análisis de los trasplantes desde un enfoque de Derecho Comparado se hace posible cuando existe una relación entre dos sistemas jurídicos<sup>9</sup>, lo cual nos lleva necesariamente a observar la historia procesal reciente del Ecuador como un punto de partida esencial y el nexo con otras legislaciones o modelos jurídicos que influyen en el sistema receptor<sup>10</sup>. La explicación comparada de un sistema, institución, norma, jurisprudencia o doctrina que ubique en el tiempo y en el espacio al objeto escogido de comparación, es acercarse de forma real y técnica a la institución objeto de estudio<sup>11</sup>.

El desarrollo normativo es un fenómeno cercano a la globalización<sup>12</sup>. *Así el discurso estándar pierde de vista que el derecho viaja también a través de comerciantes, refugiados, inmigrantes, legales e ilegales, misiones, juristas, académicos, colonizadores y estudiantes*<sup>13</sup>. Este intercambio en general provoca la existencia de *importaciones y exportaciones* de instituciones, normas, modelos y teorías jurídicas<sup>14</sup> en sistemas procesales del Estado. La corriente de información, que provoca reformas en diferentes ordenamientos jurídicos, son *trasplantes jurídicos*. Los trasplantes han sucedido entre diferentes instituciones del Derecho, durante toda la historia conocida por el ser humano,<sup>15</sup> y se definen como *el movimiento de una regla o sistema de leyes de un país a otro o de una persona a otra*<sup>16</sup>.

Las técnicas de litigación oral, la práctica de prueba testimonial, los modelos de gestión, las regulaciones normativas, las teorías jurídicas, las ideologías, entre otros, son parte del proceso del movimiento y desarrollo normativo que tienen los sistemas jurídicos latinoamericanos en la actualidad<sup>17</sup>. Este intercambio normativo ha provocado la existencia de sistemas jurídicos receptados o en proceso de recepción. *El aislamiento de los ordenamientos jurídicos ha sido la excepción*<sup>18</sup> y el Ecuador no es un sistema jurídico aislado del mundo ni ajeno al fenómeno de la globalización.

---

<sup>9</sup> Watson, *Legal transplants...*, 7.

<sup>10</sup> López Medina, Diego. 2004. La teoría impura del derecho. Bogotá: Editorial Legis, pag. 15

<sup>11</sup> Daniel Bonilla Maldonado, *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos*. (Bogotá: Siglo de hombre editores, 2009), 9.

<sup>12</sup> Twining, *General Jurisprudence...*, 13-18.

<sup>13</sup> Daniel Bonilla Maldonado, *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos*. (Bogotá: Siglo de hombre editores, 2009), 16.

<sup>14</sup> Bonilla, *Teoría del derecho...*25.

<sup>15</sup> Watson, *Legal transplants an approach to comparative Law* The University of Georgia Press, Atenas, 1974, 21.

<sup>16</sup> Watson, *Legal transplants...*, 21.

<sup>17</sup> Bonilla, *Teoría del derecho...*,13

<sup>18</sup> Bonilla, *Teoría del derecho...*,11

Con la premisa antes mencionada y tomando en cuenta que la investigación se estructura desde el enfoque comparado, se debe seleccionar un objeto o institución jurídica que posiblemente sea materia de trasplante jurídico. En el presente caso, hemos escogido a la **práctica de prueba testimonial oral civil como institución en pleno proceso de trasplante al Ecuador**. El análisis del trasplante parte desde un modelo de comparación, esto quiere decir, desde una metodología que se ajuste al objetivo buscado y que dentro de la doctrina latinoamericana presenta los modelos contextual y pragmáticos de comparación<sup>19</sup>.

Al analizar la prueba testimonial oral civil en proceso de trasplante al Ecuador, se puede ver una influencia notoria del sistema de prueba testimonial del sistema oral *adversarial* (*adversary system*) angloamericano como a continuación se verificará. La prueba testimonial oral del Ecuador, dentro del marco constitucional vigente, cobra vigencia desde el año de 1984<sup>20</sup>. No obstante, se materializa definitivamente en todas las materias de tipo no penal con la aprobación del COGEP.

Existen varios cuestionamientos que se realizan respecto al análisis de trasplante de prueba testimonial oral civil de sistema adversarial, tales como: *¿Qué es un sistema oral adversarial? ¿Qué críticas tiene el sistema adversarial en su lugar de aplicación? ¿El sistema adversarial de práctica de prueba testimonial del proceso penal se puede (o debe) aplicar de forma similar en materia procesal civil? ¿Nuestro marco Constitucional es compatible con el sistema adversarial de litigación?* Hay que tener cuidado.

No todo sistema o institución procesal se acopla exactamente a una realidad específica en un contexto constitucional y en la cultura jurídica. Los Estados y sus habitantes tienen una serie de costumbres y culturas que obligan a cualquier modelo, institución, sistema normativo u similar, a ser modificado a la realidad local, lo que en palabras de LOPEZ MEDINA son las denominadas *transmutaciones*<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> Watson, *Legal transplants ...*, 3. Watson afirma que no puede existir una sistematización en el Derecho Comparado dada su complejidad. Por otro lado, Daniel Bonilla sí hace una sistematización en la cual ofrece los modelos valorativos, contextuales y pragmáticos. Como fue explicado en líneas anteriores, no vamos a entrar en un debate de teorías comparadas, sino aplicar aquella que más se ajusta a nuestra realidad latinoamericana. Watson inclusive nombra la existencia de disciplinas dentro del Derecho comparado como: Descriptive comparative Law, Comparative History of Law, Comparative Legislation, Comparative Nomoscopy (Descripción del sistema), Comparative Nomoethics (Méritos del sistema), Comparative Nomegenetics (Desarrollo del pensamiento jurídico mundial).

<sup>20</sup> Las referencias histórico procesales esta referidas en el capítulo III

<sup>21</sup> López Medina expone lo que denominado *catalogo de transmutaciones de Bloom*, en el cual se hace una explicación de los modos de transformación utilizados en la literatura inglesa, acoplados a la ciencia del Derecho; estas son: *clinamen*, *tessera*, *kenosis*, *daimonización*, *akésis*, *apófrades*. López Medina, Diego. 2004. La teoría impura del derecho. Bogotá: Editorial Legis, pag. 53-58.

La prueba testimonial en sistema oral es, posiblemente, la única forma (*que personalmente conozco*) para que la prueba judicial cobre vida en juicio. El Juez, las partes y los testigos, (*Entiéndase como prueba testimonial a las partes, peritos, interpretes, y cualquier ser humano que declare ante un Juez o Tribunal*), son personajes necesarios para que una audiencia de juicio oral se realice, sin importar la materia. Este desenvolvimiento dialéctico que se presenta en un juicio oral entre el Juez, las partes y los testigos junto a la práctica de prueba testimonial materializada en el intercambio de preguntas, entre partes y testigos, genera información oficial. Esto es debidamente valorado en derecho y constituye una prueba válida para que un Juez o tribunal dicte sentencia.

El Ecuador tiene una reciente aplicación práctica de prueba testimonial de sistema oral *adversarial* (materia penal) en relación al sistema procesal angloamericano, cuyo uso es aplicado en materias civiles y penales desde hace un par de siglos por lo menos. El proceso de reforma procesal civil en Latinoamérica y Ecuador ha cobrado una fuerza que al parecer no piensa detenerse. Como veremos en el desarrollo de la tesis, la influencia en Latinoamérica del sistema anglo americano, dentro del ámbito adjetivo, es evidente.

En la historia Constitucional del Ecuador, la prueba testimonial es enunciada desde la Carta Magna de 1984. Se la desarrolla de manera técnica en el año de 1998, período en el cual se establece la práctica de los medios de prueba mediante sistema oral. Inicia la implementación del sistema oral en el sistema judicial ecuatoriano, cuya consolidación absoluta se forma con la Constitución del año 2008. La tendencia constitucional, que tiene una clara intención del legislador constituyente desde el año de 1984 hasta la actualidad, dogmatiza en el sistema procesal de administración de justicia, la sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias mediante el *sistema oral*<sup>22</sup>. ¿Pero qué sistema oral? La Constitución, como es lógico, no establece o normativiza el tipo de sistema oral a ser adoptado, por lo que se puede entender que se debe adoptar un sistema de litigación diferente al vigente al momento del mandato constitucional, lo que conlleva, como observamos en líneas anteriores, realizar un trasplante jurídico.

La historia procesal del sistema oral civil en el Ecuador no ha tenido un desarrollo tan evolucionado en comparación a materia penal. Ramas del Derecho tales como niñez y laboral han tratado de implementar sistemas orales que

---

<sup>22</sup> Constitución del Ecuador 2008. (Registro Oficial 449 de 20-oct.-2008), artículo 168, numeral 6.

prácticamente son más escriturales que verdaderamente orales. Con la aprobación del COGEP la práctica de la prueba testimonial, entre otros cambios radicales, se torna piedra angular del propio sistema procesal en el Ecuador. El desarrollo normativo será analizado desde la práctica de la prueba testimonial observando el contexto dentro del cual se enmarca el examen directo, el contra examen, las objeciones y la declaración de parte en sistema oral, que implanta de forma generalizada la litigación oral *adversarial* civil en el Ecuador. Según el informe para segundo debate del Código General de Procesos de 11 de febrero de 2015 de la Comisión de Justicia y Estructura del Estado de la Asamblea Nacional del Ecuador afirma que *uno de los mayores cambios es la prueba testimonial*<sup>23</sup>. Es inminente la reforma integral del sistema procesal civil y, por ende, de la prueba testimonial y su práctica en juicio.

Esta investigación pretende ser la aplicación práctica de un sistema de comparación jurídico, con variantes contextuales y pragmáticas, que identifiquen el desarrollo normativo del trasplante de la prueba testimonial oral civil en el sistema procesal ecuatoriano. Se utilizará la estructura del debate estándar<sup>24</sup> latinoamericano, propuesto por Bonilla que involucra tres elementos básicos de comparación: relación de los agentes, relación del objeto transferido y dinámica del trasplante. Conuerdo con este autor en el sentido de que el Derecho Comparado contemporáneo tiene varios elementos que deben ser observados en relación a las realidades locales de cada lugar, a fin de *no parecer más interesados en discutir con los investigadores estadounidenses y europeos sobre sus productos antes de debatir entre nosotros mismos sobre los nuestros*<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> Informe para 2do debate del COGEP, 11 febrero 2015, pag. 21

<sup>24</sup> Bonilla Maldonado, Daniel *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos*, Siglo de hombre editores, 2009, Bogotá, pag. 11-20

<sup>25</sup> Bonilla Maldonado, Daniel *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos*, Siglo de hombre editores, 2009, Bogotá, pag. 35.

# CAPÍTULO PRIMERO

## EL SISTEMA ORAL ADVERSARIAL Y LA RELACIÓN CON EL ECUADOR

### 1.1 ¿QUE ES UN TRASPLANTE JURÍDICO?

Como se mencionó en la introducción, al momento de pretender analizar un trasplante jurídico desde un contexto contemporáneo, es imposible desmembrarse de un análisis globalizado que el Derecho tiene en la actualidad. La idea de una doctrina legal Globalizada es una realidad<sup>26</sup>. Esta afirmación anotada de TWINNING, entiende a la globalización del Derecho, no solo como cuerpos normativos exportándose e importándose de un lugar a otro, sino como un fenómeno mundial. Este ejerce una conexión en constante flujo entre derecho, sociedad e ideologías y se materializa mediante trasplantes jurídicos.

Comparatistas canónicos aseguran que el Norte Global (anglo – europeo), desde una perspectiva latinoamericana:

*[...]ha efectuado contribuciones en normas y desarrollo, estructurando puntos de vista instrumentalistas de leyes y modelos de gestión sociales; afirmando que el etnocentrismo asume una superioridad y conveniencia de ideas e instituciones Americanas; desvalorizando tradiciones, costumbres y normas religiosas locales. Sería ingenuo asumir que la élite legal académica mundial, naturalmente, va a favorecer los intereses de los más pobres por encima de los ricos<sup>27</sup>.*

Los trasplantes jurídicos sufren una primera grave crítica en cuanto a su aplicación. El etnocentrismo. Según HAACK, el etnocentrismo es asumir que ciertos valores y principios morales son superiores a otros a quienes son transmitidos<sup>28</sup>. La influencia de culturas denominadas *centrales* tiende a querer establecer normas y

---

<sup>26</sup> William Twining, *Globalization and Legal Theory*. (Londres: Butterword and Evanston, 2000), 129.

<sup>27</sup> Twining, *General Jurisprudence...*, 345.

<sup>28</sup> Susan Haack, *Evidence and Inquiry: towards Reconstruction of Epistemology*. (Oxford: Blacwell, 1993)149.

sistemas jurídicos gracias al *etnocentrismo*; ésta tendencia o realidad antropológica obligan a otras circunscripciones a adherirse a un tipo de pensamiento específico. No obstante, a veces ese criterio *etnocentrista* puede estar equivocado.

Para exponer un ejemplo, citado por Twining, observemos la fuerte crítica que realiza Thomas Poggue a la obra *La Ley del Pueblo*<sup>29</sup>, de su mentor Jhon Rawls<sup>30</sup>, famoso por su más célebre obra *La Teoría de la Justicia*<sup>31</sup> (1971); ésta crítica se basa del pupilo de Rawls quien cuestiona la forma mediante la cual en la Teoría del Justicia se observa un postulado ideológico prácticamente conservador, y luego, en otra obra del mismo autor Rawls denominada, *La Ley del Pueblo*, cambia dicho postulado conservador a uno liberal.

El etnocentrismo es un elemento del que hay que tomar precauciones. Twining<sup>32</sup> hace una referencia de la influencia en el mundo jurídico de la *Teoría de la Justicia* del autor Rawls y su cambio de pensamiento en una obra posterior. Teorías canónicas de autores como Rawls, en muchas ocasiones, estimulan a los administradores de justicia adoptar a rajatabla lo que un autor piensa, elevando dicho pensamiento a doctrina, en vez de observarlo como un punto de vista académico, como debería ser percibido cualquier producto de la academia; no siempre un autor, por más canónico que se lo considere, tiene todas las veces la razón.<sup>33</sup>

Twining critica un postulado etnocentrista de ésta naturaleza, en el hecho de que no se observa una correlación de ideas y pensamiento concordante con lo que se postula, siendo aquello una influencia grave en el mundo del Derecho. El *etnocentrismo* parte de una realidad en donde los más ricos, poderosos y fuertes someten sus ideas, que parten de un contexto territorial e histórico específico, hacia el resto de Estados, personas, o culturas que deben someter sus ideas o pensamientos a ideas *superiores* cuya discusión está vetada para los inferiores<sup>34</sup>. Los trasplantes jurídicos son herramientas que el *etnocentrismo* utiliza para implantarse en diferentes Estados.

---

<sup>29</sup> Jhon Rawls, *Law of Peoples*. (Cambridge: Harvard University Press, 1999). EN: Twining, *General Jurisprudence*,159-161.

<sup>30</sup> La *Teoría de la Justicia* del autor norteamericano Jhon Rawls, no solo es un texto obligatorio en varios lugares del mundo dentro de facultades de Derecho, sino que su influencia mundial es visible. Dicha obra ha estimulado aproximadamente 5.000 artículos, libros y ha sido traducida a más de 20 idiomas. Este tipo de datos solo nos pueden mostrar la influencia global que tiene un autor de un sistema central de producción jurídica. Twining, *General Jurisprudence*...,161.

<sup>31</sup> John Rawls, *A Theory of Justice*. (Cambridge: Harvard University Press, 1971).

<sup>32</sup> Es así como Twining identifica a Rawls como un norteamericano que vivió prácticamente toda su vida en los EEUU. Se trata de un hombre de tradición conservadora, puritana, americana progresista, cuyas ideas se basan en la historia constitucional norteamericana más que en experiencias de otras democracias. Twining, *General Jurisprudence*...,161.

<sup>33</sup> Twining, *General Jurisprudence*...,161.

<sup>34</sup> Twining, *General Jurisprudence*...,158.

El *etnocentrismo* es preocupante pero real. Resulta un término que indica el predominio de una cultura legal sobre otros Estados de Derecho. La tendencia Latinoamericana de implantar sistemas procesales anglosajones y normas sustantivas europeas<sup>35</sup> tiene varias fuentes y hechos históricos que confirman dicha afirmación. Los sistemas *adversariales* anglosajones, adornados con el impacto de Hollywood, causan impresión en el ciudadano medio latinoamericano, pero el sistema *adversarial* es seriamente cuestionado en su propia circunscripción de práctica profesional. Existen críticas incisivas, como la de KUBICEK, que tachan con calificativos negativos a un sistema procesal donde lo único que importa es ganar<sup>36</sup>: *falsedad, mentira, ambigüedad, mañosería, confusión, engaño, deshonestidad, decepción y hasta posible perjurio*, son apelativos que se pueden encontrar en aportes académicos críticos al sistema procesal oral *adversarial* norteamericano<sup>37</sup>.

El análisis que nos brinda la jurisprudencia<sup>38</sup> o doctrina legal, que se presenta en abstracto, es indispensable cuando se pretende entender la conexión, transformación y asimilación, en concreto, de un trasplante jurídico. La importancia de conocer el derecho desde una perspectiva global, provoca un análisis comparado complejo. En ésta investigación será el estudio del trasplante de la práctica de prueba testimonial oral civil del sistema *adversarial* angloamericano hacia el Ecuador, desde una perspectiva crítica de la tendencia mundial y la realidad contextual local aplicado en el COGEP.

La palabra trasplante, comúnmente utilizada en las ciencias médicas es idónea a la hora de aplicarla también como una expresión en el derecho; el significado se deriva del derecho comparado. WATSON, uno de los autores más representativos en el estudio de trasplantes jurídicos, los define como: “*El movimiento de una regla o sistema de leyes, de un país a otro, o de una persona a otra*” Según el autor, los trasplantes jurídicos son: “*fenómenos comunes ocurridos a los largo de la historia conocida por el ser humano*”<sup>39</sup>.

Los trasplantes en el sistema legislativo del Ecuador se han observado desde un enfoque tradicional, vertical o simple; encontrar críticas acérrimas en las que ubican al Ecuador como un Estado receptor o importador de proyectos

---

<sup>35</sup> Bonilla, *Teoría del derecho*...,13

<sup>36</sup> Theodore Kubicek, *Adversarial Justice Americas Court System on trial*, Algora, Nueva York, 2002.

<sup>37</sup> Kubicek, Theodore *Adversarial Justice, Americas Court System on trial*. (Nueva York: Algora, 2002), 2.

<sup>38</sup> Twining, *General Jurisprudence* ..., 8. Este autor tomó a la jurisprudencia y teoría legal como sinónimos, mientras que la filosofía del derecho sería otra parte de la Ciencia del Derecho en su versión más abstracta.

<sup>39</sup> Watson, *Legal transplants*..., 21.

transnacionales de normas, que mediante la aprobación de Leyes, en su dinámica de imitación de ordenamientos jurídicos centrales, pretende solucionar problemas aislados en la administración de justicia, utilizar parches, copiar diferentes ordenamientos y mimetizar postulados doctrinarios que muchas veces no están acorde a nuestra realidad jurídica ni social.

Este tipo de críticas nos deja notar la existencia de un análisis simplista proveniente de un modelo escueto de comparación. Lo anterior quiere decir que, siguiendo a BONILLA, se hace necesario efectuar una análisis comparado completo, que permita tener herramientas que analicen valorativamente una problemática, ubicarla en el contexto de la institución a nivel global, y efectuar un ejercicio pragmático de inserción en el nuevo sistema receptor. La existencia de dos modelos contemporáneos de comparación (simple y complejo) se utilizan para conocer de forma adecuada el alcance de un trasplante y concluir si se está acoplado de forma adecuada en el sistema receptor; ante la existencia de dos modelos distintitos de comparación, expongo las diferencias:

<b>Elemento</b>	<b>Modelo simple</b>	<b>Modelo complejo</b>
<b>Relación de los Agentes</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Importador y exportador identificables. Gobiernos.</li> <li>- Exportador más desarrollado que importador</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Generadores de bienes jurídicos no identificables: Academia, migrantes, ONG´s, juristas, colonizadores, estudiantes, refugiados, misioneros, etc.</li> <li>- No siempre son legislaciones dependientes</li> <li>- Sistemas jurídicos desarrollados también importan normas</li> <li>- Trasplantes se dan en distintos niveles. Ex. Estado – Multinacionales.</li> </ul>
<b>Relación con objeto transferido</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Objeto trasplantado no sufre cambios en receptor</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- No solo se trasplantan normas. Viajan también: Diseños institucionales, formas de redacción, ideologías, modelos teóricos</li> </ul>

		<p>normativos y descriptivos, métodos de enseñanza, estructuras curriculares.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Normas trasplantadas cambiadas constantemente en sitios de recepción. Ex. Ronald Dworking.</li> </ul>
<b>Dinámica del trasplante</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Intercambio entre exportador e importador de una sola vía</li> <li>- Derecho recibido reemplaza derecho existente</li> <li>- Promulgación formal normas en tiempos ya determinados</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Trasplante va en doble vía, importador exportador</li> <li>- Regulaciones del sistema jurídico receptor (marco constitucional) que limitan objeto transferido</li> <li>- Movimientos de resistencia: marginan, contienen, transforman</li> <li>- Indeterminación del momento de trasplante</li> </ul>

Fig. 1: Cuadro analítico del texto de Daniel Bonilla<sup>40</sup>

Las variables que presenta la globalización del Derecho obligan a tomar en cuenta los elementos que el modelo complejo de comparación ofrece. Desde la tendencia latinoamericana, los autores del derecho comparado más representativos de la región<sup>41</sup> consideran como una necesidad imperiosa, “*entender conjuntamente las causas, características y dinámicas de un fenómeno fundamental para los ordenamientos jurídicos contemporáneos: la globalización de una interpretación neoconstitucionalista del derecho*”<sup>42</sup>.

Un ejemplo de trasplante mediante modelo simple se suscitó en el Ecuador cuando, en el Gobierno de Lucio Gutiérrez, nuestro país suscribió con el Fondo Monetario Internacional la Carta de Intención del 10 de febrero de 2003, dentro de la cual el Estado ecuatoriano se obligaba a efectuar reformas en su ordenamiento, previo el desembolso de créditos, de la siguiente forma:

1. Emitir reglamentación debatida con el personal técnico del FMI, para la ejecución de la Ley Orgánica de Responsabilidad, Estabilización y Transparencia Fiscal.

<sup>40</sup> Bonilla, *Teoría del derecho...*, 14-20

<sup>41</sup> Daniel Bonilla et al, *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos*. (Bogotá: Siglo de hombre editores, 2009), p.45. Alejandro Aponte, Rodolfo Arango, Manuel José Cepeda, Diego López Medina.

<sup>42</sup> Bonilla, *Teoría del derecho...*, 35

2. *Presentación al Congreso, con carácter urgente, de un proyecto de ley para transferir el control de la administración aduanera al SRI.*
3. *Emitir reglamentación, debatida con el personal técnico del FMI y congruente con los objetivos del programa, de la ley de turismo, a fin de evitar la creación de nuevos escudos tributarios.*<sup>43</sup>

Este tipo de trasplantes en modelo simple fue una realidad en el Ecuador, sin perjuicio de otros criterios o pasiones políticas. Imponer este tipo de acciones legislativas abruptas, previo un desembolso de dinero, a fin de “estandarizar” ciertos esquemas formales internacionales, resultaron muchas veces nefastos para la seguridad jurídica del Ecuador. Los trasplantes jurídicos se ejecutaban sin saber qué era lo que estábamos haciendo y de qué forma las instituciones iban a implantarse en el sistema legal.

El derecho comparado y la teoría de los trasplantes jurídicos conllevan una serie de variables que implican un elevado nivel de investigación. Se han incorporado, como afirma GARGARELLA, una *batería conceptual* de palabras poco usuales dentro del lenguaje jurídico, ya complicado *per se*, como: *recepción, transmutación, trasplante, mimesis, influencia, cadenas traslaticias*<sup>44</sup>, *clinamen, tessera, kenosis, daimonización, akésis, apófrades*<sup>45</sup>, entre otras. El derecho comparado tiene una complejidad técnica al momento de hacer un análisis comparativo de teorías, instituciones, normas o modelos de gestión transnacionales aplicadas a realidades locales y que fueron efectuadas no solo por gobiernos, sino por la *academia, migrantes, ONG's, juristas, colonizadores, estudiantes, refugiados, misioneros, etc.*<sup>46</sup>

Esta investigación no pretende ser un texto que descubra una nueva teoría en el debate comparatista latinoamericano, ni tampoco entrar a discutir cuánto *etnocentrismo* se nos ha aplicado. Sin embargo, un análisis simplista sería anti técnico. El objetivo es conocer el desarrollo normativo del trasplante de la práctica de la prueba testimonial oral civil y la transformación estructural que se produce al integrarse al sistema procesal ecuatoriano de forma contextual y pragmática con un

---

<sup>43</sup> Carta de intención firmada por el economista Mauricio Yépez, presidente del Banco Central del Ecuador y economista Mauricio Pozo, Ministro de Economía y Finanzas. Quito, Ecuador. 10 de febrero de 2003. [https://byronvillacis.files.wordpress.com/2015/01/carta\\_fmi\\_2003.pdf](https://byronvillacis.files.wordpress.com/2015/01/carta_fmi_2003.pdf) (Consultado: 9 febrero 2015 02h28).

<sup>44</sup> Bonilla Maldonado, Daniel *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos*, Siglo de hombre editores, 2009, Bogotá, pag.33

<sup>45</sup> López Medina, Diego Eduardo, *La teoría impura del derecho*, Bogotá: editorial Legis /2004, pag. 55-57

<sup>46</sup> Cfr. Bonilla Maldonado, Daniel *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos*, Siglo de hombre editores, 2009, Bogotá. P. 14

modelo *adversarial* de litigación, relacionando dicho trasplante con el marco constitucional vigente en el Ecuador y la aplicación del mismo en el COGEP.

## 1.2 EL DEBATE DE LOS SISTEMAS ORALES DEL NORTE GLOBAL

Los sistemas procesales en Latinoamérica y España sufrieron una reforma generalizada desde la década de los años 80's y 90's; sus reformas no fueron coincidentes. Las reformas del sistema procesal penal correspondieron a una política transnacional liderada por los Estados Unidos de Norteamérica para fortalecer los sistemas penales en su guerra contra la droga y los mercados negros<sup>47</sup>. Esto aparece en el informe que se realizó en el cambio de modelo procesal penal en Colombia *Andes 2020*.

Existieron Organizaciones No Gubernamentales, en coordinación con la embajada de los Estados Unidos, que financiaron, capacitaron e impulsaron diferentes propuestas y proyectos de Ley para el debate legislativo de manera activa. De esta manera, los sistemas procesal penales sudamericanos y sus operadores de justicia efectuaron reformas radicales en sus sistemas de litigación penal, trasplantando el sistema oral *adversarial* acusatorio angloamericano a Latinoamérica en cuanto a la forma de practicar la litigación oral. Cuantificar la influencia real del sistema angloamericano en la región es de difícil determinación, no obstante, no deja de ser una realidad.

Esta serie de reformas en los sistemas procesales penales en prácticamente todos los países de Latinoamérica, que incorporan sistemas acusatorios adversariales, de práctica de prueba testimonial son descritas por Mirajam Damska, como un

---

<sup>47</sup> Council of foreign relations. *Andes 2020: A new strategy for the Challenge of Colombia and the Region* (2003). <http://www.cfr.org/latin-america-and-the-caribbean/andes-2020/p6640>. A continuación un párrafo del resumen ejecutivo de dicho informe en su página 1: *Las democracias de la región andina – Colombia, Venezuela, Ecuador, Perú y Bolivia – se encuentran en peligro. Todos los problemas característicos de otras regiones en desarrollo – incluyendo inestabilidad política, estancamiento económico, crecientes desigualdades y divisiones sociales en función de clase, color, etnia, ideología y vida rural-urbana – están presentes en los Andes. Existe sobre todo una gran inseguridad física en la región, motivada, en algunos de los países por un conflicto violento en curso o re-emergente, y en todos por la falta de control estatal sobre grandes extensiones territoriales así como la porosidad de las fronteras que facilita el movimiento de narcóticos, armas y conflictos. Igualmente grave es el hecho de que siguen sin materializarse en la región las expectativas de fortaleza democrática y de prosperidad económica. Consciente de sus intereses en los Andes, los Estados Unidos ha dedicado en los últimos veinte años miles de millones de dólares y importantes recursos humanos para: contener la corriente de drogas ilícitas que se desplaza desde la región hacia el norte; prestar ayuda a las fuerzas de seguridad locales en su lucha contra las drogas, el terror y la subversión; y promover la libertad de mercado, los derechos humanos y la consolidación de la democracia. Sin embargo, la región permanece al borde de un colapso que pondría en peligro el objetivo estadounidense de democracia, prosperidad y paz en el hemisferio.*

*verdadero proceso de globalización del procedimiento penal acusatorio* <sup>48</sup> en Latinoamérica.

En materia procesal civil, el cambio del sistema oral no ha sido materializado de forma tan globalizada como en materia penal, ni tampoco se ha implementado una estrategia *transnacional* para promover la reforma. Se han realizado reformas en materias sensibles como niñez y laboral, dejando de lado las otras ramas de materia procesal civil en sistema escrito.

Inicialmente, los sistemas latinoamericanos y europeos eran definidos como sistemas inquisitivos, que se debatían y diferenciaban con la tendencia globalizada de los sistemas orales *adversariales* principalmente desarrollados en el derecho Norteamericano. Cuando el sistema procesal penal inicia su implantación en Colombia, el tratadista Diego López Medina, en la obra *El Proceso Penal entre la eficiencia y la Justicia*, afirma que: “ los estadounidenses, siempre han pensado que todos los procesos europeos tanto civiles como penales eran “inquisitivos”, si se les comparaba con la estructura típica del sistema oral adversarial; así el mundo del derecho comparado procesal civil y penal se dividía en dos categorías.”<sup>49</sup>:

<b>PROCEDIMIENTO CIVIL</b> <sup>50</sup>	
Estados Unidos	<i>Adversarial</i>
Europa	Dispositivo

<b>PROCEDIMIENTO PENAL</b> <sup>51</sup>	
Estados Unidos	<i>Adversarial</i>
Europa	Inquisitorio

*Pero resulta que, desde el enfoque europeo y latinoamericano, era diferente en materia civil ya que para los propios europeos se trataba de un sistema claramente bifurcado.* Esto quiere decir que básicamente el principio dispositivo existente en materia procesal civil, coexistía en un sistema inquisitorio; las partes son

<sup>48</sup> Mirajam Damska, *Aspectos globales de la reforma del proceso penal*. En: “Reformas a la justicia penal en las Américas”, The Due Process of Law Foundation, 1999. [http://www.congresoson.gob.mx/docs\\_biblio/docBiblio\\_31.pdf](http://www.congresoson.gob.mx/docs_biblio/docBiblio_31.pdf) (Consultado: 23-08-2014)

<sup>49</sup> Diego López Medina, *El Proceso Penal entre la eficiencia y la Justicia*. (Consejo Superior de la Judicatura, Colombia, 2006),78.

<sup>50</sup> López Medina,*El Proceso Penal ...*, 79.

<sup>51</sup> López Medina,*El Proceso Penal ...*, 79.

las que tienen el dominio del proceso conforme lo ordena el principio dispositivo, pero es el Juez quien tiene una fuerte presencia en el enfrentamiento judicial. Luego de la crítica a los sistemas del Norte Global, cuya característica es la de crear sistemas, más que para descubrir la verdad y la justicia, para competir y ganar<sup>52</sup>.

Los sistemas angloamericanos emprenden un cambio en cuanto al control del Juez sobre el proceso ya que éste exceso del principio *adversarial* estaba provocando grandes abusos a vista y paciencia de los jueces anglosajones<sup>53</sup>. Por otro lado, el exceso de intervención de los jueces europeos y latinoamericanos y la poca presencia de las partes en el debate oral provoca que los sistemas europeos y latinoamericanos muestren *modelos reformados* y, en algunos casos, en proceso de reforma, conforme al siguiente cuadro.<sup>54</sup>

<b>PROCEDIMIENTO CIVIL<sup>55</sup></b>		
	<b>Modelo Puro</b>	<b>Modelo Reformado</b>
Estados Unidos	<i>Adversarial</i>	<i>Adversarial con case managment</i>
Europa (y América Latina)	Dispositivo	Dispositivo con dirección judicial del proceso

<b>PROCEDIMIENTO PENAL</b>		
	<b>Modelo Puro</b>	<b>Modelo Reformado</b>
Estados Unidos	<i>Adversarial</i>	<i>Adversarial con case managment</i>
Europa (y América Latina)	Dispositivo	<i>Adversarial con case managment</i>

En una investigación efectuada en la Universidad de *Cambridge* se realiza un ejercicio comparativo entre lo que se denomina sistema *adversarial* y sistema inquisitorio. La autora J. A. JOLOWICZ, de procedencia angloamericana, inicia la comparación desde su orientación en sistema *adversarial*, enfoque desde el cual se

<sup>52</sup> Kubicek, *Adversarial Justice* ..., 25

<sup>53</sup> Michele, Taruffo, *El proceso civil adversarial en la experiencia americana*. (Bogota: Temis, 2008), 71.

<sup>54</sup> López Medina, *El Proceso Penal* ..., 80.

<sup>55</sup> López Medina, *El Proceso Penal*..., 80.

analiza a un sistema inquisitorio más identificado con la legislación francesa. En la investigación se analizan algunas particularidades del sistema inquisitorio, pero lo que más llama la atención de la autora fue la existencia del principio de contradicción del sistema inquisitorio francés, como un principio procesal novedoso y cuya implantación se logró luego de la revolución francesa; la autora cuestionaba el hecho que en un sistema procesal se haga necesario la creación de un principio de contradicción<sup>56</sup>.

En efecto a la autora la pareció hasta cuestionable la existencia de un principio de contradicción que se les da a las partes como una especie de dádiva, cuando desde el enfoque adversarial angloamericano, la contradicción es el sistema procesal en sí mismo; los angloamericanos no pueden entender un modelo procesal judicial sin contradicción; lo que concluye dicha autora en su investigación, es que para un sistema *adversarial angloamericano* es prácticamente ilógico tener que consagrar un principio de contradicción en un sistema procesal, cuando aquello es la base de un sistema procesal que dirime una contienda judicial.

Los sistemas orales *adversariales* tuvieron que evolucionar con el tiempo, ya que si bien se consideraban casi perfectos, contrario sensu la crítica que se le hace al sistema inquisitorio, la participación del Juez era totalmente nula en el enfrentamiento procesal lo que causa brechas de desigualdad en los procesos. Si bien esta excesiva neutralidad del Juez, inicialmente, parecería un sistema acorde con una ideología liberal clásica de mercado, que se basa en *presupuestos del liberalismo económico, entre los cuales está principalmente el de no intervención en las situaciones de desigualdad real*<sup>57</sup>; provocó que el sistema deba evolucionar hacia una intervención más directa del Juez (*case management - gerencia del proceso*), ya que la supuesta *igualdad* entre las partes, sin duda, generó la existencia de desigualdad real entre grandes corporaciones y solitarios individuos<sup>58</sup>.

---

<sup>56</sup> J. A. Jolowicz, *Adversarial and Inquisitorial Models of Civil Procedure*, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 52, No. 2 (Apr., 2003) Cambridge University Press on behalf of the British Institute of International and Comparative Law, ), 281- 295. <http://www.jstor.org/stable/3663110>. (Consultado:24/01/2014 17:25)

<sup>57</sup> Taruffo, *El proceso civil adversarial*...,67.

<sup>58</sup> Taruffo, *El proceso civil adversarial*...,67.

### 1.3 ¿QUÉ ES UN SISTEMA ORAL *ADVERSARIAL*<sup>59</sup>?

La expresión *adversarial* es un anglicismo (del inglés *adversary*) que no tiene traducción exacta al español, pero que refleja en algo las características centrales del nuevo sistema<sup>60</sup>. No tiene definición acreditada en la Real Academia de la Lengua Española<sup>61</sup> por lo que su definición parte desde el Derecho comparado. El término *adversarial* proviene de la aceptación de que un proceso se construye en torno a “*adversarios*”, es un proceso antagónico entre partes iguales que presentan la disputa ante un Juez neutral. Es imprescindible entender que estos dos pilares fundamentales sobre los que se basa el sistema adversarial no pueden estar distanciados, ya que caso contrario no sería preciso llamarle adversarial. Para hacer un símil con el derecho romano germánico, el sistema adversarial sería la composición del principio dispositivo, el cual otorga a las partes *poderes de impulsión y definición de la disputa*<sup>62</sup>; y del principio de imparcialidad del Juzgador.

El proceso civil y penal angloamericano se los define como *procesos orales adversariales*<sup>63</sup> ya que en su génesis presentan a dos partes con igualdad de armas, frente a un Juez que no hace nada más que definir la contienda en base a la información que la contradicción, en igualdad de condiciones genere, sin aplicación de prueba de oficio o intervención directa en diligencias judiciales, salvo excepciones muy especiales. En los inicios del sistema oral *adversarial*, la práctica forense otorgaba el control total de las etapas pre-procesales (*discovery*) a las partes.

Esta situación generó un abuso de aquellas partes consideradas *fuertes por su capacidad de sostener en el tiempo una contienda judicial y propiciar una violación al principio constitucional de igualdad, ya que no se trata solo de tener igualdad formal, sino real*<sup>64</sup>.

La litigación en países del Norte Global es costosa y no tiene el principio de gratuidad como en el Ecuador. Toda gestión tiene un valor y costo elevado, y el uso de expertos y testigos se hace necesario si se quiere tener éxito en una contienda, lo que provocó brechas entre los litigantes, que hipotéticamente, se suponen son iguales.

---

<sup>59</sup> El nombre en Inglés de dicho sistema es *adversary system*.

<sup>60</sup> López Medina, *El Proceso Penal*...,38.

<sup>61</sup> Diccionario de la RAE. Definición de “Adversario”. <http://lema.rae.es/drae/?val=adversarial>. (Consultado: 23 de octubre de 2014. 14h31).

<sup>62</sup> López Medina, *El Proceso Penal*...,74

<sup>63</sup> López Medina, *El Proceso Penal*...,74.

<sup>64</sup> Taruffo, *El proceso civil*...,69.

Pero aquel sistema *adversarial* clásico se reforma mediante los *estándares de funcionamiento del Juez en Juicio (Standards Relating to the Function of a Trial Judge*<sup>65</sup>) de la Barra Americana (American Bar Association ABA) del año de 1972. Sin ser una Ley emitida por el Senado de los Estados Unidos, el foro profesional nacional de abogados ABA lo publica. Dichos estándares se convierten en normas obligatorias de comportamiento de partes procesales y jueces, dentro de la audiencia de juzgamiento<sup>66</sup>. Se reforma la práctica del juicio *adversarial* clásico y el Juez asume la dirección judicial del proceso, denominando *Case Management (Gerenciamiento del proceso)*, como una forma a través de la cual el Juez dirija los tiempos y el tema del proceso, en relación directa con la eficiencia de la administración de Justicia.

Los antecedentes históricos del sistema oral *adversarial* se remontan a la historia procesal inglesa, lugar en el que la práctica se venía aplicando de forma consuetudinaria<sup>67</sup>. El origen del sistema adversarial no es muy claro ya que desde antes de la época romana los Juicios se sustanciaban en audiencia pública. En el año de 1852 el senado Inglés efectúa un acto legislativo denominado el *Chancery Amendment Act*, cuando se enmienda la práctica de los procedimientos ante la *High Court Chancery de Reino Unido*, y se permite hacer el examen de testigos de forma oral<sup>68</sup>. Este acto posiblemente fue la primera vez en la historia en el que se comenzó a regular la prueba testimonial en un sistema oral de manera formal.

Un sistema procesal *adversarial* es un *método orientado hacia el descubrimiento de la verdad*<sup>69</sup> que se origina en la Familia del Common Law<sup>70</sup>, cuya aplicación forense se ha desarrollado en el sistema angloamericano de forma más generalizada. Existe un nexo causal que inicia el trasplante de la oralidad *adversarial* acusatoria a Latinoamérica, cuya reforma penal la impulsó Estados Unidos de América desde la década de los 80's<sup>71</sup>. En el sistema procesal oral están los

---

<sup>65</sup> *Standards Relating to the Function of a Trial Judge* by American Bar Association. [http://www.americanbar.org/publications/criminal\\_justice\\_section\\_archive/crimjust\\_standards\\_trialjudge.html](http://www.americanbar.org/publications/criminal_justice_section_archive/crimjust_standards_trialjudge.html) (Consultado: 20-04-2014)

<sup>66</sup> El *American Bar Association* es la institución asociación nacional de abogados de los Estados Unidos de Norteamérica formada desde 1878 y que tiene como principales objetivos la acreditación de escuelas de Derecho y la emisión de normas éticas de comportamiento en Cortes. Ver más: [http://en.wikipedia.org/wiki/American\\_Bar\\_Association](http://en.wikipedia.org/wiki/American_Bar_Association)

<sup>67</sup> William Forsyth, *The History of Trial by Jury*. (Londres: Editorial John Parker and son, west strand Cambridge University press, 1852)  
[http://books.google.com.ec/books?hl=es&lr=&id=uxNEAAAACAAJ&oi=fnd&pg=PA1&dq=trial+history&ots=Le3cko-PrM&sig=59HwSZ92ap97UeDDdWW\\_DPpT-8w&redir\\_esc=y#v=onepage&q=trial%20history&f=false](http://books.google.com.ec/books?hl=es&lr=&id=uxNEAAAACAAJ&oi=fnd&pg=PA1&dq=trial+history&ots=Le3cko-PrM&sig=59HwSZ92ap97UeDDdWW_DPpT-8w&redir_esc=y#v=onepage&q=trial%20history&f=false) (20-07-20154)

<sup>68</sup> Mauro Cappelletti, *El testimonio de la parte en el sistema de la oralidad*. (Buenos Aires: Librería Editora Platense, 2002.)

<sup>69</sup> Taruffo, *El proceso civil ...*, 14

<sup>70</sup> López Medina, *El Proceso Penal...*, 74.

<sup>71</sup> Leticia Lorenzo, *Manual de litigación*. Buenos Aires: ediciones Didot, 2012),19.

subsistemas *adversarial* e inquisitorio, que si bien son metodologías diferentes, ambas tienen el mismo objetivo, descubrir la verdad.

Antes de analizar los subsistemas orales, llama la atención el concepto de lo que significa un sistema procesal oral y sus tres elementos conforme nos indica TARUFFO: la metodología, el descubrimiento y la verdad<sup>72</sup>. Analicemos la metodología.

Cuando la metodología es analizada, se observan una serie de opciones a obtener. No existe posibilidad de crear un solo método procesal, de manera celestial, que pueda ser perfecto para descubrir la verdad, pero al menos es un deber de los sistemas procesales ser lo más equitativos, a fin de que las partes procesales puedan descubrir la verdad de forma convincente, reflejándose aquello en la verdad judicial que el Juez asuma. El método de litigación oral es esencialmente dialéctico. La prueba se va acreditando con lo expresado de viva voz por testigos cuyos testimonios entregan la información solicitada mediante preguntas, ya sean de examen directo o de contra examen. El debate dialéctico sufre impugnaciones que son canalizadas por el Juez que mediante objeciones fundamentadas, acepta o inadmite información eficaz para ser valorada.

El proceso judicial está normado en la ley. Este marca los estándares dentro de los cuales las partes tienen sus derechos, obligaciones y facultades, pero la práctica determinará la manera de aplicar la oralidad. La metodología que requiere la *praxis* del proceso judicial tiene variables como: la cultura de las partes, la cultura del territorio, la estrategia procesal, el estilo propio, la formación jurídica, la escuela predominante, el ambiente hermenéutico, la independencia de la Función Judicial, la interpretación de la norma, entre otras variables que rebasan lo jurídico para llegar al campo de las ciencias sociológicas, políticas y antropológicas.

Desde mi enfoque personal, para llegar al descubrimiento de la verdad se deben cumplir con varias exigencias, pero al tratar de descubrir dicha verdad en un foro judicial, el concepto verdad se fusiona con el concepto equidad, lo cual nos acerca de alguna forma a la máxima de la razón de ser un sistema procesal, la Justicia. Pero el debate del concepto Justicia y verdad en abstracto no nos interesa en la presente investigación, sino el descubrimiento de la verdad procesal.

---

<sup>72</sup> Taruffo, *El proceso civil* ..., 14

Siguiendo los elementos de TARUFFO, para descubrir la verdad procesal se hace necesario un método. Los sistemas procesales de cualquier tipo son metodologías construidas para descubrir verdades fácticas que sucedieron en el pasado y que se pueden asegurar mediante prueba. El hecho de descubrir la verdad genera una percepción de seguridad en la sociedad, que repele la incertidumbre. Los procesos judiciales no siempre son justos, muchas veces por cumplir con su metodología de manera formalista, la verdad procesal no es clara, generando decisiones que pueden estar equivocadas, y posiblemente injustas.

La verdad procesal es uno de los elementos esenciales de la Justicia esenciales. Descubrir la verdad procesal es lo que nos acerca para alcanzar la Justicia. Tan importante es dicho concepto y objetivo, que la Corte Interamericana de DDHH en, prácticamente todos sus fallos, establece el *derecho a conocer la verdad*<sup>73</sup> como un derecho fundamental del ser humano. El análisis de la verdad nos lleva al campo de la filosofía, terreno que sería impropio analizar en ésta investigación.

En el sistema oral *adversarial* el abogado cambia su rol pasivo, a un rol proactivo<sup>74</sup>. Se convierte en un profesional que debe definir sus mejores aptitudes al momento del litigio oral; es fundamental que el litigante maneje su *inteligencia emocional en cuanto a la capacidad de controlar emociones y tener autocontrol*<sup>75</sup>; debe preparar una *Teoría del Caso*<sup>76</sup> sustentada, investigar, organizar la prueba y concretar argumentos jurídicos que le otorguen credibilidad y convencimiento.

El abogado en el sistema angloamericano, en algunas procesos y dependiendo del caso, deberá convencer a un jurado y en otros casos a un Juez, lo que genera que el profesional del Derecho, posea herramientas persuasivas y lenguaje simple, para

---

<sup>73</sup> *Caso Gelman vs. Uruguay*; sentencia de 24 de febrero de 2010. Descriptor: Derecho a la verdad. En el presente caso la Corte expresa “Además, la privación del acceso a la verdad de los hechos acerca del destino de un desaparecido constituye una forma de trato cruel e inhumano para los familiares cercanos...” [...] “Por último, en lo referente a Reparaciones por las violaciones declaradas, si bien la Sentencia constituye per se una forma de reparación, el Tribunal ordenó al Estado varias medidas de reparación: En lo referente a la obligación de investigar: a) conducir y llevar a término eficazmente la investigación de las desapariciones forzadas de María Claudia García y de María Macarena Gelman, así como de los hechos conexos, a fin de esclarecerlos, determinar las correspondientes responsabilidades penales y administrativas y aplicar las consecuentes sanciones que la ley prevea; b) continuar y acelerar la búsqueda y localización inmediata de María Claudia García Iruretagoyena o de sus restos mortales y, en su caso, entregarlos a sus familiares; y c) garantizar que la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado, al carecer de efectos por su incompatibilidad con la Convención Americana y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, no vuelva a representar un obstáculo para la investigación de los hechos.”[...]

<sup>74</sup> Taruffo, *El proceso civil* ..., 30-31

<sup>75</sup> Manel Guell, *¿Tengo inteligencia emocional?* (Barcelona: Editorial Paidós, 2013), 17.

<sup>76</sup> Andres Baytelman y Mauricio Duce, *Litigación Penal y Juicio Penal*. (Santiago: Fundación Esquel – USAID, 2004), 35. La expresión Teoría del Caso tiene una importancia sustancial al momento de litigar, sea de manera escrita u oral. Esté tópico se ha divulgado de mayor forma para los litigios de tipo oral por su contenido profundamente estratégico. Baytelman y Duce definen a la Teoría del caso como un ángulo desde el cual se ve toda la prueba. Un sillón cómodo y tullido desde el cual se aprecia la información que el juicio arroja, en términos tales que si el tribunal contempla el juicio desde ese sillón, llegará a las conclusiones que le estamos ofreciendo. Existen varios tratadistas que topan este tema de forma más específica; los estilos y estructuras varían de acuerdo a cada, uno, pero desde mi concepto, la mejor estructura de teoría del caso, es la que el profesional va forjando a lo largo de su experiencia.

que personas *legas* entiendan los hechos fácticos y los fundamentos jurídicos a fin de decidir una causa mediante sentido común.

Las partes tienen un rol protagónico en un sistema oral *adversarial*. Depende de ellas la prueba que se vaya a presentar y contradecir en juicio. El actor y demandado tienen la libertad de presentar en el orden que deseen la prueba<sup>77</sup> y acreditarla en el tiempo y mediante el testimonio que crean conveniente de acuerdo a su Teoría del Caso. Sin perjuicio de que los Jueces permiten en cierto momento la intervención directa de las partes, el abogado debe conocer la técnica para poder expresarse de forma convincente ante el Juez, mostrando sus pruebas de manera clara, ordenada y jurídica. El rol del abogado en litigación oral es gravitante para el éxito o fracaso del caso. El sistema no premia estrategias improvisadas ni planteamientos de último minuto<sup>78</sup>.

El sistema oral *adversarial* tiene como premisa de existencia la *contradicción*, pero, por extraño que suene a nuestra idiosincrasia, no existe dicho principio establecido de forma textual en la teoría del sistema oral *adversarial*. Aquello es porque el sistema no se concibe sin contradicción, sin ella no existe información que el Juez pueda valorar<sup>79</sup>. En el sistema latinoamericano tenemos desarrollado el principio de la contradicción para que sea un derecho exigible<sup>80</sup>.

El primer aspecto que debemos subrayar, como principio del sistema adversarial *per se*, es que la contradicción no debe ser limitada a normas, tiempos, *clepsidras*<sup>81</sup> y otro limitante que no sea el agotamiento de la entrega de información de las partes. En el sistema oral *adversarial* la contradicción es el sistema en sí mismo. El Juez es un director del debate que no limita la dinámica forense, sino que del fuego cruzado que provoca la contradicción *adversarial*, nutre su convencimiento personal.

Las partes procesales tienen una protección especial dentro del sistema oral *adversarial* angloamericano. El principio denominado *duty of candor* consiste en que el abogado está obligado a afirmar lo verdadero, pero no está obligado a revelar toda la verdad sobre los hechos de la causa<sup>82</sup>. Esto parece peligroso, ya que la Justicia

---

<sup>77</sup> Kubicek, *Justice Americas...*, 48-49. En algunas legislaciones la Ley establece un orden para presentar la prueba, regulación con la que no comparto, ya que la libertad de presentar la prueba va unida con la estrategia.

<sup>78</sup> Taruffo, *El proceso civil* ...,32

<sup>79</sup> Jolowicz, *Adversarial and Inquisitorial* ...,282.

<sup>80</sup> Jolowicz, *Adversarial and Inquisitorial* ...,282-283.

<sup>81</sup> Sistema de medición de tiempo a base de botellas de agua que gota a gota contabilizaban el tiempo de cada parte en una audiencia pública. Fue utilizada en los juicios de la época de Trajano 105 DC. <https://es.wikipedia.org/wiki/Clepsidra>. Consultado: 23-06-2014)

<sup>82</sup> Taruffo, *El proceso civil* ...,33

estaría limitada a la conveniencia personal. La igualdad de las partes es un principio fundamental del sistema oral *adversarial*<sup>83</sup> ya que solo la igualdad de oportunidades y atribuciones hacen que el debate sea equitativo ante un Juez que debe ser neutro en el enfrentamiento procesal. Este debe controlar el orden, calificando objeciones y procurando que las pruebas sean correctamente producidas.

Las partes tienen que acoplarse a una función proactiva que obliga el sistema oral *adversarial* y que influye directamente en el éxito o fracaso del caso. Los abogados son los responsables técnicos de que la verdad que emane de la prueba presentada conforme su *Teoría del Caso*, ésta sea comunicada al Juez de forma técnica y completa. Este será uno de los primeros retos para el trasplante de un sistema oral *adversarial*, ya que una formación judicial basada en argumentos, por tanto, sobrepasa la visión que se concreta en el mero “reentrenamiento” de funcionarios<sup>84</sup> y abogados.

El Juez siempre estará inmerso en el ojo del huracán de la problemática judicial. Es, sin duda, uno de los funcionarios públicos que mejor representa el poder del Estado. Con sus decisiones prácticamente decide el destino de los justiciables a su cargo. *Tradicionalmente, tal posición se sintetiza en la imagen del Juez como imparcial y neutral, activo en lo que respecta a controlar el debate dialéctico entre las partes, pero pasivo en lo que se refiere al desarrollo y al resultado de este enfrentamiento*<sup>85</sup>.

El Juez tiene una situación muy particular en el sistema oral *adversarial*. Su rol en la audiencia de Juicio es neutral, el control de la disciplina es absoluto y el contacto con las partes es nulo. *Los estándares de funcionamiento del Juez en Juicio (Standards Relating to the Function of a Trial Judge*<sup>86</sup>) de la Barra Americana ABA (American Bar Association ABA) del año de 1972 cambiaron la práctica forense en el sistema *adversarial*. El Juez seguía siendo neutral e impoluto en la disciplina, pero el contacto con las partes mejoró para evolucionar a lo que se denomina *gerenciamiento del proceso* (Término traducido del inglés: *Case Managment*). Este principio empodera al Juez con un rol participativo en la dirección judicial del

---

<sup>83</sup> Taruffo, *El proceso civil* ...,53

<sup>84</sup> López Medina, *El Proceso Penal* ...,42.

<sup>85</sup> Taruffo, *El proceso civil*...,17.

<sup>86</sup> *Standards Relating to the Function of a Trial Judge* by American Bar Association. [http://www.americanbar.org/publications/criminal\\_justice\\_section\\_archive/crimjust\\_standards\\_trialjudge.html](http://www.americanbar.org/publications/criminal_justice_section_archive/crimjust_standards_trialjudge.html) (Consultado: 23-09-2014)

proceso mediante la institución de audiencias preliminares en las que el Juez coordiné todos los actos procesales, tiempos, pruebas, conciliación, entre otros.

Las atribuciones probatorias entregadas a un Juez que en virtud de la duda pueda solicitar pruebas de oficio tales como declaraciones de parte o inspecciones judiciales son parte del estudio de sistemas inquisitoriales, pero que *tradicionalmente* (en el sistema oral adversarial) *se ha tenido a la posición del Juez como imparcial o neutral, activo en lo que respecta a controlar la corrección del debate dialéctico entre las partes, pero pasivo en lo que se refiere el desarrollo y resultado del enfrentamiento judicial*<sup>87</sup>.

Esta pasividad del Juez en relación al resultado del enfrentamiento judicial tiene concordancia con un principio del derecho angloamericano que se denomina “*trier of fact*”, *principio que expresa que el límite de información dentro del cual el Juez puede decidir es la verdad expuesta en Juicio, osea, la verdad procesal*. El Juez angloamericano no tiene el deber de conocer ni de descubrir la verdad de los hechos controvertidos o la que sería la verdad divina si se hubieran obtenido en juicio todos los datos de hecho disponibles, sino que tan solo tiene la tarea de resolver la *litis* con apoyo de lo que resultó en el Juicio y lo que reconoce como verdad procesal<sup>88</sup>.

En conclusión, la neutralidad del Juez dentro de un sistema oral *adversarial* se aplica en cuanto la necesidad de encontrar una posición objetiva de conocer la verdad y fallar en *Justicia* conforme su libre convencimiento en relación a la información proveniente del debate en audiencia de Juicio. Las facultades sancionatorias ayudan al Juez a mantener la disciplina, pero el de *la dirección judicial del proceso es, entre todos los temas de derecho procesal y la práctica judicial, uno de los más relacionados con la cultura jurídica*<sup>89</sup>. *El diagnóstico en derecho procesal civil es que el principio dispositivo le da demasiado control a las partes en desmedro de la justicia y eficacia del sistema*<sup>90</sup>. Esta es una afirmación que Diego López Medina expone ante las dificultades que tiene un libre uso del principio dispositivo que se empata con el exceso de *adversariedad*. La forma de limitar éste principio, que puede provocar dilaciones de mala fe, abuso del derecho, incidentes, nulidades en cualquier tipo de sistema procesal, amerita tener una férrea idea de lo que significa la *dirección judicial del proceso (Case Managment)*.

---

<sup>87</sup> Taruffo, *El proceso civil...*,17.

<sup>88</sup> Taruffo, *El proceso civil...*,33.

<sup>89</sup> López Medina, *El Proceso Penal...*,41.

<sup>90</sup> López Medina, *El Proceso Penal...*,66.

La Administración de Justicia tiene una presencia esencial dentro un modelo democrático en una nación. La independencia para tomar decisiones y la fuerza vinculante de sus resoluciones ante cualquier persona erigen a este poder del Estado como el único capaz de decidir derechos fundamentales, patrimoniales y subjetivos de los ciudadanos, por lo tanto, si de la eficiencia depende la Justicia, el Juez es el encargado de velar porque un proceso judicial se desarrolle, respetando el principio dispositivo de las partes, pero actuando de forma técnica al momento del desarrollo del litigio oral.

La eficiencia es un atributo que se ha estado estudiando mucho últimamente en cuanto concebir al sistema de administración de Justicia como un modelo de gestión que debe tener entre otros: orden, procesos internos, niveles de satisfacción del usuario, capacitación, sistema de solución de conflictos, medición de carga laboral, administración financiera, talento humano, organización de diligencias, etc.<sup>91</sup> Todo lo dicho nos hace notar que detrás de una sentencia, no solo está un Juez, sino todo un modelo de gestión que tiene que ser lo suficientemente organizado para optimizar los siempre escasos recursos y atender a la mayor cantidad de justiciables con relativa calidad.

En definitiva, el sistema oral *adversarial* sustenta su funcionamiento en esta libertad de las partes con igualdad de armas a debatir en juicio ante un Juez neutral, que busca la verdad procesal de los hechos que provoquen esa contradicción dialéctica. Esto suena bien, pero se han generado graves críticas a éste sistema procesal como lo veremos a continuación.

#### **1.4 TRES CRÍTICAS AL SISTEMA ORAL *ADVERSARIAL***

En el año de 1906, el decano de la Universidad de Nebraska Roscoe Pound, quien luego sería el decano de la Escuela de la Facultad de Leyes de la Universidad de Harvard en el año 1910; en la vigésimo novena sesión de la Barra Americana de Abogados (*American Bar Association*) ABA, realizó un discurso en base a su ensayo: *La causas de la insatisfacción popular con la Administración de Justicia*<sup>92</sup> y expuso unas palabras, que más de un siglo después, se siguen comentando:

---

<sup>91</sup> Juan Vargas, *La Inversión pública en Justicia*. (Santiago: CEJA-JSCA,2010), 19-27.

<sup>92</sup> Theodore Kubicsek, *The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice. Adversarial Justice. Americas Court System on trial*. (Nueva York: Algora, 2002)10-11. **La cita en inglés dice:** The sporting theory of justice, the instinct of giving the game fair play...” is so rooted in the profession in America that most of us take it for a fundamental legal tenet. But

*“La teoría deportiva de la justicia, el ‘instinto del juego limpio de una partida...,’ está tan enraizada en la profesión, en América, que muchos de nosotros lo tomamos como una tesis jurídica. Pero esto es únicamente el remanente de aquellos días cuando una demanda era una rencilla entre dos clanes en la cual el lugar se había mudado al foro. [...] Por tanto, en América, claramente damos por hecho que el Juez debería ser solamente un árbitro a quien se le comunican las objeciones y se le consulta sobre las reglas del juego, y que las partes deberían pelear su propia partida, a su manera, sin la interferencia de la justicia. Nos resiente dicha interferencia, que percibimos como injusta, incluso en aras de la propia justicia. [...] Lleva al Juez más consciente a sentir que su papel es meramente el de dar la última palabra en la contienda, según la presenten los asesores legales, de conformidad con las reglas del juego, sin la búsqueda independiente de la verdad y la justicia. [...] Convierte a los testigos, y especialmente a los peritos, en simples y llanos partidarios. Encabeza un sensacional contrainterrogatorio a fin de que ‘afecte el honor,’ lo que ha convertido al estrado en “un camal de reputaciones”.*

El Dr. Pound definitivamente efectúa una crítica incisiva al sistema oral *adversarial*. Observa que el modelo deja a las partes con tal apertura de intervención permitida por un Juez impávido, gracias a la mal llamada neutralidad, quien si bien permite que el *juego* de las partes se realice de forma libre, aquello en muchas ocasiones va en contra de los intereses de la Justicia. El hecho de que un sistema permita que un Juez sea un simple árbitro de una contienda, y no un Juez que busque la verdad, provoca una distorsión de la verdadera finalidad de un proceso judicial, que es la Justicia.

Los testigos, prueba viva de un proceso oral, no son sino piezas de un sistema que no hace nada más que acribillar la reputación ajena con tal de ganar a cualquier costo. Se han escogido tres críticas agudas que éste sistema *adversarial* adquiere, de acuerdo a mi enfoque, ya que existen otras más. De todas formas, las críticas a un sistema oral vigente en el COIP y en el COGEP son en su mayoría positivas, ya que de los errores que la práctica haya generado en sistemas iniciados y practicados por varias décadas, permitirá que, en lo posible, no cometer los mismos traspiés, al aplicar un sistema trasplantado.

---

this is only the survival of the days when a lawsuit was a fight between two clans in which a change of venue had been taken to the forum. [...] Hence in America we take it as a matter of course that a judge should be mere umpire, to pass upon objections and hold counsel to the rules of the game, and that the parties should fight out their own game in their own way without judicial interference. We resent such interference as unfair, even when in the interests of justice. [...] It leads the most conscientious judge to feel that he is merely to decide the contest, as counsel presents it, according to the rules of the game, not to search independently for truth and justice. [...] It turns witnesses, and especially expert witnesses, into partisans pure and simple. It lead sensational cross-examination to “affect credit”, which have made the witness stand “the slaughter house of reputations.

### 1.4.1 Primera crítica: El Juez excesivamente neutral

Los jueces angloamericanos tienden a ser pasivos en cuanto al debate dialéctico entre las partes y los testigos<sup>93</sup>, o sea, si las partes no advierten de alguna pregunta que debería ser objetable, el Juez angloamericano la dejará pasar para no violar su rol neutral en el debate, a pesar de que ello conlleve una seria lesión al flujo de información. Es posible que el Juez deje pasar preguntas de cualquier tipo que contengan información objetable, que sin ser impugnadas, pueden ser consideradas como información válida, con excepciones en información obtenida de forma inconstitucional. Taruffo sostiene que, el Juez *adversarial* angloamericano tiene un rol activo en cuanto al control de la disciplina y al orden de la sala de audiencia y, por el contrario, un rol pasivo al momento del desarrollo y resultado del enfrentamiento entre las partes<sup>94</sup>. Esto puede ser un problema al momento del juicio, y del y objetivo real de un proceso que, en teoría está *orientado hacia el descubrimiento de la verdad*<sup>95</sup>.

De la crítica de POUND, se deduce que el Juez *adversarial* busca un ganador, más que la verdad o la Justicia, lo que provoca un nuevo debate de principios e instituciones constitucionales como: la tutela judicial efectiva, Estado de Derechos y Justicia; lo entendido como *Social*, la imparcialidad, seguridad jurídica, entre otros, y preguntarse si realmente lo que se pretende es alcanzar la verdad, la Justicia o ser eficientes.

Desde otro enfoque, el comportamiento imparcial del Juez angloamericano tiene sus razones. El principio angloamericano denominado *Trier of fact* (Determinación de los hechos) dice: [...] *no tiene deber de conocer ni descubrir la verdad de los hechos controvertidos o lo que sería la verdad si la hubieran obtenido en juicio todos los datos de hecho disponibles, sino que tan solo tiene la tarea de resolver la litis con apoyo en lo que resultó en el juicio.*"<sup>96</sup>. Esto significa que solo lo que sucede en un juicio oral es lo que existe en el mundo jurídico del Juez dentro del cual puede resolver.

En la práctica angloamericana, que un Juez tenga o ejerza poderes *instructorios* autónomos dentro de un caso, así tengan como objetivo la

---

<sup>93</sup> Taruffo, *El proceso civil...*,17.

<sup>94</sup> Taruffo, *El proceso civil...*,17.

<sup>95</sup> Taruffo, *El proceso civil...*,14. Citando Lind-Thibaut-Walker, *Discovery Presentation of evidence*, 1138 y ss y a Thibaut-Walker, *Procedural Justice*, 39 y ss.

<sup>96</sup> Taruffo, *El proceso civil...*,17.

comprobación de la verdad, golpearían el aspecto esencial del principio imparcialidad en juicio (*fairness of trial*) que consiste en la absoluta igualdad formal de las partes<sup>97</sup> y la neutralidad del Juez. Estas concepciones, en cuanto a la mayor aceptación y respeto del principio de imparcialidad, TARUFFO deja ver un sistema poco interesado y sensible para descubrir la verdad, justificando un modo de comportamiento impávido del Juez angloamericano, que ha generado varias críticas en el foro transnacional del derecho. TARUFFO señala que se puede hablar de una línea de pensamiento tendiente a configurar una función distinta del Juez en el proceso del *common law*<sup>98</sup>.

Como se señaló anteriormente, si bien el Juez angloamericano es pasivo en el enfrentamiento de las partes y activo en cuanto al orden y disciplina en la audiencia de partes y testigos. El principio de sistema angloamericano denominado *contempt of court* (Ofensa a la Corte) en manos de un Juez, es un arma muy poderosa y peligrosa. Este principio otorga al Juez facultades de imponer sanciones compulsivas ilimitadas, sanciones penales a cualquier persona o individuo que esté presente en la Corte. Tiene una versatilidad de tal índole en cuanto no existe un catálogo de comportamientos sujetos a una sanción. El Juez tiene libertad absoluta de definir qué es una ofensa a la Corte y qué no lo es<sup>99</sup>.

Un ejemplo reciente sucedió el 4 de marzo de 2015 en California, cuando el Juez Otis Wright II envió a prisión al abogado Caree Harper por no querer responder unas preguntas que el Juez Federal le hizo dentro de un caso en el cual una señora obtuvo \$1.5 millones de dólares como arreglo dentro de un caso de abuso policial. El Juez dejó claro que no soltaría a dicho abogado hasta que le respondiera sus preguntas de cómo fue la manera que esa señora llegó a su Firma de abogados<sup>100</sup>.

Este tipo de noticias que se pueden encontrar en diferentes reportes del ABA<sup>101</sup>, que entre otros casos, son bastante comunes y permiten observar el campo de acción de los Jueces angloamericanos, quienes incluso pueden llegar a sancionar con miles y hasta millones de dólares de multa por comportamientos que, a criterio del juzgador, se consideren ofensas a la Corte. La discreción ilimitada, provoca que un Juez angloamericano sea un funcionario temido. Sin embargo, esta increíble

---

<sup>97</sup> Taruffo, *El proceso civil...*,17.

<sup>98</sup> Taruffo, *El proceso civil...*,18.

<sup>99</sup> Taruffo, *El proceso civil...*,23

<sup>100</sup> [http://www.abajournal.com/news/article/federal\\_judge\\_jails\\_lawyer\\_for\\_contempt\\_says\\_she\\_can\\_get\\_out\\_by\\_explaining](http://www.abajournal.com/news/article/federal_judge_jails_lawyer_for_contempt_says_she_can_get_out_by_explaining). (Consultado: 7 marzo 2015, 01h04. Esta es una de las publicaciones periódicas que expone la Barra de abogados de los Estados Unidos en su ABA journal, que se especializa en publicar noticias de actualidad en el sistema judicial norteamericano.

<sup>101</sup> Varias noticias de este tipo de sanciones se pueden encontrar en <http://www.abajournal.com>.

facultad de poder imponer sanciones, inclusive penales a cualquier persona, sitúan al Juez angloamericano en una posición de *policía de la audiencia* o inspector de conductas incorrectas que pueden obstaculizar el normal desenvolvimiento del proceso<sup>102</sup>.

En la realidad ecuatoriana, y dentro del marco constitucional actual, el rol del Juez es mucho más proactivo que en sistemas *adversariales* angloamericanos, pero en contraste, su capacidad de sancionar es limitada. El principio de tutela judicial efectiva en el Ecuador permite a los jueces tener una mayor participación en el enfrentamiento a fin de ejercer una labor de tutela más garantista de los derechos fundamentales. No obstante, como en todos los excesos, éstos son siempre peligrosos; un Juez demasiado intervencionista<sup>103</sup> mermaría otros principios constitucionales como el de igualdad o imparcialidad.

#### 1.4.2 Segunda crítica: Lo que importa es ganar

Kubicek entrega una metáfora interesante para ésta crítica:

*Imaginemos que estamos en una sala de audiencias de techo alto, en donde están actor y demandado (fiscal y procesado) y en el medio de ellos está volando en el aire un globo lleno de verdad; de dicho globo cuelgan dos piolas cuya terminaciones van a cada uno de los abogados; su trabajo supuestamente es jalar de ese globo de verdad a su lado, pero al mismo tiempo, cada abogado tiene una fusta larga, que representa el engaño, los trucos, la confusión, la mentira, la deshonestidad y hasta el perjurio, a fin de que ese globo de verdad no aterrice en el adversario; este juego de no dejar aterrizar el globo de la verdad inhabilita al Juez o jurado a tomar la decisión en base a la verdad, fallando por el resultado de las acciones de aquel abogado que más hábilmente usó su fusta<sup>104</sup>.*

Este autor es frontal al afirmar que el objetivo de los abogados litigantes es ganar, y ganar a toda costa. En otras palabras, el objetivo no es la verdad, sino obtener la victoria<sup>105</sup>. ¿Pero acaso eso no está en la naturaleza humana? ¿Es

---

<sup>102</sup> Taruffo, *El proceso civil...*,24.

<sup>103</sup> Se observa que las facultades otorgadas al Juez en el COGEP y en el COFJ, para practicar pruebas de oficio son atribuciones que pueden ser indispensables para descubrir la verdad, pero amenazantes con la imparcialidad ¿Cuál es el límite?

<sup>104</sup> Kubicek, *Adversarial Justice...*,2.

<sup>105</sup> Kubicek, *Adversarial Justice...*,4.

responsabilidad de un sistema judicial establecer el objetivo de las partes litigantes? En este aspecto difiriendo con el autor mencionado. Me pregunto, ¿La naturaleza humana necesita ganar para sentirse bien? ¿La verdad la quiere el sistema, o las personas?

Muchas preguntas, para ser contestadas, caen en el hermoso y a la vez escabroso campo de lo filosófico. De otro lado, KATZ afirma que el *funcionamiento de un sistema judicial debe ser menos mercenario y más noble, resguardando el orden entre los individuos por el bienestar general; esto permite entender que en un sistema, en el cual las partes son quienes tienen el monopolio de los hechos y las herramientas para que los hechos adversos generen duda,*<sup>106</sup> pero en contraste, su responsabilidad es más elevada. ¿Puede haber Justicia sin conocer la verdad? Si no hay respeto a la verdad, no puede haber justicia<sup>107</sup>.

TARUFFO responde, en parte, dichas preguntas con lo siguiente: Las críticas a la producción de la prueba de testigos del sistema oral adversarial afirman que la mencionada tiene un modelo persuasivo más que cognitivista; que la diferencia en el tipo de patrocinio genera brechas entre los litigantes; que existen mayores costos tanto del Estado, como del particular, que influyen en el verdadero acceso a la justicia. Se pondera más el valor competitivo que la búsqueda de la verdad. La discusión sobre la ideologización del sistema adversarial nos lleva al análisis político de un sistema procesal que va acorde a una ideología liberal, en donde el Estado no interviene en las relaciones entre particulares, sino únicamente como controlador de las reglas de juego, *precautelando la igualdad formal y dejando de lado la igualdad real.*<sup>108</sup>

Pero ganar no solo es criticable en el sistema *adversarial*. Nuestra idiosincrasia (lastimosamente) no busca puntos medios. Alguien debe perder sonoramente o ganar de manera triunfal, y es tal vez por eso que el “*siempre querer ganar*” no solo es una opción, sino la única elección<sup>109</sup>.

---

<sup>106</sup> Kubicek, *Adversarial Justice*...,5

<sup>107</sup> Kubicek, *Adversarial Justice*...,19

<sup>108</sup> Taruffo, *El proceso civil*...,243.

<sup>109</sup> En el sistema adversarial angloamericano, en cierto tipo de procesos, la etapa de Juicio a elección de las partes o por el tipo de caso, es decidida por jurados; éste se compone de personas legas en derecho, deciden como cuerpo colegiado, sin motivación alguna. Deciden responsabilidad de cualquier persona; su convencimiento parte del sentido común y las emociones, lo que provoca que los defensores utilicen técnicas más persuasivas que cognoscitivas.

### 1.4.3 Tercera crítica: El sensacionalismo del contra examen

WIGMORE define al contra examen como: “la mejor máquina legal jamás inventada para descubrir la verdad”<sup>110</sup>. Y aunque el contra examen tiene una serie de críticas en cuanto a su verdadera utilidad, es importante definir el tipo de contra examen que se va a emplear, es decir, el del sistema inglés o el sistema norteamericano<sup>111</sup>.

Por un lado, el sistema inglés utiliza un tipo de contra examen llamado *abierto (wide open)* según el cual, quien contra examina, es libre para conducir el examen del testigo sobre todo hecho atinente a la controversia, con el solo límite de la prohibición de transformar en *propio* el testigo aducido por el adversario. Esto quiere decir, que no solo permite contra examinar al testigo sobre la información entregada en el testimonio directo, sino que permite interrogar sobre temas nuevos no mencionados en examen directo, para ampliar la información como instrumento de indagación probatoria, sin perjuicio del control de credibilidad del testigo que se realice mediante contra examen y re contra examen<sup>112</sup>.

En el sistema norteamericano dicha regla del contra examen (*wide open - abierto*) es restrictiva, prevaleciendo el principio según el cual el contrainterrogatorio debe limitarse exclusivamente a los mismos hechos sobre los cuales ha depuesto el testigo en interrogatorio<sup>113</sup>. Las objeciones clásicas al momento de formular una pregunta en base a información no declarada por el testigo son: “Fuera de la esfera de conocimiento del testigo” o “Hechos no comprobados”. Éste tipo de *praxis* del contra examen anglo americano reduce su función concerniente a la búsqueda de la verdad.

Si únicamente el contra examen va a ser un *control de credibilidad del testigo*, será mucho más estratégico tener un testigo con una férrea actitud psicológica, que un testigo que sepa la verdad<sup>114</sup>. La parte que se beneficia de su testigo evitará interrogar sobre circunstancias decisivas desfavorables, lo que impedirá que hechos adversos puedan ser evidenciados por la contraparte por medio del contra examen<sup>115</sup>, esto resta credibilidad al testimonio.

---

<sup>110</sup> Taruffo, *El proceso civil*...,25.

<sup>111</sup> Taruffo, *El proceso civil*...,25

<sup>112</sup> Taruffo, *El proceso civil*...,26

<sup>113</sup> Taruffo, *El proceso civil*...,26

<sup>114</sup> Taruffo, *El proceso civil*...,26

<sup>115</sup> Taruffo, *El proceso civil*...,26 -27. Esta técnica tiene su sustento en la *party presentation of evidence* (Principio dispositivo de la prueba).

En una investigación efectuada por Saul M. Kassin, Lorri N. Williams, and Courtney L. Saunderson del Williams College, Williamstown, Massachusetts, se realizó el experimento en un juicio simulado (*Mock Trial*)<sup>116</sup>, que tenía como objetivo probar la hipótesis de si la percepción de un jurado sobre un perito puede distorsionarse por preguntas impertinentes o ilegales de contra examen. El juicio simulado se trataba de un caso de violación con 105 temas que debatir, dentro de los cuales, los abogados del contra examen desacreditaban al testigo con aspectos negativos de la reputación, tanto de la víctima o del perito, que eran claramente objetables.

En cada caso, las preguntas de contra examen son contestadas con negación, afirmación u objetadas por el abogado del testigo. Los resultados indicaron que la credibilidad de la víctima no tenía una afectación provocada por las preguntas impertinentes, pero en cambio la credibilidad del perito fue significativamente disminuida, independientemente que dicha pregunta haya sido negada tajantemente u objetada con sustento. Este tipo de implicaciones conceptuales y prácticas deben discutirse.

Este tipo de artimañas que no se pueden controlar en un juicio oral; determinan que aunque la formalidad impida que ciertas afirmaciones afecten la credibilidad de los testigos, en la práctica, todo lo que se dice en Juicio, y más aún si es negativo, puede producir cierto grado de impacto en los juzgadores. La contradicción genera información que sirve para descubrir la verdad de los hechos, en teoría.

En el sistema *adversarial* se critica el hecho de que el *descubrimiento de la verdad es lo de menos, si se trata de ganar el caso*<sup>117</sup>. *La información que proporciona el abogado al tribunal lo hace de manera sesgada y a conveniencia, en el sentido de que el abogado esta obligado a afirmar lo verdadero, pero no esta obligado a revelar todos los hechos de la causa[..]. Este principio (denominado Duty of Candor) protege a la parte y consiste en la prohibición de usar conscientemente pruebas falsas y hacer afirmaciones de hecho falsas, excluyendo la existencia de una obligación de decir la verdad.*<sup>118</sup>.

---

<sup>116</sup> Saul M. Kassin, Lorri N. Williams and Courtney L. Saunders, Dirty Tricks of Cross-Examination: The Influence of Conjectural Evidence on the Jury Author(s). Source: Law and Human Behavior, Vol. 14, No. 4 (Aug., 1990), 373-384 Springer Stable. <http://www.jstor.org/stable/1394299> .(Consultado: 24/01/2014 17:44)

<sup>117</sup> Taruffo, *El proceso civil*...,33 - 35.

<sup>118</sup> Taruffo, *El proceso civil*...,33.

TARUFFO cita a su vez una investigación de la Universidad de Nueva York<sup>119</sup> con la que termina la crítica al contra examen con la siguiente frase:

*“La cross examination (el contra examen), es, más que un instrumento de búsqueda de lo verdadero, la forma esencial de una representación no exenta de elementos de teatralidad, en la cual se reafirman y se realizan simbólicamente algunas exigencias éticas, antes que jurídicas, características del estrato profundo de la ideología social norteamericana.”*

¿Este tipo de exigencia ética que representa el contra examen en la cultura norteamericana, se aplicaría como exigencias en la cultura Latinoamericana? Solo la práctica, los errores y los aciertos nos procurará respuestas sustentadas para responder esta interrogación.

---

<sup>119</sup> Taruffo, *El proceso civil...*, 30. Citando a *The judicial role in the American States. An Exploration*, 'en Grossman-Tanenhouse, *frontiers of judicial research*, New York 1969, pags. 468, ss.

## CAPÍTULO SEGUNDO

### LOS ELEMENTOS BÁSICOS DE LA PRÁCTICA DE PRUEBA TESTIMONIAL *ADVERSARIAL* APLICABLE EN EL ECUADOR

Se dice que existen tres clases de testigos: Los que han visto bien, pero dudan de lo que han visto. Los que han visto mal, pero creen haber visto bien. Y los que no han visto nada y aseguran haber visto todo.

Marco Aurelio Almazán, México D.F.  
1922-1991

Es muy probable que la prueba testimonial es el medio de prueba más difícil de practicar en juicio, por la subjetividad de la memoria humana y el enfoque individual de cada ser humano<sup>120</sup>. La tecnología ha logrado, en parte, que los hechos sucedidos en el pasado puedan ser fielmente reproducidos por sistemas de grabación magnética. El testimonio, ante la existencia de un video, prácticamente entra a un segundo plano; su utilidad sirve para confirmar el origen del soporte de video e identificar a la persona que efectuó dicha grabación<sup>121</sup>. Pero no todos los casos han sido grabados.

La litigación procesal civil *adversarial* tiene un parecido metodológico con la litigación procesal penal. La necesidad de utilizar esquemas de teoría del caso se hacen imprescindibles para la estrategia en juicio oral. El examen directo<sup>122</sup> de testigos, peritos y partes prácticamente sigue un mismo parámetro de acreditación y obtención de información mediante la utilización de preguntas abiertas<sup>123</sup>, introducciones y transiciones<sup>124</sup>. El contra examen utiliza la técnica de preguntas

---

<sup>120</sup> García Ramírez, Julio, Luis Romero Santos y Florentino García Gonzales, *La técnica del interrogatorio*. (Madrid: Editorial Rasche, 2012), 25-37. El estudio de la psicología del testimonio da viva cuenta que un examen directo a un testigo tiene varias aristas que se deben tomar en cuenta, ya que el testimonio de una persona depende de varios factores, desde la manera de cómo lo ha percibido, la manera de expresarlo, la fatiga psíquica entre otros.

<sup>121</sup> Código Orgánico Integral Penal. Art. 616.- [...] *Los videos, grabaciones u otros medios análogos, serán incorporados previa acreditación, mediante su reproducción por cualquier medio que garantice su fidelidad, integralidad y autenticidad.*

<sup>122</sup> Baytelman, Andres y Mauricio Duce, *Litigación Penal y Juicio Penal*. (Santiago: Fundación Esquel – USAID, 2004), 42. Autores como Andrés Baytelman y Mauricio Duce prefieren llamar *examen* directo de testigos en vez de interrogatorio ya que sostienen que un testigo brinda más información que no se agota en el testimonio ya que pueden hacer hasta demostraciones o señalamientos.

<sup>123</sup> Baytelman, Andres ... *Litigación Penal* ..., 57.

<sup>124</sup> Baytelman, Andres ... *Litigación Penal* ..., 60

cerradas<sup>125</sup> y sugestivas<sup>126</sup> para desacreditar al testigo y obtener información favorable, entre otros objetivos. Las objeciones, fundamentadas en frases cortas, técnicamente formuladas y académicamente reconocibles, constituyen medios de impugnación inmediatos que delimitan los límites que tienen las partes al momento de formular preguntas<sup>127</sup>. En síntesis, se trata de una dialéctica judicial<sup>128</sup>.

La prueba testimonial, podríamos decir que es el género, y la declaración de parte, la especie. El método de obtención de información puede realizarse a manera de interrogatorio o contrainterrogatorio, según el caso. El deponente en juicio podría ser tratado como *testigo hostil*<sup>129</sup>, de ser la contra parte quien pide la declaración de parte, y a manera de testigo *amigable*, si la declaración es practicada por su propio patrocinador. Realmente no hay diferencia en cuanto a la técnica. La diferencia entre la práctica de la prueba testimonial en materia procesal penal o en materia procesal civil no está en la técnica, sino en el efecto procesal de la declaración de parte; ya que en materia penal una declaración del procesado se la puede considerar como un hecho perjudicial para su defensa, mientras que en materia procesal civil, una declaración que acepte los hechos del actor, en palabras de ECHANDIA, puede convertirse en una *confesión judicial*<sup>130</sup>, cuyo efecto es la terminación del proceso a favor de quien se hizo la declaración de parte.

En materia procesal penal, la declaración del acusado no puede ser utilizada como único elemento de convicción que genere nexo causal entre la materialidad y la responsabilidad del acusado<sup>131</sup>; aún en el caso extremo en que el acusado acepte toda la responsabilidad. En contraposición a la prueba pericial, testimonial y/o documental, la declaración del acusado adolecería de inconstitucionalidad por existir una clara autoincriminación, con lo que se ratificaría su inocencia. El acusado o procesado dentro de un proceso penal goza del derecho al silencio, sin que por ninguna circunstancia aquello genere, en teoría, un argumento en contra que perjudique su presunción de inocencia; inclusive, está prohibido emitir comentario

---

<sup>125</sup> Baytelman, Andres ... *Litigación Penal* ..., 59

<sup>126</sup> Baytelman, Andres ... *Litigación Penal* ..., 60

<sup>127</sup> Baytelman, Andres ... *Litigación Penal* ..., 98

<sup>128</sup> Real Academia de la Lengua Española: 7. (Consultado: 29- marzo-2015, 13h44).EN: <http://lema.rae.es/drae/?val=dialéctica>. En la tradición hegeliana, proceso de transformación en el que dos opuestos, tesis y antítesis, se resuelven en una forma superior o síntesis.

<sup>129</sup> García Ramírez,.. *La técnica del interrogatorio*, 193.

<sup>130</sup> Devis Echandía, Hernando. *Compendio de la prueba judicial* Rubinzal-Culzoni, Tomo I. (Buenos Aires, 2007), 259.

<sup>131</sup> Vaca Andrade, Ricardo, *Derecho Procesal Penal ecuatoriano* (Quito: Ediciones legales, 2014),53-55.

alguno sobre la decisión del procesado de acogerse al silencio<sup>132</sup>. Con dicha declaración de silencio, la persona está en pleno uso de sus derechos fundamentales, en tanto y cuanto su derecho esencial a la libertad está en riesgo.

En materia procesal civil, la declaración de parte en juicio oral tiene una connotación diferente. 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<sup>133</sup>. La Confesión Judicial, (*terminología que consta en el CPC vigente año 2015 y que en el COGEP se denomina declaración de parte*), se configura cuando la parte que declara, sea actor o demandado, acepta hechos que le perjudican y a la vez benefician a la contraparte.<sup>134</sup> Una declaración de parte, que mediante contra examen, acepte su responsabilidad u obligación es, en teoría, una *confesión judicial*<sup>135</sup>. El viejo aforismo procesal es concordante con la doctrina: *a confesión de parte relevo de prueba*<sup>136</sup>.

El análisis del trasplante de un sistema procesal, conforme el objeto de ésta tesis, es el desarrollo normativo de la práctica de prueba testimonial oral civil en juicio. La dialéctica forense necesaria al momento de examinar al testigo para que entregue información válida a un Juez o tribunal se debe tratar con especial atención. Desde mi enfoque y práctica profesional, deben preponderarse tres elementos fundamentales en la práctica de prueba testimonial oral. Estas son las bases de la práctica de la prueba testimonial en juicio, aplicable a todos los tipos de testigos o peritos que se presenten a juicio. El desarrollo de técnicas y destrezas avanzadas corresponde a una dinámica práctica que muestre diferentes estilos de la litigación oral<sup>137</sup>.

1. El primer elemento básico de la prueba testimonial de un sistema oral adversarial es la práctica del *examen directo de testigos o interrogatorio*. Si bien podría entenderse que un examen directo de testigos no es novedoso, inclusive para el sistema escrito civil, en el sistema oral *adversarial* el desarrollo y utilidad del

---

<sup>132</sup> Código Orgánico Integral Penal. Artículo 569 *Objeción: Las partes podrán objetar con fundamento aquellas actuaciones que violenten los principios del debido proceso, tales como: 3. Comentarios relacionados con el silencio de la persona procesada.*

<sup>133</sup> Devis Echandía, ...*Compendio de la prueba judicial* ..., 286.

<sup>134</sup> Devis Echandía, ...*Compendio de la prueba judicial* ..., 258

<sup>135</sup> Devis Echandía, ...*Compendio de la prueba judicial* ..., 258

<sup>136</sup> Código de Procedimiento Civil vigente año 2015. Artículo 143: *La confesión legitimamente hecha sobre la verdad de la demanda, termina el juicio civil.*

<sup>137</sup> La litigación oral es un tema que debe desarrollarse de forma especializada y práctica; existen varios textos muy importantes en los cuales las técnicas son explicadas, pero aquello no es una materia teórica sino eminentemente práctica, por tal motivo la presente investigación aporta en este sentido con un proyecto de responsabilidad social denominado *Litigación Oral Ecuador*, que actualmente ya es una realidad y que consiste en generar un modelo de gestión académico que permita estandarizar ciertas técnicas mediante el sistema de talleres prácticos de litigación oral. Anexo 1 de la tesis.

examen directo es la base de la teoría del caso de la parte quien llama a sus testigos para entregar los elementos fácticos que prueben sus afirmaciones. Los interrogatorios de testigos en sistema escrito están limitados a la preguntas sugestivas que no permiten reformulación o ampliación; los testigos responden 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 *adversarial*, el examen directo de testigos es una herramienta que sirve principalmente para *obtener proposiciones fácticas del testigo que me permitan acreditar elementos de las teorías jurídicas que configuran mi propia teoría del caso*<sup>138</sup>.

La acreditación<sup>139</sup> del testigo, en relación al sistema de testigo idóneo y tachas que regula el CPC vigente al año 2015, tiene una diferencia de 180 grados en relación al sistema de testigos regulado en el COGEP 2015. El sistema escrito vigente en el CPC tiene incompatibilidades con la Carta Magna del Ecuador 2008, en el que coexisten aún *tachas* con clara inconstitucionalidad<sup>140</sup>, 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<sup>141</sup>.

En los sistemas orales *adversariales*, la apertura del sistema para que las partes presenten dentro de sus 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<sup>142</sup> 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. En el sistema oral, las tachas o la falta de idoneidad del testigo, se realizan mediante el contra examen, siendo ésta una herramienta de la contraparte para causar el efecto contrario: desacreditar al testigo.

---

<sup>138</sup> Devis Echandia, ...*Compendio de la prueba judicial* ..., 44-45

<sup>139</sup> Baytelman, Andres ... *Litigación Penal* ..., 44

<sup>140</sup> Como ejemplo, la incapacidad del testigo *discapacitado auditivo y vocal* regulado en el Artículo 212 del CPC, denomina a este grupo vulnerable como sordomudos.

<sup>141</sup> Art. 189. COGEP

<sup>142</sup> Baytelman, Andres ... *Litigación Penal* ..., 44

2. El segundo elemento básico de la práctica de prueba testimonial de un sistema oral adversarial, es el *contra examen de testigos o contra interrogatorio*. En el sistema escrito las repreguntas se hacen de forma independiente de las preguntas del interrogatorio ya que deben proponerse por escrito antes de conocer inclusive lo que en el interrogatorio se va a preguntar, lo cual desnaturaliza su propia esencia. En el sistema oral *adversarial*, el contra examen 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<sup>143</sup>, parte del conocimiento de las declaraciones previas, información esencial para el contra examen del adversario, ya que le permite saber con anticipación sobre lo que va a tratar el examen directo de un testigo; sumando el derecho de poder utilizar dicha declaración previa para refrescar memoria o señalar contradicciones; herramienta esencial que el COGEP no consideró y debió hacerlo, siendo una omisión que puede afectar al propio sistema procesal.

El contra examen es cuestionado en el propio sistema angloamericano de forma muy aguda como se pudo observar en el capítulo primero; sin perjuicio de aquello, no deja de estar en vigencia en todas los sistemas procesales donde se aplica sistema oral. Algunos autores como WIGMORE consideran al contra examen la mejor máquina para descubrir la verdad<sup>144</sup>, otros la suponen como una herramienta de confusión y distorsión de la verdad<sup>145</sup>. La doctrina inclusive ha identificado científicamente el efecto que pueden causar algunos *trucos sucios del contra examen*<sup>146</sup> en el Juez, y que pueden distorsionar la verdad de los hechos pero es una realidad y una herramienta procesal oral en plena vigencia que se debe dominar si se quiere tener éxito al momento de practicar prueba testimonial en juicio.

3. El tercer elemento básico de la práctica de prueba testimonial del sistema oral adversarial, es la impugnación de preguntas realizadas a los testigos mediante *objeciones*, o lo que en sistemas inquisitoriales llamaríamos incidentes<sup>147</sup>. *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*

---

<sup>143</sup> Baytelman, Andres ... *Litigación Penal* ..., 76-78

<sup>144</sup> Taruffo, Michele, *El proceso civil adversarial*...,25 y ss., citando a WIGMORE, op.cit. vol.v, pags.29 y ss.

<sup>145</sup> Taruffo, Michele, *El proceso civil adversarial*...,30

<sup>146</sup> Dirty Tricks of Cross-Examination: The Influence of Conjectural Evidence on the Jury Author(s): Saul M. Kassir, Lorri N. Williams and Courtney L. Saunders Source: Law and Human Behavior, Vol. 14, No. 4 (Aug., 1990), 373-384. Springer Stable (Consultado: 24/01/2014 17:44). EN: <http://www.jstor.org/stable/1394299>.

<sup>147</sup> Baytelman, Andres ... *Litigación Penal* ..., 98

*juicio oral*<sup>148</sup>. En el CPC, la única limitación existente al momento de efectuar las interrogantes a los testigos y en la confesión judicial es la prohibición de generar preguntas impertinentes, capciosas o sugestivas, pero que prácticamente dependen íntegramente del Juez cuando acepta una pregunta o la suprime.

Es trascendental conocer que el sistema procesal ecuatoriano ha iniciado recientemente la implementación de un sistema oral, que tiene como piedra angular a la prueba testimonial para su debida producción y práctica en audiencia de Juicio. La dialéctica que se usa en la litigación oral no tiene diferencias entre materias penales y civiles, la metodología en el uso de estos tres elementos básicos de la litigación oral es igual en ambas materias. El dominio de la práctica de prueba testimonial en audiencia de Juicio, es una destreza de imprescindible y constante desarrollo en el abogado litigante.

## **2.1 LOS TRES ELEMENTOS BÁSICOS EN LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA TESTIMONIAL CIVIL *ADVERSARIAL***

Desde el capítulo primero se observó de manera general lo que es un trasplante legal. Al ser objeto específico de ésta investigación, la práctica de prueba testimonial oral civil, es inevitable analizar el sistema oral *adversarial* como el tipo de sistema oral del cual se está asimilando la mayor cantidad de características. Dejando de lado cualquier tipo de análisis geopolítico, en cuanto la viabilidad de un sistema angloamericano *adversarial* en la realidad latinoamericana, acorde al objetivo de investigación, es imprescindible exponer las diferenciaciones que, a criterio del autor, tiene la práctica de la prueba testimonial oral civil en relación al sistema escrito inquisitorio, del cual el sistema procesal civil del Ecuador está migrando.

Considero como variantes significativas de un trasplante de prueba testimonial oral las siguientes: 1. el examen directo de testigos, como una evolución normativa y técnica del actual interrogatorio; 2. el contra examen de testigos como un desarrollo normativo de las repreguntas; y 3. las objeciones, como medios de

---

<sup>148</sup> Baytelman, Andres ... *Litigación Penal* ..., 98

impugnación oral o desarrollo del principio de contradicción, símil de los incidentes. El sistema procesal que reciba a la práctica de prueba testimonial oral adversarial tiene diferencias y cambios significativos, en comparación al sistema escrito e inquisitorio al cual hemos estado acostumbrados. Se trata de una nueva dinámica forense.

### 2.1.1 El examen directo - interrogatorio

Coincido con BAYTELMAN en cuanto afirma que el examen directo es la principal oportunidad que el abogado cuenta para narrar y probar su historia, permitiendo al Juez o Tribunal conocer históricamente los hechos que la parte representa<sup>149</sup>. La declaración que hace un testigo en un interrogatorio, narra los hechos de forma preferentemente cronológica y directa. Este medio de prueba, si bien se estructura a manera de interrogantes directas, la función del testigo o perito en estrados no se limita a la respuesta de preguntas, sino que también es una demostración que hace en el Juicio sobre su propio conocimiento respecto de objetos, videos, documentos, representaciones, entre otra prueba material o documental que se le presente, lo que va más allá de hacer simplemente preguntas. Por ello es adecuado denominar el examen directo lo que en se conoce comúnmente como interrogatorio. El testigo debe ser examinado en todo su contexto. Para fines académicos identificaremos al examen directo y al interrogatorio como sinónimos<sup>150</sup>.

El autor es tajante al afirmar que el interrogatorio no es lo mismo que un examen directo; y el ABA define al interrogatorio o examen directo como “*El intercambio oral entre abogado y testigo citado por el mismo abogado que, por medio de preguntas abiertas y respuestas, se usa para introducir evidencia y transmitir información durante un juicio.*”<sup>151</sup>

Efectivamente, en el sistema oral, el examen directo de testigos *es una herramienta que permite extraer del testigo la información que se requiere que el Juez tome en cuenta y que alimenta nuestra teoría del caso*<sup>152</sup>. La información que el examen directo de testigos aporta tiene como principal actor al testigo y no al abogado. Y es que en el examen directo de testigos se juega con un valor

---

<sup>149</sup> Baytelman, Andrés..., *Litigación Penal* ..., 42.

<sup>150</sup> Baytelman, Andrés..., *Litigación Penal* ..., 42.

<sup>151</sup> ABA Rule of Law initiative, Taller inicial sobre litigación oral penal TILPO, [www.justiciapenalec.com](http://www.justiciapenalec.com), p.113

<sup>152</sup> Baytelman, Andrés..., *Litigación Penal* ..., 42.

determinante para el Juez: la credibilidad del testigo<sup>153</sup>. Las técnicas en cuanto a la práctica del examen directo de testigos son variadas. Existen sendos textos que pueden enseñar o demostrar la forma mediante la cual debe hacerse un examen directo, pero desde mi punto de vista, aquello es difícil de demostrar si no es en un taller práctico<sup>154</sup>. Lo que sí se hace es exponer aquellos *objetivos* que un examen directo de testigos básico debería tomar en cuenta. Este será eficiente y técnico si le ha precedido preparación del testigo, como analizaremos a continuación:

#### **a) Solventar – acreditar la credibilidad del testigo<sup>155</sup>**

*La acreditación* del testigo en oralidad tiene un objetivo diferente que la tacha de testigos. Acreditar al testigo, conforme la doctrina, *significa entregar elementos de juicio para convencer al juzgador de que ese específico testigo es una persona digna de crédito*<sup>156</sup>. Un testigo sin credibilidad, no será una prueba sólida para cuando el Juez valore el testimonio. En prueba debatida mediante sistema oral, toda persona (en principio) puede ser testigo idóneo que brinde información útil al Juez o Tribunal; inclusive el *discapacitado vocal - auditivo*<sup>157</sup> que no sepa leer y escribir.

Si la acreditación sobre los antecedentes personales del testigo y la credibilidad de su relato es convincente para un Juez, éste debería valorar el testimonio con cierto grado de certeza, de estar frente a una persona que esté diciendo la verdad. El contra examen, dentro de sus otros objetivos, tendrá como meta desacreditar a dicho testigo cuya acreditación generó confianza en el Juez en el examen directo. Si el fuego cruzado es muy fuerte, la confianza en el testigo puede ser mermada, pero si éste pasa aquél fuego cruzado, el testimonio se fortalece.

En la acreditación testimonial en juicio, el abogado efectúa preguntas técnicamente elaboradas a fin de que el testigo confiera información convincente para el Juez. En el CPC vigente hasta el año 2015, se exponen una serie de tachas para las personas que brinden sus testimonios; el Juez podía valorar dicho testimonio, aún cuando se acrediten tachas siempre que genere convencimiento al

---

<sup>153</sup> Baytelman, Andrés..., *Litigación Penal* ..., 42

<sup>154</sup> Es importante destacar que ésta investigación no va a analizar ni profundizar sobre técnicas de litigación oral, ya que de ésta investigación y como parte de un proyecto de responsabilidad social, nace el proyecto *Licitación Oral Ecuador*, que tiene como objetivo desarrollar dicha temática de manera práctica, mediante una estructura de capacitación continua que está en constante desarrollo.

<sup>155</sup> Baytelman, Andrés ... *Litigación Penal* ..., 44.

<sup>156</sup> Baytelman, Andrés ... *Litigación Penal* ..., 44.

<sup>157</sup> Pido mil disculpas por ésta palabra ofensiva a las personas con discapacidad parlante-auditiva que dice la Ley.

Juez de que el testigo ha dicho la verdad<sup>158</sup>. Este principio es básico en la prueba testimonial. Cuando se va a practicar de forma oral la prueba testimonial, se necesita comunicar al Juez que el testigo propuesto es convincente, no solo porque lo dice el abogado, sino porque mediante interrogantes, el testigo responde de forma clara y diáfana con información que sustenta sus características profesionales y personales tales como: edad, títulos académicos, publicaciones, postgrados de alto de nivel, experiencia empírica, tiempo de acreditación, número de peritajes, conocimiento personal, etc. Información que resulte convincente al Juez en cuanto conocer quien es el testigo ante de iniciar con las preguntas sobre el fondo de la *litis*.

Para ser testigo idóneo, según el Art. 208 del CPC vigente al 2015, se necesita edad, probidad, conocimiento e imparcialidad. Sin embargo, la Ley otorga la facultad al Juez de ponderar la verdad por encima de circunstancias de idoneidad. Tiene la facultad de tomar la declaración testimonial de un testigo no idóneo, como prueba válida. Pero aunque éste sistema está derogado, hay que tomar en cuenta ciertos elementos al momento de realizar el examen directo o interrogatorio de forma oral. Se debe identificar los puntos débiles que puede tener el posible testigo de parte, y que hagan meditar al litigante si será factible estratégicamente presentarlo como testigo propio en Juicio. Como un simple ejercicio comparativo, y utilizando la normativa del CPC que regula la idoneidad y tachas, identificamos aquellos temas que pueden ser factores de desacreditación, sin limitar a otras circunstancias adicionales en el contexto del caso en concreto.

<b>Tema de posible desacreditación</b>	<b>CIRCUNSTANCIAS</b>
Falta de conocimiento, credibilidad o interés en la causa.	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Discapacidad mental, toxicómanos y personas privadas del juicio;</li> <li>- Persona que declare hechos cuando estuvo embriagado o narcotizado;</li> <li>- Personas que aparecen frecuentemente dando testimonios en otros juicios;</li> <li>- Los ascendientes y descendientes;</li> <li>- Los parientes de consanguinidad y afinidad;</li> <li>- Los compadres, padrinos o ahijados;</li> <li>- Los cónyuges o convivientes en unión de hecho;</li> <li>- El interesado en la causa o en otra semejante;</li> </ul>

<sup>158</sup> CPC **Artículo 208**: Para ser testigo idóneo se necesita edad, probidad, conocimiento e imparcialidad. Esto no obstante, en conformidad con lo que dispone el artículo anterior, el Juez puede fundar su fallo en la declaración del testigo que no reúna todas las condiciones aquí enumeradas, cuando tenga el convencimiento de que el testigo ha declarado la verdad.

	<ul style="list-style-type: none"> <li>- El dependiente por la persona de quien dependa o le alimente;</li> <li>- El enemigo o el amigo íntimo;</li> <li>- El abogado del cliente o el procurador;</li> <li>- El tutor o curador;</li> <li>- El donante o donatario; o,</li> <li>- El socio o asociado.</li> </ul>
--	--

Las causas de tacha o falta de idoneidad que expone el CPC son variadas. Prácticamente, mediante éste sistema, se debe elegir a un testigo que pase la prueba de fuego para ser considerado idóneo. No es raro encontrar frases canónicas de nuestra práctica profesional en las cuales los patrocinadores dicen “...*impugno la prueba testimonial que presente o vaya a presentar la parte actora por ser parcializados, paniaguados y falsos...*”. Resulta hasta gracioso que algunos profesionales, hasta la fecha, tachen de inicio el testimonio al testigo, sin que éste haya declarado. En el sistema oral, propuesto en el COGEP se elimina el sistema de tachas, ya que la desacreditación corresponde practicarla en el contra examen.

Esta diferenciación entre desacreditar el testigo y tacharlo tiene una importancia esencial, ya que cuando en un sistema oral se permite que cualquier persona rinda su testimonio en examen directo, la mayor cantidad de testigos puedan ser examinados en juicio y, por lo tanto, entregar al Juez la mayor cantidad de elementos para intentar descubrir la verdad fáctica. Pero hay que tener cuidado, ya que si bien parece una oportunidad proponer al mejor amigo o socio para que rinda su testimonio a favor de su amigo que es parte en una causa, cuando sea el contra examen, ese testigo y el testimonio pueden ser desacreditados.

Es posible que éstos antecedentes de credibilidad que se le pregunten al testigo tengan importancia al momento de juzgar el fondo de los hechos<sup>159</sup>. Por ejemplo, en un caso de Prescripción extraordinario adquisitiva de dominio, valdrá la pena acreditar que el testigo es vecino de la parte actora por varios años, para probar en el fondo del caso el ánimo de señor y dueño del inmueble. La permanencia pacífica en un lugar, la localización de un bien inmueble, las construcciones aledañas y en sí, el conocimiento de una circunscripción territorial definida, por poner un ejemplo.

En definitiva, el solventar la credibilidad del testigo será el inicio de todo examen directo, y seguramente la parte de mayor recordación que va a tener el

---

<sup>159</sup> Baytelman, Andrés ... *Litigación Penal* ..., 47

juzgador al momento de escuchar el testimonio al inicio de la declaración<sup>160</sup>. Este objetivo se presenta como una oportunidad para la parte que presente al testigo genera fiabilidad del testigo ante el Juez; pero mal efectuado y sumando una desacreditación en contra examen, puede ser una amenaza para el caso.

## **b) Acreditar las proposiciones básica de la teoría del caso<sup>161</sup>**

Seguramente ésta es la parte medular de un examen directo o interrogatorio. Luego de que el testigo ha sido acreditado, las preguntas que se le realice deberán tener una lógica en cuanto acreditar proposiciones fácticas o nuestros fundamentos de hecho. Es en ésta parte del testimonio, el fondo de la demanda o de la contestación a la demanda, lo que debe ser probado mediante le testigo.

*Se trata de una narración o relato de hechos que el testigo presentará en el Juicio y que debe obtenerse como consecuencia del examen directo del abogado que lo presenta<sup>162</sup>. Si no hay suficiente examen directo sobre la proposición fáctica, no hay prueba.*

El ABA recomienda que el testimonio en el fondo tenga un orden cronológico a fin de que el Juez vaya teniendo contexto de los hechos que se le presentan<sup>163</sup>. Esto no significa que el abogado no pueda hacer el interrogatorio mediante la utilización de temas o membretes.

En este objetivo el buen uso de preguntas *abiertas* que no sean objetables es fundamental; este tipo de preguntas que se componen, en su mayor parte de interrogantes que contienen las siguientes preposiciones: *cómo, cuándo, qué, dónde y quién, (con el por qué hay que tener cuidado)*<sup>164</sup>. Las preguntas abiertas buscan que el testigo entregue toda la información de los hechos que conoce de manera directa y no por referencias; según BAYTELMAN *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, si que el abogado limite, restrinja o sugiera ciertas palabras para su declaración*<sup>165</sup>.

---

<sup>160</sup> García Ramírez, Julio...*La técnica del interrogatorio...*, 25- 27.

<sup>161</sup> Baytelman, Andrés ...*Litigación Penal* ..., 45.

<sup>162</sup> Baytelman, Andrés ...*Litigación Penal* ..., 45

<sup>163</sup> ABA Rule of Law initiative, Taller inicial sobre litigación oral penal TILPO, [www.justiciapenalec.com](http://www.justiciapenalec.com), p.120

<sup>164</sup> ABA Rule of Law initiative, Taller inicial sobre litigación oral penal TILPO, [www.justiciapenalec.com](http://www.justiciapenalec.com), p.121

<sup>165</sup>. Baytelman, Andrés ... *Litigación Penal y Juicio Penal...*, 57

### **c) Acreditar o introducir al juicio prueba material o documental<sup>166</sup>**

Aunque no en todos los casos ni en todo examen directo se necesita acreditar prueba material o documental, no deja de ser un objetivo primordial del examen directo o del contra examen como se verá más adelante. Si bien algunas leyes procesales (*como el COGEP en el Ecuador*) introducen prueba documental mediante la simple lectura de la parte pertinente, al momento de la audiencia de juicio, resultará más contextualizado hacer una acreditación de un documento o de un objeto mediante testigos.

Los objetos y documentos por sí solos no son idóneos para dar cuenta de su origen y naturaleza, ni del rol que cumplen en el interior del relato. Es a través de la declaración de testigos o peritos en donde los objetos y documentos se acreditarán como tales y dejarán de ser cuestiones abstractas, convirtiéndose en el objeto y documento concreto de este caso<sup>167</sup>.

Este objetivo tiene como meta dar una fuerza mayor a un documento u objeto a fin de que el mismo tenga un mayor convencimiento. Por ejemplo, acreditar una fotografía mediante un testigo será más convincente que solo presentarla como un documento aislado; el testigo como prueba viva dará fe del momento, el lugar, los equipos y demás detalles mediante los cuales dicha fotografía fue tomada.

El testigo o perito dará vida a aquella prueba que por su naturaleza no puede acreditarse por sí sola, ni hablar por sí sola. Existen excepciones como documentos que gozan de autenticidad otorgada por la Ley y que su acreditación se desarrolla en su calidad, pero de todas formas, y aún dichos documentos, cuya fuerza de legitimidad está aprobada por la Ley, adquieren mayor fuerza de convencimiento en el momento que un testigo los acredita como parte del testimonio.

### **d) Obtener información relevante para el análisis de otra prueba**

Este es un objetivo avanzado del examen de testigos. *No se trata de relatos estrictamente vinculados con los hechos específicos del caso, pero sí información contextual que pueda servir para fortalecer mi propia teoría del caso o desacreditar la de mi contraparte<sup>168</sup>*. Este objetivo deja entrever que el examen directo debe entretenerse con toda la estrategia en general, ya que la contribución que puede hacer

---

<sup>166</sup> Baytelman, Andrés ...*Litigación Penal* ..., 45

<sup>167</sup> Baytelman, Andrés ...*Litigación Penal* ..., 46

<sup>168</sup> Baytelman, Andrés ...*Litigación Penal* ..., 46

un testigo para desacreditar una prueba importante de la contraparte, puede ser la diferencia entre ser más o menos convincente.

En este objetivo será posiblemente en donde se perciba la necesidad de una correcta teoría del caso, ya que en la misma se deberán establecer los temas que cada testigo aporte, de tal forma que el relato fáctico que provenga de los testigos tenga un orden que el Juez pueda percibir.

### **La preparación de testigos**

Para ejecutar de forma técnica los objetivos del examen directo se deben preparar testigos. En la litigación oral, la improvisación no es una opción; así se hacen entender los instructores en Litigación Oral en cualquier curso - taller del ABA o LOE. Esto nos permite obtener una premisa inicial, en cuanto necesidad imperiosa de una preparación técnica y ética de un testigo antes de un examen directo en audiencia de Juicio. Un testimonio técnicamente obtenido será la diferencia entre obtener información valiosa para la teoría del caso, o tener un serio problema de falacias en Estrados.

Preparar testigos es una facultad de la parte, que acaricia los límites de la Ley y la Ética. Si bien preparar un testimonio es una práctica válida y jurídicamente aceptable a nivel mundial, el inducir al testigo, entendiendo dicha expresión como: *la acción de provocar que alguien haga algo*<sup>169</sup>, se configura inclusive un acto típico antijurídico y culpable tipificado en la mayoría de legislaciones como fraude procesal, atentado contra la actividad judicial, falso testimonio o perjurio.

La preparación técnica es lo que interesa explicar en ésta investigación. Tomando como premisa la necesidad de un trabajo previo por parte del litigante para preparar testigos, BAYTELMAN cita al Goldberg quien afirma que existen tres verdades que son aplicables a todo testigo, constituyendo un sustento doctrinario para afirmar que la preparación de testigos es sustancial:

1. *Los testigos están nerviosos cuando atestiguan en Juicio.*
2. *Los testigos, incluso los peores, aportan algo bueno, e incluso los mejores tienen algo malo.*

---

<sup>169</sup> <http://lema.rae.es/drae/?val=inducir>

3. *Los testigos saben mucho más acerca de la sustancia de sus testimonio que lo que saben acerca del modo de presentarla*<sup>170</sup>.

En definitiva es una manera de minimizar los errores que pueden acaecer en el Juicio. La preparación del testigo tiene el importante objetivo de anticipar al declarante la forma de la diligencia en la que va a participar, ya que si bien la declaración inicia con preguntas sobre sus generales de Ley efectuadas por el Juez, de manera inmediata el testigo debe conocer que el abogado que lo convoca es quien inicia con el examen directo.

*Contrario sensu*, el testigo debe conocer que luego de las preguntas del abogado *amigo*, la parte adversaria le va a realizar un contra examen con preguntas que van a sugerir las respuestas, pasando posibles momentos incómodos; es por eso importante que el testigo conteste con respuestas claras y completas, para dejar sin sustento un contra examen destructivo.

El testigo debe confiar en la parte que lo ha convocado y sobretodo entender sus límites en la información que vaya a entregar que se basa en los hechos que conoce personalmente, mas no por referencia. Se debe explicar al testigo la existencia de adversarios que querrán desacreditarle de forma personal, tanto como a sus conocimientos fácticos sobre el testimonio rendido, dejando en duda sus palabras, bajo juramento. El litigante debe actuar de forma sincronizada con el testigo, en tanto éste debe saber que pueden existir incidentes denominados *objeciones* en el transcurso del interrogatorio. El testigo debe entender que el abogado, al expresar en tono alto la palabra *objeción*, o al escuchar la misma impugnación del adversario, debe callar hasta que el Juez resuelva la objeción.

La técnica del abogado para hacer la dinámica de preparación testimonial será diferente en cada profesional y contexto; algunos preferirán darle un pliego de preguntas ya elaboradas al testigo, otros podrán trabajar con temas simples para desarrollo narrativo, o con pocas preguntas, lo cierto es que el testigo debe tener claro su rol dentro de la audiencia de Juicio y el abogado conocer exactamente con la información con la que cuenta, ya que en el interrogatorio el testigo será quien confiera la información y el protagonista, mientras que por el lado del abogado, éste

---

<sup>170</sup> Baytelman, Andrés ... *Litigación Penal y Juicio Penal...*, 62

debe ser un guía que conozca por donde extraer la información que pueda brindar el testigo y que le sea útil a su teoría del caso<sup>171</sup>.

En conclusión, el testigo debe ser preparado y no inducido. Para su preparación el testigo debe tener claro su función en el caso y la dinámica de la diligencia. Por parte del abogado, el mismo ya sabe las respuestas a sus preguntas y por ende la información que conoce el testigo de forma directa. No es lo mismo preparar testimonio de terceros, partes o peritos, tanto en interrogatorio como para contrainterrogatorio; en cada caso el flujo de información, la cantidad y calidad en el conocimiento de los hechos será diferente.

### **2.1.2. El Contra Examen – contra interrogatorio**

El contra examen de testigos es posiblemente la manifestación procesal más palpable del principio de contradicción establecido en la Constitución del Ecuador y en las leyes procesales. Siguiendo a RUA, se afirma que: *“el contra examen, que proviene de la práctica de los sistema adversariales, guarda una estrecha relación con el principio constitucional del contradictorio, del que no es más que una manifestación”*<sup>172</sup>.

La Constitución del Ecuador en el Artículo 168.6 en concordancia con el Art. 76.7h 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 ABA define al contra examen como *“Intercambio oral entre abogado y testigo citado por la contraparte que, por medio de preguntas cerradas y respuestas, se usa para transmitir información e introducir evidencia.”*<sup>173</sup>

Tal como se explicó en el examen directo, las razones por las cuales, debe denominarse contra examen, en lugar de contra interrogatorio, tiene el sustento en el hecho de que el adversario no solo puede responder interrogantes, sino efectuarle un *control de calidad* de sus conocimientos en general mediante demostraciones o reconocimiento de objetos, lugares, personas o documentos. Para fines académicos

---

<sup>171</sup> ABA Rule of Law initiative, Taller inicial sobre litigación oral penal TILPO, [www.justiciapenalec.com](http://www.justiciapenalec.com), p.115, 116 y 122

<sup>172</sup> Rúa, Gonzalo, *Contra examen de testigos*. (Buenos Aires: Ediciones Didot, 2014),20.

<sup>173</sup> ABA Rule of Law initiative, Taller inicial sobre litigación oral penal TILPO, [www.justiciapenalec.com](http://www.justiciapenalec.com), p.126

serán considerados como sinónimos el contra examen y contrainterrogatorio, expresión última que consta en el COGEP.

Como se expuso en el capítulo primero, el contra examen está inmerso dentro de varias críticas en cuanto a su funcionalidad y práctica en relación al objetivo enfocado a descubrir la verdad. Dentro del contexto en el cual se desarrolla esta herramienta procesal, es vista como *la piedra angular de un sistema contradictorio, ya que es la herramienta que ha creado la litigación oral para confrontar y verificar la veracidad de lo declarado por los testigos de la parte contraria*<sup>174</sup>.

Por la tecnicidad de la herramienta procesal, el contra examen seguramente va a ser el instrumento procesal de mayor dificultad a la que nos enfrentemos dentro de la ejecución del trasplante de la práctica de prueba testimonial. La destreza para lograr un contra examen que cumpla su objetivo es aguda; no solamente existen varias reglas básicas y objetivos relativamente estandarizados que expondré a continuación, sino que existen técnicas avanzadas<sup>175</sup>. La destreza y técnica en la práctica del contra examen, va a diferenciar un contra examen efectivo y técnico, de un desastre profesional en plena audiencia de juicio.

El elemento diferenciador, por excelencia, del contra examen en relación al examen directo es la posibilidad de hacer preguntas sugestivas<sup>176</sup>. O sea, preguntas que de antemano, el abogado *conozca* la respuesta de forma anticipada, ya que no se puede correr riesgos. En el contra examen no se puede permitir que sea el testigo quien controle el flujo de información, esto lo debe hacer el abogado.

En el contra examen quien se luce es el abogado, no es el testigo<sup>177</sup>. Esto se confirma a continuación por lo expuesto por Rúa, en donde se observan las diferencias entre el examen directo y el contra examen<sup>178</sup>:

---

<sup>174</sup> Rúa, Gonzalo, *Contra examen de testigos...*,21.

<sup>175</sup> Se citan técnicas avanzadas como el *Looping*, *Looping doble*, *Looping escalonado*, *looping espontáneo*. Ver más en: Rúa, Gonzalo, *Contraexamen de testigos...*,119-126.

<sup>176</sup> Rúa, Gonzalo, *Contra examen de testigos...*,33-36. Es muy interesante ver el relato que Gonzalo Rúa hace al evidenciar el proceso reformista que tuvo Latinoamérica con el trasplante del procedimiento penal en los años 80. El divide en código acusatorios de primera generación y de segunda generación, siendo los primeros aquellos códigos que prohibían las preguntas sugestivas en el contra examen y los de segunda generación quienes ya permitieron efectuar preguntas sugestivas. Esta pequeña gran diferenciación comenzó a gestar un profundo cambio en la formas de ejecutar el contra examen y su ámbito de incidencia ya que al no permitir preguntas sugestivas, el contra examen se volvía una repetición del examen directo con la agravante de tener a un testigo hostil que no iba a contradecirse con lo ya dicho. La admisión de preguntas sugestivas es una clara consecuencia de la vigencia de la garantía del contradictorio, que todo litigante debe hacer valer en una sala de audiencias, y que no es más que una derivación de la garantía del derecho a contradecir la prueba.

<sup>177</sup> ABA Rule of Law initiative, Taller inicial sobre litigación oral penal TILPO, [www.justiciapenalec.com](http://www.justiciapenalec.com), p.135

<sup>178</sup> Rúa, Gonzalo, *Contra examen de testigos...*,37

Habilidades	Examen directo	Contra examen
Preguntas	Abiertas y cerradas	Abiertas, cerradas <sup>179</sup> y sugestivas
Orden	Cronológico	Temático
Principal protagonista	Testigo	Abogado
Tiempos	Dar tiempo al testigo para que responda	Preguntar con ritmo. No dar mayor tiempo al testigo para pensar respuestas que pretendan acomodar su relato.
Objetivo	Acreditar la testigo y su testimonio a través de proposiciones fácticas favorables	Impugnar credibilidad. Acreditar alguna proposición fáctica excepcionalmente
Testigo	Acreditar al testigo	Desacreditar al testigo
Testimonio	Acreditar proposiciones fácticas	Desacreditar testimonio

La diferencia entre el examen directo y el contra examen, se establecen elementos básicos que se deben tomar en cuenta al momento de realizar interrogatorios de forma adecuada, a fin de que no *pasemos el sonrojo de substituir la toga por el bufonesco traje de Arlequin*<sup>180</sup> en una audiencia de Juicio.

Los objetivos del contra examen deben estar claramente definidos por el litigante y la información de las declaraciones previas del testigo estar a disposición de la defensa; el uso de declaraciones previas en el contra examen es fundamental, lo contrario (*Tal como erradamente omitió el COGEP*) sería ir a ciegas a un contra examen. Siguiendo a BAYTELMAN y DUCE<sup>181</sup>, existen *cinco objetivos* básicos del contra examen que se deben tener en cuenta:

#### a) Desacreditar al testigo

*Contrario sensu* al primer objetivo del examen directo, el contra examen es la herramienta, que se constituye como la antítesis de la acreditación del examen directo de testigos. En el contra examen existe un *testigo hostil*<sup>182</sup> hacia la contra parte respectivamente; no se ha tenido el tiempo ni la posibilidad de prepararlo, por lo que sus respuestas no van a ser las que el abogado de parte contraria desea. *En este caso, nos referiremos a cuestionar la credibilidad personal de un testigo, y su valor*

<sup>179</sup> Baytelman, Andrés ... *Litigación Penal y Juicio Penal...*, 85. A pesar de que, como se dijo, el instrumento por excelencia del contraexamen con frecuencia son las preguntas sugestivas, un buen contra examen generalmente mezcla preguntas sugestivas, abiertas y cerradas.

<sup>180</sup> Osorio y Gallardo, Angel , *El Alma de la Toga*. (Madrid: Editorial Reus, 2008),52.

<sup>181</sup> Baytelman, Andrés ... *Litigación Penal y Juicio Penal...*, 76-78. Estos objetivos son tomados de Baytelman quienes, a su vez, toman de Paul Bergman. EN: Bergman, Paul, *la defensa en juicio*. (Buenos Aires: Abeledo – Perrot, 1989), 133.

<sup>182</sup> García Ramírez, Julio...*La técnica del interrogatorio...*, 193.

como fuente de información. El mensaje que subyace a ésta línea de contra examen es, y que se debe transmitir al Juez es que: *éste testigo es una rata; y las ratas, por supuesto, rara vez tienen algo valioso para aportar en un juicio*<sup>183</sup>.

En un sistema de libre valoración de la prueba o de libertad probatoria, lo que se ataca es la credibilidad de un testigo, más no su admisibilidad. *Puede existir un Juez o Tribunal que escuche la coartada que ofrece la madre del demandado y que pese a tratarse de su misma madre, los jueces opinen, una vez apreciado el testimonio en concreto, que ella es perfectamente creíble. Todo entra, más no todo pesa lo mismo...*<sup>184</sup> En el momento de valoración de la prueba, la sana crítica hará el resto del trabajo, a fin de llegar a las máximas de convencimiento el Juez, sin perjuicio del control de calidad que ejerce el principio de pertinencia, utilidad y conducencia. (Art.160 COGEP)

La técnica para desacreditar un testigo tiene varias formas, por ejemplo, Baytelman y Duce establecen que las líneas de contra examen que se deben atacar es el *interés y credibilidad*<sup>185</sup>; Gonzalo Rúa, coincide con dichas líneas de desacreditación de testigos. El interés del testigo en el resultado del caso, que va desde quién miente por dinero, hasta quién tiene una sociedad con quien está relacionado con la parte.

La segunda línea de desacreditación se centra en las conductas previas de aquél, referidas no solo al hecho que juzga, sino también a su vida en general<sup>186</sup>. Como hemos dicho desde el principio, estas técnicas se deben practicar de forma dinámica presencial, a fin de no caer en la afirmación que Rúa expone; *ya que se puede ser un excelente docente de litigación pero, seguramente, un pésimo profesional*<sup>187</sup>.

## **b) Desacreditar el testimonio**

Una vez que la credibilidad del testigo ha sido desacreditada (*salvo que mejor se decida por estrategia no desacreditar al testigo*), el segundo objetivo del contra examen intentará desacreditar los elementos fácticos que el testigo haya declarado en juicio luego del examen directo. *Se trata de atacar la credibilidad, no ya de la persona como testigo, sino de su testimonio*. Se podría querer convencer al Juez, que

<sup>183</sup> Baytelman, Andrés ... *Litigación Penal y Juicio Penal...*, 77

<sup>184</sup> Baytelman, Andrés ... *Litigación Penal y Juicio Penal...*, 77

<sup>185</sup> Baytelman, Andrés ... *Litigación Penal y Juicio Penal...*, 77

<sup>186</sup> Rúa, Gonzalo... *Contraexamen de testigos...*,51-52.

<sup>187</sup> Rúa, Gonzalo... *Contraexamen de testigos...*,35.

independiente que haya pasado la prueba de fuego de la credibilidad, *y que el testigo es una gran persona, seguramente está convencido de que las cosas ocurrieron como dice, pero está en un error*<sup>188</sup>. El objetivo que se busca al desacreditar un testimonio es dejar una imagen de duda sobre lo relatado y percibido por el testigo<sup>189</sup>. Es buscar inconsistencias, relatos cambiados y dudas. En conclusión, dejar en incertidumbre, duda o confusión, la información declarada en examen directo.

### **c) Acreditar nuestras propias proposiciones fácticas**

Utilizar el contra examen para acreditar nuestras propias proposiciones es una delicada y muy peligrosa tarea que se puede hacer, con las seguridades del caso. El abogado debe saber con precisión la respuesta antes de efectuar la pregunta a la contra parte, caso contrario, este objetivo no sería viable.

El contra examen tiene como objetivos principales la desacreditación, tanto del testigo como del testimonio, y así lo entienden muchos jueces y profesionales, pero no por eso es imposible pensar que mediante el contra examen no podamos acreditar nuestras propias proposiciones fácticas que aporten a nuestra teoría del caso. *En muchas ocasiones podremos obtener de un testigo contrario testimonios que afirman nuestras propias proposiciones fácticas*<sup>190</sup>. Personalmente creo que es como ganarse la lotería, ya que *esto envía al juzgador la señal de que, si no hemos mentado en esos puntos, es posible que no lo hayamos hecho en otros tampoco*<sup>191</sup>.

### **d) Acreditar prueba material o documental propia**

Este es uno de los objetivos que en materia procesal civil puede ser determinante al momento de litigar. *Si un testigo de la contraparte puede acreditar nuestra propia prueba material o documental, eso fomenta frente al tribunal la autenticidad de dicha prueba material*<sup>192</sup>.

Imaginemos poder tener a la contraparte frente a sus propios documentos que ha suscrito y que favorece a la parte interrogante, los vaya acreditando como suyos en su propia declaración, puede ser una oportunidad para dejar totalmente acreditada prueba material o documental que soporten nuestra teoría del caso.

---

<sup>188</sup> Baytelman, Andrés ... *Litigación Penal y Juicio Penal* ...,78.

<sup>189</sup> Rua, Gonzalo... *Contraexamen de testigos*...,52

<sup>190</sup> Baytelman, Andrés ... *Litigación Penal y Juicio Penal* ...,78

<sup>191</sup> Baytelman, Andrés ... *Litigación Penal y Juicio Penal* ...,78

<sup>192</sup> Baytelman, Andrés ... *Litigación Penal y Juicio Penal* ...,78

### **e) Obtener inconsistencias con otras pruebas de la contraparte**

Un proceso judicial es una guerra en estrados. El contra examen tiene en su mayoría objetivos destructivos, ya que al desacreditar la prueba del contrario, es provocar duda de sus afirmaciones y provocar una menor credibilidad de los argumentos de parte.

Incitar inconsistencias entre los propios testigos de la contra parte es un objetivo que requiere de mucha práctica y una dosis de suerte. Un abogado que no haya preparado a su testigos puede provocar que éstos caigan en contradicciones con un costo de credibilidad que le puede costar el caso. *Si puedo obtener de los testigos de la contra parte testimonios inconsistentes entre sí, eso daña al caso del rival de manera importante*<sup>193</sup>.

Sun Tzu ya nos dijo hace 2500 años: *Si las tropas enemigas se hallan bien preparadas tras una reorganización, intenta desordenarlas. Si están unidas, siembra la disensión entre sus filas. Ataca al enemigo cuando no está preparado, y aparece cuando no te espera. Estas son las claves de la victoria para el estratega*<sup>194</sup>.

Las inconsistencias que puede tener la contraparte serán beneficiosas para la teoría del caso de la parte que actuó de forma estratégica *¿Hasta qué punto éste tipo de estrategias son válidas en un proceso judicial en el que la lealtad procesal debe ser primordial?* Los sistemas adversariales son en efecto una batalla entre adversarios, no entre enemigos, por lo que la estrategia es válida si se siguen las reglas de la técnica, la lógica y la Ley.

### **f) Las necesidad de las declaraciones previas**

La utilización de declaraciones previas es una herramienta fundamental, al momento de la práctica de prueba testimonial. Se debe partir de la premisa que la información válida para el Juez será única y exclusivamente la declarada por el testigo en audiencia de forma oral, dejando sin valor alguno a las declaraciones previas al Juicio que el testigo haya efectuado. Si bien la lectura de apuntes o notas esta prohibida en la declaración testimonial (Art.178.4 COGEP), pero *la utilización válida de las declaraciones previas en Juicio busca dos objetivos específicos: a)*

---

<sup>193</sup> Baytelman, Andrés ... *Litigación Penal y Juicio Penal* ...,78

<sup>194</sup> Tzu, Sun *El Arte de la Guerra*. (Consultado: 13 abril 2015 23h10) EN: <http://www.dominiopublico.es/ebook/00/6D/006D.pdf>.

*Refrescar la memoria del testigo o perito y b) Evidenciar inconsistencias del testigo o perito*<sup>195</sup>.

El objetivo de *refrescar la memoria del testigo o perito* parte del hecho que la memoria humana tiene limitaciones, por lo tanto, es razonable que algunos detalles se olviden o se tornen difusos con el paso del tiempo<sup>196</sup>. Al ser esto una actitud *amigable* entre testigo y abogado, se la suele efectuar en el examen directo.

El segundo objetivo del uso de declaraciones previas, *evidenciar inconsistencias del testigo o perito*, tiene un tono más *adversarial*; utilizado de ésta forma para el contra examen se ataca la credibilidad del testigo, dejando en evidencia que al momento de la declaración previa dijo unos hechos, pero al momento del testimonio dice otros<sup>197</sup>.

El uso de declaraciones previas tiene la particularidad de precautelar al derecho a la defensa de manera eficiente, ya que el adversario conoce exactamente los hechos que el testigo suscribió como ciertos en un documento, lo permite ubicar *temas para el contra examen* y contradecir fundamentadamente.

Lastimosamente el uso de declaraciones previas no esta normada en el COGEP, limitando en el anuncio de prueba testimonial “[..]con indicación de hechos[...]” que lo hace el propio abogado, sin firma de responsabilidad u conocimiento del testigo (Art.142.7 COGEP). Un error sin duda.

Este error deberá reformarse; la propuesta de solución está en el proyecto de CPU entregado por el CEJA<sup>198</sup>, en el cual se obligaba a la parte presentar una declaración previa en diligencia notarial, adjuntando en la demanda o contestación al momento de ser anunciado en la demanda, contestación, reconvencción o terceraía.

El COGEP al no regular la práctica de declaraciones previas, deja a los abogados en una situación de cierto desconocimiento de información. A manera de comparación, en el sistema angloamericano civil se aplica en la etapa de *discovery* (descubrimiento), la posibilidad de hacer *depositions* (declaración previa). Estas

---

<sup>195</sup> Baytelman, Andrés ... *Litigación Penal y Juicio Penal* ...,118.

<sup>196</sup> Baytelman, Andrés ... *Litigación Penal y Juicio Penal* ...,120.

<sup>197</sup> Baytelman, Andrés ... *Litigación Penal y Juicio Penal* ...,125.

<sup>198</sup> Cabe destacar que el Art. 208 del proyecto de CPU si contemplaba el uso de declaraciones previas de la siguiente forma: **Artículo 208.- Forma de anunciar la prueba testimonial.** La prueba testimonial se anunciará en el escrito de demanda o contestación de la siguiente forma: a) Se identificará [...] b) Se adjuntará la declaración escrita del testigo con su versión de los hechos, la que deberá presentarse firmada ante notario por éste y por el abogado de la parte, quien declarará constarle la existencia del testigo, corresponder dicha declaración a esa persona y su disponibilidad para comparecer a declarar a la audiencia de juicio oral. Si el abogado declarara falsamente respecto de alguno de los hechos dispuestos en la letra b) de este artículo, se le aplicarán las penas previstas en el artículo XX del Código Penal. Acertado planteamiento que lastimosamente el legislador ecuatoriano no consideró.

declaraciones previas, son diligencias que se hacen en las oficinas del abogado solicitante, son filmadas, en presencia de un oficial de Corte delegado quien toma nota de la diligencia; la parte solicitante inicia con un contra examen al testigo, quien puede no contestar y parar el testimonio cuando lo decida; dicha diligencia se vuelve parte del proceso para poder ser utilizada en audiencia de Juicio.

Conforme las reglas vigentes en el COGEP, los abogados deberán ser prolijos para que en la audiencia de Juicio se anote de forma textual el testimonio rendido por los testigos de la contra parte, para de esa forma construir en segundos los temas de contra examen; una destreza que se deberá adquirir a la fuerza.

### 2.1.3 Las Objeciones

*¿Las objeciones constituyen el mecanismo más adecuado para que las partes puedan controlar el cumplimiento de las reglas ético jurídicas del debate?<sup>199</sup>*

Para el Comité organizador de los trabajos para la reforma al sistema de Justicia para Nuevo León – Monterrey – México, ésta es la definición de las objeciones. BAYTELMAN y DUCE observan a las objeciones más bien como *limitaciones que tiene las partes dentro de sus facultades de ejecución en cuanto al tipo de preguntas que pueden formular a un testigo<sup>200</sup>*. Mientras RUA las define como *el mecanismo que tiene las partes para impedir que determinada información, que es considerada de baja calidad, pueda ingresar al juicio oral.*

Lo que es coincidente en las afirmaciones doctrinarias, es que las objeciones son parte ineludible del principio de contradicción y respeto al debido proceso vigente en todo momento de la litigación oral, *siendo una clara consecuencia de la idea de contradictoriedad que orienta a un juicio oral<sup>201</sup>*. Personalmente coincido con el *Comité organizador de los trabajos para la reforma al sistema de Justicia para Nuevo León*, en cuanto al objetivo de las objeciones, ya que éstas no se limitan únicamente a la preguntas dentro de la audiencia de Juicio, sino que también proceden ante la contradicción a las pruebas o agravios que se pretendan anunciar en etapas preliminares, al comportamiento ofensivo que pueda la contraparte en

---

<sup>199</sup> Comité organizador de los trabajos para la reforma al sistema de Justicia para Nuevo León *Técnicas de Juicio Oral para el proceso penal de Nuevo León*. (Monterrey: USAID, 2004),194.

<sup>200</sup> Baytelman, Andrés ... *Litigación Penal y Juicio Penal* ...,98.

<sup>201</sup> Baytelman, Andrés ... *Litigación Penal y Juicio Penal* ...,98.

alegatos de apertura, clausura, e inclusive, a la omisión de respuesta por parte de un testigo<sup>202</sup>.

Se debe tener en cuenta que las objeciones son un tipo de *incidente*, que al *presentarse dentro del contexto de un juicio oral, presentan un formato mucho más desformalizado, pues en el juicio oral están regidos por la lógica del debate*<sup>203</sup>. Su aplicación definitivamente es estratégica y posiblemente uno de los elementos que requiere la mayor destreza y agilidad mental al momento de la litigación. Es una *habilidad que requiere operaciones de razonamiento y decisión estratégica en fracciones de segundo*<sup>204</sup>.

La dialéctica al momento de la existencia de una objeción, debe ser eficaz para todas las partes, incluido el Juez. La primera dificultad al aplicar las objeciones es que éstas enfatizan fuertemente la contradictoriedad del debate<sup>205</sup>. Su fundamentación más eficiente es aquella objeción que con una expresión corta realiza un argumento convincente en cuanto a la transgresión que provoca una pregunta de la contraparte. *Las objeciones se expresan mediante razonamientos por estándares más que por reglas, por lo tanto, no significa que exista un regla clara acerca de la procedencia de la pregunta, ya que la construcción de la objeción debe ser construida argumentativamente desde las circunstancias concretas*<sup>206</sup>.

La decisión del Juez debe ser inmediata, ya sea aceptando, negando u ordenando reformulación de pregunta. La dinámica de los interrogatorios no pueden sufrir incidentes que entorpezcan el flujo de información, pero en ocasiones *se interponen objeciones con el fin de que el contra examen o el interrogatorio pierda ritmo o intensidad*, lo que definitivamente puede tener un costo en la credibilidad del abogado, ya que *el abuso de objeciones, en líneas generales, suele ser mal visto por los jueces*<sup>207</sup>.

La objeción es una herramienta procesal que debe aplicarse sabiamente por todas las partes procesales. En relación al actor y defensa debe ser utilizada de forma tan estratégica, que su sola mención, cause confianza al juzgador de que efectivamente se la utilizó para impedir una pregunta ilícita; *contrario sensu*, su aplicación indiscriminada solo deja ver desesperación o falta de preparación de parte

---

<sup>202</sup> Comité organizador de los trabajos...,196 – 200.

<sup>203</sup> Baytelman, Andrés ... *Litigación Penal y Juicio Penal* ...,98.

<sup>204</sup> Baytelman, Andrés ... *Litigación Penal y Juicio Penal* ...,98.

<sup>205</sup> Baytelman, Andrés ... *Litigación Penal y Juicio Penal* ...,99.

<sup>206</sup> Baytelman, Andrés ... *Litigación Penal y Juicio Penal* ...,99.

<sup>207</sup> Rúa, Gonzalo, *Contraexamen* ...,178.

de los litigantes. Para los jueces, la objeción es un incidente oral que debe ser resuelto en el acto y de tal forma que la audiencia no pierda ritmo ni flujo de información. *En conclusión, por vía de las objeciones impediremos que los abogados sean quienes introduzcan información al juicio y se produzca información errónea o basada en la confusión y, finalmente, que se hostigue sin justificación a los testigos*<sup>208</sup> o se falte el respeto a las partes.

### **2.1.3.1 Las objeciones en la normativa procesal ecuatoriana**

Las objeciones no gozan de reglas claras, tal como las legislaciones positivista necesitamos para reconocer un incidente como válido, sino que su construcción argumentativa se hace de acuerdo a la circunstancia especial que rodea al contexto del caso. No siempre será necesario pedir una objeción, eso dependerá de la estrategia del litigante, pero es importante identificar cuándo existe causal para solicitarla. *La inexistencia de un sistema adversarial en donde existe genuina contradictoriedad entre partes ha hecho que las objeciones hayan sido un tema de menor importancia práctica y, en consecuencia, doctrinal*<sup>209</sup>.

En las objeciones se puede ver, de forma directa, la homogeneidad que tiene la práctica de la prueba testimonial *adversarial* civil y penal. Al ser las objeciones medios de defensa que aplican el principio de contradicción constitucionalmente ordenado, en la práctica, no existe norma alguna que prohíba utilizar las objeciones que existan en otras normas del sistema procesal. En este sentido, en el COIP (Art.569) existen circunstancias en las que proceden objeciones:

- Presentación de pruebas que han sido declaradas ilegales.
- Presentación de testigos improvisados o de última hora.
- Comentarios relacionados con el silencio de la persona procesada.
- Comentarios relacionados con el comportamiento anterior de la víctima.

---

<sup>208</sup> Baytelman, Andrés ... *Litigación Penal y Juicio Penal* ...,100.

<sup>209</sup> Baytelman, Andrés ... *Litigación Penal y Juicio Penal* ...,104

Las objeciones que el COIP enuncia al momento de la realización de preguntas a un testigo en Juicio, son las siguientes (Art.502.15 y 16 ; Art.569):

Auto incriminatorias	Engañosas
Capciosas	Impertinentes
Sugestivas (válidas únicamente en contra examen)	Compuestas
Repetitivas	Irrespetuosas
Vagas	Ambiguas
Aquellas que están fuera de la esfera de percepción del testigo	Opiniones, conclusiones y elucubraciones, salvo en los casos de peritos dentro del área de su experticia.

En el COGEP (Art.176 y 177.8), existen las siguientes objeciones para preguntas realizadas a testigos en audiencia de Juicio:

Auto incriminatorias	Confusas
Capciosas	Impertinentes
Sugestivas (válidas únicamente en contra examen)	Compuestas
Inconstitucionales	Coacción ilegítima del declarante
Vagas	Obscuras
Respuestas de las o los declarantes que van más allá, no tienen relación con las preguntas formuladas o son parcializadas.	Hipotéticas por opiniones o conclusiones. Se exceptúan las preguntas hipotéticas en el caso de los peritos dentro de su área de experticia.

Las objeciones en ambas normas son prácticamente iguales, con ciertas diferencias, que no por ello significa que no puede ser una objeción válida en un proceso que aplique cualquiera de las normas antes mencionadas, gracias al principio de supletoriedad de la Ley. Hacer un ejercicio de conceptualización de objeciones no

significa que es una lista cerrada de conceptos, ya que *su aplicación obedece a una extensión lógica*<sup>210</sup> de aquellas expresamente enunciadas por la Ley.

Los catálogos de objeciones encontrados en la doctrina no constituyen enumeraciones taxativas o cerradas, inclusive los listados que la Ley establece no son camisas de fuerza dentro de las cuales el litigante no pueda salirse, *los listados doctrinarios presentan algunos de los problemas que se producirán en la realización de los juicios, y que en definitiva, se deberán resolver en la práctica y jurisprudencia que el sistema vaya generando a partir de su funcionamiento*<sup>211</sup>. Conceptualizando las objeciones más comunes, y las enunciadas en la Ley procesal ecuatoriana, tenemos las siguientes:

### **Objeción: Pregunta auto incriminatoria**

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: Abogado en contra examen: “Usted falsificó la firma de su socio en el contrato, es eso cierto?”*

### **Objeción: Pregunta capciosa o engañosa**

Conforme afirma Baytelman y Duce, en América Latina, no es común encontrar un tratamiento detallado sobre el concepto y significado de preguntas capciosas, pero en términos generales las preguntas capciosas son *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*<sup>212</sup>. La objeción por pregunta capciosa o engañosa *utiliza un artificio o engaño para sacar provecho del testigo*<sup>213</sup>, ya que presenta información irreal a fin de confundir al testigo y, por ende, al Juez.

La pregunta capciosa genera información de *baja calidad por parte del testigo, ya que esta información fundamentalmente proviene de su error o confusión y deriva de una formulación de la pregunta orientada a crear dicho error*

---

<sup>210</sup> Baytelman, Andrés ... *Litigación Penal y Juicio Penal* ...,101

<sup>211</sup> Baytelman, Andrés ... *Litigación Penal y Juicio Penal* ...,102

<sup>212</sup> Baytelman, Andrés ... *Litigación Penal y Juicio Penal* ...,105

<sup>213</sup> Comité organizador...197

o *confusión*<sup>214</sup>. La baja calidad que conlleva dicha intimidación al juicio, provoca distorsiones que, de ser valoradas, producirían error en el resultado final. El problema de éste tipo de preguntas son las *varias modalidades, con las que se puede presentar a juicio*<sup>215</sup>, lo que dificulta identificar este tipo de preguntas dentro el debate. Ejemplo: *“Usted qué conoce, de lo que no pudo observar, en la casa de Juan?”*

### **Objeción: Pregunta impertinente o irrelevante**

La impertinencia tiene que ver con lo *dicho o hecho fuera de propósito*<sup>216</sup>. 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. *Un estándar más fino para describirlas es hacerlo en relación con las teorías de caso de las partes. Una pregunta impertinente o irrelevante lo será en la medida que no avanza desde un punto de vista lógico en la teoría del caso de alguna de las partes*<sup>217</sup>. Ejemplo: *(En caso de daño moral): Abogado contrario “Y cuantos divorcios tiene Usted?”*

### **Objeción: Pregunta compuesta**

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 ellos se pronuncia*<sup>218</sup>; lo que puede causar confusión al testigo y al juzgador. Son preguntas que *incorporan en su contenido varias afirmaciones, cada una de las cuales debe ser objeto de una pregunta independiente*<sup>219</sup>. Ejemplo: *“De qué color es el vehículo y dónde estaba el 29 de mayo de 2014?”*

---

<sup>214</sup> Comité organizador... 198

<sup>215</sup> Baytelman, Andrés... *Litigación Penal y Juicio Penal* ..., 105

<sup>216</sup> RAE. ( Consultado: 2 de sept 2014)EN: <http://lema.rae.es/drae/?val=impertinencia>

<sup>217</sup> Baytelman, Andrés... *Litigación Penal* ..., 106.

<sup>218</sup> Comité organizador de los trabajos..., 199.

<sup>219</sup> Baytelman, Andrés... *Litigación Penal* ..., 114.

### **Objeción: Pregunta repetitiva o contestada**

En principio, dentro del examen directo y del contra examen, puede verse como *legítimo* el realizar preguntas que pretendan repetir cierta información favorable a la parte que los realice. Como citamos en el contra examen, existen técnicas avanzadas como el *looping que significa enlazar una idea con otra, mediante la enfatización de determinados hechos que son mencionados en todas las preguntas*<sup>220</sup>. 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. El objetivo real de éste tipo de preguntas es que el testigo, *en algún momento y frente a la diversidad de preguntas orientadas a obtener la misma información, cometa un error y se contradiga con su declaración anterior*<sup>221</sup>.

### **Objeción: Pregunta Irrespetuosas o de coacción al testigo**

Este tipo de preguntas son objetables ya que no pretenden obtener información de los hechos, sino mermar la psiquis del testigo para coaccionar su testimonio. Es muy normal que en el momento de una audiencia las personas tiendan a intimidarse. Sin necesidad de golpes ni de insultos, la profesión de abogado obliga a que el profesional sea tan directo y frontal con las posibles consecuencias de un acto, que efectivamente se pueda entender como una coacción.

Al momento de rendir un testimonio, este tipo de objeción pretende impedir que el abogado efectúe preguntas o afirmaciones *en las que exista un hostigamiento o presión abusiva sobre la persona del testigo, y esto coarte de manera significativa su libertad para formular respuestas. La objeción en este caso está pensada como una herramienta para evitar el abuso y así evitar que la comparecencia a juicio se transforme en una instancia de humillación para las persona sin justificación alguna*<sup>222</sup>. Ejemplo: Abogado contrario “*Al ser usted homosexual, le gustan los hombres, cierto?*”

### **Objeción: Pregunta fuera del conocimiento el testigo o especulativa**

Esta pregunta pretende introducir información que el testigo no conoce de forma personal, ya que ésta *crea una hipótesis para que el testigo la confirme o la niegue distrayéndolo de lo que él percibió o recuerda. En este caso el testigo no*

<sup>220</sup> Rúa, Gonzalo *Contraexamen de testigos...*,119.

<sup>221</sup> Baytelman, Andrés... *Litigación Penal ...*, 111.

<sup>222</sup> Baytelman, Andrés... *Litigación Penal ...*, 105

*estaría declarando sobre los hechos*<sup>223</sup>. En éste caso el abogado de la contra parte pretende que el testigo responda una pregunta que tiene una respuesta incierta o sin sustento en los hechos percibidos por el propio testigo. *Ejemplo: “Qué hubiese pasado si le daban un recibo del pago efectuado?”*

### **Objeción: Pregunta Sugestivas**

La pregunta sugestiva *se produce cuando la misma siguiere o fuerza el contenido de la respuesta*<sup>224</sup>; es decir, tiene la respuesta implícita en la pregunta. En estricto sentido, éste tipo de preguntas están inicialmente prohibidas en el examen directo, pero permitidas en el contra examen. El sentido de esta objeción en el examen directo 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. Seguramente éste tipo de preguntas ha dominado nuestra cultura de interrogatorio durante toda la historia procesal civil del Ecuador con la célebre frase “*Diga cómo es verdad...*” utilizada tanto para examen directo de testigos, repreguntas y confesiones judiciales del sistema escrito inquisitorio, independientemente de que el CPC lo prohíbe para todos los casos.

Dentro del examen directo existen tres excepciones<sup>225</sup> de preguntas sugestivas, que las adopta el COGEP en el Art.177.7, 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*<sup>226</sup>.

Es importante dejar clara la diferencia entre una pregunta sugestiva y una pregunta cerrada. Como ya vimos, la pregunta sugestiva *se produce cuando la misma siguiere o fuerza el contenido de la respuesta*, mientras que la pregunta cerrada *no*

---

<sup>223</sup> Comité organizador de los trabajos...*Técnicas de Juicio Oral...*,199.

<sup>224</sup> Baytelman, Andrés... *Litigación Penal ...*, 101

<sup>225</sup> COGEP. Artículo 177.7 aprobado por la Asamblea Nacional el 22 de mayo de 2015

<sup>226</sup> Sobre el testigo hostil se realizará una reseña doctrinaria en el capítulo 3ro

permite el desarrollo de un relato abierto acerca del caso en los términos propios del testigo<sup>227</sup>, pero no necesariamente es sugestiva.

La pregunta será sugestiva en el siguiente caso: “¿El vehículo es rojo, si o no?”. Se puede percibir que la pregunta sugiere la respuesta para que el declarante ratifique o niegue si el vehículo es rojo.

La pregunta cerrada se la formula así: “¿De qué color es vehículo?”; cómo vemos, la pregunta no indica la respuesta, pero la contestación no deja mucho margen de narración, ya que lo único que se puede responder es con un color.

Esta diferencia es importante, ya que si bien el examen directo no permite preguntas sugestivas, sí están habilitadas las preguntas cerradas que pueden ayudar al momento de querer obtener información precisa.

### **Objeción: Pregunta inconstitucionales**

Esta objeción reclama la existencia de cuestionamientos contrarios a la Constitución, que sobre todo debe precautelar el Juez; puede suceder que la defensa técnica omita objetar una pregunta inconstitucional, pero es el Juez quien no puede permitir que una respuesta a una pregunta inconstitucional entre a valoración probatoria. En la carta *Magna* del Ecuador de 2008, las preguntas que deben objetarse ya sea de oficio o a petición de parte, por inconstitucionales, son las siguientes:

1. Las que pretendan conocer sobre las convicciones personales de la persona, tales como: creencias religiosas, filiación o pensamiento político; ni sobre datos referentes a su salud y vida sexual<sup>228</sup>;
2. Las que pretendan obligar a declarar en contra de sí mismo, sobre asuntos que puedan ocasionar su responsabilidad penal<sup>229</sup>.
3. Las que pretendan que una persona declare (en juicio penal) contra su cónyuge, pareja o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o

---

<sup>227</sup> Baytelman, Andrés... *Litigación Penal* ..., 59

<sup>228</sup> Constitución del Ecuador 2008. Artículo 66. Se reconoce y garantizará a las personas: [...] 11. El derecho a guardar reserva sobre sus convicciones. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre las mismas. En ningún caso se podrá exigir o utilizar sin autorización del titular o de sus legítimos representantes, la información personal o de terceros sobre sus creencias religiosas, filiación o pensamiento político; ni sobre datos referentes a su salud y vida sexual, salvo por necesidades de atención médica.

<sup>229</sup> Constitución del Ecuador 2008. Artículo 76. En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: [...] 7. El derecho de toda persona a la defensa incluye: [...] c) Nadie podrá ser forzado a declarar en contra de sí mismo, sobre asuntos que puedan ocasionar su responsabilidad penal.

segundo de afinidad, excepto en el caso de violencia intrafamiliar, sexual y de género<sup>230</sup>.

*Ejemplo: “Usted cree en Satanás?”; “Usted tiene relaciones sexuales a diario, cierto?”*

### **Objeción: Preguntas, confusas, oscuras, vagas, ambiguas**

En principio éste tipo de preguntas pueden ser consideradas dentro del género de las capciosas<sup>231</sup>, por su defectuosa formulación *que no permiten comprender al testigo con claridad cuál es el tema que efectivamente se indaga*<sup>232</sup>. 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*<sup>233</sup>. 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*<sup>234</sup>.

*Ejemplo: “Qué pasó en su casa en el año 2014?”; “Cuando Usted realizo una cirugía, era su quirófano que pertenece al Hospital?”*

### **Objeción, preguntas que contienen opiniones, conclusiones y elucubraciones**

Para éste tipo de objeción, a diferencia de todas las demás en donde de forma general aplican para testigos, peritos o partes, la pregunta objetable procederá dependiendo a quien se dirige. Los testigos, por regla general, *tienen como rol el relatar hechos que percibieron directamente a través de sus sentidos, o bien hechos que pertenecen a su propio estado mental en un momento determinado*<sup>235</sup>. El testigo debe entregar información captada por su humanidad, o sea, *lo que vio, palpó, oyó o degustó*, así como relatar si estaba asustado, apurado, atrasado, etc. Las opiniones

---

<sup>230</sup> Constitución del Ecuador 2008. Artículo 76.8: Nadie podrá ser llamado a declarar en juicio penal contra su cónyuge, pareja o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, excepto en el caso de violencia intrafamiliar, sexual y de género. Serán admisibles las declaraciones voluntarias de las víctimas de un delito o de los parientes de éstas, con independencia del grado de parentesco. Estas personas podrán plantear y proseguir la acción penal correspondiente.

<sup>231</sup> Baytelman, Andrés... *Litigación Penal* ..., 106

<sup>232</sup> Baytelman, Andrés... *Litigación Penal* ..., 106

<sup>233</sup> Baytelman, Andrés... *Litigación Penal* ..., 106

<sup>234</sup> Baytelman, Andrés... *Litigación Penal* ..., 106

<sup>235</sup> Baytelman, Andrés... *Litigación Penal* ..., 107

que un testigo *lego* entregue a un Juez, será información de *baja calidad*<sup>236</sup> que no aportaría a los hechos de manera esencial al caso.

Pero si la misma pregunta se realiza a un experto, perito o testigo técnico, la situación es diferente. *En la medida que el perito haya sido debidamente acreditando en la materia donde surgen sus opiniones y conclusiones, podrá ofrecer sus opiniones y conclusiones*<sup>237</sup>. Pero no necesariamente por ser perito o experto, podrá concluir u opinar de todo cuanto fuera preguntado, ya que aquello dependerá de su nivel de experticia en el tema del cual se pide su opinión o conclusión; por ejemplo, un perito especializado en contabilidad mal puede opinar sobre la originalidad de la firma existente en un balance contable.

Pero esta objeción puede tener una línea muy delgada, dentro de la cual, se podría admitir una opinión de un testigo *lego* en algunos testimonios. En este aspecto la regla No. 701 de las Reglas Federales de Evidencia de los EEUU permite, bajo tres supuestos, aceptar la opción o conclusión de un testigo *lego* cuando: 1) *Que la conclusión u opinión no requieran una experticia específica, o sea, que sean de sentido común;* 2) *Que se base en hechos directamente percibidos por el testigo y c) que sea útil para la completa comprensión del relato del testigo*<sup>238</sup>.

Este tipo de preguntas pueden ser mejor dirigidas a las partes, quienes de acuerdo a sus sentidos pueden determinar ciertas opiniones y conclusiones relevantes al caso. Por ejemplo, supongamos que en un caso de daño moral por humillación en público, a la víctima se le pregunta de sus sentimientos y la manera que se sintió al momento de la humillación, a fin de que concluya si considera afectada su moral y honor. De acuerdo a las reglas antes mencionadas, la respuesta del testigo no requieren más que su sentido común ya que fue en base a hechos que directamente percibió al momento de la humillación, y que además de conocer ésta opción o conclusión, es complementario a todo el relato de su examen directo.

### **Objeción: Pregunta argumentativa**

Este tipo de objeciones pueden ser catalogadas dentro del género *capciosas*, ya que *en su contenido lleva una inferencia o una deducción lógica, un argumento*

---

<sup>236</sup> Baytelman, Andrés... *Litigación Penal* ..., 107

<sup>237</sup> Baytelman, Andrés... *Litigación Penal* ..., 108

<sup>238</sup> Baytelman, Andrés... *Litigación Penal* ..., 108.

*para que el testigo simplemente lo confirme o rechace.* Es una pregunta que contiene caracterizaciones<sup>239</sup>.

Como por ejemplo: *¿Y que fue lo que sucedió al oír esta obvia mentira del señor Pérez?* Como se puede observar, las palabras *obvia mentira*, es una caracterización que se antepone al objetivo de conocer lo que dijo el señor Perez.

### **2.1.3.2 Las objeciones como una decisión estratégica**

La litigación oral es una actividad estratégica, como toda actividad relacionada al mundo del Derecho. En las objeciones, el litigante debe considerar la *conveniencia de proponer excepciones a las preguntas de la contraparte, ya que no necesariamente por cada pregunta mal formulada deberá objetar, salvo que la misma afecte el caso.* Dentro de ésta observación muchas veces existen preguntas que la contra parte realiza, que si bien según la teoría nos enseña que son objetables, es posible que aporten de manera positiva a nuestra Teoría del Caso.

El exceso de utilización de objeciones puede generar *predisposición en el juzgador contra el abogado, puesto que entorpece el curso del juicio*<sup>240</sup>, y esto es algo que se debe considerar seriamente, ya que la credibilidad del abogado se estaría jugando de forma peligrosa. RÚA expone que las objeciones pueden ser interpuestas si el contra examen está siendo realmente efectivo, a fin de que pierda ritmo e intensidad, pero aquello tiene un costo, *ser mal visto por los jueces*<sup>241</sup>.

## **2.2 LA PRÁCTICA DE LA DECLARACIÓN DE PARTE EN EL SISTEMA ORAL ADVERSARIAL**

En nuestra cultura judicial ha sido denominado *confesión judicial* a la declaración que rinden las partes en un proceso judicial. El profesor DEVIS ECHANDÍA, clasifica la prueba testimonial como pruebas, personales, históricas o representativas; el COGEP cambia el término *confesión judicial* a **declaración de parte**. El mencionado jurista hace una afirmación importante en relación a la denominación de *confesión judicial*; asevera que la parte que declara rinde siempre

---

<sup>239</sup> ABA Rule of Law initiative, Taller inicial sobre litigación oral penal TILPO, [www.justiciapenalec.com](http://www.justiciapenalec.com), p.99

<sup>240</sup> Baytelman, Andrés... *Litigación Penal* ...,116

<sup>241</sup> Rúa, Gonzalo *Contraexamen de testigos*...,180.

un testimonio, más no necesariamente una *confesión judicial*<sup>242</sup>. La naturaleza jurídica de una declaración de parte es definida, por la *mayoría de la doctrina*, como *una simple declaración de ciencia o conocimiento, como la del testigo y no una declaración de verdad*<sup>243</sup>.

Siguiendo a ECHANDÍA, la declaración de parte es diferente sustancialmente al testimonio de un tercero, ya que *es un acto de parte y recae siempre sobre un hecho perjudicial a ésta o favorable al contrario. El testimonio es obra de un tercero (procesalmente considerado) y el hecho puede serle indiferente, favorable o perjudicial*. Sin embargo, el profesor colombiano toma a la declaración de parte con fines probatorios y se habla de *confesión propiamente dicha, sólo cuando es desfavorable a esa parte o favorable al adversario*<sup>244</sup>.

El jurista colombiano tiene claro que la declaración de parte, si bien se la practica a manera de testimonio, *puede provocar perjuicio a sí mismo o ser favorable para la contraparte*<sup>245</sup> lo que conlleva a que mediante éste medio de prueba la *litis* pueda concluir sin necesidad de prueba adicional.

El *valor probatorio* de una declaración de parte, en relación al testimonio de acusado en lo penal, encuentran su divorcio procesal en *la disponibilidad del derecho radicado en el hecho que se confiesa y la capacidad del confesante para disponer del mismo. En lo penal no existe esta razón porque se trataría del derecho a la libertad, o la vida cuando existe pena de muerte, por lo cual no prueba el delito por sí sola*<sup>246</sup>. En definitiva, la declaración de parte, al ser una testimonio que permite disponer de derechos patrimoniales u otros disponibles tiene efectos de prueba vinculante en el Juicio, a diferencia de materia penal, en el cual el testimonio del acusado no es prueba suficiente para su condena.

Existe una serie de debates para determinar si se denomina a ésta institución *declaración de parte o Confesión Judicial*. Personalmente y en concordancia con el maestro ECHANDÍA y el COGEP, es más apropiado (*inclusive dialécticamente*), utilizar el término *declaración de parte*. La palabra *confesión*<sup>247</sup> se la relaciona con la religión y con la carga de contar *pecados* a un sacerdote para recibir perdón. Es

---

<sup>242</sup> Devis Echandía, ...*Compendio de la prueba judicial* ...,249.

<sup>243</sup> Devis Echandía, ...*Compendio de la prueba judicial* ...,283.

<sup>244</sup> Devis Echandía...*Compendio de la prueba judicial*...,7.

<sup>245</sup> Devis Echandía...*Compendio de la prueba judicial*...,277

<sup>246</sup> Devis Echandía...*Compendio de la prueba judicial*...,286

<sup>247</sup> RAE (Consultado: 20 abril 2015 18h30). EN: <http://lema.rae.es/drae/?val=confesión>. No conviene la confusión de términos cuando se define como la celebración del sacramento de la penitencia o reconciliación, en la que el penitente declara al confesor los pecados cometidos.

mejor no combinar el derecho con la religión, y ganar en tecnicidad de la institución testimonial de la parte en el proceso civil. Así lo ha considerado el legislador ecuatoriano al momento del legislar y debatir acerca de la denominación que debe tener en el Código Orgánico General de Procesos.

A continuación un cuadro sistematizado<sup>248</sup> de los requerimientos que el maestro ECHANDÍA expone como requisitos de existencia, validez y eficacia probatoria de la declaración de parte, para que pueda tener el efecto de una *confesión judicial* que dé por terminado el proceso con su sola aceptación:

<b><i>EXISTENCIA - VALIDEZ</i></b>	<b><i>EFICACIA PROBATORIA</i></b>
<i>Tiene que ser de parte procesal (Actor o Demandado)</i>	<i>Que el hecho confesado no sea contrario a otro que goce de notoriedad</i>
<i>Declaración personal (salvo por representación legal)</i>	<i>La disponibilidad objetiva del derecho o de la obligación que se deduce del hecho confesado</i>
<i>Debe tener por objeto hechos</i>	<i>Que el hecho confesado no esté en contradicción con máximas general de la experiencia</i>
<i>Hechos son favorables a la parte contraria o perjudiciales para el confesante</i>	<i>Su conducencia o idoneidad como medio de prueba del hecho confesado o al aptitud legal para probar tal hecho</i>
<i>Debe versar sobre hechos personales del confesante</i>	<i>Que el hecho confesado sea jurídicamente posible, por no existir presunción de derecho “iuris et de iure” o cosa juzgada en contrario</i>
<i>Declaración debe tener significación probatoria</i>	<i>Que la Ley no prohíba investigar el hecho</i>
<i>Debe ser consciente</i>	<i>Que la confesión tenga causa y objetos lícitos y que no sea dolosa ni fraudulenta</i>
<i>Debe ser expresa y terminante</i>	<i>No existir otras pruebas que lo desvirtúen</i>
<i>Capacidad jurídica del confesante</i>	<i>La legitimación en el acto si es de representante o apoderado</i>
<i>Declaración sin métodos violentos o artificiales</i>	<i>Que se pruebe oportunamente el hecho de la confesión, si es extrajudicial o judicial trasladada</i>
<i>Debe ser seria</i>	<i>Oportunidad procesal de su ocurrencia, cuando es confesión judicial espontánea</i>

<sup>248</sup> Devis Echandía, ...*Compendio de la prueba judicial...*,252- 277. Cuadro elaborado a partir de los requisitos que el autor colombiano considera para que la Confesión Judicial tenga existencia, validez y eficacia probatoria.

<i>Debe cumplir con las formalidades procesales de tiempo, modo, lugar cuando es provocada</i>	<i>Que se haga ante un Juez en ejercicio de sus funciones</i>
--	---

Si bien el maestro DEVIS ECHANDÍA efectúa un minucioso listado de requisitos para la existencia, validez y eficacia probatoria de la declaración de parte, en el desarrollo conceptual tenemos lo siguiente<sup>249</sup>:

1. *Disponibilidad objetiva del derecho:* Esta es una condición de indispensable valor y que inclusive lo diferencia con la declaración del acusado en materia Penal. Si no se tiene disponibilidad de derecho, no existe declaración de parte que dé por terminado el litigio;

2. *Declaración personal como parte procesal:* Es indispensable que el deponente sea parte procesal, o si es una declaración anticipada, que sea el directamente relacionado con el accionante;

3. *Los hechos declarados no deben contradecir las máximas de la experiencia:* El declarante no puede afirmar asuntos que están en contra de cierta normalidad social; esto quiere decir que si bien puede aceptar ciertos hechos, los que no pueden irse en contra de ideas absolutamente aceptables;

4. *Debe versar sobre hechos personales del declarante:* La declaración de parte tiene como base que los hechos consten personalmente al confesante quien es el directamente involucrado, ya que no podría declarar por hechos meramente referenciales.

5. *El declarante debe gozar de plena capacidad jurídica:* Este es un requisito de validez para todo acto jurídico, pero en la declaración de parte aquello se hace más palpable ya que al poner en disputa derechos disponibles, éste debe tener la capacidad de disponer de los mismos sin ratificación de terceras personas.

6. *La declaración de parte no debe ser efectuada por coacción:* Este es un requisito que es debatible, ya que los efectos de no hacer la confesión conllevan un tipo de coacción jurídica que obliga a la persona de alguna forma a responder a preguntas que le pueden perjudicar. Este requisito se enfoca en que no debe haber un tipo de intimidación o amenaza que pueda ser penalmente reprochable.

<sup>249</sup> Devis Echandia, ...*Compendio de la prueba judicial...*,270-275.

7. *Debe ser ante Juez competente y con formalidades:* La declaración de parte basa su eficacia y existencia en cuanto ha sido efectuada ante Juez exclusivamente. Se ha hecho el análisis doctrinario de la confesión judicial y extrajudicial, que para la normativa ecuatoriana no tiene validez en juicio alguno si no es hecha ante Juez y conforme los requisitos de debido proceso establecidos en la Ley.

Se ha llegado a denominar a la declaración de parte como la *Reina de las pruebas*<sup>250</sup>, ya que como se había expresado en líneas anteriores, el hecho de que el declarante tenga disposición de sus derechos, hace que pueda definir por sí sola una controversia. Si acepta los hechos de la contraparte de forma absoluta, y así lo recoge el Artículo 183 del COGEP: *“La declaración legítimamente hecha sobre la verdad de la demanda termina el proceso.”*

### 2.2.1 La práctica de la declaración de parte

La declaración de parte tiene distintas clases conforme la doctrina. En la presente investigación específicamente estudiaremos aquellas declaraciones de parte efectuada ante Juez, *provocada y oral*<sup>251</sup>. Con ésta premisa, tenemos que la declaración de parte tiene sujetos plenamente determinados: sujeto promotor (peticionario), el sujeto destinatario (Juez) y el sujeto contradictor (propio declarante). El sujeto destinatario tiene una facultad y el sujeto contradictor tiene una carga de triple contenido: comparecer, declarar y responder sin evasivas<sup>252</sup>.

La forma de recepción de la declaración de parte según ECHANDÍA sugiere que *el absolvente debe ser interrogado ante el Juez, siendo ideal que el interrogatorio sea oral, bajo juramento de no faltar a la verdad, en donde el Juez debe calificar preguntas y rechazar o cambiarlas a su manera, captando las respuesta tal cual el absolvente las dijo*<sup>253</sup>. Pero como hemos visto a lo largo de la tesis, éstas afirmaciones del maestro colombiano tienen una tendencia inquisitoria dentro de la cual permite al Juez efectuar, inclusive las preguntas a su entender,

---

<sup>250</sup> Devis Echandía, ...*Compendio de la prueba judicial*...,287

<sup>251</sup> Devis Echandía, ...*Compendio de la prueba judicial*...,284

<sup>252</sup> Devis Echandía, ...*Compendio de la prueba judicial*...,285.

<sup>253</sup> Devis Echandía, ...*Compendio de la prueba judicial*...,319.

traduciendo al declarante la pregunta, lo cual es incompatible con la actual tendencia jurídica adversarial – dispositiva.

El autor especifica que las preguntas deben ser *asertivas*<sup>254</sup> o abiertas como lo escoja el preguntante, debiendo cada pregunta referirse a un solo hecho y tomando en cuenta el riesgo que conlleva hacer preguntas abiertas a testigos *hostiles*. El maestro colombiano parte de un esquema inquisitorio, dentro del cual el Juez es quien debe transmitir la preguntas al declarante, aspecto que en la actualidad, con la plena vigencia del sistema *adversarial* de litigación, se hace incompatible que suceda.

Para CAPPELLETTI la *no formalidad del interrogatorio* es indispensable para *permitir el máximo de espontaneidad y de inmediatez, y de ese modo un máximo de probabilidad de que las declaraciones y el comportamiento del interrogado sean susceptibles de dar una representación exacta de la realidad y susceptibles, al mismo tiempo, de ser percibidos por el Juez de la manera más idónea para su libre valoración*<sup>255</sup>. La declaración de parte practicada por el adversario, debe poder contener preguntas sugestivas ya que es un hecho que es *hostil* hacia su preguntante<sup>256</sup>.

La contraparte no prepara nunca al adversario, por lo que realizar una declaración de parte con preguntas abiertas, dificultaría conocer información de quién es hostil al momento de la dialéctica testimonial. ECHANDÍA afirma que la declaración de parte debe efectuarse mediante preguntas *asertivas*<sup>257</sup>; o sea, preguntas que impliquen una afirmación o una negación, preguntas que sugieran la respuesta; en conclusión, preguntas sugestivas, a manera de contra examen.

La declaración de parte se debe aprovechar en toda su magnitud, ya que no solamente es la oportunidad de obtener información valiosa para demostrar la verdad de la teoría del caso, sino que es la oportunidad para acreditar prueba documental o material en la que el declarante tenga responsabilidad o conocimiento personal. En países anglosajones la declaración de parte es practicada en el mismo plano que del testigo hostil, en cuanto es un contra examen. La técnica difundida en Alemania, y que si bien tuvo detractores inicialmente, luego de decenios de aplicación, se ha

---

<sup>254</sup> Devis Echandia, ...*Compendio de la prueba judicial*...,325.

<sup>255</sup> Cappelletti, Mauro, *El testimonio de la parte en la oralidad*. La Plata: Editora platense, Tomo I, 2002),193.

<sup>256</sup> Baytelman, Andrés... *Litigación Penal* ...,103

<sup>257</sup> RAE (Consultado: 20 abril 2015 18h30). EN: <http://lema.rae.es/drae/?val=confesión>. Se define como preguntas asertivas a las afirmativas que a su vez es definido como quien denota o implica la acción de [afirmar](#).

destacado que la parte debe ser examinada tal como cualquier testigo para su mejor valoración<sup>258</sup>.

La estrategia del caso y el tema dependerá si es mejor que el declarante rinda al principio, en la mitad o al final de la audiencia de Juicio; la estrategia depende del litigante, lo esencial es conocer la importancia de ésta prueba dentro de la defensa, para saber utilizarla sabiamente. No se debe olvidar, como dice CAPELLETTI, que *el Juez que debe sentenciar ve y oye a las partes, aprecia su actitud, su fisionomía, sus vacilaciones, su porte franco o embarazado*<sup>259</sup>.

En definitiva, la forma del interrogatorio de una declaración de parte es la de un contra examen, que como notamos en líneas anteriores, tiene como base la utilización de preguntas sugestivas dadas las circunstancias de obvia hostilidad del adversario.

### **2.2.2 La pérdida de vigencia de la declaración de parte ficta**

Esta es una circunstancia que marca otra diferencia sustancial con el derecho Penal, y que ha perdido vigencia con el marco constitucional vigente en el Ecuador. Como se conoce, el derecho al silencio es una garantía fundamental del procesado en materia penal, pero en materias civiles aquel derecho fundamental no ha sido totalmente desarrollado, por lo que surge la siguiente interrogante: ¿Las partes en materia procesal civil pueden acogerse al derecho al silencio?

De la lectura del artículo 77.7 b)<sup>260</sup> de la Constitución del Ecuador, la respuesta debería ser positiva, en tanto y en cuanto el derecho a la defensa no se puede circunscribir únicamente para materia penal, sino como un derecho de todo ciudadano y en todo proceso legal; pero aquél análisis rebasa el objeto de la presente investigación.

En materia penal el silencio es un derecho indiscutible del procesado; esta decisión del acusado no puede valorarse como indicio en su contra, mientras que en materia procesal civil dicho silencio tendría el valor de *confesión ficta*, con el efecto jurídico de declarar *confeso*<sup>261</sup> a quien no ha comparecido, conforme la normativa

---

<sup>258</sup> Cappelletti, Mauro, *El testimonio...*, 232.

<sup>259</sup> Cappelletti, Mauro, *El testimonio...*, 192.

<sup>260</sup> Constitución del Ecuador 2008, Artículo 77: En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas: [...] 7. El derecho de toda persona a la defensa incluye: [...] b) Acogerse al silencio.

<sup>261</sup> Código de Procedimiento Civil vigente 2015. Artículo 131: Si la persona llamada a confesar no compareciere, no obstante la prevención de que trata el Art. 127 o si compareciendo, se negare a prestar la confesión, o lo hiciere de

actual. El asunto es que en el Código Orgánico General de Procesos, la declaratoria de confeso desaparece en su totalidad. La doctrina ha definido dos casos de *confesiones fictas*.

El primer caso se da cuando la parte no cumple con la obligación de acudir al día y hora señalados para rendir su declaración. En esta circunstancia se presumen ciertos los hechos preguntados siempre y cuando exista un pliego de preguntas, las que deben ser *asertivas* o sugestivas y que sean susceptibles de confesión judicial; caso contrario, y al no existir preguntas asertivas o el hecho no admitiere prueba de confesión judicial, la no comparecencia se debería apreciar como un indicio en contra de la parte citada<sup>262</sup>. Esta la razón por la cual las *confesiones judiciales* a la que hemos estado acostumbrados en el Ecuador inician con su frase célebre “*diga como es verdad...*”, a fin de que la pregunta tenga validez al momento de ser declarado confeso, y sean observadas como afirmativas.

El segundo caso de declaración de parte ficta será cuando, compareciendo a la audiencia y al mandato legal de rendir confesión judicial, exista una negativa, renuencia u obscuridad de responder, el efecto será el de considerar una *confesión implícita* de los hechos contenidos en la preguntas que los hace presumir ciertos<sup>263</sup>. La forma de practicar ésta diligencia sugiere hacer al promotor de la confesión las preguntas oralmente, a fin de que el Juez las califique, la defensa las objete, luego de lo cual sería en teoría legítimo incorporar dichas interrogantes para valoración probatoria.

*¿Pero, en nuestro marco Constitucional vigente la declaración ficta tiene cabida?*

Como veremos en el siguiente capítulo, el efecto de la declaración de parte ficta, o la famosa *declaratoria de confeso* ha sido totalmente eliminada de la normativa procesal propuesta en el COGEP. La ausencia de la parte, su declaración evasiva u obscura será valorada por el Juez mediante su sana crítica, sin existir un efecto procesal taxativo ante dicha actitud poco colaboradora con la Justicia.

Para algunos será el respeto al garantismo constitucional, para otros una argucia legal fácil de ejecutar sin consecuencia alguna, tomando en cuenta que en el

---

modo equívoco u oscuro, resistiéndose a explicarse con claridad, el Juez podrá declararla confesa, quedando a su libre criterio, lo mismo que al de los jueces de segunda instancia, el dar a esta confesión tácita el valor de prueba, según las circunstancias que hayan rodeado al acto.

<sup>262</sup> Devis Echandía, ...*Compendio de la prueba judicial...*,318

<sup>263</sup> Devis Echandía, ...*Compendio de la prueba judicial...*,326

COGEP aprobado no se sustentó en la exposición de motivos las razones por la cuales la confesión judicial ficta se eliminó.

Cabe preguntarse la forma mediante la cual un Juez deberá valorar una negativa de declaración de parte. El hecho de que una negativa sea susceptible de valoración pone a dicha institución en una situación sensible, ya que para algunos juzgadores, la negativa a declarar puede mermar en la credibilidad del caso, mientras que para otros dicha negativa no sustentaría en absoluto el caso ante la existencia de otras pruebas.

## **CAPÍTULO TERCERO**

### **LA PRUEBA TESTIMONIAL ORAL ADVERSARIAL EN EL SISTEMA JURÍDICO ECUATORIANO**

En el capítulo primero observamos de forma valorativa el tipo de práctica de prueba testimonial que, en concepto, se está trasplantando a la realidad ecuatoriana; así vimos que el sistema *adversarial* es aquél del cual se están tomando la mayor parte de características y del cual emanan algunas críticas que sistemas maduros ya las han observado. La dinámica del trasplante explica de forma pragmática la manera mediante la cual la práctica de la prueba testimonial es entendida.

En el capítulo segundo se explicaron aquellos tres elementos básicos que la práctica de la prueba testimonial requiere para su debida ejecución conforme el contexto teórico de dicha institución: el examen directo, el contra examen y la objeción. Las diferentes técnicas de litigación oral, que ejecutan éstas herramienta de litigación, requieren conocimiento teóricos básicos de los objetivos que cumple cada una; el desarrollo de destrezas y técnica propia se deben desarrollar mediante modelos de educación dinámicos y prácticos que permitan experimentar diferentes técnicas de litigación oral *adversarial* a casos reales.

En éste capítulo se evaluará la aplicación de los elementos básicos de la litigación oral adversarial en el Código Orgánico General de Procesos; se verificará, una posible transmutación de instituciones que van evolucionando a lo largo de la aprobación del COGEP. En balance, el COGEP contiene una regulación práctica de prueba testimonial acorde al contexto globalizado con ciertas transmutaciones propias del Ecuador.

El COGEP es una norma que desde el foro profesional ha sido bienvenida, sin embargo, existen omisiones y temas con interpretaciones diferentes que deben observarse: ¿Cuáles son los límites del Juez en el testimonio? ¿Lo re directos y re contra directos están permitidos en el COGEP? ¿La falta de declaraciones previas es viable en litigación oral? ¿Cuál es el límite del testimonio en segunda instancia? ¿Qué pasa con la acreditación documental del COGEP, otro error acaso? ¿El pronunciamiento del Juez en audiencia, oportunidad o riesgo? ¿Contiene error la sentencia que haya valorado como prueba, las respuestas de un testigo, que siendo objetables, no se impugnaron?

El Ecuador llegará al 22 de mayo de 2016 con serias expectativas de cambiar una realidad lamentable en la litigación procesal civil ecuatoriana; el COGEP tiene más aciertos que errores, y el foro de abogados tiene expectativas de lo venidero. Pero de la misma forma, la incertidumbre de la falta de independencia de la Función Judicial, la falta de capacitación de los Jueces y abogados, el deficiente modelo de gestión judicial y la transición a un sistema nuevo, desencadenarán posibles problemas de adaptación entre la realidad procesal y la norma legal.

El proceso de transición seguramente va a ser tortuoso y largo; grandes descontentos del funcionamiento del modelo de gestión judicial serán parte de los titulares prensa o del muro del Facebook; la transición de la norma se asemeja al trasplante médico. Luego de una cirugía de trasplante, para asimilar el nuevo órgano, la recuperación serán la clave para una buena salud. En el COGEP será lo mismo; la transición ordenada con la que se efectúe será la clave para una adaptación procesal menos tortuosa. El COGEP de todas formas no deja de ser una realidad y una oportunidad para mejorar todo el sistema procesal ecuatoriano de forma positiva.

### **3.1 LA PRUEBA TESTIMONIAL ORAL *ADVERSARIAL* EN LA NORMATIVA CONSTITUCIONAL**

En las constituciones ecuatorianas, la institución de la prueba testimonial, como medio de prueba de obligatorio cumplimiento elevado a jerarquía constitucional, es de reciente data. La Constitución Política del Ecuador de 1984 incorporó, por primera vez en la historia constitucional, la obligación de comparecencia de un testigo, como un derecho del procesado en materia penal: “... *Toda persona enjuiciada por una infracción penal tendrá derecho a contar con un defensor, así como a obtener que se compela a comparecer a los testigos de descargo.*”<sup>264</sup> Esta concepción del testigo, como un derecho únicamente del procesado en materia penal, parecía ser un medio de prueba exclusivo de dicha rama del derecho.

La Constitución de 1984, estableció de forma tenue, en sus disposiciones transitorias, la obligación de los diputados de aquella época, *para* “...aprobar leyes

---

<sup>264</sup> Registro Oficial 763 de 12-jun.-1984. Artículo 19.17.e.

*procesales que procuren la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites, adoptando en lo posible, el sistema oral*<sup>265</sup>.”

El Ecuador se encontraba en un proceso de reforma procesal dentro del cual el trasplante del sistema oral tuvo sus primeras manifestaciones normativas. El texto, tanto en lo que corresponde a la prueba testimonial, como el inicio de aprobación de leyes procesales que adopten sistema oral, es reproducido *ídem* en la Constitución de la República de 1993<sup>266</sup>.

La Constitución de la República del año 1998 logró un desarrollo normativo importante en éste tema. Por ejemplo, evolucionó la práctica de la prueba testimonial para todas las materias<sup>267</sup>, dispuso que se practique la producción de prueba mediante sistema contradictorio, obligó al testigo a comparecer ante autoridad, obligó al testigo o perito a responder un interrogatorio respectivo, desarrolló la intermediación judicial, y ordenó la implantación del sistema oral:

- **Art. 24.15**<sup>268</sup>; Obligatoriedad de comparecencia de los testigos; “*En cualquier clase de procedimiento, los testigos y peritos estarán obligados a comparecer ante el Juez y a responder al interrogatorio respectivo, y las partes tendrán derecho de acceso a los documentos relacionados con tal procedimiento*”.
- **Art. 194.-** *La sustanciación de los procesos, que incluye la presentación y contradicción de las pruebas, se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios: dispositivo, de concentración e intermediación.*
- **Disposición transitoria Vigésima séptima.-** *La implantación del sistema oral se llevará a efecto en el plazo de cuatro años, para lo cual el Congreso Nacional reformará las leyes necesarias y la Función Judicial adecuará las dependencias e instalaciones para adaptarlas al nuevo sistema.*

En efecto, la Constitución de 1998 ordenó la *implantación de sistema oral en el Ecuador*, que sin duda dejó en evidencia, inclusive de forma literal, la ratificación de la tendencia constitucional iniciada en 1984, para *trasplantar sistema oral* en normas adjetivas que regularon la tramitación de procesos judiciales. La implementación del sistema oral mediante reforma legislativa y cambio en infraestructura física, por mandato constitucional, dejó claro las políticas financieras, en cuanto a presupuesto en la inversión en Justicia; éstas debían tener un cambio de

---

<sup>265</sup> Registro Oficial 763 de 12-jun.-1984. Artículo 93.

<sup>266</sup> Registro Oficial 183 de 05-may.-1993. Artículo 19.17. d.

<sup>267</sup> Registro Oficial 1 de 11-ago.-1998. Artículo 24.15.

<sup>268</sup> Registro Oficial 1 de 11-ago.-1998

modelo de gestión. En definitiva se ordenó constitucionalmente el trasplante del sistema oral al Ecuador.

En el análisis de la prueba testimonial, el constituyente de 1998, estableció un deber judicial de la persona que ha sido llamada a rendir testimonio en un proceso judicial, sea como perito o testigo, a fin de que el testimonio, y su contradicción, sea valorado como prueba. Del Artículo 24.15 de la Constitución de 1998, se ven dos obligaciones expresas para la persona que era llamada a responder un interrogatorio o contrainterrogatorio.

El primera deber constitucional en cuanto a prueba testimonial era la de comparecer ante autoridad judicial, cuando ha sido llamado a rendir testimonio como perito o testigo. Esto significa, desde mi enfoque personal, que la negativa de una persona a comparecer ante una autoridad, que legalmente ha solicitado su presencia para rendir testimonio, provocaba un desacato hacia la obligación derivada de la Constitución. La ley coaccionaba mediante la Fuerza Pública, sanción administrativa, multa y hasta con sanción de tipo penal<sup>269</sup> por la falta de comparecencia de un testigo o un perito.

Una vez que la primera obligación de comparecencia del testigo o perito ante autoridad judicial se cumplía, nace la **segunda obligación**: el testigo o perito debía responder al interrogatorio respectivo. Ésta obligación genera cuestionamientos, en principio, como determina el Artículo 24.15 de la Constitución de 1998 y el Art.76.7 j) de la Constitución 2008 vigente<sup>270</sup>: *el testigo tiene la obligación de responder a las preguntas que se le realice.*

Cabe hacerse ciertas reflexiones respecto a la obligatoriedad del testigo para responder; es evidente que existe plena posibilidad de que un testimonio pueda obtenerse mediante: coacción, miedo, intimidación, olvido, etc. que impidan que el testigo pueda responder de forma libre a un interrogatorio; ó que dicho interrogatorio, le provoque responsabilidad penal. En este sentido *¿El testigo se puede acoger legalmente al derecho al silencio?* Sin duda un tema de debate.

Una de las obligaciones procesales más evidentes del constituyente de 1998 fue ser categórico en afirmar que el sistema oral es un método mediante el cual se realiza la presentación y contradicción de pruebas, de acuerdo a los principios

---

<sup>269</sup> Código Orgánico Integral Penal. **Artículo 282.-** Incumplimiento de decisiones legítimas de autoridad competente.- La persona que incumpla órdenes, prohibiciones específicas o legalmente debidas, dirigidas a ella por autoridad competente en el marco de sus facultades legales, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

<sup>270</sup> Constitución del Ecuador 2008. Artículo 76.7.j: Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la Jueza, Juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo.

dispositivo, concentración e inmediación. Aquello significa que el sistema procesal, en sistema oral, tiene una nueva relación dialéctica procesal entre Juez, partes, testigos y peritos. La Constitución del Ecuador del año 2008 conserva la tendencia que la Constitución de 1984 inició. En cuanto al debate probatorio y la tramitación de procesos judiciales; el Artículo 168.6 vigente expresa: *“La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo.”*

Este mandato constitucional ratifica y ordena que los medios de prueba se debatirán de forma contradictoria mediante sistema oral. El sistema oral adversarial, que ya desarrolla el COIP en la actualidad se implementa a través del COGEP en todas la materias no penales. El trasplante de la prueba testimonial oral se ratifica constitucionalmente; la oralidad se perfila como el método autorizado oficialmente por la Constitución y la ley ecuatoriana, para descubrir la verdad procesal, y el principio dispositivo, empodera a las partes para producir su prueba en Juicio de forma libre.

### **3.2 LA PRUEBA TESTIMONIAL ORAL *ADVERSARIAL* EN LA NORMATIVA PROCESAL**

Para fines académicos vamos a partir del primer Código de Procedimiento Civil expedido en el año de 1938 durante la dictadura del General Alberto Enríquez Gallo, al cual las críticas de juristas como Cruz Bahamonde dieron fuertes detracciones a dicha norma<sup>271</sup>. Este CPC de 1938 sufrió reformas y codificaciones que desembocaron en lo que actualmente tenemos como sistema procesal civil: 1952 (reforma), 1960 (codificación), 1978 (reforma), 1897 (codificación), 2005 (codificación). Todas estas reformas y cambios no significaron una transformación profunda en la litigación procesal civil ecuatoriana, y menos aún, en la práctica de la prueba testimonial como veremos a continuación<sup>272</sup>.

En concordancia con la jurista Vanesa Aguirre, quien citando a Montero Aroca, advierte que: *...“para entender la normativa presente, es necesario conocer*

---

<sup>271</sup> Aguirre Guzmán, Vanesa, *Tutela Jurisdiccional del Crédito en el Ecuador*. (Quito: Ediciones Legales, 2012), 82.

<sup>272</sup> Aguirre Guzmán, Vanesa, *Tutela Jurisdiccional del Crédito en el Ecuador*. (Quito: Ediciones Legales, 2012), 82-83.

*cuál ha sido su evolución; aunque no es labor del investigador hacer arqueología, la remisión al pasado a veces es indispensable para contar con algunos antecedentes que expliquen las intenciones del legislador al erigir una u otra institución jurídica”<sup>273</sup>.*

Es posible señalar varios intentos que se tuvo para poder cambiar el Código de Procedimiento Civil. El ensayo más importante de realizar una reforma integral al procedimiento civil en el Ecuador fue aquél realizado por PROJUSTICIA denominada Unidad de Coordinación para la Reforma de la Administración de Justicia del Ecuador<sup>274</sup>, de la Corte Suprema de Justicia y el Instituto Ecuatoriano de Derecho Procesal en el año 2007<sup>275</sup>. En este ensayo se siguieron los lineamientos generales del Código Procesal Civil modelo para Iberoamérica, constituyendo un verdadero avance en el derecho procesal civil ecuatoriano<sup>276</sup> que lastimosamente no se pudo concretar en una ley de la República.

Como se analizó en el capítulo primero, el trasplante del sistema oral civil y la práctica de la prueba testimonial oral civil, no se los puede concebir exclusivamente desde la aprobación de una Ley. Existen varias manifestaciones y sujetos que de una u otra forma aportaron al proceso de trasplante. En este caso, el aporte de la academia con el proyecto de Código de Procedimiento Civil de Projusticia y el Instituto Ecuatoriano de Derecho Procesal IEDEP fueron quizá el punto de partida de un cambio de modelo integral del derecho procesal civil ecuatoriano.

Lo que actualmente se conoce como Código Orgánico General de Procesos, tiene como antecedente el proceso iniciado por Projusticia y el IEDEP y que se reactivó en el año 2012 cuando el Consejo de la Judicatura en Transición<sup>277</sup> contrató una consultoría al Centro de Estudios de Justicia de las Américas –CEJA-, a quienes se les encomendó la tarea de elaborar un proyecto de Ley procesal que unifique a todas las materias en un sistema de litigación.

El resultado de dicha consultoría fue la entrega de un proyecto de Ley denominado Código Procesal Unificado CPU<sup>278</sup>. Este proyecto experimental (CPU) tenía características que en muchos aspectos contravenía casi en su totalidad a

---

<sup>273</sup> Aguirre Guzmán, Vanesa, *Tutela Jurisdiccional del Crédito en el Ecuador*. (Quito: Ediciones Legales, 2012), 80.

<sup>274</sup> Actualmente es parte del Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Culto.

<sup>275</sup> Este proyecto fue actualizado en el año 2009, en cuanto a prueba testimonial no sufrió variación alguna.

<sup>276</sup> Aguirre Guzmán, *Tutela Jurisdiccional...*, 86.

<sup>277</sup> Luego de la Consulta Popular del 4 de mayo de 2011, publicada en el Registro Oficial N° 490 del 13 de julio de 2011, el Ecuador decide hacer reformas a la Constitución del 2008, entre estas, el cambio de la estructura del Consejo de la Judicatura y la estructuración de una Consejo de la Judicatura de Transición que en el lapso de 18 meses inicie un proceso de transformación del sistema de administración de Justicia en el Ecuador.

<sup>278</sup> El texto del dicho proyecto de Ley fue ubicado en: [http://www.myderecho.com/2012-15-05-borrador\\_c\\_digo\\_procesal\\_unificado.pdf](http://www.myderecho.com/2012-15-05-borrador_c_digo_procesal_unificado.pdf). 20 abril 2015 a las 21h10.

nuestra costumbre procesal civil. Por ejemplo, los Artículos 9, 10 y 11<sup>279</sup> de dicho proyecto, eliminaban la figura de la nulidad procesal e instituían el recurso denominado *cautela de garantías*, que en teoría era un avance de la institución de la nulidad, ya que el objetivo de un proceso no es controlar únicamente su legalidad, sino precautelar el derecho a un debido proceso. Como un ejemplo de entre varias instituciones procesales que fueron debatidas en el foro ecuatoriano con mucha resistencia, y aunque muchas de sus instituciones no fueron acogidas por el actual COGEP, éste proyecto CPU hizo un aporte importante en sistema oral, y especialmente en la práctica de la prueba testimonial, ya que contenía todos los elementos de un sistema adversarial maduro.

En el mes de octubre y noviembre de 2012, de forma histórica, la Corte Nacional de Justicia, en diecinueve sesiones de Pleno, analizó y comentó todo el articulado de lo que se llegó a denominar el proyecto de Código Orgánico General de Procesos<sup>280</sup>, dejando todavía algunos temas pendientes de debate, pero afirmando la tendencia en cuanto a la práctica de la prueba testimonial. El objeto de investigación de la presente tesis analiza el desarrollo normativo que ha tenido la práctica de prueba testimonial en el Ecuador, hasta llegar al COGEP aprobado. En éste aspecto creo conveniente desentrañar dos variantes importantes que son determinantes en la práctica de prueba testimonial *adversarial*:

La primera; identificar en la práctica del examen directo de testigos, quién inicia con el interrogatorio ¿el Juez o las partes? Como enunciamos en el capítulo primero; y, segundo, uno de los rasgos característicos de la práctica de prueba testimonial en sistema *adversarial*, así como en el principio dispositivo, se sustenta en la libertad y control que tienen las partes para realizar el examen directo de

---

<sup>279</sup> Código Procesal Unificado. Artículo 9.- Cautela de garantías. En cualquier etapa del proceso en que la Jueza o el Juez estimare que alguna de las partes no está en condiciones de ejercer los derechos que le otorgan las garantías del debido proceso consagradas en la Constitución, en los Tratados Internacionales ratificados por el Ecuador o en la ley, adoptará, de oficio o a petición de parte, las medidas necesarias para permitir su ejercicio. Artículo 10.- Requisitos para conceder la cautela de garantías. La Jueza o el Juez tomará las medidas necesarias para permitir el ejercicio de la garantía cuando: a) El impedimento que afecte el ejercicio de la garantía no sea producto del actuar negligente o la mala fe de la misma parte que solicita la cautela; b) De la actuación procesal de la solicitante no se desprenda que haya aceptado tácitamente la afectación; y, c) La afectación de la garantía sea sustancial.

La solicitud de cautela deberá realizarse dentro de los cinco días siguientes al hecho o acto que produjo la afectación o del momento en que la parte pudo tener conocimiento de su ocurrencia. Artículo 11.- Extensión de las facultades de la Jueza o el Juez. Con el fin de asegurar el efectivo ejercicio de la garantía vulnerada, la Jueza o el Juez podrá tomar cualquier medida que estime necesaria. Entre otras, podrá ordenar que ciertas actuaciones procesales sean realizadas nuevamente y generar nuevas oportunidades procesales para el correcto ejercicio del derecho afectado. Cuando la efectiva vigencia del derecho así lo requiera y la medida sea la única capaz de repararlo, podrá dejar sin efecto resoluciones judiciales y audiencias, debiendo dictarlas o realizarlas nuevamente sin repetir la afectación que dio origen a la medida. Si una resolución o audiencia es dejada sin efecto, también lo serán aquellos actos procesales estrictamente vinculados a ésta y, en el evento de ser necesario, deberán realizarse nuevamente. Las medidas señaladas en este artículo no serán aplicables a la sentencia definitiva ni a ninguna otra resolución que pueda ser subsanada a través de las vías de impugnación dispuestas en este Código.

<sup>280</sup> Afirmo a manera de testigo y ex funcionario del Consejo de la Judicatura la existencia de 19 debates en los que estuve involucrado personalmente.

testigos, junto con la neutralidad del Juez. Si el Juez inicia con el examen directo a un testigo, no se podría definir como un sistema *adversarial*, sin perjuicio de violentar el principio dispositivo reconocido por la Constitución.

El segundo parámetro de importancia al reconocer la práctica de un sistema oral adversarial será reconocer la posibilidad de utilizar preguntas sugestivas en el contra examen, ya sea que se haga a testigos, peritos o partes. Como se expuso anteriormente, la primera generación de proyectos de sistemas procesales penales en Latinoamérica no permitían en el contra examen las preguntas sugestivas, lo cual desnaturalizaba la litigación oral adversarial e impedía que la contra parte obtuvieren información útil al testigo hostil o contra parte<sup>281</sup>.

A continuación un cuadro comparativo de la evolución normativa de la práctica de prueba testimonial en la reforma procesal civil del Ecuador, hasta el COGEP aprobado en segundo debate por la Asamblea Nacional de 22 de mayo de 2015. Como factores de comparación, para verificar una posible transmutación, está en la forma de practicar el examen directo y la posibilidad de efectuar preguntas sugestivas en la declaración de parte que se han ido regulando en los diferentes proyectos, a lo largo del proceso de aprobación del COGEP:

Proyecto de Ley	Año	Autor	Practica del examen directo	Preguntas sugestivas en contra examen
El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica <sup>282</sup>	1988	Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal	Art. 151 1. Juez inicia el examen directo	No regula contra examen de testigos  Art. 140.3 Permite preguntas <i>asertivas</i> en declaración de parte
Proyecto de CPC <sup>283</sup>	Dic 2007	Projusticia - IEDP	Art.179 I. 1.3 Juez inicia el examen directo	Art.179 I. 1.4 No permite preguntas sugestivas a testigos  Art. 165. 2.

<sup>281</sup> Rúa, Gonzalo, *Contraexamen* ..., 33-36.

<sup>282</sup> CEJA. (Consultado: 20 abril 2015 21h25) EN: [http://www.cejamicas.org/index.php/biblioteca/biblioteca-virtual/doc\\_view/2152-el-código-procesal-civil-modelo-para-iberoamerica.html](http://www.cejamicas.org/index.php/biblioteca/biblioteca-virtual/doc_view/2152-el-código-procesal-civil-modelo-para-iberoamerica.html).

<sup>283</sup> Projusticia, *Proyecto de Código de Procedimiento Civil*. (Quito: Ediciones Abya Yala, 2007)

				No permite preguntas <i>sugestivas</i> en declaración de parte
Proyecto Código Procesal Unificado <sup>284</sup>	Mayo 2012	CEJA	Art. 260 Partes inician examen directo	Art. 260 Permite preguntas <i>sugestivas</i> a testigos  Art. 262.b) Permite preguntas <i>sugestivas</i> en declaración de parte
COGEP Corte <sup>285</sup>	Enero 2014	Corte Nacional y Consejo de la Judicatura	Art. 211 Juez inicia el examen directo	Art.211. 4 No permite preguntas <i>sugestivas</i> a testigos  Art. 190 No permite preguntas <i>sugestivas</i> en declaración de parte
COGEP 1er debate <sup>286</sup>	Julio 2014	Comisión de Justicia y Estructura del Estado Asamblea Nacional	<i>Art. 191</i> Partes inician examen directo	Art. 171 No permite preguntas <i>sugestivas</i> en declaración de parte  Art. 191.5 No permite preguntas <i>sugestivas</i> a testigos
COGEP 2do debate <sup>287</sup>	Feb 2015	Comisión de Justicia y Estructura del Estado Asamblea	<i>Art. 187.3</i> Partes inician examen directo	186 N.7 Permite preguntas <i>sugestivas</i> en declaración de parte

<sup>284</sup> El texto del dicho proyecto de Ley fue ubicado en: [http://www.myderecho.com/2012-15-05-borrador\\_codigo\\_procesal\\_unificado.pdf](http://www.myderecho.com/2012-15-05-borrador_codigo_procesal_unificado.pdf). (Consultado: 20 abril 2015 a las 21h10).

<sup>285</sup> Código Orgánico General de Procesos presentado el 20 de enero de 2014 por la Corte Nacional de Justicia y el Consejo de la Judicatura. (Consultado: 20 abril 2015 a las 21h10). EN: <http://ppless.asambleanacional.gob.ec/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/16373714-8924-42ec-96bd-384ec7a8c36e/Proyecto%20de%20Código%20Orgánico%20General%20de%20Procesos%20165843.pdf>, 84 -85.

<sup>286</sup> Informe para primer debate del Código Orgánico General de Procesos presentado el 24 de junio de 2014. EN: <http://ppless.asambleanacional.gob.ec/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/01d7bec9-a1ec-425b-925f-34d87da918ad/Informe%20Primer%20Debate%20Tr.%20184570.pdf>, 75.

<sup>287</sup> Informe para segundo debate del Código Orgánico General de Procesos presentado el 11 de febrero de 2015. EN: <http://ppless.asambleanacional.gob.ec/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/22409574-d3a4-42d3-8504-2b9dcbf728eb/Informe%20Segundo%20Debate%20Tr.%20203894.pdf>

		Nacional		Permite preguntas sugestivas a testigos
COGEP aprobado por Asamblea Nacional	22 mayo 2015	Asamblea Nacional: 84 a favor, 20 en contra y 5 abstenciones	<i>Art. 178.3</i> Partes inician examen directo	177.7 Permite preguntas sugestivas en declaración de parte  Permite preguntas sugestivas a testigos.

En cuanto la tendencia en la práctica de la prueba testimonial, el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal tenía una práctica inquisitoria de la prueba testimonial. Era el Juez quien iniciaba con el examen directo de testigos, y dejaba a las partes, que luego del interrogatorio del Juez, realicen las preguntas que consideraren. No efectúa una regulación del contra examen, ni tampoco permitía o prohibía las preguntas sugestivas. En cuanto a la declaración de parte, dicho Código permitía preguntas de contra examen sugestivas, o como las denominada dicho proyecto de norma iberoamericana, *asertivas*.

El sistema inquisitorio de práctica de prueba testimonial que utiliza el proyecto de Código Procesal Civil de Projusticia del año 2007 y actualizado en el 2009, identificando un símil con el proyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, es el Juez quien inicia con el examen directo de testigos, y deja a las partes, que luego del interrogatorio del Juez, realicen las preguntas que consideren. Las preguntas de contra examen a testigos y en la práctica de la declaración de parte, se elimina la posibilidad de efectuar preguntas sugestivas.

El proyecto del Centro de Estudio de Justicia para las Américas denominado CPU proponía un sistema *adversarial*. En éste, las partes tenían la iniciativa en sus interrogatorios respectivos y el Juez estaba **imposibilitado** de realizar aclaraciones al testigo. En el contra examen de testigos las preguntas sugestivas estaban permitidas, y la declaración de parte se hacía a manera de contra examen de testigos, con la posibilidad de utilizar preguntas sugestivas, y la técnica del re directo y re contra directo.

En el ante proyecto COGEP de la Corte Nacional y Consejo de la Judicatura, presentado el 14 de enero de 2014 a la Asamblea Nacional del Ecuador, la práctica del interrogatorio vuelve a variar, y nuevamente se propone un Juez inquisidor que inicia con el interrogatorio a los testigos. En las preguntas de contra examen a testigos y la práctica de la declaración de parte se elimina la posibilidad de efectuar preguntas sugestivas. Permite la *confesión judicial* de oficio, lo cual faculta a un Juez a hacer el interrogatorio a cualquiera de las partes.

En el primer debate del COGEP de la Asamblea Nacional del Ecuador, se retoma la facultad de las partes para iniciar el examen directo de sus testigos, pero se impiden preguntas sugestivas en el contra examen y en la declaración de parte, y se insiste en la Confesión Judicial de oficio. En el segundo debate del COGEP las partes mantenían la facultad de iniciar el examen directo con sus testigos, pero se reformaba las normativa del primer debate en la práctica del contra examen y la declaración de parte, facultando a los litigantes efectuar preguntas de sugestivas a los testigos o parte contraria. Lo interesante de los cambios producidos en segundo debate fue la incorporación de la figura del *testigo hostil* que analizaremos a continuación.

En el COGEP aprobado se mantienen las tres características analizadas en desarrollo normativo del capítulo II; las partes inician con el examen directo de sus testigos, se permiten preguntas sugestivas en el contra examen de testigos y en la declaración de parte y el Juez solo pide aclaraciones. La tendencia a tener una práctica de prueba testimonial de sistema *adversarial* parece ser la disposición normativa, que la reforma procesal civil en el Ecuador, legisló, lo cual desde mi enfoque es muy positivo, ya que de ésta manera se homologa la práctica de prueba testimonial en todas las materias, incluida materia penal, facilitando no solamente la capacitación a los operadores de justicia en general, sino estandarizando técnicas de litigación oral en todas las materias jurídicas.

El desarrollo normativo de la práctica de prueba testimonial oral *adversarial* en la legislación procesal, ha tenido un avance reciente y posiblemente un estancamiento en relación a la evolución constitucional conforme observamos en líneas anteriores. El desarrollo normativo constitucional del año 1984, instaura las bases mediante las cuales los sistemas procesales, tanto en materia procesal penal como en materia procesal civil, deben cambiar sus modelos a sistema oral.

A continuación un cuadro comparativo de desarrollo normativo de la práctica de la prueba testimonial en materia procesal civil y penal, y la incidencia del sistema oral *adversarial* en las siguientes materias:

<b>Norma</b>	<b>Año</b>	<b>Práctica de la prueba testimonial</b>
Código de Procedimiento Penal <sup>288</sup> <b>DEROGADO</b>	1983	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Presidente del Tribunal hace el examen directo Art.117-118 - 306</li> <li>- Las partes pueden preguntar por intermedio del Juez en el sumario del Tribunal Art. 119</li> <li>- No se permiten preguntas sugestivas en ningún interrogatorio Art. 306 inc. final</li> </ul>
Código de Procedimiento Civil <sup>289</sup> <b>DEROGADO</b>	1987	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Sistema de testigo idóneo y tachas</li> <li>- Juez realiza el examen directo al testigo con interés y minuciosidad</li> <li>- Testimonio se reduce a escrito</li> <li>- Juez realiza repreguntas que se hayan presentado por escrito</li> </ul>
Código de Menores <sup>290</sup> <b>DEROGADO</b>	1992	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Declaración de testigos solo se regula en Adolescentes infractores</li> <li>- Práctica de prueba testimonial se remite al Código de Procedimiento Civil y Procedimiento Penal</li> <li>- Solo el Juez o tribunal hace preguntas</li> <li>- Sistema escrito</li> </ul>
Código del Trabajo 1978 con reformas de 1997 <sup>291</sup> <b>DEROGADO</b>	1997	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Examen directo de testigos por escrito</li> <li>- Repreguntas se limitan al triple de las formuladas en el interrogatorio</li> <li>- Sistema de pruebas escrito conforme el Código de Procedimiento Civil</li> </ul>
Código de Procedimiento Penal <sup>292</sup> <b>DEROGADO</b>	2000	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Se permitía el testimonio de funcionario público mediante informe escrito Art. 132</li> <li>- Presidente del Tribunal inicia con el examen directo a los testigos Art. 134 - 294</li> <li>- Luego de las preguntas del Presidente, los jueces miembros del Tribunal preguntan al testigo Art.135 -294</li> <li>- No se permiten preguntas sugestivas a ninguna de las partes Art. 294</li> </ul>

<sup>288</sup> Registro Oficial 511. Tipo de Norma: Ley 134. Fecha de publicación: 10-jun-1983; estado: Derogado.

<sup>289</sup> Registro Oficial Suplemento 687. Tipo de Norma: Codificación. Fecha de publicación: 18-may-1987; última Reforma: 12-jul-2005.

<sup>290</sup> Registro Oficial Suplemento 995. Tipo de Norma: Ley 170. Fecha de publicación: 07-ago-1992; estado: Derogado.

<sup>291</sup> Registro Oficial 162 de 29-sep.-1997. Última modificación: 16-dic.-2005. Derogado.

<sup>292</sup> Registro Oficial Suplemento 360. Tipo de Norma: Ley. Fecha de publicación: 13-ene-2000.

Código de la Niñez y Adolescencia <sup>293</sup> <b>VIGENTE</b>	2003	<ul style="list-style-type: none"> <li>- La prueba testimonial que se desarrolla en adolescentes infractores se basa en el sistema procesal penal vigente a la fecha</li> <li>- En los demás procedimientos de la ley, las partes practican examen directo y contra examen de testigos de forma <b><i>adversarial</i></b></li> <li>- La Ley no dice nada sobre preguntas sugestivas</li> </ul>
Código del Trabajo (conflicto individual) <sup>294</sup> <b>VIGENTE</b>	2005	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Examen directo y contra examen de forma <b><i>adversarial</i></b> ya que las partes inician el interrogatorio directamente al testigo</li> <li>- Recepción oral del testimonio, pero se transcribe</li> <li>- La repreguntas no pueden exceder el número de preguntas efectuadas en interrogatorio</li> </ul>
Código de Procedimiento Civil. Codificación <sup>295</sup> <b>VIGENTE hasta el 22 de mayo de 2016</b>	2005	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Sistema de tachas</li> <li>- Juez toma la declaración con interés y minuciosidad</li> <li>- Testimonio se reduce a escrito</li> <li>- Repreguntas por escrito</li> <li>- El proceso de ínfima cuantía maneja una audiencia de Juicio con práctica de prueba testimonial con el Juez de forma oral. El fallo se de luego de alegatos finales.</li> </ul>
Código de Procedimiento Penal – Reforma 2009 <sup>296</sup> <b>DEROGADO</b>	2009	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Examen directo y contra examen de forma <b><i>adversarial</i></b> ya que las partes inician el interrogatorio directamente al testigo Art. Innumerado luego del Art. 286</li> <li>- Miembros del tribunal pueden pedir explicaciones de lo declarado por el testigo Art. Innumerado luego del Art. 286</li> <li>- Se permiten preguntas sugestivas en el contra examen Art. Innumerado luego del Art. 286</li> </ul>
Código Orgánico Integral Penal <sup>297</sup> <b>VIGENTE</b>	2014	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Examen directo y contra examen de forma <b><i>adversarial</i></b> ya que las partes inician el interrogatorio directamente al testigo. Art.615</li> <li>- Miembros del tribunal pueden pedir aclaraciones de lo declarado por el testigo Art. 615</li> <li>- Se permiten preguntas sugestivas en el contra examen Art. 502</li> </ul>
COGEP <b>VIGENTE parcialmente; desde 22 de mayo 2016, vigencia total.</b>	22 mayo 2015	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Examen directo y contra examen de forma <b><i>adversarial</i></b> ya que las partes inician el interrogatorio directamente al testigo.</li> <li>- Jueces pueden pedir aclaraciones de lo declarado por el testigo</li> <li>- Se permiten preguntas sugestivas en el contra examen, testigo hostil y en declaración de parte</li> </ul>

<sup>293</sup> Registro Oficial 737 de 03-ene.-2003. Última modificación: 07-jul.-2014.

<sup>294</sup> Registro Oficial Suplemento 167. Tipo de Norma: Codificación; publicación. Fecha de publicación: 16-dic-2005.

<sup>295</sup> Registro Oficial Suplemento 58 del 12-7-2005.

<sup>296</sup> Registro Oficial Suplemento 360. Tipo de Norma: Ley. Fecha de publicación: 13-ene-2000; última reforma: 24-mar-2009.

<sup>297</sup> Registro Oficial Suplemento 180 de 10-feb-2014.

Al realizar la presente investigación fue sorprendente verificar que la práctica de la prueba testimonial ha sido por muchos años inquisitoria y escrita. Extraordinario fue verificar que la materia de niñez y adolescencia, fue la primera rama del derecho en el Ecuador, que en la práctica de la prueba testimonial, utiliza el sistema oral *adversarial - dispositivo*. No obstante, ésta se utilizó de manera básica, ya que no regula en absoluto la posibilidad de preguntas sugestivas en contra examen, ni regula de forma alguna el tipo de objeciones que las partes tienen para impugnar preguntas ilegales. Es la primera vez en la historia procesal ecuatoriana que una norma permite que los abogados, en un proceso oral, formulen de manera directa preguntas a los testigos propios y de la contra parte, sin que antes un Juez las haya calificado, tal como sucedía durante toda la historia procesal ecuatoriana.

El Código del Trabajo del año 2005, permite una práctica de prueba testimonial relativamente *adversarial*, ya que son las partes procesales quienes de primera mano efectúan los interrogatorios a los testigos, permitiendo repreguntas a los testigos de la contraparte, pero de igual forma que en Niñez, no se dice nada sobre las preguntas sugestivas en contra examen, ni regula de forma alguna el tipo de objeciones que las partes pueden utilizar para impugnar preguntas ilegales. Lo curioso de éste sistema “*oral*”<sup>298</sup> es que las repreguntas (*sería mejor decir contra examen*) están limitadas al número de preguntas existentes en el interrogatorio, lo cual vuelve totalmente inviable al sistema oral de práctica de prueba testimonial en cuanto a su real funcionalidad, convirtiéndolo en una práctica procesal híbrida.

La Sala Primera Sala de lo Laboral y Social de la ex Corte Suprema de Justicia, en el año 2000, ya expresó un concepto interesante de la prueba testimonial, lo que nos refleja de alguna manera, la percepción que los actores del sistema procesal estaban asumiendo, con relación a la prueba testimonial, en sus primeras manifestaciones:

*“La prueba testifical como es de general conocimiento tiene excepcional importancia dentro de todo debate procesal ya que a través de ella y confiando en su idoneidad los justiciadores reconstruyen los hechos ocurridos en el pasado con el propósito de formar su convicción dentro del arduo y laudable quehacer de impartir justicia. De allí, que comúnmente se diga que los testigos son los ojos y oídos a través de los cuales el Juez conoce y se percata de los hechos y conductas pasadas*

---

<sup>298</sup> Pongo entre comillas la palabra oral ya que la resolución del Juicio se realiza luego de varios días, y hasta incluso años, después de la audiencia definitiva, lo cual desnaturaliza el espíritu de un sistema oral. Todas las diligencias se deben transcribir, lo que más bien convierte a éste sistema en escrito por audiencias.

*que le toca juzgar. En armonía con lo que acaba de expresarse, es que la ley quiere que tales atestaciones estén siempre libres de toda tacha que pueda afectarlas. Por esta razón se exige que en los testigos concurren los requisitos de capacidad, conocimiento, probidad e imparcialidad.*<sup>299</sup>[...]"

El Código de Procedimiento Civil vigente y sus antecesores, no tienen un desarrollo normativo significativo en cuanto a la producción y práctica de prueba testimonial. Esta sigue siendo de forma escrita e inquisitoria. En la práctica, la prueba testimonial no se rinde, en la mayoría de casos, frente a un Juez, sino como una diligencia aislada ante un ayudante judicial. Es absurdo que actualmente siga vigente la norma mediante la cual el Juez tome una declaración testimonial *con interés y minuciosidad*, evidenciando los rasgos de un sistema inquisitorio dentro del cual el Juez es un sujeto activo del enfrentamiento procesal. Históricamente la prueba testimonial regulada en el Código de Procedimiento Civil ha permanecido inactiva y plasmada en actas escritas, sin ninguna intermediación procesal.

Sin duda es en materia procesal penal donde el sistema oral *adversarial* ha tenido el desarrollo más avanzado de nuestra legislación. Esta materia adjetiva inició el cambio desde el año de 1983 cuando se instituyeron los Tribunales Penales, dentro de los cuales, y como uno de los cambios sustanciales, en *la etapa del Juicio plenario se restablece la oralidad, ya que en audiencia oral se practican las pruebas y se escuchan las argumentaciones de las partes para que luego el Tribunal dicte sentencia*<sup>300</sup>. Sin embargo, como vimos en el cuadro comparativo, la prueba testimonial, si bien era de carácter oral, seguía siendo de tipo inquisitivo, sin que las partes de primera mano pudieran efectuar los interrogatorios a sus testigos, y el contra examen a los testigos de la contraparte.

El 13 de enero del año 2000, se expide el Código de Procedimiento Penal, cuyo mayor cambio fue implementar el sistema acusatorio en el que se otorgaba a la Fiscalía un rol más activo y el monopolio de la acción penal, pero obtuvo una serie de críticas al respecto; como señala el Jurista Ricardo Vaca Andrade: “las actuaciones probatorias que deben darse en la etapa de Juicio se asemejan en buena medida a las que se cumplían en la anterior etapa del Plenario”<sup>301</sup>. En efecto, y como consta de la norma procesal penal del año 2000, la prueba testimonial no se ajustaba

<sup>299</sup> Gaceta Judicial. Año CII. Serie XVII. No. 5. Página 1403. (Quito, 13 de febrero de 2000).

<sup>300</sup> Vaca Andrade, Ricardo, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Tomo I, 4ta edición. (Quito: Ediciones legales), 94-95.

<sup>301</sup> Vaca Andrade, *Manual de Derecho Procesal Penal*, 104.

a la nueva tendencia oral *adversarial* en vigencia en América Latina, sino que se mantuvo un *tipo de sistema mixto que mezcla elementos acusatorios e inquisitivos*<sup>302</sup>.

Desde el 24 de marzo de 2009, con las reformas al Código de Procedimiento Penal, podemos afirmar que el sistema oral *adversarial*, en cuanto a la práctica de prueba testimonial, se pone en plena vigencia en el Ecuador en materia Penal. Como veremos más adelante, las características y elementos básicos del sistema oral de práctica testimonial tiene cambios radicales.

Las partes asumieron la responsabilidad de efectuar el examen directo a sus testigos y adquirieron la facultad de realizar contra examen mediante preguntas sugestivas. Las objeciones se regularon de forma más técnica, y los jueces asumieron un rol más neutral, limitando su accionar en solicitar aclaraciones a los testigos de las respuestas a las interrogantes que les haya sido preguntadas por las partes e impedir de oficio preguntas ilegales e inconstitucionales. Esa tendencia siguió el Código Orgánico Integral Penal vigente sin variación alguna.

El Código Orgánico General de Procesos en relación al COIP, tiene una normativa que regula de forma similar la práctica de prueba testimonial con rasgos de sistema oral *adversarial - dispositivo*, con ciertas modificaciones que serán analizadas a continuación.

### **3.3 LA PRUEBA TESTIMONIAL EN EL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS**

El COGEP presenta una regulación general de la práctica de la prueba testimonial para todas la materias (*con excepción de constitucional, electoral y penal, sin perjuicio de ser norma supletoria; Art. 1 COGEP*) , tanto para testigos y peritos, como para las partes procesales. El sistema utilizado para la práctica de prueba testimonial es de tipo *adversarial o dispositivo*, ya que las partes inician la práctica del examen directo a sus testigos, seguido del contra examen que permite preguntas sugestivas, ante un Juez neutral. La regla general es que el Juez no haga las preguntas a los testigos, ni se entrometa en el debate procesal, pero tenga la facultad para pedir aclaraciones sobre un tema puntual, de considerarlo indispensable

---

<sup>302</sup> Vaca Andrade, *Manual de Derecho Procesal Penal*, 187

a manera de excepción, lo cual ratifica la regla general de ser neutral en el enfrentamiento procesal.

Los artículos 615.7 del COIP y Art.174 del COGEP sustentan la afirmación antes mencionada. Las facultades de oficio del Juez en el COGEP (Art.168) tienen su máxima en la posibilidad de ordenar **la práctica de las pruebas** que considere necesarias para el esclarecimiento de los hechos controvertidos. Nuevamente, la regla general es que las partes soliciten la práctica de la prueba, ya que la facultad de oficio debe ser motivada, lo que le ratifica como una atribución excepcional que confirma la regla general.

En contexto pragmático, el COGEP tiene rasgos que lo identifican como un sistema oral que desarrolla un sistema adversarial – dispositivo. Los tres elementos básicos de la práctica de prueba testimonial en litigación oral tienen una lógica de los códigos de segunda generación<sup>303</sup>, en cuanto facultan a las partes al uso de preguntas sugestivas en contra examen a testigo hostil y a la parte. El tener una audiencia de Juicio, en la que se defina el pleito luego del debate probatorio; y argumentativo, lo que identifica como una norma adjetiva conforme la tendencia Latinoamericana.

### 3.3.1 EL EXAMEN DIRECTO DE TESTIGOS EN EL COGEP

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 testimonio anticipado, de forma excepcional (Art.174 COGEP). El testigo debe presentar juramento de decir la verdad, sea de la religión que fuese, y ser asistido por un abogado (Art.177 COGEP).

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 exista la posibilidad que ninguna de las partes quiera asumir con dicho patrocinio, y el testigo

---

<sup>303</sup> Rúa, Gonzalo, *Contra examen de testigos...*,33-36. .Es muy interesante ver el relato que Gonzalo Rúa hace al evidenciar el proceso reformista que tuvo Latinoamérica con el trasplante del procedimiento penal en los años 80. El divide en código acusatorios de primera generación y de segunda generación, siendo los primeros aquellos códigos que prohibían las preguntas sugestivas en el contra examen y los de segunda generación quienes ya permitieron efectuar preguntas sugestivas. Esta pequeña gran diferenciación comenzó a gestar un profundo cambio en la formas de ejecutar el contra examen y su ámbito de incidencia ya que al no permitir preguntas sugestivas, el contra examen se volvía una repetición del examen directo con la agravante de tener a un testigo hostil que no iba a contradecirse con lo ya dicho. La admisión de preguntas sugestivas es una clara consecuencia de la vigencia de la garantía del contradictorio, que todo litigante debe hacer valer en una sala de audiencias, y que no es más que una derivación de la garantía del derecho a contradecir la prueba.

no pueda declarar; *contrario sensu*, esto también nos indica que el testigo puede ir con su patrocinador a 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 (Art.192 COGEP).

El examen directo realizado a testigos, peritos o partes tienen los mismos objetivos del examen directo ya descritos en el capítulo II; su práctica permite el uso de preguntas abiertas y prohíbe las preguntas sugestivas de fondo. La técnica dependerá del litigante ya que en la práctica de prueba testimonial normada en el COGEP, el examen directo, tiene la misma estructura que del COIP, diferenciándose en los efectos entre la declaración de parte y la declaración del acusado como ya se verificó en el capítulo II.

### **Práctica del examen directo en el COGEP**

Luego del rigor del juramento y los generales de ley preguntados por el Juez, el testigo es examinado por la parte que solicitó el testimonio (Art.178 COGEP). Si bien el testigo tiene la obligación de responder a todas las preguntas que se le formulen, sin límite de interrogantes, éste puede negarse a responder, únicamente cuando: “a) *Le pueda acarrear responsabilidad penal personal, a su cónyuge, pareja o familiar y b) Cuando viole el deber de guardar reserva en razón de profesión, oficio, estado, etc*”. (Art. 175 COGEP)

*El anuncio de la prueba testimonial* en el COGEP requiere únicamente que en la demanda, contestación o *reconvención*, se acompañe la nómina de testigos *indicando los hechos sobre los cuales declararán* (Arts. 142.7 y 190 COGEP). Se debe entender que dicha descripción de hechos la debe realizar el abogado, sin que se requiera la firma del testigo para corroborar que los hechos anunciados son los que conoce.

Hasta que se pueda reformar o solucionar dicha omisión técnica, la contra parte no podrá conocer los hechos que vaya a relatar el testigo de la parte adversaria a detalle, sino solo cuando rinda la declaración testimonial en la audiencia de Juicio; no sería posible utilizar la demanda firmada por el abogado, sin firma del testigo, para refrescar memoria o resaltar contradicciones. Aquello no sería un documento que el testigo lo conoce. Pueden existir otros documentos en otros procesos, dentro de los cuales el testigo haya efectuado algún tipo de afirmación que se contradiga con los hechos del Juicio, que podrían utilizarse.

Es posible el uso de preguntas sugestivas exclusivamente para recalcar temas introductorios o para recapitular información aportada por el testigo (Art.177.7 COGEP), salvo dichas excepciones, las preguntas sugestivas están prohibidas para el desarrollo del interrogatorio en examen directo en general, debiendo siempre efectuar preguntas abiertas o cerradas, sin perjuicio de las demás preguntas objetadas.

### **La sugestión en el examen directo o interrogatorio**

Es común en todo sistema oral adversarial que las preguntas sugestivas sean prohibidas en el examen directo o interrogatorio y que sea el testigo quien debe entregar la información al Juez, más no el abogado. Así lo recoge el COGEP y la práctica generalizada del sistema adversarial. Pero existen tres excepciones claras a esta regla, globalmente aceptada, y que el Art. 177.7 del COGEP regula:

1. La primera, es la sugestión en la pregunta al momento de indicar al testigo un tema a manera de introducción. En este tipo de sugestión autorizada, el abogado enfoca al testigo en unos hechos específicos para que desarrolle el tema.

Como por ejemplo:

*Abogado: Señor Pérez, refiérase a los hechos del 29 de marzo de 2014 ¿Qué sucedió ese día?*

En el ejemplo, el abogado sugirió una fecha específica para que el testigo relate de forma narrativa al Juez; pero luego realiza una pregunta abierta a fin de que el testigo se explaye y narre lo sucedido en la fecha sugerida. Esta técnica es permitida para demarcar el testimonio a los temas en controversia a manera de introducción a un tema específico. Al testigo le corresponde relatar los hechos que conoce mediante preguntas abiertas o cerradas efectuadas por el abogado de la parte que lo convocó.

La segunda excepción, en la cual está permitida la sugestión en la pregunta de examen directo, es al momento de recapitular información entregada por el testigo, por ejemplo:

*Testigo: Yo vi que un automóvil azul pasaba por la Avenida Amazonas el día de los hechos.*

Abogado: *Ese automóvil azul que pasaba por la Avenida Amazonas y que Usted acaba de relatar, de qué marca era?*

Testigo: *Mercedes Benz*

En el ejemplo, el abogado formula la pregunta introduciendo la información ya aportada por el testigo, (*el auto azul*) para inmediatamente realizar una pregunta abierta o cerrada y conseguir la información precisa (*Mercedes Benz*). Esta información recapitulada se hace a manera de sugestión, de información declarada por el testigo en Juicio, para luego realizar la pregunta que aporte con la información que el abogado quiere que se conozca.

3. La tercera excepción es cuando un testigo haya sido declarado como hostil, analizada a continuación.

### **El testigo hostil<sup>304</sup>**

El testigo hostil es un avance en práctica de prueba testimonial que presenta el Art.177.7 del COGEP; en el COIP no existe la facultad del Juez para declarar a un testigo que pida la misma parte, como hostil. RUA afirma, en cuanto al testigo hostil, que *es una institución clásica de sistemas adversariales más desarrollados*.

Lo fundamental del testigo hostil es que éste debe ser declarado por el Juez, previa petición de parte, ya sea en la calificación del anuncio de prueba, en la audiencia preliminar o en Juicio. La declaratoria judicial de hostil, habilita a la parte que convocó el testigo ejecutar la práctica testimonial mediante contra examen, admitiendo el uso de preguntas sugestivas. (Art.177.7 COGEP)

Esta institución se deriva de una problemática real; quien llama a un testigo lo hace con el objetivo de que declare en concordancia a su teoría del caso, y al que por regla general, se ha preparado para el examen directo. Sin embargo, existe la posibilidad de que un testigo fundamental para sustentar la teoría del caso, sea hostil a la parte quien lo convoca, por razones personales, sentimentales, o de otra índole; es probable que las respuestas a preguntas abiertas confundan al juzgador, por lo que el uso de preguntas sugestivas se conforma como una herramienta que permita el control de la información por parte del abogado en relación al testigo hostil. Bien

---

<sup>304</sup> COGEP, Artículo 177.7 . Publicado en el Registro Oficial el 22 de mayo de 2015.

practicada la declaración de testigo hostil puede ser es una buena herramienta; mal practicado es una amenaza<sup>305</sup>. Por ejemplo:

*En un caso de divorcio por causal de adulterio, se requiere llamar como testigo al amante de la esposa para que rinda testimonio. Efectivamente, la esposa nunca va a llamar a su amante como testigo y por otro lado el esposo no puede prepararlo tomando en cuenta que para él, dicho testimonio es indispensable. En este caso, el esposo deberá solicitar el Juez se declare hostil al amante para efectuar las preguntas sugestivas habilitadas. ¿Será hostil dicho amante?*

Una de las dudas que sobreviene de esta nueva institución testimonial es el momento procesal oportuno de solicitar se proceda a la declaratoria de testigo hostil. El COGEP no tiene regulación pormenorizada al respecto, por lo que se deben acudir a los principios procesales básicos. En este sentido, en desarrollo del principio de lealtad procesal y derecho a la defensa, las partes pueden solicitar declaratoria de testigo hostil en dos escenarios: Un primer escenario, cuando actor o demandado, conozcan que un determinado testigo es útil para su teoría del caso, pero hostil hacia su parte, lo que en mi opinión habilitaría solicitar como testigo hostil a dicha persona desde el anuncio de prueba en las peticiones o en la audiencia preliminar.

Un segundo escenario, sería el momento en el cual un testigo favorable a la parte se convierte en hostil en plena audiencia de Juicio o audiencia única en el caso del proceso sumario. En teoría, la parte ha preparado el testigo, pero por la razón que sea (coacción, nervios, amenaza, chantaje o soborno), el testigo deja de contestar a las preguntas, no recuerda nada, es difuso, es decir, pone en riesgo la estrategia de la parte. ¿Este escenario facultaría a la parte solicitar se declare hostil al testigo en plena audiencia? Sí, tomando en cuenta que esto puede tener un costo de credibilidad.

La incorporación del testigo hostil en el COGEP es un avance. Esta herramienta va a ser sumamente útil para descubrir la verdad en aquellos casos en los que el testigo estrella de un caso, sea hostil por cualquier tipo de razón, personal, profesional o social, a la parte que lo convocó, lo que desde mi punto de vista es un

---

<sup>305</sup> Baytelman, Andrés... *Litigación Penal* ...,103

aporte al objetivo principal de un sistema procesal: *ser un metodo orientado hacia el descubrimiento de la verdad.*

El alcance del testigo hostil regulado en el COGEP es una institución que incide en todo el sistema procesal, ya que inclusive es procedente en materia Penal, por las siguientes circunstancias. a) En el COIP no se regula la utilización o declaratoria de testigo hostil por parte de un Juez o Tribunal alguno; b) La disposición general primera vigente a 2015 del COIP, establece que: “*En lo no previsto en este Código se deberá aplicar lo establecido en el Código Orgánico de la Función Judicial y el Código Orgánico General de Procesos, si es aplicable con la naturaleza del proceso penal acusatorio oral*”; c) La figura del testigo hostil es una institución aceptada en la doctrina y la práctica de sistemas orales *adversariales*; su practica es común en sistemas procesal penal acusatorio oral de raíz adversarial del Norte Global. En mi opinión, el testigo hostil es procedente en materia Procesal Penal. En buena hora.

### **Testimonio urgente o anticipado<sup>306</sup>**

El CPC tenía como práctica común a la confesión judicial como diligencia preparatoria. Era normal llamar a cualquier persona a confesión judicial con preguntas en sobre cerrado, que normalmente eran contestadas con evasivas o respuestas genéricas. Esta declaración no necesitaba motivar su utilidad, por lo que muchas ocasiones era un mero instrumento de intimidación o presión.

En el COGEP la regla general es que la declaración de parte se realice en audiencia de Juicio, y la excepción, que debe ser fundamentada, sería la declaración urgente (Art.122.7 y Art.181) que presenta dos escenarios para que sea procedente un testimonio urgente, tanto para testigos como para partes: a) Para personas con avanzada edad o grave enfermedad que se tema que puedan fallecer, y; b) Personas quienes estén próximos a ausentarse del país en forma permanente o por un largo período.

En el COGEP se elimina la posibilidad de efectuar las abusadas *confesiones judiciales* como diligencias preparatorias. Se instituye como regla general que todas la prueba viva sea practicada en audiencia de Juicio, y por excepción, de forma anticipada por razones de muerte o ausencia. La práctica de ésta diligencia se la realiza en audiencia especial, de forma oral *adversarial*.

---

<sup>306</sup> COGEP, Artículo 122 . Publicado en el Registro Oficial el 22 de mayo de 2015.

### 3.3.2 EL CONTRA EXAMEN DE TESTIGOS EN EL COGEP

El contra examen de testigos, es denominado *contra interrogatorio* en el COGEP, presenta la estructura básica de sistema *adversarial* para su práctica, en tanto y en cuanto, además de preguntas abiertas o cerradas, permite la utilización de preguntas sugestivas como principal herramienta de litigación (Art.177.7 COGEP). El contra examen es una técnica general aplicada tanto a testigos, partes y peritos, con objetivos específicos tal cual se explicó en el Capítulo II, dentro de la que además 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 (Art.160 COGEP), 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 contra interrogatorio 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 permiten que la información que el testigo entregue, sea controlada por la contraparte conforme la necesidad de la defensa.

Conforme la normativa del COGEP, podríamos decir que el tipo de sistema de contra examen es el abierto (*wide open* – ver capítulo I), ya que no se limita a que las preguntas de contra examen sean o correspondan única y exclusivamente a la información declarada en el examen directo, lo que deja a la contra parte con una ventaja en cuanto lograr que el contra examen aborde temas medulares o sensibles que en el testimonio pudieron, a propósito, no haberse informado.

Cabe ser enfático en cuanto a la destreza que amerita el contra examen. Las destrezas que recomienda el ABA (American Bar Association)<sup>307</sup> y que se utilizan para refrescar memoria, o señalar contradicciones con declaraciones previas;

---

<sup>307</sup> Técnica efectuada en talleres de Litigación Oral Ecuador por el instructor acreditado por el American Bar Association, Dr. Xavier Andrade, año 2014 y 2015.

exponen técnicas como el C.A.C.A. (Confirmar – acreditar – confrontar y acabar) dentro del cual a un testigo del cual se ha detectado una contradicción, se inicia confirmando el error del testigo, se acredita su objetividad en lo dicho, se confronta con declaraciones previas o documentos y se acaba señalando al Juez la contradicción. Aquí un ejemplo:

**Perito Ingeniero:** *“Y luego de hacer el examen especial de estructura, se determino que existen 9 columnas en buen estado (en el informe dicen que solo hay 6 columnas en buen estado)”*

**Abogado adversario (Confirmar):** *“Existen solo 9 columnas en buen estado, es eso cierto?”*

**Perito:** *“Si”*

**Abogado (Acreditar):** *“Y Usted como perito técnico tiene claro la importancia de conocer la cantidad de columnas en buen estado?”*

**Perito:** *“Claro que si”*

**Abogado (Confrontar):** *“(Enseñando el informe al perito) Sin embargo su informe dice que solo son 6 columnas en buen estado, es eso cierto?”*

**Perito:** *“bueno... si así dice el informe...”*

**Abogado (Acabar):** *“ Lo que nos indica que su informe es que solo 6 de las columnas están en buen estado, cierto?”*

Aunque parece fácil leer el ejemplo, en la práctica la destreza requiere desarrollar habilidades de forma dinámica; la confrontación bien lograda con el testigo hostil o contrario a la causa del abogado respectivo, merma su credibilidad, lo cual es uno de los objetivos del contra examen; pero intentar desacreditar sin éxito, no hace más que legitimar el testimonio del declarante.

Es repetitivo volver a señalar que la falta de declaraciones previas que el COGEP omitió, repercute en la calidad o fuerza que vayan a tener los contra

interrogatorios, ya que se tendrá que improvisar, en la misma audiencia de Juicio, con la información que declare el testigo de forma oral; no sabemos si nuevas destrezas o técnicas se vayan a crear a falta de declaraciones previas o si ésta omisión afecte en la calidad de la litigación oral; solo la práctica y los resultados lo indicarán.

### **3.3.3 LAS OBJECIONES EN EL COGEP**

El COGEP presenta una práctica de objeciones bastante amplia y de avanzada. 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 (Art.165, 170 y 176). La excepción nuevamente es la actuación del Juez, quien de oficio puede negar preguntas inconstitucionales, capciosas, obscuras, compuestas o intimidatorias, aún cuando la parte agraviada no las haya objetado (Art.177.8).

Aunque las objeciones son más conocidas por presentarse en la audiencia de Juicio, este derecho se puede utilizar a lo largo de todo el proceso. Las actuaciones que pueden ser objetadas, en tres 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 primero contacto de las partes y el Juez en audiencia oral. (Art.170 COGEP) No es muy extraño que en nuestro medio los abogados tiendan a volverse groseros e intimidatorios, algunos de forma estratégica y en otras ocasiones por mera torpeza, es una facultad de objetar que el abogado debe tener muy presente.

**b)** Objeciones a preguntas ejecutadas en examen directo o contra examen que sean: inconstitucionales, impertinentes, capciosas, obscuras, compuestas, aquellas destinadas a coaccionar ilegítimamente al declarante (Art.177.8 COGEP); auto inculpativas, sugestivas (*salvo contra examen y testigo hostil*), vagas, confusas, e hipotéticas por opiniones o conclusiones (*con excepción de las preguntas*

*hipotéticas en el caso de los peritos dentro de su área de experticia) (Art.176 COGEP).*

c) Objeción a las respuestas de los declarantes que van más allá, no tienen relación con las preguntas formuladas o son parcializadas (Art.176 inciso 2do COGEP). 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. Su uso y abuso es normal en el litigio, pero como se expresó en el capítulo II, correcta utilización puede ser vital para impedir se ingrese información errada al proceso, su abuso provoca una baja credibilidad en el abogado y su caso.

### **3.3.4 LA DECLARACIÓN DE PARTE EN EL COGEP**

La la práctica de prueba testimonial que más cambios ha sufrido es la *declaración de parte* o antes en el CPC denominada *confesión judicial*. Ésta institución ha sido ejecutada en nuestra cultura judicial con varios abusos y limitaciones que no ha permitido ser una prueba que aporte a la verdad procesal. En el COGEP su regulación es totalmente diferente, aunque conserva mucho de su naturaleza jurídica. Algunas de las diferencias y cambios instituidas en el COGEP, en relación a la institución de la confesión judicial regulada en el CPC:

a) Se eliminó a la expresión *confesión judicial* y en su lugar se la nombró *declaración de parte*<sup>308</sup>;

b) Se eliminó, como regla general de medida preparatoria a la *declaración de parte*, pasando a ser una institución de uso excepcional en casos de necesidad en las siguientes tres circunstancias: i) Para personas con avanzada edad; ii) Personas con grave enfermedad, por las que se tema fundadamente que puedan fallecer, y; iii) Personas quienes estén próximos a ausentarse del país en forma permanente o por un largo período<sup>309</sup>.

c) Se habilitó el uso de preguntas sugestivas a la parte a quien se ha solicitado la declaración; su práctica se realiza mediante técnica de contra examen<sup>310</sup>;

d) Se descartó el uso de sobres cerrados con preguntas escritas, por la ejecución en audiencia de Juicio oral de un contra interrogatorio efectuado y dirigido por la contra parte; el Juez ya no califica preguntas, sino que decide objeciones o las suprime si las encuentra inconstitucionales o capciosas<sup>311</sup>; y,

e) Se eliminó la confesión judicial ficta o *declaratoria de confeso*, producida por respuestas evasivas, incongruentes o ausencia del declarante, por la libre valoración del juzgador de dichos actos u omisiones, en conjunto con la pruebas aportadas, mediante sana crítica<sup>312</sup>.

f) Existe la posibilidad de acreditar prueba documental mediante declaración de parte;

g) La declaración de parte puede ser solicitada por la misma parte, ya no solamente por el adversario.

#### **3.3.4.1 La terminación del proceso por declaración de parte**

Aunque el término resulte odioso, he inclusive haya dejado de utilizarse en el COGEP; se establece en el Art. 183, que la declaración de parte *legítimamente* hecha sobre la verdad de la demanda, termina el proceso; en palabras de ECHANDIA, esto produce una *confesión judicial*. El maestro colombiano expone que cuando el demandado, en la declaración de parte, acepte los hechos de la demanda, es una *confesión propiamente dicha, sólo cuando es desfavorable a esa parte o favorable al*

<sup>308</sup> COGEP, Artículo 187. Publicado en el Registro Oficial el 22 de mayo de 2015.

<sup>309</sup> COGEP, Artículo 122. Publicado en el Registro Oficial el 22 de mayo de 2015.

<sup>310</sup> COGEP, Artículo 177.7. Publicado en el Registro Oficial el 22 de mayo de 2015.

<sup>311</sup> COGEP, Artículo 188. Publicado en el Registro Oficial el 22 de mayo de 2015.

<sup>312</sup> COGEP, Artículo 177.6. Publicado en el Registro Oficial el 22 de mayo de 2015.

*adversario*<sup>313</sup>, lo que conlleva a la terminación del proceso a favor de la parte a quien se le aceptaron los hechos.

Esta particularidad que presente el COGEP en relación al COIP genera una de las mayores diferencias en esta institución procesal, ya que la parte en el proceso civil tiene disposición de derechos y por lo tanto, su aceptación de hechos termina el proceso. Partiendo de dicha premisa irrefutable y tomando en consideración que la declaración de parte se hace mediante *contra examen*, se debe dimensionar la absoluta necesidad de conocer las técnicas para practicar un correcto contra examen al momento de realizar una declaración de parte. Como se dijo en líneas anteriores, ésta es la *reina de las pruebas*, y quien sepa utilizar sabiamente la declaración de la contra parte, será el triunfador.

### **3. 4. ALGUNOS NUDOS CRITICOS DEL COGEP**

Este capítulo es una sugerencia de mis lectores y colegas que supieron, con excelencia, proponer temas a debate en el horizonte del nuevo sistema Procesal Civil ecuatoriano. El COGEP se presenta como una oportunidad; pero no es más que una Ley con reglas elaborada por humanos. La forma con la que los actores del sistema de administración de justicia aportemos para lograr el desarrollo de una práctica profesional, fluida, técnica, educada, ética, basada en la búsqueda de la verdad, antes que en el cumplimiento de otros fines administrativos ,ajenos a la Administración de Justicia, es el verdadero reto.

Efectivamente existen *nudos* procesales que pueden surgir de una norma adjetiva, pero que no necesariamente deban ser *críticos*, en virtud de que existen soluciones jurídicas y de interpretación que se pueden aplicar a fin de ir homologando el sistema a nivel Nacional, que ciertas prácticas locales, pueden variar de ciudad en ciudad.

La forma cómo se apliquen ciertas reglas abstractas o difusas del COGEP, se deberán corregir o aclarar mediante resoluciones que el Pleno de la Corte Nacional, conforme facultad legal otorga por el COFJ<sup>314</sup>, emita para aclarar la ley en caso de duda u oscuridad de la Ley.

---

<sup>313</sup> Devis Echandia, *Compendio de la prueba judicial...*, 7.

<sup>314</sup> **Art. 180.6 COFJ: Art. 180.- FUNCIONES.-** Al Pleno de la Corte Nacional de Justicia le corresponde: [...] 6. Expedir resoluciones en caso de duda u oscuridad de las leyes, las que serán generales y obligatorias, mientras no se disponga lo

Desde mi óptica personal, la interpretación con la que se le deba observar al COGEP debe ir de acuerdo a la normativa vigente; interpretar a dicha norma de forma errónea puede provocar serias equivocaciones en la Administración de Justicia. Con este antecedente, me permito mostrar un ejemplo de análisis comparado de normativa que regula la interpretación jurídica de las normas en el Ecuador, existentes tanto en Código Civil, como en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional LOGJCC.

En los cuadros a continuación, se compara el Art. 18 del Código Civil aún vigente, con el Art. 3 de la LOGJCC, también vigente. La literalidad de los artículos se sintetizaron en el tipo de interpretación que se otorga cada regla. En el margen derecho se presenta la Escuela Jurídica que más se acerca a dicha regla de interpretación, a criterio del autor; cabe indicar que el tipo de Escuela Jurídica es una variable fija que se estableció para tener una idea del tipo de método y regla de interpretación.

<b>CODIGO CIVIL Art. 18</b>	
<b>Método de interpretación sintetizado</b>	<b>Posible Escuela</b>
1. Interpretación literal antes que teleológico	POSITIVISMO
2. Interpretación literal - legislativo;	POSITIVISMO
3. Interpretación literal de las palabras técnicas;	POSITIVISMO
4. Ley otorga armonía y solución de antinomias	POSITIVISMO
5. <i>Dura lex sed lex</i>	POSITIVISMO
6. Solución de antinomias en la Ley y a falta de, en la equidad natural; y,	POSITIVISMO - IUSNATURALISMO
7. A falta de ley – analogía con Jurisprudencia – Principios Universales del Derecho - TTD <sup>315</sup>	REALISMO - IUSNATURALISMO

contrario por la Ley, y regirán a partir de su publicación en el Registro Oficial;

<sup>315</sup> López Medina, Diego. 2004. La Teoría Impura del Derecho. Bogotá: Editorial Legis, p.15. Esta obra nos trae el concepto de lo que significan sistemas de producción y recepción conforme la Teoría Transnacional del Derecho, concepto canónico que se pretende combatir con la teoría del autor denominada TeoComp.

En dichos tipos de interpretación, existe una tendencia marcada a recurrir a la ley o literalidad de las palabras para efectuar una interpretación. Llama la atención cómo la analogía con la Jurisprudencia son formas periféricas de llenar lagunas normativas, efectuar interpretaciones o solucionar antinomias.

De forma posterior, especial y orgánica se aprueba la LOGJCC, dentro de la cual en el Art. 3<sup>316</sup>, se regula los métodos de interpretación de la Ley, así como su obligatoriedad de su aplicación en Justicia ordinaria. En este sentido, dichos métodos y reglas de interpretación se resumen en los siguientes:

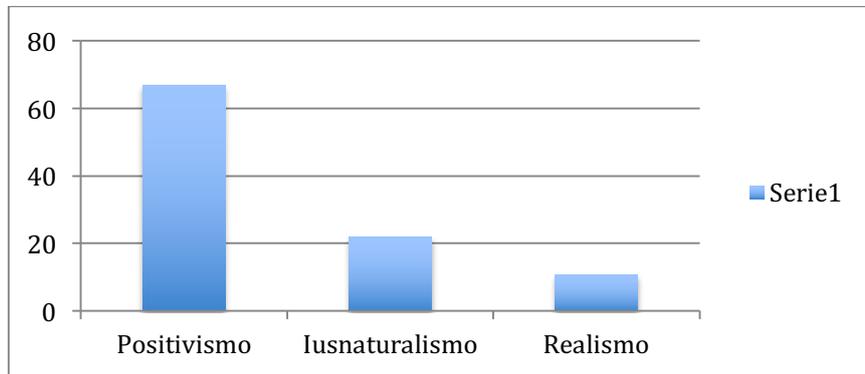
<b>LOGJCC ART. 3</b>	
<b>Método de interpretación o regla de solución de antinomias</b>	<b>Escuela</b>
1. Reglas de solución de antinomias.- Sistema exegético.	POSITIVISMO
2. Principio de proporcionalidad	REALISMO
3. Ponderación	REALISMO
4. Interpretación evolutiva o dinámica	REALISMO
5. Interpretación sistemática	POSITIVISMO
6. Interpretación teleológica	IUSNATURALISMO
7. Interpretación literal	POSITIVISMO
8. Otros métodos de interpretación.- equidad, -unidad -concordancia práctica- eficacia integradora- fuerza normativa y adaptación.	REALISMO POSITIVISMO IUSNATURALISMO

Luego de exponer los cuadros, para fines visuales, procederemos a mostrar en porcentajes, el tipo de escuela que utiliza cada método o regla de interpretación, en cada una de las normas.

<sup>316</sup> Art. 3.. LOGJCC Métodos y reglas de interpretación constitucional.- Las normas constitucionales se interpretarán en el sentido que más se ajuste a la Constitución en su integralidad, en caso de duda, se interpretará en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos reconocidos en la Constitución y que mejor respete la voluntad del constituyente.

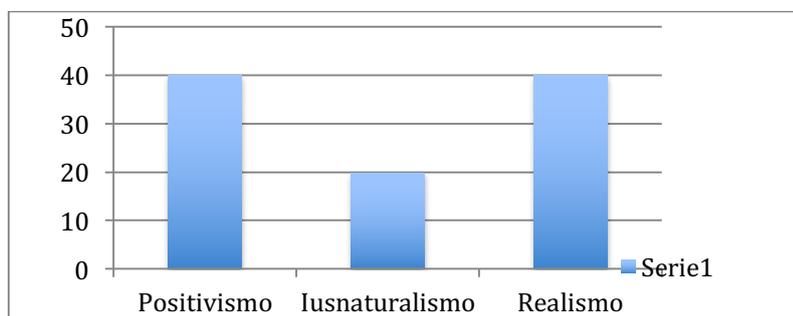
Se tendrán en cuenta los siguientes métodos y reglas de interpretación jurídica constitucional y ordinaria para resolver las causas que se sometan a su conocimiento, sin perjuicio de que en un caso se utilicen uno o varios de ellos: [...]

En el Art. 18 del Código Civil, la tendencia de interpretar mediante métodos o reglas de escuela positivista concuerda con la cultura jurídica formalista del Ecuador durante la gran parte de su Historia.



Del cuadro que se muestra, aproximadamente mas de un 60% de métodos de interpretación tienen una raíz positivista o formalista. Mientras que los métodos de escuela realista se ocupan en menos de 15%.

En el Art. 3 de la LOGJCC, cuya lógica normativa se encuadra en la Constitución vigente del año 2008, la tendencia en cuanto a los métodos y reglas de interpretación varió.



Como se puede apreciar, el uso de métodos modernos de interpretación y uso de reglas de solución de antinomias, tales como: ponderación; proporcionalidad; dinámica y evolución normativa; permiten principalmente a los Juzgadores, utilizar aquel método que permita una evolución normativa capaz de corregir de forma técnica una vacío o antinomia jurídica.

Este ejemplo estadístico, efectuado de forma experimental y sujeto a varias críticas o ajustes por parte de los constitucionalistas, es simplemente para graficar que la interpretación normativa de una norma adjetiva como el COGEP, no se la puede interpretar con métodos caducos y derogados tácitamente como los contemplados en el Art.18 del Código Civil. La interpretación de una norma adjetiva que regula un sistema oral debe observarse en todo su contexto, y como bien enuncia Diego López Medina:

*Este debate y validación judicial de la ratio legis (de los fines y propósitos de la norma legal) es fundamental ya que, en ausencia de muy poderosas razones, las instituciones tienen pocos incentivos para variar sus comportamientos burocráticos tradicionales. La “motivación” para cambiar los patrones culturales sólo puede provenir coherentemente de la fuerza de los argumentos y fines que respalden dichos cambios normativos y culturales. Una formación judicial basada en argumentos, por tanto, sobrepasa la visión que se concentra en el mero “reentrenamiento” de funcionarios<sup>317</sup>.*

En conclusión, si bien al momento de aplicar una norma adjetiva con las característica del COGEP se debe cumplir con su literalidad y normativa de forma incuestionable, así mismo se la debe interpretar y aplicar de una manera dinámica acorde a las reglas de interpretación establecida en el Art.3 de la LOGJCC; no retrocedamos, avancemos.

### **3.4.1 ¿Cuáles son los límites del Juez en el testimonio?**

La regla general en el COGEP, es que el Juez resolverá la causa o incidente conforme el debate procesal oral que se le presente luego de la audiencia respectiva (Art.93 COGEP). En el desarrollo de la audiencia, y tal como se establece en el Art.174 inciso 2do del COGEP, el Juez puede *pedir aclaraciones sobre un tema puntual de considerarlo indispensable*. Esta norma deja clara la regla general y establece la facultad excepcional del Juez de preguntar a testigos, previa consideración de que dichas aclaraciones son: necesarias, imprescindibles, vitales, imperiosas; para poder descubrir la verdad procesal de los hechos.

---

<sup>317</sup> López Medina, Diego Eduardo. 2006. El Proceso Penal entre la eficiencia y la Justicia. Colombia: Consejo Superior de la Judicatura, pag. 42.

Por otro lado, y de forma paralela, el Juez tiene facultades de control en el testimonio, en tanto y en cuanto, de oficio, y sin esperar que una de las partes objeten alguna pregunta efectuada a cualquier testigo, niegue la realización de interrogantes inconstitucionales, impertinentes, capciosas, obscuras o intimidatorias (Art. 177.8 COGEP). La forma en la que ésta regla está construida, ordena al Juez de forma imperativa y de oficio, reaccionar ante este tipo de preguntas.

Las facultades del Juez en el testimonio se resumen en dos: 1. Pedir aclaraciones a los declarantes; 2. Negar de oficio preguntas inconstitucionales, capciosas e intimidatorias. Pero, ¿Que sucede si el Juez pide aclaraciones de un tema puntual que no ha sido debatido por las partes?

Desde mi enfoque, va a depender del tipo de práctica que el sistema oral vaya desarrollando; en principio, el Juez no debería solicitar aclaraciones sobre temas no debatidos, ya que estaría produciendo prueba de oficio no anunciada, perdiendo imparcialidad y violando el principio dispositivo; pero desde otro punto de vista, puede suceder que el Juez observe un debate tan diminuto, que el objeto de la controversia definido en audiencia preliminar ni siquiera haya sido mencionado en los testimonios, por lo que tal vez en este caso sea legítimo utilizar dicha facultad aclaratoria para descubrir la verdad, a manera de dirección de la audiencia.

### **3.4.2 ¿Lo re directos y re contra directos están permitidos en el COGEP?**

Si aplicamos la Ley desde un enfoque meramente formalista, requiere para su práctica normas que nos acompañen en cada uno de los movimientos del Juez y de las partes en cada paso de la audiencia; si así lo hacemos, definitivamente considero que no vamos a ser eficientes con un sistema oral.

El Art. 79 inciso 3ro del COGEP establece un estándar o marco general regulatorio en cuanto a la facultad de cualquier Juez o Tribunal en una audiencia. En la normativa se establece que el Juez permita, luego de la exposición de cada una de las partes, que la otra parte pueda contradecir con claridad, pertinencia y concreción. La facultad que tiene el Juez de otorgar la palabra a la parte contraria, según esta norma de textura abierta, no tiene un límite más que la sana crítica del Juez en cuanto tenga claro el punto en controversia.

Con dicho antecedente, el COGEP en ninguno de sus artículos regula o nombra las expresiones “*Re-directo*” o “*Re contra directo*”. Estas palabras

compuestas significa la posibilidad que otorgue un Juez para que la parte que practicó un examen directo con su testigo, el cual pasó la prueba de fuego del contra interrogatorio; tenga la oportunidad de volver a efectuar un examen directo sobre los puntos nuevos o controvertidos que del contra interrogatorio se declararon.

Si se otorga un re – directo a una de las partes, en equidad, la contra parte debe terminar con un *re contra directo*, si así su estrategia le permite, que no es más que un contra examen de la información obtenida en el *re – directo*.

El Juez debe ser sabio para otorgar este derecho ya que los re directos o re contra directos no están diseñados para volver sobre lo ya debatido, sino que su utilidad se centra en obtener contradicción de la nueva información entregada por el testigo, y que pueda servir para el descubrimiento de la verdad.

Sería un error garrafal de un Juez no permitir la aplicación de re directos o re contra directos, ya que lo que interesa es agotar al máximo toda la información que tenga un testigo al momento de su declaración.

### **¿Quién practica el interrogatorio y contra interroga en la prueba testimonial de oficio?**

Este va a ser uno de los aspectos más críticos del sistema normado en el COGEP. Como se ha explicado en capítulos anteriores, el sistema oral adversarial tiene como piedra angular de práctica de prueba por iniciativa de las partes procesales.

La facultad de oficio establecida en el Art.168 del COGEP deja al Juez con la posibilidad de ordenar *la práctica* de la prueba que juzgue necesaria para el esclarecimiento de la verdad, acompañada de la motivación correspondiente, lo que le instituye como una situación excepcional en el proceso.

El COFJ en Art. 130 No.10 establece, en concordancia con el Art. 168 del COGEP, la facultad de los Jueces para ordenar la práctica de prueba de oficio sin limitación alguna; con la misma facultad, pero limitada. El derogado Art.118 del CPC otorgaba la atribución al Juez de ordenar práctica de pruebas de oficio, con la excepción de la prueba testimonial; con la derogación del CPC, tanto el COGEP como el COFJ, dejaron vía libre al Juez para pedir todo tipo de pruebas, en las que están incluidas las pruebas testimoniales.

Con ésta premisa, en cuanto la prueba testimonial de oficio es una atribución del Juez, el sistema oral del COGEP enfrenta un serio problema. Analicemos esta institución desde un caso hipotético: *Imaginemos el caso en el que el Juez, luego de verificar que la prueba de las partes no es suficiente, ordena que un testigo X declare en audiencia de Juicio; la audiencia se suspende y se fija nuevo día de reinstalación para que el testigo de oficio del Juez rinda testimonio. Llegado el día y hora del testimonio, ¿quien inicia el interrogatorio?*

El Art. 178.3 COGEP establece la obligación de quien haya pedido la presencia de un testigo realizarse el interrogatorio o examen directo; o sea, en el caso hipotético, el Juez debería iniciar con el interrogatorio del testigo X. He aquí la primera dificultad, ya que tal como se explicó en el capítulo II, el interrogatorio necesita que para ser coherente, que se prepare al testigo con las preguntas que se le van a efectuar a fin de no provocar que declare asuntos o temas que sean contradictorios o referenciales; para preparar a dicho testigo hay que conocer la preguntas que se le va a realizar. Digamos que en el caso hipotético tenemos un Juez muy prolijo que preparó a su testigo, y que sabe las preguntas que le va a realizar. Aquí se provoca un nuevo problema.

Si un Juez efectúa el interrogatorio, debe respetar el tipo de preguntas autorizadas que se deben efectuar en examen directo; pero, ¿quien controla al Juez si ha efectuado una pregunta sugestiva en examen directo? En este ejemplo, el interrogatorio prácticamente carecería de contradicción, ya que no existe un tercero que califique las preguntas del Juez, o de haber objeciones de una de las partes, va a ser muy complicado que un Juez acepte una objeción a su misma pregunta, con lo que el Juez podría viciar dicho testimonio si no fue capaz de ser sujeto de contradicción o debido proceso, conforme lo regula el Art. 160 inciso 4to del COGEP. Pero, imaginemos que el Juez no hace preguntas prohibidas, entramos al siguiente problema.

Si el Juez realiza un interrogatorio, alguien debe efectuar un contra interrogatorio, lo que nos deja concluir que ambas partes podrían contra interrogar al testigo del Juez, debiendo ser el Juez quien controle dichas preguntas a su propio testigo; nos podemos enfrentar directamente con el Juez y una prueba de oficio a la cual, la parte que se siente agraviada, va a querer desacreditar. Pero luego, surge un nuevo problema.

¿Qué sucede si el testigo llamado por el Juez no quiere colaborar y se presenta hostil hacia la propia autoridad; el Juez debería declarar como hostil al testigo para proceder a contra interrogarlo? Siguiendo esta línea de análisis, y de llegar a declarar a dicho testigo como hostil, quiere decir que el declarante deberá soportar tres contra interrogatorios?

La trasmutación que ha sufrido el sistema oral *adversarial* se puede verificar en las facultades de oficio del Juez en el COGEP. La pregunta radica en la mecánica y alcance de ésta atribución. Lo que nos dice la teoría de la práctica de prueba testimonial adversarial, para proceder a efectuar un interrogatorio o un contra interrogatorio, es que se debe conocer los temas, preparar el testigo y saber las respuestas, por lo que si un Juez toma partida en el enfrentamiento judicial, puede pasar que dicho testimonio provoque más problemas que soluciones.

Los sistemas adversariales se caracterizan por la neutralidad del Juez, quien forma su criterio del enfrentamiento procesal; y el COFJ en el Art. 9 señala como principio el de imparcialidad de los Jueces, quienes supuestamente deben *resolver siempre las pretensiones y excepciones que hayan deducido los litigantes, sobre la única base de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado, la ley y los elementos probatorios aportados por las partes*. En resumen, el sistema oral adversarial – dispositivo, entra en crisis técnica – jurídica cuando se practica de oficio de prueba testimonial.

### **¿Cuál es el límite del testimonio en el recurso de apelación?**

Dentro del Recurso de apelación regulado en el COGEP, que tiene una estructura de sistema oral, permite que las partes fundamenten por escrito su recurso y anuncien prueba para realizar una nueva audiencia de segunda instancia (que es una audiencia de Juicio) con ciertas particularidades, luego de lo cual, el Tribunal debe tomar una decisión. El Art. 258 del COGEP permite que las partes anuncien prueba en segunda instancia en las siguientes circunstancias:

1. Si se trata de acreditar hechos nuevos;
2. Prueba que, versando sobre los mismos hechos, solo haya sido posible obtenerla con posterioridad a la sentencia de primera instancia.

Con estas dos premisas, dentro de las que se puede anunciar prueba de todo tipo, hay que hacer las siguientes consideraciones:

1. Los hechos nuevos en un recurso de apelación, desde mi enfoque, parece un hecho de difícil consecución. En teoría, la prueba debatida y producida en la audiencia de Juicio, que dio lugar a la sentencia, tuvo como antecedente la audiencia preliminar, en cuya resolución el Juez ya determinó el objeto de la controversia (Art. 294.2 COGEP). En este sentido, si dicho objeto de la controversia, que se basa en hechos afirmados en la demanda, contestación, reconvención o tercería, ya fue establecido en audiencia preliminar y debatido en audiencia de Juicio ¿De qué forma puede en un recurso de apelación juzgar sobre hechos nuevos que no hayan sido determinados en las etapas procesales que le anteceden?

Tal vez existan casos en los que pueda suceder, realmente no se me ocurre caso alguno en el que nuevos hechos ocurran en el periodo de la audiencia preliminar y la audiencia de Juicio, pero aunque pueda ser posible, solo la práctica concluirá si dicha facultad se aplica sin vulnerar otros principios y derechos.

2. El anuncio y práctica de prueba, que versando sobre los mismos hechos, sólo haya sido posible obtenerla con posterioridad a la sentencia de primera instancia, puede ser una razón coherente para practicar prueba en audiencia de segunda instancia, ya que en efecto, si dicha prueba no fue conocida al momento de la sentencia, puede ser determinante para descubrir la verdad, en tanto y cuanto dicha prueba no haya sido debatida, practicada ni contradicha. La procedencia de dicha prueba en segunda instancia tiene lógica y sustento técnico; el problema radica en comprobar efectivamente si esa prueba aparece luego de la sentencia de primera instancia; la lealtad procesal se pone en juego, y el criterio del Juez se expone para valorar si efectivamente es una prueba posterior.

Una vez que la prueba anunciada ha sido aceptada por el Tribunal, en el caso de la prueba testimonial, debe practicarse de la misma forma y con la misma técnica que la litigación oral exige, cuidando siempre de ajustarse a los nuevos hechos, sin desviarse a debatir sobre los hechos ya debatidos en Juicio de primera instancia; la línea será muy delgada para el Tribunal quien deberá velar porque la prueba

anunciada no sea una repetición de la audiencia de Juicio de primera instancia, en cuyo caso sería un error.

## NOTAS FINALES

1. La práctica de prueba testimonial de tipo *adversarial*, no solo que se encuentra trasplantada al sistema procesal ecuatoriano en materia penal y civil, sino que la práctica mediante dicho sistema oral tiene una aplicación globalizada que permite tener un lenguaje similar en aquellas jurisdicciones en donde se aplica oralidad *adversarial*; lenguaje al cual el Ecuador se ha alineado y que Constitucionalmente se asemeja a la fusión entre el principio dispositivo y el principio de imparcialidad del Juez.

2. El contra examen es una institución que se destaca por su polémica. El uso y abuso de ésta herramienta puede distorsionar la verdad de los hechos, de tal forma, que un proceso puede ser un mero instrumento formal para legalizar la injusticia. El contra examen, por otro lado, es una sistema de *control de* calidad de la información que se presenta a Juicio, y la herramienta más efectiva para poner en práctica el derecho a la contradicción. Los conocimientos del Juez sobre los límites, objetivos y conducción de un contra interrogatorio son básicos, por lo que la capacitación de los operadores de Justicia, especialmente con ésta herramienta, debe ser muy técnica.

3. El análisis sobre la acreditación y forma de la de prueba documental en sistema orales es una deuda con la que debo cargar en la presente investigación. Es muy importante conocer la forma de acreditar prueba documental pública o privada; la forma de introducir el documento a debate, así como el momento y con el testigo adecuado. El COGEP tiene una manejo deficiente de prueba documental. El Art. 196 del COGEP establece las reglas de producir prueba documental en Juicio, en donde prácticamente deja libre a los abogados para que lean documentos en audiencia, antes que sea un testigo quien los acredite.

4. La implementación de un sistema oral requiere un costo alto para todos los operadores de Justicia, abogados y justiciables. Es costoso para el Estado, ya que debe brindar una infraestructura adecuada para poder realizar audiencias de

manera cómoda para partes, testigos y funcionarios; además, se requiere al momento de entrar en vigencia el COGEP, tener dos tipos de administradores de Justicia paralelos. Aquellos que comienzan con causas cero con el COGEP y otros jueces que despachen hasta el último proceso que se regula con el sistema antiguo del CPC; mezclar los dos sistemas en un mismo juzgador sería una falla garrafal.

El sistema es costoso para los abogados, ya que éstos deben estar muy bien capacitados, si quieren tener éxito en las audiencias y no pasar vergüenzas al momento de litigar; esto requiere que los abogados se especialicen de forma técnica y adecuada de forma permanente.

El sistema oral será más caro para los justiciables que tomen la decisión de llegar hasta la audiencia de Juicio, antes que obtener una conciliación que ponga fin al litigio; el organizar una audiencia de Juicio requiere preparación de testigos, logística para su presencia en audiencia y tener claro que una audiencia de Juicio, dependiendo su dificultad, puede durar hasta semanas y en donde cualquier cosa puede pasar...

Los sistemas orales, para que funcionen, deben propender a la transacción antes de acudir a Juicio, tal vez ésta será la herramienta que otorgue la diferencia entre el éxito del sistema y su fracaso. Una sociedad que todo lleve a la etapa de Juicio, jamás va a tener recursos suficientes para afrontar sus costos y ser a la vez Justo.

**5.** La enseñanza de litigación oral no puede acudir solo a textos académicos. La necesidad de apoyar, constituir y desarrollar mallas curriculares y modelos de gestión educativos dinámicos es un reto para la academia en general. La educación en sistemas orales no solo proviene de un cambio legislativo, sino de un cambio de cultura pedagógica dentro de la cual se pondere la participación y creación de ejercicios prácticos que permitan obtener las mejores competencias y destrezas de quienes decidan ser abogados litigantes, siendo lo más importante, homologar una práctica procesal que permita tener audiencias fluidas, eficientes y respetuosas.

**6.** El Derecho Procesal civil ecuatoriano atraviesa un cambio positivo en su normativa, que salvo omisiones como las enunciadas en esta investigación, no deja de ser una oportunidad para mejorar el sistema de administración de Justicia del Ecuador; la Corte Nacional de Justicia mediante el Pleno, deberá emitir las resoluciones respectivas para aclarar dudas u oscuridad de normas en el COGEP,

sin perjuicio de pensar en paquetes de reformas y en el desarrollo de Jurisprudencia que consolide líneas jurisprudenciales claras; el Consejo de la Judicatura tiene la delicada tarea de emitir los reglamentos respectivos que se autorizan en el COGEP y de dirigir un proceso de transición ordenado y coherente con la realidad Nacional.

7. Por último, los abogados tenemos la obligación de acatar de mejor forma el principio de lealtad procesal y respeto, a fin de propender de mayor forma a una transacción que a una litigación. Como dice textualmente el Dr. Ricardo Vaca Andrade en varios de sus seminarios y cátedras: *“El verdadero rol ético de un abogado litigante, es llegar primeramente a la conciliación con el adversario”*

## BIBLIOGRAFÍA

### Fuentes doctrinarias

- Aguirre Guzmán, Vanesa. 2012. Tutela Jurisdiccional del crédito en el Ecuador. Quito: Ediciones Legales.
- ABA Rule of Law initiative, Taller inicial sobre litigación oral penal TILPO, [www.justiciapenalec.com](http://www.justiciapenalec.com); Amado, Al.
- Baytelman, Andrés y Duce, Mauricio. 2004. Litigación Penal y Juicio Penal Santiago: Fundación Esquel – USAID.
- Bonilla Maldonado, Daniel, Roberto Gargarella, Helena M. Alvear, Isabel Cristina Jaramillo, Hani Sayed. Teoría del derecho y trasplantes jurídicos. 2009. Bogotá: Siglo de hombre editores.
- Bonilla, Daniel. 2009. Teoría del derecho y trasplantes jurídicos. Bogotá: Siglo de hombre editores.
- Cappelletti, Mauro. 2002. El testimonio de la parte en el sistema de la oralidad, parte segunda. Buenos Aires: Librería editora platense.
- CEJA. EN: [http://www.cejamericas.org/index.php/biblioteca/biblioteca-virtual/doc\\_view/2152-el-código-procesal-civil-modelo-para-iberoamerica.html](http://www.cejamericas.org/index.php/biblioteca/biblioteca-virtual/doc_view/2152-el-código-procesal-civil-modelo-para-iberoamerica.html). (20 abril 2015 21h25)
- Comité organizador de los trabajos para la reforma al sistema de Justicia para Nuevo León. Técnicas de Juicio Oral para el proceso penal de Nuevo León.2004. Monterrey: USAID.
- Devis Echandía, Hernando. Compendio de la prueba judicial Rubinzal-Culzoni, Tomo I, Buenos Aires: 2007.
- García Ramírez, Julio; Luis Romero Santos ; Florentino García Gonzales. 2012. La técnica del interrogatorio. Madrid: Editorial Rasche.
- Guell, Manel. 2013. ¿Tengo inteligencia emocional? Editorial Paidós, Barcelona.
- Haach, Susan. 1993. Evidence and Inquiry: towards Reconstruction of Epistemology. Oxford: Blacwell.
- Kubicek, Theodore . 2002. Adverarial Justice Americas Court System on trial. Nueva York: Algora.
- López Medina, Diego Eduardo. 2006. El Proceso Penal entre la eficiencia y la Justicia. Colombia: Consejo Superior de la Judicatura.

- López Medina, Diego. 2004. La teoría impura del derecho. Bogotá: Editorial Legis .
- Lorenzo, Leticia. 2012. Manual de litigación. Buenos Aires: Ediciones Didot.
- Ossorio y Gallardo, Angel.2008. El Alma de la Toga. Madrid: Editorial Reus.
- Rawls, John.1971. *A Theory of Justice*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Real Academia de la Lengua Española.
- Rúa, Gonzalo. 2014. Contra examen de testigos. Buenos Aires: Ediciones Didot.
- Taruffo, Michele. 2008. El proceso civil adversarial en la experiencia americana. Bogotá: Temis.
- Twining, William. 2009. General Jurisprudence – understanding Law from a Global perspective. New York: Cambridge University Press.
- Tzu, Sun. El Arte de la Guerra. EN: <http://www.dominipublico.es/ebook/00/6D/006D.pdf> 13 abril 2015 23h10.
- Vaca Andrade, Ricardo. 2009. Manual de Derecho Procesal Penal, Tomo I, 4ta edición. Quito: Ediciones legales.
- Vargas, Juan Enrique. 2010. La Inversión pública en Justicia. Santiago: CEJA-JSCA.
- Watson, Alan.1974. Legal trasplants an aproach to comparative Law. Atenas: The Universtity of Georgia Press.

### **Fuentes normativas**

- Código Orgánico Integral Penal
- Código de Procedimiento Civil vigente año 2015.
- Código Orgánico General de Procesos presentado el 20 de enero de 2014 por la Corte Nacional de Justicia y el Consejo de la Judicatura. EN: <http://ppless.asambleanacional.gob.ec/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/16373714-8924-42ec-96bd-384ec7a8c36e/Proyecto%20de%20Código%20Orgánico%20General%20de%20Procesos%20165843.pdf>
- COGEP. Aprobado por la Asamblea Nacional el 22 de mayo de 2015.
- Constitución de 1984 Registro Oficial 763 de 12-jun.-1984

- Constitución del Ecuador 2008
- Constitución Política de la República del Ecuador, 1998 Registro Oficial 1 de 11-ago.-1998
- Informe para primer debate del Código Orgánico General de Procesos presentado el 24 de junio de 2014. EN: <http://ppless.asambleanacional.gob.ec/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/01d7bec9-a1ec-425b-925f-34d87da918ad/Informe%20Primer%20Debate%20Tr.%20184570.pdf>.
- Informe para segundo debate del Código Orgánico General de Procesos presentado el 11 de febrero de 2015. EN: <http://ppless.asambleanacional.gob.ec/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/22409574-d3a4-42d3-8504-2b9dcbf728eb/Informe%20Segundo%20Debate%20Tr.%20203894.pdf>.
- Registro Oficial 162 de 29-sep.-1997, Última modificación: 16-dic.-2005. Derogado.
- Registro Oficial 183 de 05-may.-1993. Art. 19.17. d).
- Registro Oficial 511. Ley 134. Fecha de publicación: 10-jun-1983; estado: Derogado
- Registro Oficial 737 de 03-ene.-2003. Última modificación: 07-jul.-2014.
- Registro Oficial 763 de 12-jun.-1984
- Registro Oficial Suplemento 58 del 12-7-2005.
- Registro Oficial Suplemento 167. Codificación. Fecha de publicación: 16-dic-2005.
- Registro Oficial Suplemento 180 de 10-feb-2014.
- Registro Oficial Suplemento 360. Fecha de publicación: 13-ene-2000.
- Registro Oficial Suplemento 360. Fecha de publicación: 13-ene-2000; última reforma: 24-mar-2009.
- Registro Oficial Suplemento 687. Codificación; Fecha de publicación: 18-may-1987; última Reforma: 12-jul-2005.
- Registro Oficial Suplemento 995. Ley 170. Fecha de publicación: 07-ago-1992; estado: Derogado

#### **Fuentes jurisprudenciales**

- Gaceta Judicial. Año CII. Serie XVII. No. 5. Página 1403. (Quito, 13 de febrero de 2000)

## Publicaciones Internacionales

- Council of foreign relations. Andes 2020: A new strategy for the Challenge of Colombia and the Region . 2003.
- Dirty Tricks of Cross-Examination: The Influence of Conjectural Evidence on the Jury Author(s): Saul M. Kassin, Lorri N. Williams and Courtney L. Saunders Source: Law and Human Behavior, Vol. 14, No. 4 (Aug., 1990).Springer Stable. Consultado: 24/01/2014 17:44. EN: <http://www.jstor.org/stable/1394299>
- Forsyth, William “The History of Trial by Jury” editorial John Parker and son, west strand Cambridge University press, Londres;1852. EN: [http://books.google.com.ec/books?hl=es&lr=&id=uxNEAAAACAAJ&oi=fnd&pg=PA1&dq=trial+history&ots=Le3cko-PrM&sig=59HwSZ92ap97UeDDdWW\\_DPpT-8w&redir\\_esc=y#v=onepage&q=trial%20history&f=false](http://books.google.com.ec/books?hl=es&lr=&id=uxNEAAAACAAJ&oi=fnd&pg=PA1&dq=trial+history&ots=Le3cko-PrM&sig=59HwSZ92ap97UeDDdWW_DPpT-8w&redir_esc=y#v=onepage&q=trial%20history&f=false)
- J. A. Jolowicz. 2003. *Adversarial and Inquisitorial Models of Civil Procedure*, The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 52, No. 2.Cambridge University Press on behalf of the British Institute of International and Comparative Law. (Consultado: 24/01/2014 17:25)EN: <http://www.jstor.org/stable/3663110>
- Mirajam, Damska. 1999. Aspectos globales de la reforma del proceso penal. En “Reformas a la justicia penal en las Américas”, The Due Process of Law Foundation. EN: [http://www.congresoson.gob.mx/docs\\_biblio/docBiblio\\_31.pdf](http://www.congresoson.gob.mx/docs_biblio/docBiblio_31.pdf)
- Standards Relating to the Function of a Trial Judge by American Bar Association. EN: [http://www.americanbar.org/publications/criminal\\_justice\\_section\\_archive/crimjust\\_standards\\_trialjudge.html](http://www.americanbar.org/publications/criminal_justice_section_archive/crimjust_standards_trialjudge.html)
- Standards Relating to the Function of a Trial Judge by American Bar Association. EN: [http://www.americanbar.org/publications/criminal\\_justice\\_section\\_archive/crimjust\\_standards\\_trialjudge.html](http://www.americanbar.org/publications/criminal_justice_section_archive/crimjust_standards_trialjudge.html)

## ANEXO

### PROYECTO:



#### **Antecedente:**

Litigación Oral Ecuador se forma por la necesidad técnica que del estudio de sistemas orales, que la presente investigación revela. Sin duda que la oralidad se la puede leer en doctrina magnífica de países centrales con ambientes hermenéuticos ricos, que sin duda dejarán conocimientos doctrinarios profundos; más no entendimiento práctico. Sin la realización personal del litigante de dinámicas en vivo o ejercicios de destreza mental, emocional y técnico jurídico, no se pueden realmente conocer a la litigación oral, misma que presenta varios estilos y maneras de presentar una misma verdad. LOE se forma como un modelo de gestión de iniciativa privada que brinde un espacio inclusivo para la práctica oral de la Litigación oral y sea sustentable en el tiempo.

#### **Estructura:**

Litigación Oral Ecuador ® pertenece a la empresa Oral Litigation S.A. constituida en el mes de agosto de 2014, formada para tener independencia de cualquier miembro o instructor, y así mismo poder contratar libremente con entes públicos y privados.

Se divide en tres Direcciones claramente establecidas como son

1. Dirección técnica
2. Dirección Administrativa, y
3. Dirección Comunicacional.

Tiene como herramientas de difusión la página web: [www.litiga-ecuador.com](http://www.litiga-ecuador.com), así como por redes sociales como facebook (a la fecha con 3522 seguidores), Twitter, Google + entre otras.

#### **Misión:**

Homologar y mejorar las técnicas y destrezas de Litigación Oral en el Sistema Judicial Ecuatoriano.

**Visión:**

Ser un modelo de gestión social reconocido a nivel Nacional e Internacional que aporte significativamente para la mejora de la práctica de la Litigación Oral en el Sistema Judicial.

**Objetivos Específicos:**

- Actualizar a la Comunidad Jurídica sobre la Litigación Oral vigente de acuerdo a la normativa procesal vigente;
- Compartir con la Comunidad los últimos avances y publicaciones que se realizan en el Derecho Procesal;
- Fomentar el análisis y discusión de casos polémicos y relevantes a nivel Nacional e Internacional;
- Ofertar a la Comunidad Judicial Ecuatoriana Cursos, Talleres y Charlas sobre las últimas técnicas y avances sobre Litigación Oral para su correcta aplicación en juicio (trial).

**Estrategia General:**

Crear una Comunidad de conocimiento que nos permita establecer un modelo participativo con jueces, abogados, estudiantes y académicos, en el cual se presenten diferentes criterios, técnicas y destrezas de todos los enfoques posibles.

**Alianzas:**

- Organizaciones Sociales
- Instituciones Públicas
- Órganos de la Función Judicial
- Medios de Comunicación
- Organismos Internacionales
- Empresas Privadas
- Estudios Jurídicos
- Instituciones Académicas
- Organizaciones No Gubernamentales (ONG's)

**Instructores de LOE:**

Dr. Ricardo Vaca Andrade  
PhD. Diego Zalamea León  
Dr. Xavier F. Andrade Castillo  
Abg. Diego Yépez Garcés  
Abg. Gisela Vaca Jaramillo

**Experiencia del LOE**

Actualmente LOE tiene una experiencia de 2 años de capacitación realizada por sus diferentes instructores, a entes públicos y privados.

<b>Nombre del Evento</b>	<b>Fecha / Lugar</b>	<b># Asistentes</b>	<b># Horas</b>
Código General del Proceso	Tribunal Contencioso Administrativo / 6 de febrero 2014	19	4
Conversatorio Nuevo Sistema Oral	Colegio de Abogados de Pichincha / Octubre 18 de 2014	200	4
I SEMINARIO NACIONAL PROYECTO DEL CODIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS	Corte Provincial de Los Ríos, 5 noviembre 2015	55	4
I Seminario – Taller el Nuevo Sistema Oral en el Ecuador y su práctica en juicio	Quito, Swissshotel, 20 de Noviembre 2014	45	8
Nuevo Sistema Oral en el Ecuador y su práctica en juicio	Hotel Sheraton de Quito / 10 de diciembre 2014	30	8
Taller Especializado en Litigación	Procuraduría General del Estado en la ciudad de Quito / 19 diciembre 2014	22	16
El Nuevo Sistema Oral en el Ecuador y su práctica en juicio	Hotel Sheraton de Guayaquil, 15 enero 2015	15	8
Introducción al nuevo sistema oral civil para abogados	BANCO PICHINCHA, 26 enero 2015	80	2
El Sistema Oral en el Ecuador para abogados de BANCO DEL ESTADO	Hotel Howard Johnson de Quito / 3 y 4 de febrero 2015	20	16
Taller de Litigación Oral para la Procuraduría General del Estado Guayaquil	Universidad Espíritu Santo Guayaquil / 29 y 30 de Abril / 7, 8 y 9 de mayo de 2015	45	48
III Seminario Taller: El Nuevo Sistema Oral Civil en el Ecuador	Abogados, Funcionarios Judiciales, 27 y 28 de mayo Hotel Hilton Colón	23	16
Curso – Taller Avanzado de litigación oral	Funcionarios de la PGE Guayas, 14 y 15 de agosto de 2015	40	16
Curso abierto Hotel Hilton Colon Quito	Abogados y funcionarios de 29 y 30 septiembre de 2015	12	16

Curso – Taller Básico de litigación oral	Funcionarios PGE Quito y Cuenca 12-13 y 15-16 Octubre 2015	70	32
	TOTALES	676 pax	198 horas

**Ab. Diego Yépez Garcés**  
**ORAL LITIGATION S.A.**