

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría en Derecho Procesal

La declaratoria del testigo hostil en la audiencia oral dentro del proceso civil como un mecanismo de garantía al debido proceso y al principio de contradicción procesal

Humberto Pedro Manuel Rosales Miño

Tutor: Diego Francisco Yépez Garcés

Quito, 2020



Cláusula de cesión de derechos de publicación de tesis

Yo, Humberto Pedro Manuel Rosales Miño, autor de la tesis intitulada “La declaratoria del testigo hostil, en la audiencia oral dentro del proceso civil, como un mecanismo de garantía al debido proceso y al principio de contradicción procesal”, mediante el presente documento dejo constancia 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 Magíster en Derecho Procesal 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 de los formatos virtual, electrónico, digital, 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.

17 de junio de 2020

Firma:

Resumen

Esta investigación estudia las ventajas y desventajas de la declaratoria del testigo hostil en la audiencia oral dentro del proceso civil como un mecanismo de garantía al debido proceso y al principio de contradicción procesal en el sistema procesal ecuatoriano. El objetivo de esta tesis es desarrollar más ampliamente lo que se conoce en el país sobre el testigo hostil y su funcionamiento en un juicio mediante ejemplos prácticos de interrogatorio y contrainterrogatorio. Igualmente, se hace el análisis de esta figura, copiada e introducida en el sistema jurídico nacional, desde la perspectiva constitucional, es decir, desde la garantía del debido proceso y las prácticas jurisdiccionales en el Ecuador, cuyos esquemas son los del derecho civilista romano.

Para el desarrollo de la investigación se requirió de la recopilación de material bibliográfico de fuentes impresas y digitales que contenga los temas explicados y relacionados en el acápite anterior. Fueron de utilidad artículos científicos, libros, entradas digitales, información constante en bases de datos digitales y cuerpos legales, analizados y sistematizados para la descripción de conceptos y redacción de los capítulos de la tesis. De tal forma, la metodología empleada es deductiva, ya que se parte de un análisis doctrinal, exegético, analítico y comparado.

Como resultado de esta investigación se llegó a concluir que pese a haberse introducido la figura del testigo hostil en el Código Orgánico General de Procesos el legislador no ha incluido los fundamentos conceptuales ni las herramientas que permitan aplicar la figura del testigo hostil, como sí se hace en el sistema adversarial norteamericano, el que constituye una herramienta fundamental en la garantía de un proceso justo, por lo que en el Ecuador puede funcionar como una forma de garantía del debido proceso. Asimismo, se hace una propuesta de reforma del artículo pertinente en la normativa para que pueda usarse esta figura con esos fines.

Palabras clave: derecho civil; testigo hostil; debido proceso; *Common Law*; derecho continental; sistema procesal

Dedicatoria

A mi familia, en especial a mi madre y a mis hijos: Pedro José, Juan Martín y David, por el apoyo permanente en mi superación y para culminar este importante logro académico.

Agradecimiento

A la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, a sus docentes de la maestría en Derecho Procesal y en especial al tutor de este trabajo, doctor Diego Francisco Yépez Garcés.

Tabla de contenido

Introducción.....	13
Capítulo primero	17
El <i>Common Law</i> norteamericano y las características de la prueba testimonial	17
1. Antecedentes	17
2. Aspectos generales del <i>Common Law</i>	20
3. Valor de la prueba testimonial en el sistema procesal norteamericano.....	25
4. El conainterrogatorio o <i>Cross Examination</i> y su importancia dentro de un proceso judicial.....	30
5. El rol del juez norteamericano en el <i>Cross Examination</i>	38
Capítulo segundo	41
La figura del testigo hostil en el contexto procesal norteamericano.....	41
1. Resumen de la sentencia norteamericana en la que se analiza la figura del testigo hostil.....	41
2. Análisis de la figura del testigo hostil en relación al caso del Estado de Missouri vs. Sharon Kinne	44
3. Definiciones del testigo hostil.....	46
4. Naturaleza e implicaciones jurídicas en torno a la figura del testigo hostil	48
Capítulo tercero	53
La prueba testimonial en el Código Orgánico General de Procesos y la incorporación de la figura del testigo hostil en la legislación procesal civil ecuatoriana como mecanismo de garantía del debido proceso y el principio de contradicción procesal.....	53
1. La traslación del <i>Common Law</i> y sus instituciones a la Legislación de America Latina.....	53
2. El derecho al debido proceso en la perspectiva constitucional ecuatoriana	56
3. El principio procesal de contradicción como pilar del derecho a la defensa.....	62
4. El conainterrogatorio y las preguntas sugestivas.....	63
5. Naturaleza y condiciones de la prueba testimonial en el Código Orgánico General de Procesos	71
6. La incorporación legislativa de la figura del testigo hostil en el COGEP y sus implicaciones constitucionales y jurídicas en el sistema de litigación ecuatoriano ...	75

7. Análisis de la aplicación de entrevistas sobre la figura del testigo hostil a varios jueces y abogados en libre ejercicio profesional del cantón Ibarra, provincia de Imbabura.....	77
Propuesta de regulación eficiente de la figura del testigo hostil en el Código Orgánico General de Procesos.....	81
Conclusiones.....	85
Bibliografía.....	87
Anexos.....	91

Introducción

A partir de la entrada en vigencia del Código Orgánico General de Procesos el derecho procesal civil ecuatoriano sufrió un giro de trascendental importancia con el desarrollo de un sistema estrictamente oral, el cual pretende reducir la mayor parte de formalismos escritos y dar una preeminente relevancia al sistema dispositivo, es por esta razón que las pruebas aportadas en el proceso cumplen su rol de ser las que lleven al conocimiento de la verdad.

En este sentido, la prueba testimonial tiene un rol preciso al permitir conocer los hechos y determinar la verdad. Una prueba de este carácter debe cumplir con ciertos parámetros mínimos para que tenga credibilidad. El juzgador no debería dejar que se desarrolle un proceso a través de artimañas, artificios, especulaciones, ideas confusas o inventos creativos que lo único que hacen es ocultar la verdad de los hechos, porque de ser así el juez se convertiría en cómplice de un proceso injusto, indebido y -en definitiva- de una inadecuada administración de justicia, al no cumplir su rol garantista de derechos y de control judicial.

La investigación planteada iniciará con el análisis del sistema del *Common Law* y sus características procesales, pero más específicamente, se abordarán las prácticas estadounidenses, entre las cuales se destacan el *judicial review* y la importancia incluso constitucional del derecho a contradecir, a conainterrogar como un mecanismo eficaz y relevante para el descubrimiento de la verdad procesal; además de indagar sobre el rol del juez en este trabajo.

Se analiza la figura del testigo hostil en el sistema norteamericano debido a que su tradición procesal, especialmente litigiosa, ha desarrollado ampliamente el conainterrogatorio al testigo que se torna adverso, previa venia o autorización del juez, y ha demostrado que esta herramienta contiene principios universales que pueden ser aplicados en legislaciones de sistemas distintos al *Common Law*.

Para esta última premisa investigativa se analizará el contenido de una sentencia, o *judgements*, en la que se pueden observar las similitudes sobre el conainterrogatorio y, siendo más específicos en el tema, analizar la funcionalidad de la declaratoria de testigo hostil. Así, la bibliografía para la construcción de la investigación y, por ende, las citas y referencias que se emplearán, serán (en lo que fuere necesario) de origen norteamericano. Otra fuente teórica para este trabajo serán los estudios constitucionales, debido al eje

transversal de la investigación, que permitan enunciar la naturaleza de los derechos al debido proceso, a la defensa y a la contradicción en el sistema jurídico ecuatoriano.

La propuesta de esta investigación plantea ampliar lo que se ha analizado en el país sobre el testigo hostil, y esto implica el acopio de la perspectiva constitucional que esta figura trae consigo en cuanto a los derechos inherentes al debido proceso, relacionados con el principio procesal de contradicción, en contraste con la realidad de las prácticas jurisdiccionales en el Ecuador y sus esquemas tradicionalistas de corte “civilista romano” frente a la implantación de figuras jurídicas de otra naturaleza y esquema.

El primer capítulo se ocupa de la descripción y contextualización del sistema *Common Law* estadounidense, y se estudia con especial énfasis cuáles son las características que en el mismo tiene la prueba testimonial. Aquí se consigna el origen de las reglas de evidencia, que vienen de los inicios mismos de esta tradición jurídica, la que -a diferencia de la romana- cuenta con la institución del jurado. Igualmente, se analiza el valor que se le da a la prueba en el sistema penal de Estados Unidos y el uso del *Cross Examination* (contrainterrogatorio en español) y su relevancia en un proceso judicial de índole penal, así como el papel que juega el juez durante el interrogatorio y el contrainterrogatorio.

El capítulo segundo trata del testigo hostil, figura ampliamente usada en el sistema procesal estadounidense y anglosajón, en esta parte se analizarán fallos referentes a la figura del testigo hostil en varios procesos judiciales, por lo que pretende ser el conector con el siguiente capítulo al describir la naturaleza del testigo hostil en la legislación comparada.

El tercer capítulo se ocupa de la implantación de esta figura en el ordenamiento jurídico ecuatoriano a través del Código Orgánico General de Procesos, y de determinar si es pertinente para la garantía de los derechos constitucionales, para tal finalidad también se realizarán encuestas a jueces y abogados en el libre ejercicio profesional en el cantón Ibarra, provincia de Imbabura.

Al final se presentan las conclusiones, entre las que consta que la legislación nacional ecuatoriana no ha sistematizado los fundamentos conceptuales ni las herramientas que posibiliten la eficiente aplicación de la figura hostil en el derecho procesal. También se ha llegado a establecer que esta herramienta revista gran importancia en el sistema adversarial ecuatoriano para el cumplimiento del debido proceso y la búsqueda de la verdad procesal.

Adicionalmente, y en vista de que se ha concluido que es una herramienta procesal de gran utilidad en la eficiencia de la administración de justicia, se plantea una propuesta orientada a cómo se debería regular procesalmente la figura del testigo hostil de una manera más eficiente en la legislación ecuatoriana.

Capítulo primero

El *Common Law* norteamericano y las características de la prueba testimonial

El origen de las reglas de evidencia se remonta a los albores de la tradición jurisprudencial del *Common Law* anglosajón, dentro de la cual ha funcionado la institución del jurado. En la medida en que el jurado está integrado por personas que -ordinariamente- no conocen de derecho, por lo que simplemente emiten un veredicto de culpable o no culpable a partir de la observación de los hechos, en conciencia y no en derecho, hubo necesidad de presentar al jurado hechos concretos, claros, evidentes, para que su decisión tuviera sentido común. Esto solo podía lograrse en aplicación de un sistema como el de reglas de evidencia, en donde al jurado únicamente se le presentaría lo evidente, lo que fuera tan claro que no se prestaría a otras interpretaciones.

Este capítulo estudia los aspectos generales del *Common Law* norteamericano y analiza las características de la prueba testimonial, también se ocupa de valorar la importancia de la misma en este sistema procesal; asimismo, se trata aquí sobre el conainterrogatorio (*Cross Examination*), la importancia que este tiene en el proceso judicial y el papel que en el mismo desempeña el juez.

1. Antecedentes

El *Tratado sobre sistema de pruebas angloamericano*, de 1904 (aún utilizado por muchos tribunales estadounidenses), constituye la primera codificación en materia de reglas de evidencia; luego vinieron el *Código Modelo*, de 1945 (redactado por el American Law Institute), *Las reglas uniformes*, de 1953 y el *Código de Evidencias de California*, de 1965.¹

El *Código de reglas de evidencias federales (Federal Rules of Evidence)*, expedido en 1975, es sin duda el primer gran intento en unificar a nivel nacional las más importantes reglas de evidencia. La jurisprudencia, en ese caso, que era fuente principal de derecho probatorio, pasó a segundo plano y a cumplir una función interpretativa supletoria, lo que no deja de ser importante.

¹ Carlos Mario Acevedo Vargas, *Reglas de evidencia de Norteamérica a Colombia* (Medellín: Universidad de Medellín, 2011).

Con el transcurso del tiempo la mayoría de estados de Estados Unidos, adoptaron el referido código. El Estado Libre Asociado de Puerto Rico lo hizo en 1979. En los antes citados códigos de evidencia se amplían los derechos de las personas que sirven como testigos, protegiéndolas de preguntas humillantes, degradantes o insultantes; además, se dispone que no se les detenga más tiempo del que exija el interés de la justicia. Una de las evidencias destacadas es la también conocida como prueba testimonial, que -en definitiva- es lo dicho en juicio por un testigo competente. Se considera como la forma básica o elemental de probar en juicio. Es el único tipo de prueba que no requiere otro medio de prueba como requisito previo para la admisibilidad.

Para comprender el origen del *Common Law* en Estados Unidos es preciso remitirse a su desarrollo en el derecho inglés, en el que se pueden identificar cuatro periodos principales: el primero es el anterior a la conquista normanda de 1066; el segundo va desde 1066 hasta advenimiento de la dinastía de los Tudor en 1485; en esta época logra desarrollarse el *Common Law*, sustituyendo al derecho que aplicaban a través de la costumbre local; el tercer periodo va de 1485 a 1832, y se caracteriza por el desarrollo de un sistema rival, llamado *Rules of Equity*; el cuarto periodo comprende de 1832 hasta la actualidad, se lo identifica por el desarrollo de dos pilares, uno consiste en que los mismos jueces con competencia para resolver asuntos del *Common Law* resuelven también en *Equity*; el segundo se refiere a la aplicación de los principios coleccionados desde el nacimiento del sistema del derecho común, especialmente el principio del debido proceso, aplicado a la Administración pública, la que no puede señalar reglas unilaterales desglosadas de su propia autoridad a la organización de los servicios.²

Como afirma Clark (citado por López Monroy), existe una vinculación entre el sistema legal norteamericano y la cultura formada en el transcurso de doscientos años. La visión de los Estados Unidos abarca cuatro puntos: libertad, desconfianza en el gobierno, tolerancia y optimismo. La libertad se percibe desde el primer párrafo de la Declaración de la Independencia: “Creemos que todos los hombres son iguales y han sido creados bajo ciertos derechos inalienables entre los cuales se encuentra la vida, libertad y la búsqueda de la felicidad”. El contenido histórico en el que se consagra esta ansia de libertad debe vincularse con el absolutismo que caracterizaba a las monarquías europeas. Absolutismo que si bien en Inglaterra ya había sido resuelto por los ingleses con una constitución de equilibrio, no se aplicaba en las colonias de la costa oriental de Estados Unidos, que se

² José de Jesús López Monroy, *Sistema jurídico del Common Law* (Ciudad de México, Porrúa, 1999), 30.

estimaban perseguidos políticos y religiosos. La desconfianza del gobierno provenía de la experiencia anterior a la independencia, de tal suerte que cuando los Estados Unidos lograron ser independientes, colocaron como una de sus garantías más importantes la contenida en la enmienda quinta: “Nadie puede ser privado de la vida, libertad o de sus propiedades y derechos sino mediante juicio seguido ante sus iguales, observando los principios procedentes del *Common Law*”.³ La tercera característica es la tolerancia y se desprende de la primera enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, en donde se indica: “El Congreso no legislará respecto al establecimiento de una religión o sobre el libre ejercicio de la misma, ni puede limitar la libertad de expresión e ideas, ni en contra del derecho de reunirse en forma pacífica”,⁴ esto produce una tolerancia en el pensar. Finalmente, hay un optimismo resultado de una reflexión bíblica en donde se ve al mundo y al universo como una concesión bendecida por la divinidad y la oportunidad no solo de dominarlo sino de vivirlo a plenitud.⁵

Se puede decir, entonces, que tanto en Inglaterra como en los Estados Unidos están frente a una misma concepción del derecho y de su misión. Se conocen las mismas grandes divisiones, los mismos conceptos, la norma jurídica se entiende de idéntica manera en uno y otro sistema.

El Derecho Federal y Derecho de los Estados. En principio puede sostenerse que la regla es la competencia de los Estados, la de la Unión es excepcional. Los Estados conservan una competencia de carácter residual en aquellas materias que son de competencia federal, pueden adoptar disposiciones que complementen las de derecho federal o que colmen las lagunas o vacíos de éste. Únicamente no pueden ir en contra de dichas disposiciones federales. Existe un marco de unidad fundamental en sus regulaciones, el jurista norteamericano no duda en aplicar el precedente judicial de otro Estado cuando no encuentra en el suyo el “case law” aplicable al caso. Por otra parte, frente a contradicciones en la solución de idénticos casos en Estados diversos no se dudará en sostener que una está en lo cierto siendo la otra errónea.⁶

Se entiende, de este modo, que lo que sostiene la autora tiene aplicación en los casos en los que el legislador no ha desarrollado el derecho, es decir, en ausencia de la

³ Albert Quirantes, “La Constitución de los Estados Unidos”, *Diario las Américas*, 26 de marzo de 2017, <https://www.diariolasamericas.com/opinion/la-constitucion-los-estados-unidos-n4118064>.

⁴ *Ibíd.*

⁵ *Ibíd.*

⁶ Mariela Rubano Lapasta, “El sistema del Common Law en el derecho inglés y el derecho de los Estados Unidos de América”, *Revista de la Facultad de Derecho*, n. ° 18 (24 de noviembre de 2014): 75.

normativa legislativa, lo que deriva incluso en que en unos estados se pueda usar la ley común de otros, que los jueces deben -obligatoriamente- conocer.

2. Aspectos generales del *Common Law*

De acuerdo a su significado, han existido algunas discrepancias, pues se quiere relacionar este tipo de derecho con la costumbre, esto es, con el derecho consuetudinario, cuando realmente es un derecho jurisprudencial, propio de la casuística. Como afirma Rabat Celis, el *Common Law* (o ley común) nace en Inglaterra, en la Edad Media, y fue aplicado dentro de las colonias británicas a lo largo de varios continentes. Esto a su vez quiere decir que la ley común es decodificada, lo que se traduce en la inexistencia de un compilado de normas legales y estatutos, tal y como sucede en la ley civil.

En otras palabras, la ley común está dada por el poder que tienen los jueces para crear una ley nueva interpretando la ya existente, lo que también se conoce como la ley hecha por los jueces, donde cada decisión crea una vía por la cual casos similares deben ser resueltos, y respecto de los cuales surge lo que se conoce como “precedente”. Así, si es que se tuviese que definir la ley común en una sola palabra, precedente sería la más apropiada.⁷

Fernández de Córdova expresa que el proceso de desarrollo del derecho inglés o *Common Law* data del 407 de la era cristiana, cuando los invasores romanos deciden abandonar la isla, que pasa a ser dominada por los anglos y los sajones, tribus germanas, que lograron someter a los britanos adueñándose de la región e instaurando siete reinos. La gran variedad de pueblos que pasaron por Inglaterra hace que su historia de origen sea muy heterogénea y, por tanto, no haya podido consolidar en primera instancia un Estado único, bien organizado.⁸

Para el 1042, después de las invasiones normandas, Guillermo el Conquistador, fue quien instauró de nuevo la dinastía anglo-sajona que perduró hasta su muerte, durante esos años se produce el desarrollo de un derecho basado en el *Common Law*, esto es, en la ley común, pues este monarca desconocía las tradiciones y costumbres anglosajonas, por lo que ideó lo siguiente:

⁷ Juan Diego Rabat Celis, “Civil Law y Common Law ¿Son tan distintos?”, *Revista del Abogado*, n. ° 65 (2015): 22.

⁸ Pedro Fernández de Córdova, *Estudios del derecho comparado* (Cuenca: Universidad de Cuenca, 1997), 129.

Formación de un Consejo que le ayudase a gobernar. El consejo recibió el nombre de Curia Regis. Formación de tribunales que buscaran en cada caso concreto, cuál era esa *Common Law*.

Los procesos deben ventilarse ante doce vecinos del Reino, que sean los iguales de las partes que se están juzgando y con esto se da inicio al enjuiciamiento por jurado.

Distribución de la tierra y el reconocimiento de las propiedades no constituyó un feudo.⁹

Para esa época se crean los Tribunales feudales, los mismos que reciben el nombre de Country Courts, los que aplicaban las costumbres locales y que decidían de acuerdo a esas costumbres, sometiéndose a un medio de prueba arcaico; a este medio de prueba lo denominaron los juicios de Dios, y, es así como nacen el juicio por juramento, el juicio por ordalías y el juicio por duelo.

Según Monroy se define a cada uno de los juicios practicados de la siguiente manera:

El juicio por juramento.- los litigantes presentaban un grupo de personas para dar fe de los hechos (testigos) no había sanción para quien declare falsamente y en consecuencia triunfaba quien era avalado por el mayor número de vecinos.

El juicio por ordalías.- donde el demandado era arrojado a un pozo de agua atado de pies y manos si se hundía era inocente, si flotaba era culpable, otra forma era caminar descalzo sobre brazas si sanaba era inocente.

El juicio por duelo.- la controversia se resolvía en un duelo.¹⁰

La llamada Country Court aplicó la costumbre local llegando a soluciones mediante procesos y pruebas que no eran racionales con los denominados juicios de Dios; por otra parte, los tribunales reales de justicia se convirtieron en organismos autónomos que funcionaban fuera del procedimiento de la Curia Regis. Es de esta forma que el monarca normando, Eduardo el Confesor, tuvo la idea de que los tribunales reales que administraban justicia no fueran itinerantes como al principio, sino que se establecieran en un lugar fijo, en Westminster. Es así como se crean tres categorías de causas: la propiedad territorial, posesión de inmuebles y asuntos penales. Las resoluciones tuvieron mejor acogida que las de los señores feudales en la Country Court, puesto que estas decisiones eran imparciales y -principalmente- porque se encargaban de mantener la paz del reino.¹¹

⁹ Monroy López, *Sistema jurídico del Common Law*, 6.

¹⁰ *Ibíd.*, 7.

¹¹ *Ibíd.*, 8.

Finalmente, los tribunales del reino tuvieron un gran éxito porque al modernizarse en materia procesal, actualizaron el proceso iniciando con un juramento a la Biblia y ventilándose con la recepción de pruebas de los hechos ante un jurado. Así fue que la prueba de ordalías quedó atrás. Y con estos nuevos procedimientos nace lo que actualmente se conoce como acción, “el writ”, era una carta que servía como instrumento para iniciar las acciones que se clasificaron en reales, personales y mixtas.¹²

Durante su reinado, Eduardo el Confesor, estableció buenas relaciones con sus vecinos y, conociendo que no tenía descendencia, decidió que Guillermo, el hijo bastardo del Duque de Normandía, fuera el sucesor de su reinado. Después de la muerte de Eduardo el Confesor, tras una dura batalla entre Haroldus y Guillermo, quien invade la isla, luego de su victoria logra posesionarse como el nuevo monarca del reino, conocido como Guillermo I de Inglaterra. Guillermo era francés, por lo que se encontró con una gran dificultad, ya que no conocía la realidad del reino que acababa de conquistar.

Para ese entonces Inglaterra era un mosaico de reglas de toda índole, esto es, reglas de carácter moral, eclesiásticas y otras de carácter jurídico pero que respondían a la clase feudal de la época. El Estado en ese tiempo no era una unidad indiscutible, por lo que cada grupo imponía sus propias normas. Esta diversidad de reglas se veía robustecida por la aplicación de fueros reales y señoriales que existían en ciertos territorios y para ciertas personas. Mas la existencia de una gran cantidad de jueces que actuaban con las más extravagantes competencias y dentro de jurisdicciones arbitrarias tornaba a la administración de justicia en un verdadero caos.¹³

Para organizar este caos, que impactó de forma peculiar a Guillermo I de Inglaterra, decidió crear una única corte de justicia, denominada la Royal Court, que tendría su asiento principal en Londres, con extensiones de diferente grado en todo el reino y, además, estableció una lista o catálogo de los asuntos sobre los cuales se podía discutir en juicio. Los jueces, para efecto de dictar sentencia, buscaban en completa libertad los principios y reglas que mejor se acomodaran al caso en concreto, puesto en su conocimiento, aplicando su buen criterio, su sentido de rectitud y moral, porque los jueces seleccionados para esa época eran considerados como personas de mucha ética, muy correctos y no tenían que ser necesariamente concedores del derecho, ya que no lo había, puesto que fueron los jueces con sus fallos quienes crearon el derecho. Es de esta forma como se elabora uno de los principios en los que se sustenta el *Common Law*, la

¹² *Ibíd.*

¹³ Fernández de Córdova, *Estudios de derecho comparado*, 67.

regla jurisprudencial, que fue creada por los jueces y que también se le conoce como *rule of precedent*.

Posteriormente, en Inglaterra se produjeron varios cambios, terminado el periodo de este monarca vinieron otros, entre los cuales se destacan la figura de Ricardo Corazón de León, uno de los caudillos de la tercera cruzada, al que sucedió su hermano Juan Sin Tierra, quien para 1215 suscribió la Carta Magna. Luego, su sucesor, Enrique III, otorgó en 1258 las famosas Provisiones de Oxford. El heredero de éste, a su vez, Eduardo I, conquistó Gales y Escocia y constituyó la Cámara de los Lores y de los Comunes. Más adelante Eduardo II reconoció el Parlamento y, por otra parte, Eduardo III, quien da comienzo a la famosa guerra de los cien años, en este proceso otorgó más libertades a los ciudadanos y constituyó una nueva corte de justicia, a fin de crear una instancia paralela a la existente con la Royal Court, que pueda de cierta forma administrar justicia en relación a las nuevas causas y materias, que en el transcurso de los años se habían creado.

Esta nueva corte se denominó la *Chancery Court*, designada así porque se dejó su administración a la Cancillería. Del ejercicio de la Chancery Court nació la *rule equity* o regla de equidad, que se constituye en otro de los pilares del *Common Law*. Es de esta manera como nace la división de los juzgados, en juzgados con jurado y juzgados de equidad.

La acción del Derecho común se inicia con una demanda, en tanto que la equidad surge a consecuencia de una petición. La decisión del derecho común se hace por el jurado o por el juez y la equidad sólo por éste, y los nombres de las decisiones reciben la denominación de sentencia en el derecho común *Common Law* (*judgement*) decreto (*decree*) en la equidad *equity*. Finalmente resulta más interesante saber que el *Common Law* sólo condena el pago pecuniario de daños, la *equity* es más amplia pues puede traducirse en una prohibición, o interdicto en una orden de cumplimiento concreto, o en una rescisión.¹⁴

Se concluye que el derecho inglés nace de su historia de diversa índole dominada por la monarquía y los intereses de los diferentes monarcas que gobernaron el territorio. En resumen, el derecho de Inglaterra está conformado por varias instituciones administradoras de justicia. A partir de 1873 el Parlamento adquiere más poder para decidir y organizar el poder judicial de la siguiente forma: empezando desde las instancias superiores se tiene a las Cortes Mayores que son cuatro: la House of Lords, la Court of

¹⁴ López Monroy, *Sistema jurídico del Common Law*, 34.

Appeal, la High Court of Justice y la Crown Court, y empezando desde instancias inferiores están: la Justice of the Peace, Country Court y la Magistrates Court.

Finalmente, se considera que las características más importantes de este sistema legal son:

- Consiste en un conjunto de principios y prácticas no escritas cuya autoridad no deriva de una declaración de mandato singular y positivo a través de una explícita fuente de origen legislativo o ejecutivo.
- El *Common Law* es preponderantemente práctico, no teórico. En su centro está el *adversary proceeding* en los tribunales (una confrontación entre dos partes contendientes, cada una haciendo alegaciones y peticiones en el contexto específico de la controversia).
- Es un derecho creado por los jueces.
- Las reglas de derecho del *Common Law*, menos abstractas que las del *Civil Law*, son reglas dirigidas a dar la solución a un proceso, no se trata de la formulación de reglas generales para el futuro.
- Los principios jurídicos, tal y como son desarrollados por los tribunales, se conforman de una serie limitada de reglas emanadas de decisiones anteriores.
- Los tribunales inferiores están obligados a seguir las decisiones de los tribunales jerárquicamente superiores.
- Las reglas acerca de la administración de justicia, el procedimiento y la prueba, así como las relativas a la ejecución de las decisiones judiciales tienen un interés igual, e incluso superior a las reglas relativas al derecho sustantivo.

El derecho inglés como tal es un derecho no escrito, no es reglado, es decir, no tiene una regla definida, creada por el legislador, se basa en la costumbre y -asimismo, su estructura viene de su formación histórica. El *Common Law* es un derecho en el cual no existen códigos como tal, y reconoce la forma de los precedentes judiciales.

Este sistema se implanta directamente sobre la costumbre general y se interpreta como de la obligatoriedad del precedente (*stare decisis*), de donde se deriva el fundamento de la obligatoriedad del precedente, convirtiéndose en norma fundamental de este sistema jurídico. En este sistema se pueden agrupar aquellos países en los cuales el derecho reposa técnicamente sobre los conceptos y los modos de organización jurídica

del *Common Law* británico, que concede un lugar primordial a la jurisprudencia y no a la ley como medio ordinario de expresión del derecho común.

Como lo indican David y Jauffret-Spinosi, el derecho inglés, elaborado en la historia por las Cortes de Westminster (*Common Law*) y por la Corte de la Cancillería (Equity), no es un derecho jurisprudencial solo por sus orígenes lejanos. Debido a que creció en la influencia de las universidades y de la doctrina ya que se generó igualmente de una modificación general del derecho a través de la vía legislativa mediante la técnica de la codificación, el derecho inglés preservó sus características originales, conservando tanto sus fuentes de derecho como su propia estructura.¹⁵ Es señaladamente un derecho jurisprudencial (*case-law*), y es por ello que su análisis debe iniciarse a través del estudio de sus fuentes: la jurisprudencia, la ley, la costumbre, la doctrina y la razón.

3. Valor de la prueba testimonial en el sistema procesal norteamericano

El sistema procesal en Estados Unidos pone énfasis en el derecho de prueba, inclusive su importancia se halla casi al mismo nivel que el del derecho constitucional. Las evidencias son tan importantes para consagrar un derecho justo y -sobre todo- porque son el ancla para consagrar principios y derechos constitucionales dentro del proceso. Como lo señala Massaro, “la historia del derecho norteamericano ha de ser referida a su periodo colonial inglés, que se remonta a las trece colonias, periodo hasta el cual estuvo vigente el derecho inglés”.¹⁶

Por su parte, el derecho de precedentes proveniente de Inglaterra era prácticamente inaccesible, de ahí que su aplicación resultó limitada. Por ello este derecho (derecho inglés y derecho de precedentes) fue complementado por la legislación de las colonias, que era elaborada según sus diversas necesidades, sus condiciones de vida y, sobre todo, de acuerdo con el estatus que poseían respecto a la Corona inglesa.

Las colonias poseían distinta estructura legal y -por consiguiente- diversas competencias legislativas, acordes al estatus que poseía cada una de ellas, el mismo que podía ser diverso. Algunas de las colonias podían ser provincias de la Corona sujetas a un gobernador, provincias administradas por compañías o grupos privados con base en una patente real, y entidades legales independientes estatuidas por patentes reales.

¹⁵ René David y Camille Jauffret-Spinosi, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, Jorge Sánchez Cordero, trad., 11.ª ed. (Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2010), 255.

¹⁶ Vanessa Massaro, “El sistema jurídico norteamericano”, *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, vol. 3, n.º 2 (2015): 5.

Es evidente que las entidades legales independientes estatuidas por patentes reales poseían mayor independencia de la Corona inglesa, lo mismo sucedía con su legislación. Según García Mora, el “Derecho de evidencia o *Law of Evidence* es el sistema de reglas y de principios que regula la admisibilidad de las pruebas en el proceso de un juicio civil o criminal. Puede decirse que después del Derecho Constitucional, el Derecho de Pruebas es la rama más importante del Derecho”.¹⁷

Previo a hablar del valor de la prueba testimonial como tal, es importante conocer acerca de su admisibilidad, las reglas que rigen la admisibilidad para luego hacer un análisis del valor probatorio de la prueba testimonial en exclusiva. Dentro de las reglas está el hecho que para que una prueba pueda ser considerada en el juicio oral, debe ser previamente solicitada y practicada ante el juez, pero -a su vez- la parte contra quien se litiga debe contar con el tiempo suficiente para conocer la prueba antes de que esta sea practicada, a fin de que pueda ejercer el derecho a la contradicción.

Ante todo, debe afirmarse que el derecho de pruebas no es una ciencia pura de lógica, tampoco es un cuerpo de normas para valorizar las pruebas, es, sin embargo, un sistema de reglas para determinar la admisibilidad de la prueba, y como tal opera únicamente en la etapa de juicio, pues se debe indicar que este periodo empieza en la audiencia y termina cuando el jurado se levanta a deliberar.

Los requisitos básicos de admisibilidad en el sistema angloamericano son tres:

- Pertinencia,
- Relevancia y
- Competencia.¹⁸

La pertinencia se observa cuando una prueba tiene relación con los hechos controvertidos en el proceso, pero a pesar de ser una prueba pertinente puede llegar a ser excluida cuando su valor probatorio queda sustancialmente superado por cualquiera de estos factores:

- 1) Riesgo de causar perjuicio indebido.
- 2) Riesgo de causar confusión.
- 3) Riesgo de causar desorientación del Jurado.
- 4) Dilación indebida de los procedimientos.

¹⁷ Manuel García Mora, “La prueba en el derecho procesal norteamericano”, *Derecho PUCP*, n.º 19 (1960): 30.

¹⁸ *Ibíd.*

5) Innecesaria presentación de prueba acumulativa.¹⁹

La relevancia, por supuesto, radica en la importancia que la prueba tiene para probar un hecho o una posición. Y, por otra parte, la evidencia es competente si el elemento de prueba que se ofrece, cumple con ciertos requisitos mínimos de confiabilidad. La proyección preliminar que los elementos de prueba cumplen con tales parámetros se conoce como prueba fundamental. Se considera, por ejemplo, que un testigo es competente si cumple cuatro requisitos:

1. Debe tener conocimiento personal sobre el tema de su testimonio. En otras palabras, el testigo debe haber percibido algo con los sentidos que es relevante para el caso.²⁰
2. Debe recordar lo que él percibió.
3. Debe ser capaz de comunicar lo que él percibió.
4. Lo expresado por el testigo debe hacerlo bajo juramento o un sustituto.²¹

Conforme lo refiere Acevedo, puede suceder que un elemento de prueba sea admitido para probar cierto hecho, pero se le excluya para probar otro. Así, la intervención de los testigos en juicio se da bajo la gravedad del juramento. Inicialmente el testigo es sometido al llamado interrogatorio directo por la parte que ofrece el testimonio, el cual debe versar sobre hechos específicos. Las preguntas que se formulan al testigo deben ser pertinentes. Están prohibidas las preguntas sugestivas, capciosas, confusas o que puedan ofender al testigo. Las preguntas que no se ajusten a tales parámetros son excluidas por el juez. Acto seguido se produce el contrainterrogatorio por la contraparte, siendo su finalidad esencial el refutar -en todo o en parte- lo que el testigo ha contestado. La intervención del testigo en el juicio termina con los llamados redirecto y recontrainterrogatorio, en los cuales se aclaran los puntos debatidos en el contrainterrogatorio.²²

Dentro de la prueba o evidencia hay una figura interesante a la que se le atribuyen reglas específicas de admisibilidad y no admisibilidad, es el llamado testimonio de oídas. La Regla 801 del *Federal Rules of Evidence* define de la siguiente manera el concepto de

¹⁹ Acevedo Vargas, *Reglas de evidencia de Norteamérica a Colombia*, 16.

²⁰ The Committee on the Judiciary, *Federal rules* (Washington, DC: Government Printing Office, 2014), regla 602.

²¹ *Ibíd.*, regla 603.

²² Acevedo Vargas, *Reglas de evidencia de Norteamérica a Colombia*, 20.

testimonio de oídas: *Hearsay is a statement, other than one made by the declarant while testifying at the trial or hearing, offered in evidence to prove the truth of the matter asserted*”, entendiéndose por “*statement*”: “*is (1) an oral or written assertion or (2) nonverbal conduct of a person, if it is intended by the person as an assertion*”, y por “*declarant*”: “*is a person who makes a statement*”.

La traducción de párrafo anterior queda así: “el testimonio de oídas es una declaración distinta de la que hizo el declarante al testificar en el juicio o audiencia, ofrecida como prueba para demostrar la verdad del hecho en cuestión”, entendiéndose que ‘declaración’: es “(1) una aseveración oral o escrita o (2) conducta no verbal de una persona, si la persona pretende que sea una afirmación, y por ‘declarante’ es ‘la persona que hace una declaración’”.²³

Con esto se puede indicar que esta figura es para la legislación norteamericana la aseveración oral o escrita, o conducta no verbalizada (gestos, muecas, ademanes), afirmando o negando algo que hace una persona por fuera del juicio y que es ofrecida en juicio como evidencia para probar la verdad de lo aseverado.

El testimonio de oídas es, en definitiva, una declaración que difiere de la declaración que realizó el testigo en una audiencia y que es presentada en juicio para demostrar la verdad del hecho materia de la controversia. Aunque por regla general el testimonio de oídas no es admisible en juicio, existen, según la doctrina y la jurisprudencia norteamericana, algunos factores que justifican su admisión, a saber:

- Que no haya lesión significativa al derecho de confrontación de la parte contra la cual se admite la prueba de referencia.
- Cuando el declarante no está disponible para testificar en el juicio o vista en que se ofrece prueba de referencia.
- Garantías circunstanciales de confiabilidad que pueda tener la declaración.²⁴

La Regla 803 del *Federal Rules of Evidence* establece 23 excepciones a la regla de no admisión en el juicio del testimonio de oídas. Finalmente, se debe precisar que el testimonio de oídas, para tener alguna validez, debe provenir de persona determinada, a modo de evitar que ingresen al juicio rumores callejeros o manifestaciones anónimas de fuente desconocida.²⁵

²³ The Committee on the Judiciary, *Federal rules*.

²⁴ Acevedo Vargas, *Reglas de evidencia de Norteamérica a Colombia*, 37.

²⁵ The Committee on the Judiciary, *Federal rules*.

En este proceso de comprender la función de las pruebas o evidencias, también es importante resaltar que existe una gran división de funciones dentro del proceso norteamericano, por cuanto es menester precisar que con exclusividad le corresponde al juez pronunciarse sobre la admisibilidad de las pruebas dentro del juicio, mientras que al jurado le corresponde valorarlas a través de su veredicto. Puesto que el jurado es conformado para casos criminales y también para casos civiles, inclusive se constituye en un derecho constitucional el ser juzgado por un jurado. El mismo que se encuentra consagrado en las enmiendas sexta y séptima de la Constitución nacional.

Siguiendo esta línea, dentro de los medios de prueba aplicados en Estados Unidos existen tres clases de prueba que se pueden utilizar para probar los hechos:

- a) La prueba demostrativa o también llamada real.
- b) La prueba testimonial.
- c) La prueba circunstancial.²⁶

La prueba demostrativa consiste en traer la cosa misma o su reproducción en la Corte para la inspección ocular del jurado.

La prueba testimonial tiene gran importancia dentro de juicio debido a que esta puede aportar los hechos para el descubrimiento de la verdad. Las reglas que se usan para admitir o no esta clase de prueba son las de la exclusión. Para su admisión el juez debe considerar estos tres aspectos:

- La determinación de la competencia del testigo.
- El examen principal y la repregunta del testigo.
- La impugnación del testigo.²⁷

En cuanto al primer requisito, que se refiere a la competencia, el testigo debe ser competente para dar testimonio, es decir, en cuanto se relaciona a la edad, capacidad mental del testigo, creencias religiosas, el interés que tenga el testigo en el resultado del litigio y fallos de culpabilidad anteriores.

Se debe desatacar que las preguntas y repreguntas de los testigos es la parte mas importante del proceso en cuanto a la prueba testimonial, pues aquí se perfecciona el derecho que tiene una persona a confrontar las acusaciones. El examen principal consiste

²⁶ *Ibíd.*

²⁷ *Ibíd.*

en el interrogatorio principal con el cual el testigo indicará los hechos que conoce que, como ya se dijo en líneas anteriores, deben ser pertinentes.

Una vez que el examen principal haya terminado, la contraparte puede repreguntar al testigo. En la repregunta se permite formular preguntas que sugieren la respuesta, simplemente porque como el testigo ya ha dado su testimonio, y el repreguntador no quiere escuchar la misma historia. El contrainterrogatorio -entonces- tiene más amplitud para clarificar los hechos; sin embargo, en la repregunta surge el problema de la latitud que el interrogante tiene, y en este sentido existen tres reglas que se aplican en los diferentes Estados.²⁸ La primera regla se conoce como el nombre de “regla americana”, y prevalece en la mayoría de los Estados, así como también en el ámbito federal. De acuerdo con esta regla, el repreguntador está limitado a preguntar sobre cuestiones que se han preguntado en el examen principal del testigo. La segunda regla es la llamada ‘ampliamente abierta’, también conocida como ‘regla inglesa’, que establece que el repreguntador puede preguntar sobre cualquier materia, aunque no se haya preguntado en el examen principal del testigo. Finalmente, la regla denominada ‘regla de Michigan’, de acuerdo con la cual el repreguntador puede preguntar sobre inferencias que se desprenden del examen principal del testigo. Ahora bien, si se ha aportado nueva materia en la repregunta, el examinador principal puede llamar al testigo y preguntar solamente sobre la materia nueva.

El tercer paso en la prueba testimonial es la impugnación del testigo, por medio de la cual se ataca la credibilidad del testimonio dado. Aquí el interrogador cuenta con bastante amplitud, pues se puede impugnar la veracidad de un testigo con base en prejuicio, interés, corrupción, fallo de culpabilidad anterior, otros actos ilícitos, testimonio contradictorio dado anteriormente y reputación de credibilidad. Todos estos factores, sin embargo, deben ser pertinentes, de lo contrario serán excluidos.

4. El contrainterrogatorio o *Cross Examination* y su importancia dentro de un proceso judicial

El contrainterrogatorio o, como se denomina esta figura en el derecho anglosajón y norteamericano, *Cross Examination*, es una de las figuras de mayor importancia dentro del proceso oral civil o penal, puesto que su objetivo es conocer a través del interrogatorio la veracidad de los hechos, encontrar la verdad y -por tanto- la *cross examination* aplica

²⁸ García Mora, “La prueba en el derecho procesal norteamericano”, 30.

en el sistema adversarial, esto significa que el testigo adverso a la defensa o al acusado, necesariamente, puede ser contrainterrogado.

En el sistema anglosajón el interrogatorio del testigo, se divide en dos partes: el examen directo y la *cross examination*. Según Bunge Campos, “el examen directo es el realizado por la parte que ofreció al testigo y la *cross examination* es el examen al que lo somete la contraparte”.²⁹ El objeto de la repregunta es contradecir o modificar los hechos aseverados por el testigo y, por tanto, analizar su credibilidad.

En el sistema anglosajón es cierto que el testigo pertenece a la parte que lo ofrece, por ende, es adverso a la otra parte. El testigo de cargo es adverso a la defensa y el testigo de descargo lo es a la acusación. Esta es la idea que subyace en todo el sistema de *Cross Examination*, y es la base a partir de la cual se debe analizar la misma. El derecho a repreguntar al testigo adverso es absoluto, y no solo una mera expectativa, sino que es el ejercicio del derecho fundamental a ejercer una legítima contradicción para que pueda darse una correcta administración de justicia.

Como dice Bunge, al citar a Stephen, en su obra *A History Criminal Law of England*:

La *cross examination* es una característica del sistema de enjuiciamiento anglosajón tanto civil como penal y, difícilmente alguno de los contrastes entre el sistema anglosajón y el continental, impresiona tanto al abogado inglés como su ausencia en el sistema continental. El mismo autor enseña que, en un principio, cuando los prisioneros no tenían asistencia legal, ellos mismos repreguntaban a los testigos en su contra, siendo esta repregunta muy poco importante; cuando se les autorizó la asistencia legal para repreguntar, mas no para hablar por ellos, la repregunta tendió a transformarse en un discurso realizado bajo la forma de preguntas; y fue entonces donde adquirió este carácter.³⁰

El contraexamen o contrainterrogatorio ha sido considerado como la mejor herramienta legal jamás utilizada para buscar la verdad, y se está de acuerdo en que es así ya que el contrainterrogatorio, por su oralidad, permite descubrir una inconsistencia o, incluso una falsedad. En la tradición legal de Estados Unidos este derecho es tan esencial que fue incorporado en la sexta enmienda de la Constitución norteamericana, que en su parte pertinente señala: “En toda causa criminal el acusado gozará del derecho de ser juzgado públicamente y (...) de ser confrontado con los testigos en su contra; que se

²⁹ Luis María Bunge Campos, “Cross Examination”, *Lecciones y Ensayos*, n. ° 63 (1995): 45.

³⁰ *Ibíd.*, 48.

obligue a comparecer a los testigos en su favor”.³¹ Este derecho se hace extensivo a los procesos civiles a través del principio del debido proceso.

Siguiendo la conocida decisión de la Corte Suprema norteamericana, *Crawford vs. Washington*, se puede entender que este concepto se remonta al derecho romano, y que su fuente inmediata está en el *Common Law* inglés, en el que tradicionalmente la forma en que los testigos prestaban declaración difería de cómo los testigos prestaban declaración en el *continental civil law*. A saber, se señala que la tradición del *Common Law* es que los testigos comparezcan personalmente al tribunal y que su declaración sea sujeta al testeo de carácter adversarial, mientras que en la tradición del *Civil Law* las examinaciones eran en privado ante un oficial judicial. En la decisión citada se señala, además, que el derecho inglés fue acogiendo ciertas prácticas continentales, como la de recabar declaraciones previas al juicio, las que -sin perjuicio de que su objetivo inicial no era para ser usadas en juicio- se usaron como evidencia en los procesos.

La teoría del contraexamen está dirigida a obtener la verdad sobre lo que conoce un testigo acerca de los hechos. Normalmente un testigo solo intenta evidenciar en el interrogatorio parte de los hechos, no su totalidad. Los hechos que permanecen ocultos o no se desvelan pueden ser de dos clases: a) las circunstancias que rodean los hechos objeto del testimonio, y b) las circunstancias que disminuyen la credibilidad del testigo. La primera de las circunstancias puede suceder por dos razones, primero, porque la parte que declara esté parcializada con quien lo presenta o, segundo, porque el abogado que lo presenta nunca preguntará sobre hechos o circunstancias que pueden ser contrarios a su teoría.

Por otra parte, las circunstancias o hechos que desacreditan a quien declara en general no son revelados espontáneamente por este, ya que ningún testigo quiere que se desacredite su versión de los hechos.

Pues bien, una vez asumido que lo anterior sucede con los testigos es que se deben crear instituciones que logren transparentar la prueba de forma confiable, como el contraexamen, pero no cualquier contrainterrogatorio, sino con uno, legalmente efectuado, que faculte al abogado que contrainterroga a descubrir todo lo que pueda favorecer a su cliente, permitiéndole escudriñar en lo declarado en el examen directo, para evidenciar falsedades, exageraciones, parcialidades y otras divergencias con la verdad.

³¹ Quirantes, “La Constitución de los Estados Unidos”.

Por esta razón su importancia en el proceso y, especialmente, en dotar de credibilidad a la prueba testimonial.

Los objetivos del contrainterrogatorio son:

- Controlar al testigo.
- Señalar lo que se haya omitido en el examen directo.
- Reforzar hechos que favorezcan.
- Descalificar al testigo.

El jurista norteamericano Wigmore, citado por Fontanet Maldonado, se expresó respecto a que los fines del contrainterrogatorio constituyen el motor más efectivo para la búsqueda de la verdad. Esta máxima parte de la premisa que un testigo muy fácilmente puede memorizar o recrear una narración durante su interrogatorio directo, independientemente de que la misma sea veraz. Durante el contrainterrogatorio el testigo estará expuesto a un sinnúmero de preguntas encaminadas a impugnar su credibilidad, que le harán salirse del libreto ya memorizado en el interrogatorio directo. Es, pues, muy difícil que un testimonio inventado o adornado se mantenga inmune a un contrainterrogatorio efectivo.³²

Es de esta forma que se debe indicar que el contraexamen es la antítesis del examen directo, no solo en cuanto al rol del abogado en la audiencia sino también en cuanto se debe conocer la técnica para ejecutarlo, pues se debe mencionar que en el examen directo el testigo es el protagonista, cuanto menos interviene el abogado mayor credibilidad se dará al testimonio. Por el contrario, en el *cross* el protagonista es el abogado, quien debe procurar desvirtuar los argumentos del testigo. A continuación se presenta una gráfica comparativa tomada del libro *Examen directo de testigos*, de Gonzalo Rúa.

Tabla 1
Comparativa entre interrogatorio y contrainterrogatorio

Habilidades	Examen directo	Contraexamen
Preguntas	Abiertas y cerradas	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

³² Julio Fontanet Maldonado, *Principios y técnicas de la práctica forense* (Lima: Jurídica Editores, 2002), 2.

		pensar respuestas que puedan acomodar su relato
Objetivo	Acreditar el testigo y su testimonio a través de proposiciones fácticas favorables	Impugnar credibilidad del testigo, acreditar alguna posición fáctica excepcionalmente
Testigo	Acreditar al testigo	Desacreditar al testigo
Testimonio	Acreditar proposiciones fácticas	Desacreditar el testimonio

Fuente y elaboración: Rúa 2015

En el contraexamen es indispensable la planificación con preguntas sugestivas, puesto que -a diferencia del examen directo- en éste se tiene contacto directo con los testigos y -de alguna forma- se puede practicar con ellos el interrogatorio, mientras que con la contraparte no hay esta práctica ni planificación, por tanto, la clave aquí son las preguntas sugestivas.

Por su parte, Rúa sostiene que: “A todo esto, debemos agregarle una dificultad mayor en interrogar al testigo de la contraparte: mientras el abogado tiene un contacto directo con sus propios testigos, pudiendo preparar legítimamente su testimonio, en el contraexamen no tendremos oportunidad de controlar el modo en que ingresará la información”.³³ Por ello el abogado que lleve a cabo el contrainterrogatorio debe conocer a profundidad el caso, haber estructurado correctamente el tipo de preguntas, ser hábil y rápido en reaccionar en el momento de la declaración, además debería tener un cierto entrenamiento sobre litigación oral, hablar en público y en general dominar las técnicas de litigación.

Afirma Goldberg, citado por Rúa, que precisamente por ello, frente a la falta de preparación de un contraexamen -referido a la imposibilidad de practicar con el testigo- la planificación y el control en su ejecución a través de preguntas sugestivas resulta vital. Así, mientras el control del examen directo se obtiene a través de la preparación del testimonio con el testigo, en el contrainterrogatorio se consigue con la planificación de preguntas sugestivas.

Con todo esto, se indican las tres reglas básicas del contraexamen:

- Mantener un absoluto control y dominio del testigo y de su testimonio
- Preguntas sugestivas deben ser secuenciales

³³ Gonzalo Rúa, *Examen directo de testigos* (Buenos Aires: 2015, Didot), 37.

- Nunca se pregunta por las conclusiones.³⁴

En cuanto a la primera regla, se debe indicar que no hay mejor manera de conseguir este resultado que con las preguntas sugestivas sobre un solo punto que buscan dos respuestas posibles, es una especie de *check list*. Un ejemplo que pone Rúa es:

En líneas generales, se trata de evitar realizar preguntas abiertas ¿cuéntenos nuevamente que sucedió? O cerradas ¿de qué color es el vehículo? Que permitan al testigo dar una respuesta amplia y continuar con su relato, lo que se intenta en el contraexamen es presentar información favorable al caso..., con la formulación sugestiva el abogado es quien mantiene el control, por ejemplo, ingresó luego por la ventana ¿no es verdad? Para eso es necesario conocer las respuestas que nos dará el testigo.³⁵

Para la segunda regla el abogado debe seleccionar la información que desea introducir, sobre qué parte del relato se posicionará. Es importante que las preguntas sugestivas sean secuenciales para poder fijar en el jurado o juez una imagen clara y nítida sobre el punto que se quiere remarcar. Para lo cual, según Rúa, la mejor técnica es ir de lo general a lo específico.

La tercera regla que se debe tener presente es que en un contraexamen no se puede preguntar por conclusiones de forma directa. Por eso las preguntas sugestivas de un solo punto deben ser indirectas, solo se quiere mostrar determinada información que favorece, que ha sido omitida en el examen directo.³⁶

En el sistema adversarial, para ver si corresponde contraexaminar a un testigo, el litigante debe guiarse según su propia teoría del caso, que no es otra que su explicación de cómo sucedieron los hechos. Por eso es que la decisión de contraexaminar un testigo se encuentra ligada a la teoría del caso que tenga el abogado, pues si no se tiene ninguna proposición fáctica para acreditar lo mejor es no hacer preguntas. Dentro de la mirada hacia la teoría del caso se puede indicar que existen dos objetivos fundamentales del contraexamen.³⁷

- El acreditar las propias proposiciones fácticas.
- Desacreditar la prueba de la contraparte a través de la desacreditación del testigo y de su testimonio.

³⁴ *Ibíd.*

³⁵ *Ibíd.*, 38.

³⁶ *Ibíd.*

³⁷ Leticia Lorenzo, *Manual de litigación* (Buenos Aires: Ediciones Didot, 2013), 20.

Al respecto, Rúa sostiene que:

El primer gran objetivo del contraexamen es obtener proposiciones fácticas favorables a la teoría del caso, aunque esto sea un poco más complicado en la práctica puesto que el testigo de la contraparte va a entregar una versión de los hechos que se ajusta más a la teoría del caso de la otra parte. Sin embargo, puede ser que algunos aspectos de la declaración efectivamente resulten favorables y se debe estar atento a su acreditación.

Y el segundo objetivo es uno de los más importantes y consiste en desacreditar la prueba de la contraparte, porque, así como en el examen directo lo que pretende es acreditar al testigo y su proposición fáctica, en el contraexamen ocurre todo lo contrario. Para poder desacreditar la información ingresada, el contraexamen no encuentra límites, ya que podrá desarrollarse sobre la base de la información suministrada por el testigo en el examen directo, como así también sobre la base de cualquier otra información, aun no introducida en el examen directo, eso sí que guarde credibilidad con el testigo. La credibilidad del testigo siempre es un punto importante y relevante en el caso. De este segundo objetivo se desprenden dos muy claros, como son: la desacreditación del testigo y la desacreditación del testimonio.³⁸

En la desacreditación del testigo se trata de demostrar que quien acaba de declarar es una persona que no cuenta con idoneidad para hacerlo. Y la idoneidad se resume en cumplir los requisitos o parámetros mínimos de sus antecedentes personales que le hacen confiable y, por tanto, menor es la duda que se pueda tener de los hechos que el testigo exponga.

Básicamente dos son las líneas que se pueden trabajar para debilitar la credibilidad de un testigo. Por un lado, está el interés del testigo en el resultado del caso, que va desde quién miente por dinero, hasta la víctima o el policía mismo que tiene interés en el caso, por ser parte del conflicto o porque quieren que su investigación no pierda validez por algún defecto formal, respectivamente. Claro que no todo interés es ilegítimo, ni tiene el mismo peso desfavorable sobre la credibilidad del testigo... la segunda línea para desacreditar a un testigo está centrada en las conductas previas de aquel, referidas no solo al hecho que se juzga, sino también a su vida en general... lo que se trata, en definitiva, es determinar quién es el testigo, si ha tenido antecedentes criminales, si es adicto alguna sustancia que pudiera debilitar los sentidos, si tiene algún vínculo con la comunidad. Todos esos detalles servirán para desacreditar a un testigo.³⁹

Por otra parte, está la desacreditación del testimonio, aquí la incidencia es mayor que en la desacreditación del testigo, si el abogado logra demostrar que el testigo está mintiendo o incurrió en un error de percepción de lo ocurrido, el impacto será mayor para

³⁸ Gonzalo Rúa, *Contraexamen de testigos* (Buenos Aires: Ediciones Didot, 2015), 14.

³⁹ *Ibíd.*, 52.

la teoría del caso del abogado que está ejecutando el contraexamen. Con la desacreditación del testimonio lo que se pretende es dejar plantada una duda sobre lo relatado y percibido por el testigo o, en el mejor de los casos, demostrar que es un testigo que cambia la versión de los hechos; además, se puede evidenciar la inconsistencia de sus dichos con otras pruebas, ya sean materiales o testimoniales.

El contrainterrogatorio constituye una de las herramientas más importantes de la litigación, cuyo manejo presenta grandes retos y dificultades. Debe destacarse, además, que no es fácil establecer normas rígidas que puedan atender toda la temática o incluir todas las posibles áreas a ser cubiertas en un contrainterrogatorio. Ello requeriría una cantidad elevada de normativa que podría ser aplicable o inaplicable atendiendo, entre otras consideraciones, al tipo de caso, al testigo o al acusado. Es decir, muchas de las preguntas que se pueden hacer en un contrainterrogatorio dependerán de las consideraciones particulares de cada caso.⁴⁰

Fontanet Maldonado indica los principales:

Ser breve.- Es recomendable que el contrainterrogatorio sea breve. Ello responde a que estamos contrainterrogando a un testigo que está identificado con la parte contraria. Como norma general la mayoría de su testimonio será adverso a nuestras legaciones o a nuestra teoría del caso. Solamente existirán algunas áreas que podrán ser beneficiosas a nuestra posición. Es necesario, por consiguiente, interrogar al testigo sobre aquellas áreas que de una manera u otra nos benefician. Es de esperarse que esas áreas sean las mínimas.

Preguntas sencillas.- Para lograr que el contrainterrogatorio sea efectivo es necesario que las preguntas sean sencillas. Este mandamiento está más dirigido a la estructura de la pregunta que a su contenido. Para lograr destacar aquellas áreas que nos benefician en el contrainterrogatorio, es necesario que el juzgador pueda entender todas las preguntas, así como las contestaciones a las mismas. Sería un ejercicio de futilidad, el hacer una pregunta en la cual podamos obtener la contestación deseada, sin embargo, el jurado no entendió realmente el alcance de la contestación. Es necesario que la pregunta sea sencilla de manera que sea entendida cabalmente por el juzgador a la misma puesto que permite integrar la contestación en el contexto deseado por el abogado(a).

Solo preguntas sugestivas.- Durante el contrainterrogatorio el abogado(a) es el protagonista. Como norma general se debe proceder a hacer aseveraciones al testigo, el cual solo deberá afirmar o negar las mismas. El tiempo de investigar el caso ya terminó, por lo que debemos dirigirnos a aquellas áreas que queremos destacar. A través de las preguntas sugestivas vamos directamente a las mismas. Debemos recordar que las Reglas de Evidencia permiten el que el abogado(a) pueda hacer preguntas sugestivas, por lo que debemos maximizar la oportunidad.

Solo preguntar lo que se sabe la respuesta.- En nuestra opinión éste es el mandamiento más importante de todos. Por otro lado, es también el mandamiento que más se violenta. Como expresáramos anteriormente, la investigación del caso ya terminó, por lo que ya debemos saber lo que cada testigo de la parte contraria puede aportar en beneficio de nuestro caso. Debe recordarse también que el testigo está identificado con la parte

⁴⁰ Fontanet Maldonado, *Principios y técnicas de la práctica forense*, 5.

contraria por lo que no debe esperarse su cooperación. Este mandamiento es violentado por abogados(as) que no investigaron.

Escuchar la contestación.- Escuchar la contestación es el más lógico de todos los mandamientos, pero por otro lado es uno de los que más se descuida. Las razones que hacen de este mandamiento uno importante son innumerables. Examinemos las más obvias. Primeramente, al escuchar las contestaciones de un testigo podemos evaluar si hemos obtenido la contestación deseada. Si no lo hemos logrado, debemos continuar interrogando al testigo sobre ese asunto.

No pelear con el testigo.- Se espera del abogado(a) una conducta respetuosa y decorosa en el tribunal. En consonancia con lo anterior es contraproducente que el abogado(a) exhiba una conducta irrespetuosa hacia los testigos. Para poder lograr los objetivos previamente establecidos en el contrainterrogatorio, no es necesario antagonizar con los testigos. Se puede obtener información favorable para nuestro caso como también información desfavorable del caso de la parte contraria e inclusive se puede impugnar a un testigo, sin tener que "pelear" con el mismo. Ciertamente como norma general, es contraproducente antagonizar con los testigos.

No repetir el examen directo o interrogatorio.- Uno de los errores más comunes de los abogados(as) en el contrainterrogatorio consiste en repetir innecesariamente el examen directo. Ello puede deberse a varias razones, como puede ser falta de preparación, inexperiencia o falta de un plan desarrollado durante el contrainterrogatorio. El contrainterrogatorio no puede dejarse a la improvisación.

Saber cuándo terminar.- Uno de los problemas que ha ocasionado la excesiva difusión del contrainterrogatorio en películas y series de televisión consiste en que se ha creado una percepción de que todo contrainterrogatorio va a descubrir un gran misterio o hará que surja una gran verdad. Esa falsa expectativa lleva en ocasiones a que los abogados(as) no sepan cuando terminar su contrainterrogatorio, porque insisten en que el testigo eventualmente va a responder o a suministrar esa gran contestación. De igual forma que es importante saber cuándo preguntar, es fundamental saber cuándo terminar.

Orden de las preguntas.- Un contrainterrogatorio efectivo, requiere un orden que facilite la realización de sus objetivos. Como hemos expresado, el principio y el final del contrainterrogatorio son períodos medulares, tomando en consideración la atención y recuerdo del juzgador. Así las cosas, es imperativo iniciar y terminar el contrainterrogatorio con aquellos puntos favorables para nuestro caso.⁴¹

Esta lista no es exhaustiva, pero permite hacerse una idea bastante aproximada de por dónde se encamina la cuestión. Puede concluirse de esta lista, sin embargo, que no todos los abogados están preparados para asumir un interrogatorio, ya que este ejercicio precisa de habilidades muy específicas.

5. El rol del juez norteamericano en el *Cross Examination*

Como lo indica Urbina, cuando un juez se hace cargo de un caso que ha de juzgarse ante un jurado, su misión consiste en organizar, facilitar y supervisar un proceso que culminará en un resultado basado en una ejecución justa e imparcial de las pruebas. No obstante, el juez es el encargado de velar por la integridad de las diligencias y asegurar

⁴¹ *Ibíd.*, 6.

que los abogados actúen debidamente sin extralimitarse en el ejercicio de sus funciones. El juez dictamina en cuestiones planteadas antes y durante el juicio, las que permiten o impiden al jurado considerar las pruebas propuestas por los abogados. En este aspecto, el juez da a los miembros del jurado instrucciones antes, durante y al final del juicio para orientarles en el proceso de valorar con ecuanimidad los testimonios, los documentos y otras pruebas del caso. El juez, con su ejemplo, inspira al jurado a considerar las cuestiones con imparcialidad mientras espera la conclusión del juicio.⁴²

El rol del juez norteamericano en el proceso, y especialmente en el *Cross Examination*, es esencial, puesto que lo dirige a fin de que no se cometan irregularidades en el marco de lo jurídico y lo constitucional. El juez supervisa los testimonios que escuchan los jurados y -a la vez- instruye a los miembros del jurado sobre la norma y examina con mucha atención tratando de averiguar los detalles del veredicto del jurado.

El juez organiza el proceso, es decir, lo prepara detenidamente verificando que se cumplan las etapas y tiempos procesales, a más de verificar que cada parte actúe dentro del marco legal y constitucional, con el fin de que se dé un buen desarrollo del proceso y -de esta forma- alcanzar el fin deseado, que es la administración de justicia. En el *Cross Examination* el juez se convierte en un facilitador, pues hace posible que el testimonio sea receptado en el marco de la ley, considerando siempre los derechos del declarante, y así también el cumplimiento de los requisitos previos para que el testimonio sea incorporado como prueba en el proceso.

El juez norteamericano se encarga de resolver la admisibilidad de la prueba pertinente y útil a las respectivas teorías del caso que las partes exponen, así como de excluir aquellas que se denuncien como viciadas. Por otra parte, el juez tiene un papel fundamental durante el debate, pues tiene a su cargo dirigirlo, ejerciendo el poder de autoridad y estableciendo orden y disciplina, pero al mismo tiempo le queda prohibido, bajo pena de nulidad, formular cualquier pregunta a quienes comparezcan a declarar. La prueba es manejada de forma exclusiva por las partes, sin que los jueces puedan interferir.

El juez cumple su rol cuando da instrucciones al jurado para su deliberación, mediante estas instrucciones el jurado conoce del derecho que puede aplicarse al caso, siendo el juez la fuente principal y directa del derecho, que permitirá al jurado llegar a un veredicto justo y -sobre todo- estrechamente relacionado con el derecho. Finalmente, regula a los profesionales en derecho, abogados, a fin de que no se extralimiten en sus

⁴² Ricardo Urbina, *La función del juez. Anatomía de un juicio por jurado* (Washington, DC: eJournal USA, 2009), 11.

funciones y se acojan a un proceso legal dentro del marco constitucional y, sobre todo, encasillado en la verdad y la lealtad procesal, dirigiéndolos para que estos puedan hacer efectiva su teoría del caso ante el jurado.

De este modo, se han tratado los orígenes de las reglas de evidencia y de la institución del jurado que funciona en la tradición jurisprudencial del *Common Law* anglosajón y norteamericano, que tiene en el conainterrogatorio una de las herramientas más importantes para llegar a la verdad procesal, después de lo cual el siguiente capítulo se ocupará de analizar la figura del testigo hostil en el sistema procesal norteamericano.

Capítulo segundo

La figura del testigo hostil en el contexto procesal norteamericano

Después de haber analizado los orígenes de las reglas de evidencia, la institución del conainterrogatorio en la búsqueda de la verdad procesal, en este capítulo corresponde contextualizar el uso de la figura del testigo hostil en el sistema procesal norteamericano. Examinar la evidencia mediante el interrogatorio y el conainterrogatorio de testigos también requiere de la disposición de pruebas y de la afirmación o negación de las partes. Esto, debido a que la prueba se considera como una demostración que elimina la posibilidad de cometer errores en un proceso judicial. Pero para que la evidencia sea admitida es necesaria la implementación de una técnica que excluya la falsedad y ayude a exponer los hechos tal como ocurrieron. Sin embargo, la precisión de los mismos no es matemática, por lo que las pruebas que se presentan podrían no ser suficientes para poner en evidencia los hechos exactos de manera veraz. Se debe establecer, entonces, mediante esta técnica, cuáles de los hechos relatados son falsos y cuáles no lo son.

También se estudia en este capítulo una sentencia de la justicia norteamericana en la que se hizo uso de la figura del testigo hostil. A propósito de lo cual se hacen definiciones y se plantean la naturaleza y las implicaciones jurídicas de esta figura.

1. Resumen de la sentencia norteamericana en la que se analiza la figura del testigo hostil

A efectos de hacer un ejercicio de representación de la figura del testigo hostil en el sistema procesal penal norteamericano, se presenta el texto resumido y traducido de una sentencia⁴³ en la que el jurado decidió que la acusada, Sharon Kinne, era responsable de la muerte de su marido, James Kinne.

Tras el juicio de su caso, el Estado renunció a la pena de muerte y, por esa razón, por la objeción de la recurrente, el Tribunal convocó a un panel de treinta y cuatro miembros del jurado en lugar de un panel de cuarenta y siete, lo que, por supuesto, redujo el número de posibilidades para la acusada. La ley aplicable al Condado de Jackson y las demandas perentorias de un acusado estipulan que "si el delito acusado es punible con la muerte, o con prisión en la cárcel no menos que de por vida, hasta el número de veinte, y no más". RSMo 1959, Sec. 546,180, subd. 2 (1) (a), V.A.M.S. En la sesión de enero de 1963, de

⁴³ El original en inglés se encuentra íntegro en la sección anexos.

este Tribunal, se determinó que el castigo por asesinato en primer grado era "no menos que la vida" y que, debido a la negativa a llamar a un panel de cuarenta y siete jurados, su condena necesariamente tendría que ser revocada. Estado v. Mayo, 168 Mo. 122, 67 S.W. 566; Estado v. Yandell, 201 Mo. 646, 100 S.W. 466; Estado v. Naylor, 328 Mo. 335, 40 SW2d 1079.⁴⁴

De este modo, el Tribunal, al no haber cumplido con el mandato de convocar a un jurado de 47 miembros, debió iniciar un nuevo juicio. Después de esto se efectuó una audiencia para tratar sobre si el interrogatorio al testigo John Boldizs había sido un error cometido por la fiscalía.

Boldizs fue llamado como testigo del Estado y después de preguntas superficiales que establecían que él también vivía en Independence, era asistente de una estación de servicio, estaba casado, y conocía a Sharon Kinne desde la escuela secundaria en 1956, se le preguntó si había tenido relaciones sexuales con Sharon antes y después de su matrimonio y su respuesta a ambas preguntas fue "Sí".⁴⁵

En el interrogatorio el abogado acusador empezó a hacer preguntas directas, a conainterrogar, al acusado ante la objeción del abogado defensor, que impugnaba a su propio testigo en el estrado, quien sostenía que el testigo no era hostil, hasta que el abogado del Estado entrega a la Corte una copia del testimonio de Boldizs ante el gran jurado y la Corte (de fecha 27 de junio de 1960), ante lo cual admitió que el Estado lo podía interrogar. El resultado de este conainterrogatorio fue la revelación del testigo de la proposición de la mujer de la víctima de la propuesta de asesinarlo a cambio de mil dólares, lo que no aceptó y se tomó a broma. Así como la insistencia de ella en que la conectase con alguien que matase a su marido por esos mil dólares.

Después el Estado, mediante el interrogatorio directo, logró establecer que Boldizs había sido testigo en un juicio por asesinato el de una mujer de Jones), que había sido interrogado respecto al ofrecimiento de la acusada de los mil dólares que estaba dispuesta para que mataran al marido. Las preguntas se dirigían a determinar si la afirmación del ofrecimiento de dinero por matar a su marido que había hecho la acusada, Sharon Kinne, era una broma, si se lo había dicho así a otras personas, como al camionero Boone o al abogado defensor del juicio del verano anterior:

⁴⁴ Suprema Corte de Missouri, "Sentencia de 21 de octubre de 1963", Caso Estado de Missouri vs. Sharon Kinne, 21 de octubre de 1963, <https://law.justia.com/cases/missouri/supreme-court/1963/49480-0.html>.

⁴⁵ *Ibíd.*

P. La declaración que hiciste respecto a que ella te había ofrecido mil dólares para matar a su esposo, o si no lo hicieras, encontrarías a alguien que lo matara, fue una declaración voluntaria de tu parte, ¿no?

R. Sí, señor.

P. ¿Nadie más lo sabía hasta que lo dijiste?

R. Don Boone lo sabía.

P. ¿Entonces lo dijiste voluntariamente?

R. ¿Por qué seguro?

P. ¿Y es tu testimonio les dijiste que ella hizo esa declaración en broma?

R. ¿Perdón?

P. ¿Le dijiste a los sheriffs que ella hizo esa declaración en broma?

R. Creo que sí. Estoy casi seguro de que lo hice.

P. ¿Le dijiste al gran jurado que esto se hizo en broma?

R. Estoy casi seguro de que fue así.⁴⁶

El texto original contiene muchos más interrogatorios, pero se considera que los citados son suficientes para contextualizar el tipo de preguntas formuladas por las partes litigantes. La acusada, recurrente, sostenía a través de su abogado que el Tribunal, al permitir que el Estado contrainterrogara a Boldizs perjudicó su derecho a un juicio justo. En contraste, el Estado afirma que el Tribunal actúa en apego a la norma cuando permitió a la Fiscalía interrogar a su testigo. Pese a que el Estado en esta jurisdicción no está obligado a llamar a todas las personas que hayan sido testigos de un homicidio o que puedan tener algún conocimiento del delito.

El Tribunal, después de revisar las reglas generales, declaró que había varias razones para revocar el fallo en base a lo que un testigo que no es adverso declara. La primera es esta: tales declaraciones contradictorias nunca se usan para ningún propósito excepto para acusar al testigo. No deben considerarlos para ningún otro propósito. Otra razón es que tal método de contradicción, si abriera la puerta para la admisión de pruebas de oídas, iría demasiado lejos. Este Tribunal, junto con todos los demás, generalmente ha determinado como la base para la regla contra el llamado de una parte que luego acuse a su propio testigo, la razón tradicional de que al llamar al testigo la parte avala su credibilidad y, por lo tanto, no debe permitírsele acusarlo simplemente porque su testimonio le resulta perjudicial.

STORCKMAN, P. J., está de acuerdo en una opinión concurrente presentada; EAGER, J., está de acuerdo en parte y en resultado en parte en una opinión separada presentada; LEEDY, J., está de acuerdo en el párrafo uno de la opinión y el resultado, y está de acuerdo en la opinión separada de EAGER, J., creyendo que Boldizs (al cambiar

⁴⁶ *Ibíd.*

su versión de la solicitud de la Sra. Kinne para eliminar a su esposo así como para caracterizar tal solicitud como hecha "en broma" y de la cual el Tribunal de primera instancia podría haber inferido un esfuerzo y un propósito por parte del testigo para suprimir la verdad) había sido objeto de repreguntas por el propósito de la acusación.

Esto no quiere decir que las circunstancias bajo las cuales se pronunciaron las palabras y la actitud del declarante en ese momento no se desarrollen completamente como una ayuda al jurado para determinar si las palabras fueron pronunciadas en serio o en broma. Ni esta opinión tampoco se compromete a tratar con la naturaleza y el alcance adecuados del conainterrogatorio.

Los estándares para el juicio de los testigos y la admisión de pruebas sustantivas, especialmente en casos penales, están definitivamente establecidas y se han encontrado bastante satisfactorias.

En este caso, Boldiz fue, en un sentido muy real, un testigo hostil al Estado y, por lo tanto, sujeto a un conainterrogatorio con el único propósito de acusación. El hecho de que el abogado del Estado no discuta este punto es irrelevante, ya que el público es parte en este procedimiento y no debe ser impedido por ninguna acción de sus representantes. Dado que la evidencia de declaraciones anteriores aparentemente se consideró como evidencia sustantiva.⁴⁷

2. Análisis de la figura del testigo hostil en relación al caso del Estado de Missouri vs. Sharon Kinne

En lo que señala el procedimiento norteamericano en relación al testigo hostil, se indica que hay varias aristas que deben ser consideradas dentro de esta figura jurídica concerniente a la declaración de los testigos, tanto en materia civil como en materia penal. En primer lugar, se debe verificar la intención del testigo de engañar o de hacer trampa cambiando su relato de una declaración anterior a otra posterior y -por consiguiente- verificar la contradicción si esta es evidente; por otra parte, es necesario determinar si la declaración tiene en sí misma situaciones sorprendidas que no han sido consideradas en el proceso, o si simplemente se niega a declarar. En estos casos el testigo puede ser declarado hostil por la parte que anunció el testigo, para que pueda efectuar un conainterrogatorio que le sirva de prueba para su teoría del caso.

⁴⁷ Suprema Corte de Missouri, "Sentencia de 21 de octubre de 1963", Caso Estado de Missouri vs. Sharon Kinne, 21 de octubre de 1963, <https://law.justia.com/cases/missouri/supreme-court/1963/49480-0.html>.

En el texto de la sentencia se encuentra la siguiente reflexión:

Hubo, objeciones puntuales y específicas por parte del abogado defensor, al conainterrogatorio e impugnación de su propio testigo, objeciones referentes a que no existe sorpresa, que la evidencia no es desfavorable para el Estado, que no hubo trampa, y que Boldizs no era un testigo hostil.⁴⁸

En este caso en particular, el testigo Boldizs, quien fue un testigo importante para el desarrollo del proceso, en una de las preguntas del examen directo indicó: “P. ¿Se dijo algo acerca de que mataste a James Kinne por pedido de ella? R. Sí, señor, en broma”.⁴⁹

En relación a esta acotación, si bien se analizó la necesidad de declarar al testigo como hostil, sin embargo, los jueces consideraron que al haber declarado sin ninguna resistencia indicando claramente que lo mismo había dicho anteriormente en la declaración extrajudicial ante el Sheriff, se verificó que no hubo engaño, falsedad ni contradicción, pues la respuesta fue: “Sí, señor”, independientemente del comentario que él hizo posteriormente, el que sin duda estuvo cargado de subjetividad.

Ahora bien, dentro de este caso se plantea otra interrogante no menos importante, esta es, cuándo se entiende la prueba sustantiva y cuándo no se considera prueba sustantiva una declaración anterior o posterior del testigo, en cuanto se descubren contradicciones entre la una y la otra.

Tal y como se analiza en este caso, se aceptan las afirmaciones previas del testigo que lo hace en juicio, tanto así que fue sujeto a contraexamen o conainterrogatorio por la parte perjudicada con la declaración anterior, pues el conainterrogatorio se considera un imperativo del derecho constitucional de confrontación o contradicción, y no solo puede abarcar lo declarado en juicio sino también la declaración anterior y las circunstancias en las que ésta se hizo. Así, una vez que se supera el conainterrogatorio, queda solucionado el problema de admisibilidad de la declaración anterior y lo que resta es el mérito probatorio partiendo de la credibilidad del testigo, de modo que, sobre la base de una declaración anterior, se puede condenar.

Para el presente estudio (la sentencia de la corte de Missouri resumida anteriormente), es necesario resaltar que la figura de testigo hostil fue prevista y analizada por cuanto en el contexto general de la declaración Boldizs se consideró que no hubo

⁴⁸ *Ibíd.*

⁴⁹ *Ibíd.*

trampa, ni sorpresa en relación con su declaración anterior, concluyendo que para que un testigo sea considerado testigo hostil, se debe verificar que su declaración se contradiga a las anteriores, se niegue a declarar, obstaculice el desarrollo de la declaración y no cumpla con su fin, de servir como prueba a la parte que lo anunció y más bien se ponga en una posición de favorecer a la parte contraria, y así influir en la sentencia.

Es preciso mencionar que existe una diferencia entre una sentencia justa y una favorable. Es la habilidad del abogado la que lleva a convencer a los jurados de la verdad procesal que defiende, pese a que la realidad factual no se ajuste a la verdad procesal. Asimismo, el conainterrogatorio como técnica procesal puede modificar el contenido de la sentencia solo en la medida en que el abogado que lo efectúe sea lo suficientemente hábil como para conseguir del testigo declaraciones que beneficien a su teoría del caso.

3. Definiciones del testigo hostil

El testigo hostil es una figura que poco se conoce en la doctrina y la jurisprudencia y, lastimosamente, podemos encontrar una definición legal o, por lo menos, los requisitos que se deberían tomar en cuenta para que un testigo sea identificado con esa calidad y tratado como tal en una audiencia, por lo que hemos buscado varias fuentes, encontrando que esta figura es utilizada con mayor solvencia en el derecho anglosajón.

Un testigo se conoce como un "testigo hostil" si se niega a decir la verdad en un tribunal de justicia después de haber jurado previamente que lo haría; o si está abierto contra la parte que lo llamó como testigo. La parte que llama al testigo, ya sea la fiscalía o la defensa, cree que el testigo proporcionará evidencia similar a la corte que se proporcionó en su declaración previa al juicio. Si el testigo decide mentir o se niega a responder preguntas mientras está en el estrado, la parte que llamó a ese testigo puede pedirle al juez que lo declare hostil. Esto permite una táctica diferente en el interrogatorio.

Un testigo que se niega a decir la verdad en la corte después de haber declarado previamente que lo haría.

Un testigo que muestra parcialidad contra el caso de la parte que llamó al testigo.

Un testigo hostil es alguien que parece negarse a decir la verdad en un tribunal de justicia, o alguien que, por sus acciones o declaraciones, es contrario a la parte que lo llamó. Los testigos proporcionan lo que se conoce como "declaraciones previas al juicio", que son declaraciones que resumen esencialmente la relevancia de ese testigo para ese caso en particular. En la declaración se incluyen los hechos y las pruebas que un testigo acepta proporcionar en audiencia pública en el juicio del asunto.

Sin embargo, un testigo es declarado hostil cuando su respuesta bajo juramento cambia significativamente de lo que se proporcionó en su declaración previa al juicio. Por ejemplo, ya no se puede confiar en un testigo hostil y, como tal, su propio abogado puede tratarlo como si estuviera trabajando para la oposición, y puede interrogarlo en consecuencia.

Los testigos hostiles solo pueden ser declarados como tales por un juez, aunque generalmente es a petición del abogado que hace las preguntas. Al determinar quién puede

ser considerado un testigo hostil, el juez decide, basándose en el comportamiento y la credibilidad del testigo, si el testigo debe, de hecho, ser tratado como hostil. El juez también puede decidir que el testigo es un testigo desfavorable, no un testigo hostil. Esto significa que, solo porque el testigo esté proporcionando evidencia inútil o desfavorable, no significa que lo esté haciendo en un esfuerzo por ser vengativo.⁵⁰

Cuadros Añazco hace referencia a *Webster's Legal Dictionary* (tercera edición, editorial Random House, año 2007) “en el cual se describe al testigo hostil como aquel que es llamado por una parte en un caso, pero que se conoce que es amigable con la otra parte, o el que se encuentra siendo evasivo al contestar las preguntas”.⁵¹

En los fallos de los tribunales norteamericanos que se examinan a continuación se encuentra que:

Si un testigo en un caso civil o penal se vuelve antagonista o reacio de manera obvia, la parte que lo llamó, puede con la discreción de la corte, realizar al testigo preguntas sugestivas. (Criterio expuesto en el juicio del Estado de Missouri contra Sharon Kinne, que recoge a su vez otros precedentes como el del Estado contra Shelton y, el Estado contra Palmer).

Si el testigo se vuelve “hostil” y contradice “previas declaraciones y testimonio”, la corte puede permitir que la parte que lo citó contrainterrogue al testigo”. (Criterio encontrado en caso del Estado contra Bell; el Estado contra Taylor).⁵²

Si un juez decide que el testigo en el estrado está actuando como un testigo hostil, el abogado que llamó a ese testigo puede recibir permiso para formular preguntas como si estuviera interrogando al testigo. El abogado puede hacerle al testigo preguntas principales para que diga lo que el abogado quiere que diga. (Estas son las interrogantes consideradas sugestivas). El abogado también puede interrogar a su propio testigo, basándose en el contenido de la declaración previa al juicio. Si esto sucede, la declaración solo se usa como prueba del hecho de que el testigo está dando testimonio inconsistente. Esto no prueba si la información contenida en la declaración es realmente objetiva.

⁵⁰ Legal Dictionary, “Hostile witness”, *Legal Dictionary*, 14 de junio de 2017, <https://legaldictionary.net/hostile-witness/>.

⁵¹ Alfredo Cuadros Añazco, “El testigo hostil en el COGEP”, *Blog Jurídico*, 19 de agosto de 2018, <https://alfredocuadros.com/2018/08/19/el-testigo-hostil-en-el-cogep/>.

⁵² *Ibíd.*

4. Naturaleza e implicaciones jurídicas en torno a la figura del testigo hostil

El testigo hostil parece una institución jurídica sencilla de identificar o aplicar en un procedimiento, sin embargo, conlleva algunas notas de carácter técnico y -sobre todo- en la mayoría de ocasiones, su determinación queda a discreción del juez. Por lo general un testigo es declarado hostil cuando se le acusa de no aportar o no ayudar con su declaración a la parte que lo anunció como prueba, así también, porque con la nueva información que provee contradice una declaración previa al juicio, mientras se encuentra en el estrado de testigos. Cuando el abogado sospecha que el testigo es hostil presenta una solicitud al juez, ausente del jurado, pidiéndole que le permita tratarlo como testigo como hostil. Solamente si el juez está de acuerdo, entonces se informa al jurado de que el testigo ha realizado una declaración que difiere significativamente o contradice la que había hecho anteriormente. Si el testigo niega esto, se le solicita que salga del estrado.

Posterior a este hecho, se solicita a la persona que tomó la declaración anterior o previa al juicio que asista al estrado y pruebe al juez que la declaración fue efectuada. Acto seguido, se pide al testigo que regrese al estrado y se le muestra la declaración anterior para que la identifique como suya. De manera especial, se le muestra la parte en que se incurre en evidente contradicción. En este caso, si el testigo acepta que ha caído en contradicción, el juez de forma inmediata ordena al jurado que no tomen en cuenta el testimonio actual y el testigo queda desacreditado. Pero si el testigo continúa negando la contradicción, entonces su declaración es leída como evidencia. En este sentido, se lee al jurado como prueba de la existencia de una declaración contradictoria y -por ende- no prueba los hechos de la declaración. En cambio, es evidencia que muestra la credibilidad del testigo o la falta de ella.

Es importante reconocer que la finalidad de declarar a un testigo como hostil es, de alguna manera, tener la venia del juez para poder hacer preguntas sugestivas, propias del conainterrogatorio o, como lo señala el derecho norteamericano, preguntas principales. Puesto que como regla general está prohibido hacer este tipo de preguntas a un testigo propio, por cuanto se sesga la declaración y lo que se pretende es que la declaración del testigo sea imparcial, verídica y transparente.

Las reglas de evidencia prohíben a los abogados formular a sus propios testigos "preguntas principales". Una pregunta principal es aquella que entrena a un testigo guiándolo hacia la respuesta que el abogado quiere que dé. En otras palabras, las

preguntas principales "alimentan con cuchara" al testigo al poner palabras en su boca. Considere el siguiente ejemplo:

En un juicio en un asunto relacionado con un accidente automovilístico, el abogado del demandante llama a su testigo para testificar el hecho de que la luz era roja cuando el acusado se estrelló contra él. El abogado puede preguntarle a su testigo "¿de qué color era la luz?" Esto le permite al testigo testificar en base a su propia experiencia.

El abogado no puede preguntar, "¿no es cierto que la luz era roja?" La luz puede haber sido amarilla en realidad, pero el testigo aún puede sentirse presionado para testificar que era roja para apaciguar al abogado. Esta línea de preguntas puede sesgar la verdad de lo que realmente sucedió. Incluso si la luz era roja, es importante que el testigo llegue a esa conclusión por su cuenta, en lugar de que sea el abogado el que lo indujo a dar una respuesta en ese sentido. Además, el abogado de la otra parte puede oponerse a esta pregunta.

Las preguntas principales generalmente no están permitidas porque los tribunales quieren que los testigos testifiquen en función de lo que saben, en lugar de lo que su abogado les dice que digan. Se supone que los abogados deben hacer preguntas abiertas, y el testigo puede responder con respuestas sinceras. Sin embargo, las reglas cambian para un testigo que un juez declara que es "hostil". Por ejemplo, a los testigos hostiles se les pueden hacer preguntas principales con la esperanza de que tales preguntas provoquen una declaración que el testigo podría sea reacio a realizarla.⁵³

Un ejemplo de testigo hostil, probablemente el más famoso, es el de Brian (*Kato*) Kaelin, en el juicio por asesinato de O.J. Simpson⁵⁴ (de 1995), en el cual la fiscal adjunta del caso, la señora Clark, le pidió al juez que declarase al testigo como hostil; por cuanto intentó hacer quedar al testigo como incoherente y cambiante a favor del acusado y le recordó al jurado que no había podido explicar el paradero del acusado durante el tiempo en el que la fiscalía afirmaba que había matado a su esposa y al amigo de ésta.

Tanto Clark como Robert Shapiro, uno de los abogados defensores de Simpson, luego influyeron y empujaron a Kaelin para que dijera lo que cada uno de ellos quería que dijera. Clark llevó a Kaelin a admitir que Simpson estaba molesto el día de los asesinatos, por los esfuerzos de Nicole por limitar su tiempo con su hija durante su recital de baile. Simpson también estaba molesto por el vestido ajustado que Nicole aparentemente había elegido usar ese día. La intención de Clark era mostrar que el comportamiento de Simpson reflejaba la furia apasionada que podría provocar el asesinato cruel que ocurrió solo unas horas más tarde. Por el contrario, Shapiro trató de pintar el comportamiento de Simpson como trivial, para mostrarle al jurado que Simpson solo había estado bromeando.⁵⁵

Pero a medida que avanzaba el juicio el testimonio de Kaelin se hacía más dudoso y la fiscal lo confundió al proponerle alternativas a una pregunta sobre un objeto decisivo

⁵³ Legal Dictionary, "Hostile witness", *Legal Dictionary*, 14 de junio de 2017, <https://legaldictionary.net/hostile-witness/>.

⁵⁴ El texto original se encuentra en la sección anexos.

⁵⁵ Shabnam Mahlawat, "Testigos hostiles y el valor probatorio de su testimonio", *ILI Ley*, n.º 2 (2017): 3.

como la mochila negra. Mientras el abogado, Shapiro, que notaba que la fiscal intimidaba a Kaelin, se oponía a estas preguntas y procuraba restablecer la credibilidad del testigo y el favor del jurado: “¿Tienes miedo de la Sra. Clark? ¿Ella te asusta? ¿Te hace sentir incómodo? ¿Crees que te ha dado la oportunidad de hacer lo mejor y ser justo? ¿Te intimida en absoluto? Kaelin respondió que no temía a Clark, pero que sus preguntas eran aterradoras”.⁵⁶

Es preciso mencionar que hay casos en los que con anterioridad el abogado conoce que el testigo será hostil, como por ejemplo en un juicio laboral, donde el trabajador despedido intempestivamente llama como testigo a otro trabajador que a la fecha de la audiencia labora para su empleador. Es lógico suponer que por fidelidad el trabajador-testigo, por más que conozca los hechos reales, no va a declarar en contra de su empleador. Y si ello se produce, se podrá solicitar en el momento de iniciar la declaración testimonial que el juez lo declare como testigo hostil, para poder realizar las preguntas sugestivas necesarias con el propósito de dirigir la declaración y conseguir el fin deseado con este testigo.

Por otro lado, es importante tomar en cuenta esta consideración que hace Mahlawat:

It is usually believed that when a party offers to prove evidence by way of witnesses, they might end up calling those persons who actually might be persons having adverse reference for them. These witnesses under the law are said to be 'hostile' witness which the court is required to declare. A party cannot on his own declare a witness hostile, for any reason including that he has answered some questions which might not have gone in his favor in a trial. It does not discredit the witness to be hostile, or reflect upon him an impression of dishonesty, having malice or any adverse feeling. He may otherwise also not recollect the details for which he is called to testify”.⁵⁷

La traducción de esta cita queda de la siguiente manera:

Por lo general, se cree que cuando una de las partes ofrece pruebas a través de testigos, podría terminar llamando a aquellas personas que en realidad podrían ser personas que tienen referencias negativas para ellos. Se dice que estos testigos de conformidad con la ley son testigos hostiles que la corte debe declarar. Una de las partes por sí sola no puede declarar hostil a un testigo, por cualquier motivo, incluido el hecho de que haya respondido algunas preguntas que podrían no haber ido a su favor en un juicio. No se desacredita al testigo por ser hostil, ni refleja en él una impresión de deshonestidad,

⁵⁶ *Ibíd.*

⁵⁷ *Ibíd.*

malicia o cualquier sentimiento adverso. Por otro lado, también puede no recordar los detalles por los cuales está llamado a testificar.⁵⁸

De esta manera, puede colegirse que la calificación de hostil de un testigo no lo convierte en tal y que no puede declararse de esta manera a un testigo sin presentar las pruebas pertinentes; además, que lo que dicta la norma es que el propio juez es quien puede declarar hostil a un testigo. Por otro lado, declarar hostil a un testigo en el proceso civil no lleva a descubrir la verdad material, en vista de que el derecho procesal ecuatoriano exige que el juez fundamente su sentencia en la verdad procesal, así lo dispone el artículo 27 del Código Orgánico de la Función Judicial. La carga procesal de utilizar el testigo hostil es del abogado que interroga al testigo, ya que el conainterrogatorio, si se realiza correctamente, se hace para recabar información que el testigo puede aportar sin apenas darse cuenta de que lo está haciendo.

Este capítulo ha hecho un análisis sobre la búsqueda de la verdad procesal mediante la examinación de la evidencia en el interrogatorio y el conainterrogatorio de testigos en una sentencia de la justicia norteamericana en la que se hizo uso de la figura del testigo, sobre la que también se hacen algunas acotaciones conceptuales. En el último capítulo de esta investigación se analiza la prueba testimonial contemplada en el Código Orgánico General de Procesos y la incorporación que se ha hecho de la institución del testigo hostil en la legislación procesal civil ecuatoriana.

⁵⁸ *Ibíd.* (La traducción es del autor)

Capítulo tercero

La prueba testimonial en el Código Orgánico General de Procesos y la incorporación de la figura del testigo hostil en la legislación procesal civil ecuatoriana como mecanismo de garantía del debido proceso y el principio de contradicción procesal

En el capítulo anterior se estudió el uso del interrogatorio y el conainterrogatorio en la búsqueda de la verdad procesal a través del análisis de una sentencia del sistema judicial norteamericano, esta parte se centra en la prueba testimonial que contempla el Código Orgánico General de Procesos, así como la incorporación de la figura del testigo hostil en la normativa ecuatoriana, en calidad de garantía del debido proceso y de contradicción procesal. El artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador señala al debido proceso como un derecho fundamental de todo procedimiento, para lo cual determina ciertas garantías que deben ser tomadas en cuenta en el momento mismo del ejercicio procesal, dentro de este derecho se contiene otro derecho esencial que es el derecho a la defensa, que a su vez se encuentra soportado por garantías de carácter constitucional que deben ser respetadas y aplicadas en el desarrollo de los procesos judiciales.

1. La traslación del *Common Law* y sus instituciones a la legislación de América Latina

Durante las últimas tres décadas en América Latina muchos países han emprendido reformas procesales penales.

Estos códigos son, posiblemente, la transformación más profunda que los procesos penales latinoamericanos han experimentado en sus casi dos siglos de existencia. Si bien estas reformas no han sido exactamente iguales en todas estas jurisdicciones, los reformadores han descrito a estas reformas en términos similares, como una movida de un sistema inquisitivo a uno acusatorio o adversarial.⁵⁹

⁵⁹ Máximo Langer, *Revolución en el proceso penal latinoamericano: difusión de ideas legales desde la periferia* (Santiago de Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2007), 5.

Esas reformas incluyen la introducción de juicios orales y públicos, el fortalecimiento del ministerio fiscal (o su introducción) y el poner al fiscal a cargo de la investigación preliminar. Otros cambios que se han dado en este periodo se refieren a conceder más derechos a los imputados y velar por el debido proceso, fruto del garantismo penal que se ha apropiado de las normas supremas de la mayoría de los países de la región.

Es innegable que el intercambio técnico, científico y cultural que ha propiciado la globalización también ha implicado cambios y adaptaciones en el ámbito jurídico. Es lo que ha ocurrido con el *Common Law* norteamericano:

Por lo señalado, las transacciones comerciales y la variedad de negocios adelantados por Estados Unidos en una esfera transfronteriza resultaron en un acercamiento a la técnica contractual norteamericana por las demás naciones, y la necesidad de los contratantes en comprender la normatividad junto con las demás figuras que regulan su derecho. De esta forma, se puede observar un ascenso en la influencia del *common law* norteamericano rebasando fronteras y permeando diversos sistemas jurídicos, incluido el colombiano.⁶⁰

El mismo autor, el sistema de derecho común norteamericano ha tenido un fenómeno semejante al del idioma inglés, según Reyes Villamizar, “el Common Law va penetrando lenta, pero persistentemente, lo mismo en Europa continental que en América Latina o en Asia oriental y sur, no solo a causa de la riqueza y poderío de sus portadores, no tanto por su proximidad geográfica, como debido a la elementalidad y al pragmatismo de sus figuras e instituciones jurídicas”.⁶¹

Langer afirma que durante las décadas de los ochenta y los noventa del siglo pasado surgió una importante red de análisis y debate sobre el proceso penal en la región, que propugnaba la necesidad de cambiar el modelo adversarial por el acusatorio. Esta red está integrada por actores que trabajan en el sistema de administración de justicia, incluye abogados, fiscales, jueces, legisladores, estudiantes y profesores, consultores y asesores, funcionarios del Ejecutivo y de agencias internacionales: “La relación entre los miembros de la red consiste en su común involucramiento en la promoción de códigos acusatorios como una solución a los problemas de debido proceso, ineficiencia y falta de

⁶⁰ Albyn León Baquero, “La expansión del common law norteamericano en el ámbito del derecho de los negocios”, *Universidad Externado de Colombia*, 18 de febrero de 2019, <https://dernegocios.uexternado.edu.co/la-expansion-del-common-law-norteamericano-en-el-ambito-del-derecho-de-los-negocios/>.

⁶¹ Francisco Reyes Villamizar, *Derecho societario en Estados Unidos y la Unión Europea*, 4.ª ed. (Bogotá: Legis, 2013), XXV.

transparencia de los sistemas de justicia penal inquisitivos latinoamericanos”.⁶² EL objetivo de esta red es reformar los códigos del proceso judicial en todos los países de la región y direccionarlos hacia el sistema acusatorio. Como asevera Rueda de León Ordoñez:

No cabe duda que la influencia de renovar nuestro sistema mixto-inquisitivo a uno de corte acusatorio-adversarial surgió, independientemente del interés de nuestro país vecino Estados Unidos y su antiquísimo sistema anglosajón denominado *Common Law*, con el proceso penal acusatorio latinoamericano. Para ello, estimo pertinente destacar la incursión que hubo de la década de los noventa a la fecha: Guatemala (1994), Costa Rica (1998), Argentina (1999), El Salvador (1999), Paraguay (1999) y Venezuela (1999); posteriormente se incorporaron Chile (2000), Bolivia (2001), Ecuador (2001), Honduras (2002), Nicaragua (2002), Perú (2006), República Dominicana (2004) y Colombia (2005).⁶³

Reforma procesal que no solo se queda en el ámbito penal, sino que bajo este contexto se abarcan materias como laboral, niñez y adolescencia, y culmina con la vigencia de los nuevos códigos de proceso civil, que fueron implementándose en América Latina.

El Código Modelo Iberoamericano, que serviría para inspirar buena parte de los contenidos de los códigos de los distintos países de la región, en su exposición de motivos, sostiene que:

En los sistemas del *common law* la tutela de los intereses o derechos transindividuales es tradicional: el instituto de las *class actions* del sistema norteamericano, basado en la *equity* y con antecedentes en el *Bill of Peace* del siglo XVII, fue siendo ampliado adquiriendo paulatinamente un papel central en el ordenamiento. Las *Federal Rules of Civil Procedure* de 1938 fijaron, en la regla 23, las normas fundamentales rectoras de las *class actions*. Las dificultades prácticas, en cuanto a la configuración y requisitos de una u otra de sus categorías, con tratamiento procesal propio, llevaron al Advisory Committee on Civil Rules a modificar la disciplina de la materia en la revisión hecha por las *Federal Rules* de 1966, las cuales están siendo nuevamente trabajadas para eventuales modificaciones.⁶⁴

⁶² Langer, *Revolución en el proceso penal latinoamericano: difusión de ideas legales desde la periferia*, 41.

⁶³ Rogelio Rueda de León Ordoñez, “La actuación de los operadores en el Sistema Acusatorio Adversarial”, en Consejo de la Judicatura Federal, *El nuevo Sistema de Justicia Penal Acusatorio, desde la perspectiva constitucional* (Ciudad de México: Consejo de la Judicatura Federal, 2011), 145-58..

⁶⁴ Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, *CÓDIGO Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica*, Caracas, 28 de octubre de 2004, 2.

En Ecuador la posibilidad de usar el testigo hostil, una de las figuras distintivas del sistema *Common Law*, se concreta en la entrada en vigencia del Código Orgánico General de Procesos (2015), que de acuerdo a la disposición final segunda entrará en vigencia luego de transcurridos doce meses, contados a partir de su publicación en el Registro Oficial. Esto es, que la figura del testigo hostil está vigente desde el 22 de mayo del 2016. De acuerdo a lo que sostiene Enríquez:

En la legislación adjetiva no penal ecuatoriana derogada no existía ninguna regulación positiva acerca del testigo hostil. Una de las modificaciones importantes del COGEP que moderniza nuestro sistema procesal es justamente la estipulación del testigo hostil, cuestión no menor que se agradece, puesto que esta herramienta va a ser sumamente útil para descubrir la verdad en aquellos casos en los que el testigo en un caso sea hostil por cualquier tipo de razón a la parte que lo convocó.⁶⁵

Declarar hostil al testigo le permitirá al abogado que interroga someter a éste a un conainterrogatorio en el que mediante preguntas sugestivas llegue a establecer la verdad procesal de acuerdo a la teoría del caso que está defendiendo.

2. El derecho al debido proceso en la perspectiva constitucional ecuatoriana

El debido proceso es el conjunto de derechos garantías constitucionales que se considera más importante para la legitimación de las labores de la administración de justicia, tal y como sostiene Armienta:

Todo proceso o procedimiento jurisdiccional (donde hay dos partes: demandado y demandante) debe de ser justo y cumplir con los mínimos requerimientos que marcan las convenciones internacionales. En este caso, a América Latina le corresponde cumplir con el Tratado Interamericano de Derechos Humanos... Entonces, en síntesis, debe de ser un proceso justo: esa es la característica del debido proceso.⁶⁶

El debido proceso se encuentra recogido en la Constitución de la República del año 2008, desarrollado abiertamente dentro de los denominados derechos de protección, y es considerado un derecho básico de todo proceso que contiene algunas garantías y reglas que vienen a constituirse en los instrumentos jurídicos que permiten tutelar los

⁶⁵ Oscar Enríquez, "El testigo hostil", *Diálogos Judiciales*, n. ° 4 (enero-junio de 2017): 87-92.

⁶⁶ Eddy de la Guerra, "Gonzalo Armienta: El debido proceso es un derecho humano", *Boletín Electrónico Spondylus*, 3 de mayo de 2017, <https://www.uasb.edu.ec/web/spondylus/contenido?gonzalo-armienta-herandez-la-caracteristica-del-debido-proceso-es-que-debe-ser-justo>.

derechos que dentro de un juicio o proceso se exponen; pues uno de los deberes fundamentales del Estado es respetar en forma eficaz y permanente los derechos humanos de sus ciudadanos; para de esta manera cumplir con el fin del derecho, que es buscar la justicia y la paz social.

El debido proceso es un derecho fundamental contenido de principios y garantías que son indispensables de observar en diversos procedimientos para que se obtenga una solución sustancialmente justa, requerida siempre dentro del marco del estado social, democrático y de derecho. Es un derecho de toda persona a participar en un procedimiento dirigido por unos sujetos con unas cualidades y funciones concretas, desarrollado de conformidad con las normas preestablecidas en el ordenamiento jurídico, en los que se debe decidir conforme al derecho sustancial preexistente, siempre y cuando se dé la oportunidad de oír o escuchar a todos los sujetos que puedan ser afectados con las resoluciones que allí se adopten.⁶⁷

En una revisión histórica de la aplicación del derecho se puede observar cómo el debido proceso se ha ido diseñando en las diferentes épocas de convivencia social, pues es de esta forma que, por ejemplo, en el libro de la Biblia denominado “El Deuteronomio”, se señalan varios principios en materia penal sobre el debido proceso, y entre ellos el de presunción de inocencia, al disponer ya en aquella época que mínimo debe haber dos testigos para comprobar la responsabilidad del acusado.

El texto normativo antiguo, el Código de Hammurabi (1729-1750 a. C.), en su artículo 13 decía que, si los testigos de algunos de los litigantes no estuviesen a mano, los jueces le señalarían un plazo de seis meses para presentarlos, y si al término del sexto mes no los presentaba, perdería el proceso.

El origen del debido proceso se encuentra en el derecho anglosajón, teniendo en cuenta el desarrollo del principio *due process of law*: El antecedente histórico más significativo se remonta al siglo XIII, cuando los barones normandos presionaron al rey Juan Sin Tierra a la constitución de un escrito conocido con el nombre de la Carta Magna (año 1215) que en su capítulo XXXIX, disponía sobre la prohibición de arrestar, detener, desposeer de la propiedad o de molestar a ningún hombre libre, salvo “en virtud de enjuiciamiento legal de sus pares y por la ley de la tierra”. Desde el juego limpio se exige igualmente un *fair trial*, es decir, un juicio limpio. A partir de entonces, y hasta la fecha, en la tradición correspondiente al *common law* se ha presentado un desarrollo jurisprudencial y doctrinal bien prolijo; tradición en la que deben tenerse en cuenta países que recibieron el influjo del derecho inglés como es el caso de Estados Unidos de América.⁶⁸

⁶⁷ Martín Agudelo Ramírez, “El debido proceso”, *Opinión jurídica*, vol. 4, n. ° 7 (2005): 89.

⁶⁸ *Ibíd.*, 91.

Es de esta forma que la Carta Magna, expedida en Inglaterra por el rey Juan Sin Tierra en el año 1215, instituye el debido proceso como una columna primordial para proteger la vida, la libertad, la propiedad y el honor como derechos inalienables e inherentes a los ciudadanos romanos mas no a los esclavos.

Las enmiendas quinta (1791) y decimocuarta (1868) de la Constitución Federal de los Estados Unidos de América tratan sobre el debido proceso. Dichas normas señalan, que todo ciudadano tiene el derecho a ser juzgado por una autoridad competente, imparcial, en igualdad de condiciones y sin dilaciones indebidas.⁶⁹

No obstante, la formación del debido proceso se sustentó fundamentalmente en la declaración de Derechos de Virginia (1776), Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, adoptada por la Asamblea Nacional Constituyente de 1789.

Bajo toda esta influencia, los Estados vieron la necesidad de crear normas de carácter universal y aplicadas como fundamentos de convivencia racional, pacífica, inherentes a la condición humana; es así que se elabora la Declaración Universal de los Derechos Humanos el 10 de diciembre de 1948, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales del 4 de noviembre de 1950, y, específicamente en el Ecuador las Constituciones de 1998 y la del 2008, que señalan el derecho a un juicio justo, a un proceso equitativo, es decir, el derecho a un debido proceso en todos los procesos que se tramitan en el Ecuador, bajo la legislación constitucional y procesal vigentes.

Es así que el artículo 169 de la Constitución de la República del Ecuador dispone que: “El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades”.⁷⁰

El adjetivo *debido* se relaciona con lo justo, pues, como el artículo anteriormente descrito lo dice, es un medio o un instrumento materializado no solo en la Constitución, sino también en las normas inferiores de procedimiento, lo que permite la realización de la justicia a la vez que posibilita hacer efectivos los derechos de una forma equilibrada entre la verdad y lo que es justo para cada uno.

⁶⁹ Quirantes, “La Constitución de los Estados Unidos”.

⁷⁰ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 169.

En el caso del proceso jurisdiccional, el debido proceso incorpora la exigencia del cumplimiento de requisitos y condiciones formales que, en términos de racionalidad práctica, posibilitan la consecución de metas concretas como la vigencia de un orden social justo que tenga por fundamento la dignidad humana. En ordenamientos jurídicos contemporáneos, como el alemán, la regulación de los referidos requisitos emanados del garantismo constitucional, se ha entendido como desarrollo del presupuesto de un procedimiento justo (“fair trial”) principio que significa que cada partícipe del procedimiento tiene derecho a que se desarrolle un procedimiento justo. Desde dicho presupuesto el juez tiene el deber de no conducir el procedimiento contradictoriamente, derivando perjuicios de errores u omisiones propias para las partes -está obligado a tener consideración frente a los partícipes del procedimiento y su concreta situación- no supeditación a un formalismo excesivo; justa aplicación del derecho de prueba de la distribución de la carga de la prueba y la prohibición de exigencias irrazonables en la dirección de la prueba; igualdad de oportunidades, que se le dé en general oportunidad a las partes de expresarse (el derecho a ser oído legalmente por el juez). El debido proceso permite que el proceso incorpore las referidas aspiraciones de derecho justo, exigiendo el desarrollo de unos procedimientos equitativos en los que sus participantes deben ser escuchados en términos razonables. Se revela así un gran instrumento tutelar de participación, encaminado a brindar tutela concreta o protección jurídica de los derechos sustantivos sin consumir el imperio de los fuertes sobre los más débiles. El debido proceso es el derecho fundamental que posibilita que el proceso sitúe a las partes, que buscan protección de sus derechos en una perfecta situación de igualdad, procurando convivencia pacífica en una comunidad que reclama de un sólido acto de juzgar, por medio de un reconocimiento mutuo.⁷¹

En la Constitución de la República del Ecuador se le otorga al Estado la responsabilidad de velar por el cumplimiento de los derechos de los ciudadanos, pues así determina el numeral 9 del artículo 11 de la Constitución, que dice: “El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución. El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso”.⁷²

Los principios y reglas del debido proceso son:

1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.
2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.
3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Solo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.

⁷¹ Agudelo Ramírez, “El debido proceso, 92.

⁷² Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 11, num. 9.

4. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria.
5. En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora.
6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.
7. El derecho de las personas a la defensa, que a su vez desarrolla ciertos principios aplicables.
 - a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.
 - b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.
 - c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.
 - d) Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento.
 - e) Nadie podrá ser interrogado, ni aún con fines de investigación, por la Fiscalía General del Estado, por una autoridad policial o por cualquier otra, sin la presencia de un abogado particular o un defensor público, ni fuera de los recintos autorizados para el efecto.
 - f) Ser asistido gratuitamente por una traductora o traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma en el que se sustancia el procedimiento.
 - g) En procedimientos judiciales, ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público; no podrá restringirse el acceso ni la comunicación libre y privada con su defensora o defensor.
 - h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.
 - i) Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto.
 - j) Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo.
 - k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto.
 - l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.
 - m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.⁷³

El debido proceso alude a la existencia de un procedimiento desarrollado de conformidad con pautas mínimas, con la finalidad de que se posibilite la defensa, para que finalmente se emitan decisiones justas y en derecho. Eso significa que el juez debe oír a las partes, que hay que dar a cada parte la ocasión de tomar posición respecto de todas las alegaciones de la parte contraria, de refutar todo aquello que -según su opinión- sea pertinente hacerlo, y de explicar el tipo de juicio que en su criterio hay que decírsele. Desde este parámetro se verifica el desarrollo de un procedimiento equitativo, con la participación de las personas interesadas, en un término razonable, y en el que el juez

⁷³ *Ibíd.*

debe tomar una decisión sobre el asunto puesto en conocimiento en un tiempo también razonable, evitándose en todo caso la dilatación o demora injustificada del procedimiento.

El derecho a ser oído implica la posibilidad de otorgar a las partes procesales las mismas oportunidades de defensa, aquí se aplica en su integridad el principio del derecho de defensa o de contradicción, desde el cual se exige que los sujetos participantes en el proceso sean notificados con anticipación y de forma razonable para que puedan ser oídos. Debe dársele al demandado la posibilidad de ejercer la defensa, con oportunidad, para impedir así el ámbito de la sorpresa.

Los sujetos que participan en una relación de orden jurisdiccional tienen idénticas posibilidades de ejercer sus derechos para defenderse, para controvertir las afirmaciones y negaciones sostenidas en el correspondiente debate procesal y para cuestionar las pruebas incorporadas, la legalidad de las formas o el principio del formalismo. La pretensión procesal, desde el punto de vista constitucional, encuentra su fundamento normativo en el núcleo del debido proceso, pues se sustenta en una tutela concreta, consistente en el reclamo que se le dirige al juez para que aplique el derecho resolviendo un litigio y termine con un estado de incertidumbre o insatisfacción.

Dentro de este contexto garantista del debido proceso debe reconocerse igualmente la importancia de la publicidad, del derecho de impugnación, de la asistencia de un abogado, del derecho de aportar pruebas lícitas y legítimamente obtenidas, el derecho de controvertir las pruebas y la exigencia de motivación de las decisiones emitidas por el juez del correspondiente procedimiento. También se reconoce la presunción de inocencia, el derecho a un proceso público sin dilaciones injustificadas, la prohibición de autoincriminación.

En cuanto a las pruebas, deben tener relación con el objeto del debate procesal y su producción ha de estar condicionada por la proporcionalidad en atención a los límites que se imponen desde los derechos fundamentales comprometidos. Finalmente, se debe hacer énfasis en la importancia de la motivación responsable de las decisiones judiciales, permitiendo la fundamentación y un control claro de los pronunciamientos que sean emitidos en sede de jurisdicción que deben ser congruentes y en derecho.⁷⁴

⁷⁴ Agudelo Ramírez, “El debido proceso”, 96.

3. El principio procesal de contradicción como pilar del derecho a la defensa

En derecho procesal este principio, llamado también de bilateralidad o de controversia, deriva de la cláusula constitucional que consagra la inviolabilidad de la defensa en juicio de la persona y de sus derechos. En general, implica la prohibición de que los jueces dicten alguna resolución sin que previamente hayan tenido oportunidad de ser oídos quienes pudieran verse directamente afectados por ella. Sobre esa idea fundamental las leyes procesales estructuran los denominados actos de transmisión o comunicación, como son los traslados, las vistas y las notificaciones.⁷⁵

Couture sostenía que “El principio de bilateralidad de la audiencia consiste en que, salvo situaciones excepcionales establecidas en la ley, toda petición o pretensión formulada por una de las partes en el proceso, debe ser comunicada a la parte contraria para que pueda ésta prestar a ella su consentimiento o formular su oposición”.⁷⁶ Para otro autor, Palacio, el “principio de contradicción es aquel que prohíbe a los jueces dictar alguna resolución sin que previamente hayan tenido oportunidad de ser oídos quienes pudieran verse directamente afectados por ella”.⁷⁷

Y sobre el régimen de la bilateralidad, el tratadista Alsina señala, que el mismo “establece que todos los actos de procedimiento deben ejecutarse con intervención de las partes; e importa la “contradicción (derecho a oponerse a la ejecución del acto) y el contralor (derecho a verificar su regularidad)”.⁷⁸ De este modo, se puede colegir que el principio de bilateralidad presupone y exige la participación de ambos litigantes en los actos de instrucción de un proceso, es decir, en aquellos que aportan al juicio el material de conocimiento, los cuales, en términos generales están representados por las alegaciones y las pruebas, para cuya realización se deben brindar a las partes iguales posibilidades.

El principio de bilateralidad o contradicción presupone que cada parte debe tener conocimiento de la pretensión de su contrincante, gozar del derecho de defensa, poder controlar los actos procesales propios y ajenos; y, en general, tener la ocasión suficiente de participación útil en el proceso, que es a lo que se llama carga procesal.

⁷⁵ Enciclopedia Jurídica, “Principio de contradicción”, 2019, <http://www.encyclopedia-juridica.com/d/principio-de-contradicc%C3%B3n/principio-de-contradicc%C3%B3n.htm>.

⁷⁶ Eduardo Couture, *Fundamentos de derecho procesal civil* (Buenos Aires: Depalma, 1993), 183.

⁷⁷ Lino Palacio, *Derecho procesal civil*, t. I (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1975), 263.

⁷⁸ Hugo Alsina, *Tratado teórico-práctico de derecho procesal civil y comercial* (Buenos Aires: Ediar, 1963), 465.

Este principio está presente en todo el trámite del proceso y en todas las instancias que puedan componerlo, es decir, en los actos de proposición (demanda y contestación), en la producción de las pruebas propias así como en las ofrecidas por la parte contraria; en las alegaciones sobre el mérito de la prueba; y luego de dictada la sentencia de primera instancia, en la fundamentación de los agravios y sus contestaciones en las instancias ulteriores (si las hay), como también en la producción de las pruebas en aquellos supuestos en que el ordenamiento procesal lo permita en estas nuevas instancias, y luego en las alegaciones sobre su mérito.

A efecto de hacer efectivo el principio de contradicción, resulta de particular importancia el sistema de notificaciones, la citación y el emplazamiento, los traslados y vistas. Siguiendo el desarrollo de un proceso, se pueden señalar los siguientes procedimientos del principio de contradicción:

- Toda demanda debe citarse al demandado, de conformidad a las formas establecidas en la ley, y a quien se lo emplace debe otorgársele un plazo razonable) para que comparezca y la conteste.
- Al demandado se lo cita a comparecer, y es su carga procesal contestar la demanda o no.
- Debe tratarse de una citación regular y válida conforme a derecho.

Con relación a las pruebas el principio de contradicción es esencial en su producción para que puedan oponerse a su admisibilidad, controlar su producción en caso de admitírsela o plantear su nulidad en los supuestos en que tuviera un vicio. Después de producidas las pruebas las partes deben tener iguales posibilidades de exponer sus conclusiones sobre su resultado. Se trata de los denominados alegatos. Asimismo, toda resolución judicial debe ser notificada a las partes, las que deben tener iguales posibilidades de impugnarla a través de los recursos pertinentes.

4. El contrainterrogatorio y las preguntas sugestivas

El contrainterrogatorio es el cuestionario que la otra parte hace al testigo que se ha anunciado o llevado al juicio. Es preciso aclarar que el contrainterrogatorio está limitado al interrogatorio que contestó el testigo con anterioridad, es de esta forma que el objeto del contrainterrogatorio se constituye en el ataque a la credibilidad del testigo, en

aportar aspectos que la otra parte evidenció y que pueden ser importantes para su teoría del caso y, además, desvirtuar, en caso de ser posible, la teoría del caso de la contraparte.

Es decir, el contrainterrogatorio es el interrogatorio que se hace al testigo de la contraparte, y en este sentido emerge de su contexto una gran dificultad, puesto que en el caso del interrogatorio directo el abogado debería haber tenido contacto inmediato con sus testigos, pudiendo de esta forma preparar sus testimonios, mientras que en el contrainterrogatorio el abogado no tiene esa posibilidad y -por lo tanto- no puede ordenar de forma anticipada la información. Durante las audiencias es indispensable estar muy atento y concentrado en la declaración del testigo y examinar si la información ofrecida afectó en algún grado la teoría del caso que se está elaborando, si es así debe establecerse de forma instantánea, una ruta y una estrategia para que se logre desvirtuar los hechos ofrecidos en la declaración o atacar la credibilidad del testigo como tal. Sirve de mucho la información que haya dado al abogado su cliente respecto de los testigos que ha anunciado presentar la contraparte.

Como sostiene Rua: “Toda nuestra actividad en el juicio oral está unida teleológicamente a nuestra hipótesis del caso. De modo tal, que cuando nos planteamos qué objetivo buscamos con el contraexamen, estamos preguntándonos concretamente, qué buscamos obtener que sea favorable a nuestra teoría del caso”.⁷⁹ Bunge, igualmente, manifiesta que “el objeto del contrainterrogatorio es la averiguación de la verdad. Por medio de ella se testea la veracidad y credibilidad del testigo”.⁸⁰

Considerado el objeto del contrainterrogatorio, se denota la importancia de esta herramienta de litigación oral, inclusive puede constituirse en una de las pruebas concluyentes y decisorias. Es por ello que se debe tener en cuenta que el derecho a contrainterrogar al testigo de la contraparte es fundamental, consagrado como derecho y garantía del debido proceso y como una de las facetas del principio de contradicción.

Por otro lado, en la definición se entiende con claridad qué significa el contrainterrogatorio, pero lo verdaderamente importante es determinar su extensión y su alcance.

La principal cuestión referida a este problema es hasta dónde llega el examen en la repregunta, es decir, si debe limitarse las cuestiones acerca de las cuales el testigo ha declarado en el examen directo, se puede extender hacia otras cuestiones del caso. Aquí juegan dos reglas: la regla inglesa, que es la más amplia, por la cual se puede extender el

⁷⁹ Rua, *Examen directo de testigos*, 42.

⁸⁰ Bunge, *Cross Examination*, 46.

interrogatorio hacia todos los tópicos vinculados con el caso, aunque no fueran objeto de la deposición del testigo en su examen directo, y la regla americana -que prevalece en la mayoría de las jurisdicciones de la Unión- que confina al contrainterrogatorio a los temas surgidos de la declaración del testigo en su examen directo. La regla general, sin embargo, es la discrecionalidad del tribunal y sólo en el caso de claro abuso de dicha discrecionalidad que cause un perjuicio demostrable hacia la parte agraviada es que interferirá un tribunal revisor. La discrecionalidad del tribunal en este tema ha sido caracterizada como amplia. La jurisprudencia ha sostenido que es de la esencia del juicio justo que se le otorgue una razonable amplitud al repreguntador, aunque el mismo no pueda afirmar qué hechos podrían surgir de una razonable repregunta; ésta es la otra cara de la discrecionalidad de la Corte.⁸¹

El contrainterrogatorio no es un buen ámbito para la improvisación, es la oportunidad de que, entre una pregunta u otra, se consiga alguna respuesta favorable. Cuando se realiza alguna pregunta en el contrainterrogatorio es porque ya se conoce la respuesta. Si esto no es así, se debe cuestionar por qué motivo se interroga a un testigo que tiene visión contraria a la teoría del caso si no se conoce la respuesta que dará. Es importante fijar un objetivo, no apartarse en ningún momento de su teoría del caso. La planificación del contrainterrogatorio debe hacerse pensando en los alegatos finales. Teniendo claridad en lo que se va a concluir se puede trazar un contrainterrogatorio efectivo. En tal sentido, es fundamental conocer que el contrainterrogatorio puede ser corto, tratar solo unos temas centrales, innegables y de poco riesgo. El hecho que sea extenso el contrainterrogatorio no da certeza de su efectividad, por el contrario, puede ser riesgoso en cuanto se puede conseguir más información favorable para la contraparte, o bien puede repetir el interrogatorio con el formato de preguntas sugestivas, hecho que no sirve para nada.

La eficacia del contrainterrogatorio se mide en el tipo de cuestionario que se prepara, el que tendrá en su mayoría preguntas sugestivas, por no decir que todas las interrogantes deben tener esa característica. Pues en esta categoría de preguntas radica la efectividad y procedibilidad del contrainterrogatorio, a diferencia del interrogatorio o examen directo. Sin preguntas sugestivas no hay contrainterrogatorio, pues este es el único mecanismo que permite un genuino acto contradictorio entre las partes. De lo anotado, debe mencionarse que se conocen dos tipos de preguntas sugestivas:

- Las preguntas sugestivas de un solo punto.
- Las preguntas sugestivas secuenciales.

⁸¹ *Ibíd.*, 49.

Las preguntas sugestivas deben incluir solo un hecho por pregunta, y ello por varias razones. En primer lugar, una pregunta sugestiva que contenga varios puntos o hechos en un mismo enunciado tiene alta posibilidad de objeción del abogado de la otra parte al ser compuesta. Las preguntas compuestas están prohibidas, tanto en el interrogatorio como en el contrainterrogatorio, por cuanto con su formulación se introduce información de muy baja calidad, al generar confusión en la posible respuesta: un ejemplo puede ser: ¿Es cierto que usted consumió crack unos minutos antes de ser atacada?

La pregunta descrita es objetable, toda vez que presenta varios hechos en su enunciado (punto uno: Denisse consumió crack; punto dos: Denisse fue atacada; punto tres: el consumo fue anterior al ataque; punto cuatro: hubo una diferencia de pocos minutos entre un episodio y otro). Así, si Denisse responde que sí, o que no, no queda claro si la respuesta incluye o no todas esas afirmaciones.

Pero aun sin ser objetada, no es recomendable la formulación de preguntas compuestas en el contrainterrogatorio por razones puramente estratégicas. No se quiere no es que el tribunal o jurado se confunda con tanta información, de modo tal que no pueda tener una imagen clara de lo que queremos transmitirle. Se pretende (y se debe) guiarlos de a poco, escena por escena (a través de la técnica de *freezing* o congelamiento), manteniendo el dominio y control del testigo, por un lado, y a su vez por el otro lado, desmenuzando la información para que el tribunal la perciba lentamente, conociendo la historia y que así pueda trasladarse mentalmente al lugar de los hechos. Para ello no hay mejor receta que la formulación de preguntas cortas.

Es necesario recordar que cada respuesta que dé el testigo será una proposición fáctica que se habrá logrado introducir y que se utilizará en el alegato de clausura. Así, a la pregunta ¿es cierto que usted consumió crack unos minutos antes de ser atacada?, se la puede reformular de la siguiente forma, generando una imagen más nítida:

P: Usted consumió crack, ¿no es cierto?

R: Sí.

P: De hecho, ¿lo hizo en el pasaje Kidman 229?

R: Sí.

P: ¿El día que fue atacada?

R: Sí.

P: ¿Y el consumo fue anterior al ataque?

R: Sí.

P: Exactamente unos minutos antes de ser atacada ¿no es verdad?

R: Sí.⁸²

Las preguntas sugestivas deben ser secuenciales, es preciso que vayan desde lo general hacia lo específico, de modo que vayan generando la imagen en el tribunal y, así, tener mayor dominio de la situación frente al testigo. Realizar un conainterrogatorio a través de preguntas sugestivas y secuenciales se asimila a contar una historia pasando cuadro por cuadro, en forma lenta y pausada. De eso se trata un conainterrogatorio, de presentar nuestros hechos a través de preguntas sugestivas y secuenciales.

Es necesario insistir que las preguntas sugestivas, son aquellas que “en su estructura brindan la información de manera anticipada al testigo, para que éste, a través, de su respuesta, únicamente proceda con ratificar esa información, ya sea aceptando o negando”.⁸³ En una pregunta de este tipo lo que se debe sugerir es aquello que el testigo no ha dicho aún, ya que si no es así, no son sugestivas. “Las llamadas preguntas sugestivas aprovisionan información al testigo, siendo su finalidad alcanzar la respuesta que se desea. Es decir, el que realiza las interrogaciones agrega a la pregunta, ya sea directa o implícitamente, una información para que el testigo pueda acoger en su respuesta”.⁸⁴ Es directa cuando en la pregunta se comprende la respuesta, y es implícita si en la interrogación se sugiere indirectamente la respuesta. Cabanellas de Torres, por su parte, considera que son sugestivas las preguntas “que contienen en sí la respuesta que a las mismas ha de darse; ya en forma directa, en que se denominan claras, o de modo encubierto”.⁸⁵

Autores como Calderón y Picado afirman las preguntas sugestivas son preguntas cerradas, por lo que no es “recomendable su uso cuando se quiere extraer información del testigo”.⁸⁶ García Calizaya no está de acuerdo, y no concuerda y asevera que “las preguntas sugestivas no son nada más que aquellas que introducen información no aportada por el testigo, no son aquellas que se contestan con sí o con no”,⁸⁷ aunque es cierto estas son las más comunes y las que mayor sugestividad tienen, lo cual no quiere decir que sean las únicas.

⁸² Rua, *Examen directo de testigos*, 82.

⁸³ Carmelo García Calizaya, “Las preguntas sugestivas en el interrogatorio y el conainterrogatorio”, *Derecho y Cambio Social*, n.º 58 (octubre-diciembre de 2019): 386-98.

⁸⁴ *Ibíd.*

⁸⁵ Guillermo Cabanellas de Torres, *Diccionario jurídico elemental* (Buenos Aires: Heliasta, 2002), 315.

⁸⁶ Calderón, Ana y Carlos Picado, *Cómo litigar. Técnica y estrategia procesal*, (Lima: Universidad de San Marcos, 2017), 233.

⁸⁷ García Calizaya, “Las preguntas sugestivas en el interrogatorio y el conainterrogatorio”, 389.

En cambio, las preguntas abiertas se definen como interrogantes que no exigen respuestas tipo. Según Rincón Gómez, esta “no obliga a escoger entre un conjunto fijo de alternativas, es de respuesta libre, por eso, según la naturaleza de la pregunta y el interés de la persona, las repuestas varían mucho en cuanto a su extensión y profundidad”.⁸⁸ El uso de esta modalidad de preguntas, en determinadas ocasiones, se justifica gracias a las ventajas que ofrecen. De acuerdo a Álvarez Esteban, en un primer enfoque, generalmente se ha asumido que los cuestionarios con respuestas abiertas permiten obtener una mayor riqueza en la información.⁸⁹ “Un segundo enfoque sobre la utilización de este tipo de preguntas estaría relacionado con el control y depuración de la información recogida tradicionalmente en un cuestionario. Correspondería al ¿por qué? que frecuentemente encontramos detrás de una pregunta con respuesta cerrada.⁹⁰ Se sabe que una de las formas más frecuentes de error en la recogida de información es una respuesta forzada del entrevistado cuando no entre las opciones no se halla lo que piensa o conoce.

Las preguntas cerradas, en cambio, son el caso opuesto de las abiertas, en estas el testigo “solo debe de responder con determinadas palabras, focalizando en un aspecto específico del relato, lo cual es indispensable para que nuestro testigo tenga credibilidad”.⁹¹ Un ejemplo de pregunta cerrada sería: ¿De qué color era el vehículo que conducía la persona acusada?

A continuación, se presenta un ejemplo de las preguntas sugestivas secuenciales:

P: Denisse, quiero que hablemos sobre la iluminación del lugar

(Con el título ubicamos al tribunal en la línea de fuego)

P: Cuando usted. fue atacada, ¿era de noche?

R: Sí

P: Precisamente eran las 2:40 de la madrugada, ¿no es verdad?

R: Si, aproximadamente era esa hora

P: Había llovido, ¿no es verdad?

R: Así es.

P: ¿Era una noche oscura?

R: Sí

P: Ud. ingreso al pasaje Kidman 229 ¿no es así?

⁸⁸ William Rincón Gómez, “Preguntas abiertas en encuestas ¿cómo realizar su análisis?”, *Comunicaciones en Estadística*, vol. 7, n. ° 2 (diciembre de 2014): 141.

⁸⁹ Ramón Álvarez Esteban, “Las preguntas de respuesta abierta y cerrada en los cuestionarios. análisis estadístico de la información”, *Metodología de Encuestas*, vol. 5, n. ° 1 (2003): 46.

⁹⁰ *Ibíd.*

⁹¹ Catalina Ramírez Hernández y Isaura Arguelles Azuara, “El interrogatorio en el nuevo proceso penal acusatorio”, Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo, accedido 27 de abril de 2020, <https://www.uaeh.edu.mx/scige/boletin/huejutla/n9/e3.html>.

R: Sí

P: El pasaje Kidman es un pasillo largo que lo lleva a varios departamentos ¿no es verdad?

R: Sí

P: El pasillo tiene aproximadamente unos quince metros hasta llegar a una escalera ¿no es verdad?

R...

P: Si quiere le puedo refrescar la memoria con su declaración previa o con la inspección ocular realizada y ya incorporada al juicio

R: Sí, aproximadamente son quince metros.

P: Luego viene una escalera, de un tramo.

R: Sí

P: Con unos veinte escalones aproximadamente ¿no es así?

R: Sí, entiendo que si

P: Y en la parte más alta de la escalera ¿había una lámpara eléctrica?

R: Sí

P: No hay ventanas en el pasillo

R: No, no las hay

P: Tampoco hay ventanas en las escaleras

R: No

P: No hay otra iluminación artificial en el lugar, ¿no es así?

R: Efectivamente

P: Solo esa lámpara eléctrica

R: Sí

P: ¿Distante a unos quince metros?

R: Sí

P: Y usted nos dijo que fue agredida en la parte media del pasillo

R: Sí.⁹²

Un interrogatorio de muy buen nivel se halla en la película *A Few Good Men*, del director Rob Reiner, que en España se conoce con el nombre de *Algunos hombres buenos* y en América Latina se llama *Cuestión de honor*. Cuenta con una plantilla de actores consagrados: Tom Cruise, Jack Nicholson, Demi Moore, Kiefer Sutherland, Kevin Bacon y Kevin Pollak, e incluye algunas de las escenas más potentes sobre interrogatorio y conainterrogatorio.

En este filme se encuentra un ejemplo claro de preguntas sugestivas y de lo que se puede considerar un testigo hostil. Dos abogados defienden a dos marines, quienes cumplían funciones en la Bahía de Guantánamo. Para el abogado acusador son responsables por haber matado a su compañero, el soldado William Santiago; en cambio ellos sostienen que solo cumplieron órdenes del coronel Nathan R. Jessep para castigar a su compañero por haber infringido el código de honor del Cuerpo de Marines, y que la muerte del soldado William Santiago fue un accidente. La defensa se enfrenta a varias

⁹² *Ibíd.*, 86.

dificultades para averiguar la verdad por las trabas que pone el coronel Nathan R. Jessep, dentro de la investigación. En el examen directo, realizado por la defensa a un testigo hostil, pretende demostrar que en realidad hubo una orden suya, conocida en la jerga militar como clave roja, para que golpearan al soldado William Santiago.

Los aspectos más importantes del interrogatorio se detallan a continuación; el interrogatorio completo se encuentra en los anexos.

Abogado P: Coronel, ¿en esa reunión dio usted al teniente Kendrick una orden?
 Testigo R: Dije a Kendrick que ordenara a sus hombres que no tocaran a Santiago.
 Abogado P: ¿Y dio también una orden al coronel Markinson?
 Testigo R: Ordené a Markinson que transfiriera a Santiago de la base de inmediato.
 Abogado P: ¿Por qué?
 Testigo R: Su vida podía peligrar si se sabía el contenido de la carta.
 Abogado P: ¿Usted dijo que ordenó al teniente Kendrick que dijera a sus hombres que Santiago no debía ser tocado?
 Testigo R: Es verdad.
 Abogado P: Cuando el teniente habló con el pelotón y les ordenó que no tocaran a Santiago, ¿tal vez lo ignoraron?
 Testigo R: No, señor. Seguimos las órdenes, o las personas mueren. Así de simple.
 Abogado: Coronel ¿Por qué era necesario transferirlo de la Base?
 Testigo R: Santiago era un marino muy deficiente y lo iba a transferir.
 Abogado: No es lo que dijo. ¿Usted dijo que sería trasferido por estar en grave peligro?
 Testigo R: Es correcto.
 Abogado P: ¿Por qué dio dos órdenes, coronel?
 Testigo R: Algunas veces los hombres toman el problema en sus manos.
 Abogado: No, señor. Usted dijo hace un momento que sus hombres obedecen. Sus hombres obedecen o las personas mueren. Santiago no debió estar en peligro ¿Verdad, coronel?
 Testigo R: Tú, pedazo de imbécil.
 Abogado: ¿Si el teniente Kendrick dio la orden de que Santiago no fuera tocado por qué debía ser transferido? ¿El teniente ordenó la clave Roja porque eso es lo que usted dijo al teniente Kendrick que hiciera? ¿Ordenó usted la clave roja?
 Juez: No tiene por qué responder a esa pregunta.
 Testigo R: Responderé la pregunta. ¿Quiere respuestas?
 Abogado: Quiero la verdad.
 Testigo R: No sabe qué hacer con la verdad. Santiago murió y es trágico, usted no quiere la verdad. No sabe qué hacer con la verdad. No tengo ni el tiempo ni el deseo de explicar mi conducta. Sería mejor que me deje en paz.
 Abogado P: ¿Ordenó usted la clave roja? ¿Ordenó usted la clave roja?
 Testigo R: Por supuesto que la ordené.⁹³

⁹³ Rob Reiner, *A Few Good Men* (Estados Unidos: Castle Rock Entertainment, 1992. DVD)

5. Naturaleza y condiciones de la prueba testimonial en el Código Orgánico General de Procesos

La prueba en todas las épocas ha desempeñado un papel de indiscutible trascendencia dentro de las relaciones jurídicas procesales y ha ido evolucionado a través del tiempo. El derecho procesal no puede subsistir sin ella, ya que es trascendental para demostrar los derechos de una persona. Mensías Pavón afirma que “La prueba tiene la finalidad de proporcionar al juez o tribunal el convencimiento necesario para tomar una decisión acerca del litigio. No bastan las alegaciones de las partes. Se puede manifestar que la prueba es el camino para llegar a la verdad.”⁹⁴

El Código Orgánico General de Procesos, en el artículo 158, señala: “La prueba tiene por finalidad llevar a la o al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias controvertidos”.⁹⁵ Y el artículo 162 del Código Orgánico General de Procesos dispone: “Deben probarse todos los hechos alegados por las partes, salvo los que no se requieran (...). La o el juzgador no podrá aplicar como prueba su conocimiento propio sobre los hechos o circunstancias controvertidos”.⁹⁶

Por este motivo, la prueba es fundamental para ejercer los derechos dentro de un proceso judicial, sin prueba el juez no podrá corroborar las pretensiones del actor o las excepciones del demandado. Toda demanda debe estar acompañada no solo de la narración de los hechos sino también de las pruebas que justifiquen la reclamación de cualquier derecho que se busque determinar o resarcir. Haciendo un énfasis en la imposibilidad de que los juzgadores bajo suposiciones o ideas propias puedan tomar una decisión, tienen que resolver por los méritos del proceso. Además, el juez deberá apreciar la prueba en conjunto de acuerdo a las reglas de la sana crítica, siendo ésta el arte del juzgador para decidir motivadamente en un juicio teniendo en consideración criterios de bondad, verdad de los hechos, que no existan vicios ni error, utilizando la lógica, la dialéctica, la experiencia, la equidad, las ciencias afines y auxiliares y, por supuesto, la moral.

En cuanto a la prueba testimonial, se debe señalar que conforme el artículo 174 del Código Orgánico General de Procesos:

⁹⁴ Fabián Mensías Pavón, “La prueba testimonial y la psicología en la investigación”, *Derecho Ecuador*, 24 de noviembre de 2005, <https://n9.cl/3n8u>.

⁹⁵ Ecuador, *Código Orgánico General de Procesos*, COGEP, Registro Oficial 506, Suplemento, 22 de mayo de 2015.

⁹⁶ *Ibíd.*

Es la declaración que rinde una de las partes o un tercero. Se practica en la audiencia de juicio, ya sea en forma directa o a través de videoconferencia u otro medio de comunicación de similar tecnología, con excepción de las declaraciones anticipadas. Se lleva a cabo mediante interrogatorio de quien la propone y contrainterrogatorio de contraparte.⁹⁷

De este modo, puede afirmarse que el testimonio, en el más amplio sentido, es el relato oral, espontáneo o provocado, acerca de un hecho sucedido y que se desea conocer o comprobar, o en palabras de los juristas, se refiere a la declaración de una persona idónea que, llamada a juicio, dice lo que sabe sobre los hechos que se indagan y de cuya demostración depende la decisión de la causa. El testimonio, según Mensías Pavón, “ha sido utilizado en todos los campos del individuo para transmitir conocimiento al resto de personas, y en forma particular en el ámbito jurídico es de gran ayuda para el juez, ya que a través de éste podrá argumentar sus fallos y tomar una decisión lo más justa posible”.⁹⁸

Mesías Pavón, quien cita a Carrara, indica que para que el testimonio logre su objetivo de ser veraz requiere de los siguientes requisitos: número de testimonios, coincidencia entre sus declaraciones, verosimilitud de las deposiciones y moralidad de los declarantes.

El testigo es la pieza clave en una investigación, ya que de su condición física, psicológica y sociocultural dependerá el éxito o fracaso de la verdad, por la información que suministra al juez acerca del hecho, de sus autores y más responsables. En los testigos se debe observar su capacidad física y mental, criterios lógicos, imparcialidad, conocimiento y solemnidad.

- a) Testigo presencial del hecho. Su versión ante el funcionario está basada en la directa percepción. La presencia de un hecho no depende de lo que observe o no observe, sino de lo que haya percibido directamente por cualquier órgano de los sentidos.
- b) Testigo indirecto o de oídas. Es aquel testigo que ha recibido la información no por percepción sino por datos que terceras personas le han suministrado.
- c) Testigos de abono o de conducta. Acuden ante el funcionario judicial a rendir su deposición sobre honestidad, responsabilidad, comportamiento y reputación de un inculcado penalmente.
- d) Testigos instrumentales. Son aquellos que dan fe del contenido de un contrato, lo que se presume con la firma que estampan sobre un documento.⁹⁹

⁹⁷ *Ibíd.*

⁹⁸ Mensías Pavón, “La prueba testimonial y la psicología en la investigación”.

⁹⁹ *Ibíd.*

El Código Orgánico General de Procesos, en su artículo 177, establece las siguientes reglas que deben ser observadas para que la prueba testimonial sea efectiva y tenga validez legal.

- La declaración deberá ser rendida personalmente y dentro de la audiencia.
- Si la o el declarante no asiste a la audiencia, la parte interesada podrá solicitar de manera fundamentada, que se suspenda la audiencia por tratarse de una prueba trascendental. En caso de aceptar la petición, la o el juzgador señalará día y hora para continuar la audiencia y dispondrá la comparecencia de la o del declarante mediante apremio ejecutado por la Policía Nacional.
- Se podrá interrogar a las o los procuradores, o a las o los apoderados únicamente por los hechos realizados a nombre de sus mandantes.
- Cuando una persona jurídica sea parte procesal y sea requerida a rendir declaración de parte, lo hará por ella su representante legal, pero si éste no intervino en los hechos controvertidos en el proceso, deberá alegar tal circunstancia en la audiencia preliminar.
- Cuando un incapaz rinda declaración, en los casos que la ley lo faculte, lo hará acompañado de su representante legal o de su curadora o curador, se exceptúan las niñas, niños y adolescentes, quienes solo podrán declarar sin juramento ante la presencia de sus representantes.
- Las respuestas evasivas o incongruentes, así como la negativa a declarar y toda la prueba debidamente actuada será valorada íntegramente por la o el juzgador conforme con las reglas de la sana crítica, siempre que la ley no requiera que se prueben de otra forma.
- Podrán formularse preguntas sugestivas sobre temas introductorios que no afecten a los hechos controvertidos, recapitulen información ya aportada por la o el declarante o la o el juzgador haya calificado al testigo como hostil. También están permitidas en el contrainterrogatorio cuando se practique la declaración de una parte a pedido de la otra.
- La o el juzgador negará las preguntas inconstitucionales, impertinentes, capciosas, oscuras, compuestas y aquellas destinadas a coaccionar ilegítimamente al declarante.

- La o el Presidente de la República, la o el Vicepresidente de la República, las o los asambleístas, las o los ministros de Estado, la o el Secretario General de la Administración Pública y los demás secretarios con rango de ministro, la o el Fiscal General del Estado, la o el Defensor del Pueblo, la o el Defensor Público, las o los jueces de la Corte Constitucional, las o los jueces de la Corte Nacional de Justicia, las o los vocales del Consejo de la Judicatura, las o los consejeros del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, las o los consejeros del Consejo Nacional Electoral, las o los jueces del Tribunal Contencioso Electoral, la o el Procurador General del Estado, la o el Contralor General del Estado, las o los Superintendentes, las o los alcaldes, las o los prefectos, las o los gobernadores regionales, las máximas autoridades de las instituciones del Estado y las o los agentes diplomáticos que deban rendir declaración de parte, emitirán informe con juramento sobre los hechos con respecto a los cuales se les haya solicitado.¹⁰⁰

El testimonio no solo debe ser juzgado o valorado en términos de la credibilidad que muestra el declarante, sino también de la relevancia o pertinencia que aporta en el caso concreto, de su poder explicativo y de su fuerza probatoria, es decir, la evidencia de los hechos a la luz de una hipótesis.

A esta presunción de veracidad del testimonio en general, que es la base abstracta sobre la cual descansan tanto los procesos judiciales, como todas las circunstancias en las que actúen los ciudadanos, se debe contraponer el problema de valorar la credibilidad y eficacia de un testimonio concreto. Y es aquí donde vuelven a surgir las dos posiciones epistemológicas explicadas en la sección anterior:

- Tesis reduccionista sobre la prueba testimonial: La declaración de un testigo solo debe ser creída cuando haya una mínima justificación para hacerlo.
- Tesis antirreduccionista sobre la prueba testimonial: La declaración de un testigo debe ser creída a menos que haya razones más poderosas para no hacerlo.

El derecho norteamericano parece privilegiar la tesis reduccionista. De acuerdo con la regla 602 de las *Federal Rules of Evidence*: “Un testigo puede testificar sobre un

¹⁰⁰ Ecuador, *Código Orgánico General de Procesos*, COGEP, Registro Oficial 506, Suplemento, 22 de mayo de 2015.

hecho solo si se presenta suficiente evidencia para sustentar el dictamen de que el testigo tiene conocimiento personal del asunto”.¹⁰¹

Del estándar de prueba exigida para este requisito se colige la preponderancia que el sistema norteamericano otorga a la evidencia de credibilidad. El derecho ecuatoriano, en el Código Orgánico General de Procesos, también exige la acreditación del testigo. El artículo 189 dispone: “Testigo, es toda persona que ha percibido a través de sus sentidos directa y personalmente hechos relacionados con la controversia”.¹⁰² En efecto, la ley considera que cualquier persona puede declarar, excepto las que expresamente limita la norma, que son, los absolutamente incapaces, las personas que padecen enfermedad mental y quienes se hayan encontrado en estado de embriaguez o bajo el efecto de sustancias estupefacientes o psicotrópicas al momento de percibir los hechos.

6. La incorporación legislativa de la figura del testigo hostil en el COGEP y sus implicaciones constitucionales y jurídicas en el sistema de litigación ecuatoriano

El Código Orgánico General de Procesos determina:

Art. 177.- Forma de la prueba testimonial. Toda prueba testimonial mediante declaración será precedida del juramento rendido ante la o el juzgador. La o el declarante deberá estar asistido por su defensora o defensor, bajo sanción de nulidad. Se seguirán las siguientes reglas:

7.- Podrán formularse preguntas sugestivas sobre temas introductorios que no afecten a los hechos controvertidos, recapitulen información ya aportada por la o el declarante o la o el juzgador haya calificado al testigo como hostil. También están permitidas en el conainterrogatorio cuando se practique la declaración de una parte a pedido de la otra.¹⁰³

La figura del testigo hostil en la legislación del Ecuador, más allá de ser novedosa y desconocida para muchos juristas y abogados, es una herramienta indispensable de la contienda. El abogado se puede encontrar con casos en los que la única prueba existente sea la prueba testimonial, y que -por ende- tiene la responsabilidad de configurar adecuadamente dicha prueba, para sacar adelante el proceso de acuerdo a la teoría del caso y a la estrategia diseñada por él.

¹⁰¹ Andrés Páez, “La prueba testimonial y la epistemología del testimonio”, *Isonomía*, n. ° 40 (2014), 98.

¹⁰² Ecuador, *Código Orgánico General de Procesos*, COGEP, Registro Oficial 506, Suplemento, 22 de mayo de 2015, art. 189.

¹⁰³ *Ibíd.*, art. 177, num. 7.

Esta herramienta permite aportar a la calidad de la prueba testimonial, porque por medio de la declaratoria de testigo hostil se puede conseguir que un testigo que rinda su declaración de forma evasiva, contradictoria y hasta agresiva, pueda ser interrogado por la misma parte que lo trajo a juicio, a través de preguntas sugestivas que por regla general están prohibidas en el interrogatorio. Mas en este caso concreto, en tanto se califique al testigo como hostil, se las podría realizar para mejorar la información que brinde el testigo en la declaración de los hechos que conoce.

El efecto jurídico más evidente que la legislación concede a la declaración de un testigo como hostil es justamente la posibilidad de realizar en el interrogatorio preguntas sugestivas, es decir, que sugieran una respuesta al testigo que no coopera con las respuestas al interrogatorio. Con la utilización de esta herramienta se abre el camino para buscar la verdad de los hechos, pero se configuran otras implicaciones jurídicas, especialmente en aquellos testigos que evaden respuestas y -muy especialmente, en los que cambian la versión de los hechos de forma evidente. Para ello el Código Orgánico General de Procesos, en el artículo 182, establece el procedimiento que se debe efectuar cuando la declaración sea evidentemente falsa. Es responsabilidad de la o el juzgador el suspender la práctica del testimonio y ordenar se remitan los antecedentes a la Fiscalía General del Estado, porque es bien conocido por los testigos que una vez que se presentan para rendir su versión, están en la obligación de decir las cosas tal cual las percibieron, sin alterar la verdad. Es por este hecho que la normativa contempla las herramientas necesarias para facilitar a los testigos su declaración, por ejemplo, cuando no hablan el idioma en el que se lleva a cabo la audiencia pueden ser asistidos por un traductor, o cuando tienen alguna discapacidad auditiva pueden dar la declaración por escrito.

Ahora bien, el numeral 7 del artículo 177 del Código Orgánico General de Procesos permite elaborar preguntas sugestivas en el interrogatorio, aunque la regla general las prohíbe; sin embargo, el legislador deja un vacío legal respecto del momento procesal oportuno en el que se puede solicitar que un testigo sea declarado hostil y si la hostilidad puede entenderse exclusivamente bajo la óptica del criterio y la sana crítica del juez o existe una definición clara que indique la naturaleza de un testigo hostil. Esa evidente ausencia de normas, hace que de forma arbitraria algunos jueces declaren al amparo del mencionado artículo a un testigo como hostil y otros consideren por su sentido común y lógico, que no es necesario. Es decir, queda a absoluta discreción del juez.

Finalmente, en esta medida es evidente la necesidad de una reforma a la norma, que amplíe su contenido y que permita al abogado y al juez aplicar adecuadamente la norma sin dilaciones ni dudas.

7. Análisis de la aplicación de entrevistas sobre la figura del testigo hostil a varios jueces y abogados en libre ejercicio profesional del cantón Ibarra, provincia de Imbabura

La entrevista fue dirigida a varios profesionales que están involucrados continuamente en trámites, patrocinio y defensa de procesos judiciales, entre ellos jueces de la Corte Provincial de Imbabura, jueces de primer nivel en materias civil y mercantil; así como a prestigiosos abogados que hacen libre ejercicio profesional en la provincia. Es decir, el campo poblacional está concentrado en la provincia de Imbabura, los operadores del derecho, esto es, personas que manejan procesos judiciales y que de alguna manera están familiarizados cotidianamente con los diferentes trámites judiciales, donde pueden accionarse figuras jurídicas como la del testigo hostil.

A los entrevistados se les efectuaron, concretamente, cinco preguntas, diseñadas con el propósito de verificar: primero, el conocimiento de los profesionales del derecho en libre ejercicio profesional, así como de los servidores judiciales, específicamente jueces que conocen y resuelven continuamente causas en las diferentes materias, respecto de la aplicación de la figura del testigo hostil; segundo, si con una breve lectura del artículo 177, numeral 7, les queda claro la aplicación de la norma, en relación a la declaración que hace el juez a un testigo como testigo hostil; tercero si los profesionales en derecho tienen conocimiento de los efectos jurídicos que conlleva la declaración de un testigo como hostil; cuarto, conseguir información para reconocer los motivos por los que el juez puede declarar a un testigo como hostil, es decir, cuáles son los parámetros que se deberían observar para determinar la hostilidad de un testigo, para su posterior declaratoria de testigo hostil; y, finalmente, se pregunta si bajo todo este análisis previo a la norma en concreto es necesaria la inserción de una regla puntual que oriente al abogado y al juez sobre qué se considera testigo hostil y en qué momento solicitar que se lo declare como tal.

Pregunta 1. ¿Conoce de algún caso donde se haya aplicado la figura del testigo hostil, contemplada en el numeral 7 del artículo 177 del COGEP?

Los entrevistados, en su totalidad, indicaron que no conocen la existencia de algún caso dentro de la provincia de Imbabura en el que se haya solicitado por parte de quien interroga la declaratoria de un testigo como testigo hostil y, por ende, tampoco se conoce que un juez haya calificado a un testigo de esa manera. Es decir, la norma que hace referencia a este instrumento procesal probatorio aún no ha sido aplicada y utilizada por los profesionales del derecho en los diferentes casos y materias en las que se puede insertar una prueba testimonial en juicio.

Y debido a la ambigüedad de las respuestas a la entrevista, se puede colegir que algunos de los profesionales del derecho ni siquiera conocen con exactitud qué es la figura del testigo hostil y su importancia como herramienta procesal, que permite una adecuada práctica y evacuación de la prueba testimonial.

Pregunta 2. En su criterio, ¿cree que el numeral 7 del artículo 177 del COGEP es lo suficientemente claro en relación al testigo hostil?

Cinco de seis entrevistados han indicado que no consideran clara la redacción del numeral 7, porque únicamente se sujeta a señalar a señalar el requisito previo a realizar preguntas sugestivas a un testigo, de lo que se colige que en principio tendrían que declarar sobre un interrogatorio sin preguntas sugestivas. El requisito previo es la declaración del testigo como hostil, por tanto, no hay claridad en cuanto al momento exacto en que se debe pedirlo y declararlo, convirtiendo al testigo de parte en testigo hostil. Se refieren así, a que el numeral 7 solo hace una referencia breve, vaga y confusa al mencionar al testigo hostil sin dar una mayor certeza de cuándo un testigo de parte debe ser considerado hostil, para lograr el efecto de realizar preguntas sugestivas.

Pregunta 3. Desde su criterio, ¿cuáles son los efectos jurídicos que conlleva una declaratoria de testigo hostil?

Todos los entrevistados indicaron que el efecto jurídico de declarar a un testigo de parte como testigo hostil es el de poder realizar dentro del interrogatorio preguntas sugestivas. En principio este es uno de los efectos que -al parecer- se muestran más evidentes; sin embargo, habrá que dimensionar la figura con el principio de contradicción y verificar si con las preguntas sugestivas se consigue, efectivamente, información nueva trascendental para probar la teoría del caso; y, sobre todo, si es información nueva, el

alcance que tendría dicha información en el proceso y la importancia de que la parte contraria, tenga el derecho de contradecir la información aportada. Así como el efecto, en caso de utilizar la herramienta de declaratoria de testigo hostil y, por consiguiente, realizar preguntas sugestivas con las que se verifique que el testigo estuviese mintiendo, alterando información y falseando la verdad, no solo podrá declararse testigo hostil, sino que el juez está en la obligación, por norma expresa, de ordenar que se remitan los antecedentes a la Fiscalía General del Estado o solicitar su juzgamiento inmediato ante evidente flagrancia de perjurio.

Pregunta 4. ¿Cuáles son los motivos que el juez debe considerar para declarar a un testigo como testigo hostil?

Cinco de seis entrevistados han indicado que los motivos pueden ser:

- Evasión en las respuestas a las preguntas efectuadas en el interrogatorio.
- Contradicción en las respuestas de las diferentes preguntas que abarcan un mismo hecho.
- Falsedad evidente en las respuestas a través de la contradicción.
- Su antagonismo o actuación contraria u opuesta a la teoría del caso que la parte ha ofrecido, es decir, se vuelve contrario a la parte que lo propuso como testigo sin ser un testigo de la contraparte.

Pregunta 5. Desde su criterio, ¿debería existir una regla que oriente al abogado en qué momento solicitar y cómo al juez para que declare a un testigo como hostil?

Igualmente, de la entrevista, se concluye que la totalidad de entrevistados manifestaron la necesidad de contar con una norma específica que indique de forma clara la naturaleza o definición de testigo hostil, la cual permita proponer la aplicación de esta figura, y que el juez tenga la certeza de cuándo declarar a un testigo como hostil y cuándo no proceder a hacerlo. Con esto se pretende mejorar la aplicación de la figura jurídica del testigo hostil, sin dilatar y sin preocuparse de la interpretación subjetiva, que raya en lo arbitrario que cada jurista tenga de esta figura, más allá de lo que indican y muestran la doctrina y jurisprudencia internacionales.

Al hacer un análisis cualitativo de las preguntas en las entrevistas se concluye lo siguiente:

- a. Existe una marcada tendencia de desconocimiento de la figura del testigo hostil, insertada de forma breve en la legislación ecuatoriana, a partir de la vigencia del Código Orgánico General de Procesos.
- b. Sin conocer con exactitud esta figura, su alcance y -sobre todo- su importancia en la prueba testimonial, se pueden llegar a cometer arbitrariedades en el momento mismo de su aplicación y, especialmente, un indebido ejercicio de la práctica del interrogatorio, por los diferentes criterios que mantienen los jueces en relación a la figura del testigo hostil.
- c. Es una figura de difícil aplicación, posiblemente, como se dice en el léxico de los abogados, letra muerta, sin diligencia, por cuanto ante los profesionales del derecho prevalece la incertidumbre de solicitar su aplicación, puesto que sus parámetros no están claros y los jueces se muestran temerosos de usarla, y sin una directriz clara pueden negarse a calificar a un testigo como hostil, motivando su decisión probablemente en que el testigo, según su propio criterio, no muestra indicios de hostilidad en el sentido literal.

Este capítulo analizó el desempeño de la prueba testimonial en el Código Orgánico General de Procesos y la implementación de la figura del testigo hostil en la legislación procesal civil ecuatoriana, lo que se llevó a cabo desde la perspectiva del artículo 76 de la Constitución, que señala al debido proceso como un derecho fundamental de los ciudadanos expuestos a un procedimiento judicial. A lo largo de esta indagación se ha podido comprobar que el uso de la figura del testigo hostil en el desarrollo procesal ecuatoriano es en la práctica inexistente, debido a que los operadores de justicia no han sido informados de las formas de ponerla en práctica; en definitiva, su incorporación a la normativa nacional no ha sido acompañada de la necesaria socialización y de la puesta a disposición de los operadores de justicia de las instrucciones sobre su utilización.

Propuesta de regulación eficiente de la figura del testigo hostil en el Código Orgánico General de Procesos

En tal sentido, por todo lo analizado y expuesto, se propone la inclusión de un numeral dentro del artículo 177 del Código Orgánico General de Procesos, que permita otorgar al abogado y al juez, una conceptualización o una definición exclusiva del testigo hostil, que describa su naturaleza jurídica, apuntado a la realidad de los procesos civiles en el Ecuador, y las pautas generales que faciliten su aplicación puntual y técnica. Es decir, debería incluirse el numeral 10 que diga:

CONSIDERANDO

Que, de conformidad con lo que prescriben los artículos 11, 75, 76 y 82 la Constitución de la República, los derechos de las personas se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes, con base en los principios de igualdad, no discriminación, acceso gratuito a la justicia, tutela judicial efectiva y expedita; el debido proceso y la seguridad jurídica;

Que, la Constitución de la República en el artículo 167, señala que la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los órganos de la Función Judicial y por los demás órganos y funciones establecidos en la Constitución;

Que, la Constitución de la República en el número 6 del artículo 168 prescribe que la sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, fases, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo a los principios de concentración, contradicción y dispositivo;

Que, el número 7 del artículo 76 de la Constitución de la Republica, como garantía al debido proceso, establece que el derecho de las personas a la defensa incluye el ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones; y quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo;

Que, el artículo 169 de la Constitución de la Republica, prescribe que el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia y las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal y harán efectivas las garantías del debido proceso;

Que, con la entrada en vigencia del Código Orgánico General de Procesos, se ha observado que existen falencias y vacíos legales, en relación a la aplicación de la figura del testigo hostil, que deben ser resueltos;

Que, de acuerdo a lo que determina el número 6 del artículo 120 de la Constitución de la Republica, la Asamblea Nacional puede expedir, codificar, reformar o derogar leyes;

En ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales expide la presente:

LEY REFORMATORIA DEL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS

Artículo 1.- Agréguese a continuación del número 9 del artículo 177, el siguiente texto:

- El testigo presentado por una de las partes procesales al momento de rendir su declaración, en relación a los hechos planteados dentro de la controversia, debe ser declarado testigo hostil por el juez de la causa cuando su declaración durante el interrogatorio sea evasiva, incongruente, oscura o si persiste en su negativa para responder las preguntas que formula el abogado o el juez.
El interrogatorio será suspendido y en ese mismo instante el abogado solicitará al juez de forma oral y fundamentada la calificación del testigo como hostil. De encontrar mérito suficiente para calificar al testigo como hostil, el juez así deberá declararlo; caso contrario, continuará el testimonio normalmente. Si el juez lo declara como testigo hostil el interrogatorio continuará y el abogado podrá reformular las preguntas previamente diseñadas e incluir preguntas sugestivas a fin de que el testigo, declarado como hostil, exprese los hechos que conoce de forma verídica, clara y precisa.

Solamente así se podrá verificar la aplicación adecuada de esta figura importante dentro del proceso civil, para buscar la verdad en una declaración testimonial. La figura de testigo hostil es una herramienta importante dentro de todo proceso. El Ecuador actualmente cuenta con un sistema procesal dispositivo, por lo que la figura puede cumplir un rol importante en todo procedimiento.

Asimismo, en tanto que esta reforma propuesta llega a concretarse, sería oportuno que los abogados litigantes adquirieran como norma el hacer preguntas sugestivas a los testigos hostiles, ya que en la actualidad algunos jueces permiten hacer este tipo de preguntas, sin que se haya dado la declaración de testigo hostil.

Conclusiones

Con la presente investigación se demostró que en el Ecuador no hay fundamentos conceptuales ni herramientas prácticas para la aplicación de la figura del testigo hostil, ya que no se encuentran reguladas en el Código Orgánico General de Procesos. Es necesario indicar que, dentro del sistema adversarial, esta herramienta práctica es una de las más importantes para el desarrollo del debido proceso, donde se busque la verdad procesal. Considerando que el Ecuador actualmente cuenta con un sistema dispositivo, de intermediación y concentración, la figura de testigo hostil es muy oportuna para garantizar el debido proceso, el derecho a una defensa expedita y efectiva y a la contradicción, en todas sus formas.

Solo así se conseguirá que las partes sean las protagonistas de la relación jurídica procesal y cumpliendo los postulados de la carga probatoria, puedan para incluir la prueba testimonial suficiente, pertinente y conducente, que reúna los requisitos de claridad, veracidad y precisión para dar el impulso adecuado al proceso que favorezca su estrategia de defensa.

El sistema procesal debería tener respuestas para los casos en los cuales se presentan realidades complejas que normalmente no se darían, pues lo común es que el declarante se encuentre junto al abogado que lo convoca a declarar, pero existe la posibilidad que en algún momento del interrogatorio, o que de manera extraordinaria, el testigo se identifique con el propósito de la parte contraria, es por ello que surge la importancia de normar estos casos distintos y permitir un verdadero derecho a la contradicción, a través de la declaratoria de hostilidad.

El desconocimiento de la figura del testigo hostil y la falta de desarrollo legal, teórico y doctrinario hace que sea inaplicable, inclusive que no se utilice, puesto que, de la información recopilada en la provincia de Imbabura, se concluye que no se conoce un solo caso en el que se haya declarado a un testigo hostil. En su medida, las leyes, y más aún las procesales por su carácter público, deben ser lo suficientemente claras, para permitir el desarrollo de las instituciones de una forma adecuada y justa dentro de los procesos judiciales. En este caso, la figura de testigo hostil no puede quedar a la particular interpretación y al libre criterio tanto del juez como del abogado que la solicita, si el caso así lo amerita, pues eso daría motivo para que se cometan arbitrariedades y, sobre todo,

para que no exista la posibilidad de crear jurisprudencia al respecto, dada la diversidad de criterios e interpretaciones que tienen los abogados y los jueces.

Se ha hecho evidente, igualmente, la falta de preparación de los abogados en la técnica del interrogatorio y contrainterrogatorio, ya que esta práctica requiere del desarrollo de habilidades específicas de la litigación. Allí hay un vacío que debe cubrir, en primer lugar, las universidades mediante una reforma de su malla curricular.

Cuando se lee el numeral 7 del artículo 177 del Código Orgánico General de Procesos, se comprueba que en dicha norma, el tema principal son las preguntas sugestivas, es decir, la norma indica en qué circunstancias cabe la realización de preguntas sugestivas y dice que se podrá realizar este tipo de preguntas de forma introductoria, siempre que no afecten los hechos discutidos y de forma que recopilen información ya aportada cuando el juez haya calificado el testigo como hostil y también en el contrainterrogatorio. En tal sentido, el legislador dejó abierta la puerta o posibilidad para el reconocimiento de la figura jurídica de testigo hostil, enunciada de forma breve en este numeral, pero con una corta descripción que no permite entender adecuadamente su naturaleza ni aplicar la norma en favor de la justicia, en los casos que así se requiera. Es entonces que el juzgador y el abogado tendrán que acudir a la doctrina y a la jurisprudencia de otros países para colegir la verdadera naturaleza del testigo hostil, con el pleno conocimiento que, si bien son fuentes del derecho, también pueden distorsionar la aplicación de la figura del testigo hostil si no se encuentra legalmente establecida.

Bibliografía

- Agudelo Ramírez, Martín. “El debido proceso”. *Opinión Jurídica* 4, n. ° 7 (2005): 89-105.
- Alsina, Hugo. *Tratado teórico-práctico de derecho procesal civil y comercial*. Buenos Aires: Ediar, 1963.
- Álvarez Esteban, Ramón. “Las preguntas de respuesta abierta y cerrada en los cuestionarios. Análisis estadístico de la información”. *Metodología de Encuestas* 5, n. ° 1 (2003): 45-54.
- Acevedo Vargas, Carlos Mario. *Reglas de evidencia de Norteamérica a Colombia*. Medellín: Universidad de Medellín, 2011.
- Armeinta, Gonzalo. “Las características del debido proceso”. *Universidad Andina Simón Bolívar-Boletín Electrónico Spondylus*. 3 de mayo de 2017. <https://www.uasb.edu.ec/web/spondylus/contenido?gonzalo-armeinta-hernandez-la-caracteristica-del-debido-proceso-es-que-debe-ser-justo>.
- Bunge, Luis María. “Cross Examination”. *Lecciones y Ensayos*, n. ° 63 (1995): 45-62.
- Cabanellas de Torres, Guillermo. *Diccionario jurídico elemental*. Buenos Aires: Heliasta, 2002.
- Content Team. *Legal Dictionary*. Junio de 2017. <https://legaldictionary.net/hostile-witness/>.
- Couture, Eduardo. *Fundamentos de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma, 1993.
- Cuadros Añazco, Alfredo. “El testigo hostil en el COGEP”. *Alfredo Cuadros*. 19 de agosto de 2018. <https://alfredocuadros.com/2018/08/19/el-testigo-hostil-en-el-cogep/>.
- Calderón, Ana, y Carlos Picado. *Cómo litigar. Técnica y estrategia procesal*. Lima: Universidad de San Marcos, 2017.
- David, René, y Camille Jauffret-Spinozi. *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*. 11.ª. Traducido por Jorge Sánchez Cordero. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2010.
- Enciclopedia Jurídica. “Principio de contradicción”. *Enciclopedia Jurídica*. 2019. <http://www.encyclopedia-juridica.com/d/principio-de-contradicc%C3%B3n/principio-de-contradicc%C3%B3n.htm>.

- Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.
- . *Código Orgánico General de Procesos*. Registro Oficial 506, Suplemento, 22 de mayo de 2015.
- Enríquez, Oscar. “El testigo hostil”. *Diálogos Judiciales*, n° 4 (2017): 87-92.
- Fernández de Córdova, Pedro. *Estudios del derecho comparado*. Cuenca: Universidad de Cuenca, 1997.
- Fontanet Maldonado, Julio. *Principios y técnicas de la práctica forense*. Lima: Jurídica Editores, 2002.
- García Calizaya, Carmelo. “Las preguntas sugestivas en el interrogatorio y el conainterrogatorio”. *Derecho y Cambio Social* 58 (2019): 386-98.
- García Mora, Manuel. “La prueba en el derecho procesal norteamericano”. *Derecho PUCP* 19 (1960): 29-39.
- Legal Dictionary. “Hostile witness”. *Legal Dictionary*. 14 de junio de 2017. <https://legaldictionary.net/hostile-witness/>.
- Lopez Monroy, José de Jesús. *Sistema jurídico del Common Law*. Ciudad de Mexico: Porrúa, 1999.
- León Baquero, Fabián. “La expansión del common law norteamericano en el ámbito del derecho de los negocios”. *Universidad Externado de Colombia*. 18 de febrero de 2019. <https://dernegocios.uexternado.edu.co/la-expansion-del-common-law-norteamericano-en-el-ambito-del-derecho-de-los-negocios/>.
- Langer, Máximo. *Revolución en el proceso penal latinoamericano: difusión de ideas legales desde la periferia*. Santiago de Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2007.
- Lorenzo, Leticia. *Manual de litigación*. Buenos Aires: Ediciones Didot, 2013.
- Mahlawat, Shabnam. “Testigos hostiles y el valor probatorio de su testimonio”. *ILI Ley* 2 (2017): 1-14.
- Massaro, Vanessa. “El sistema jurídico norteamericano”. *Revista Brasileira de Direito Constitucional* 3, n. ° 2 (2015): 4-40.
- Mensías Pavón, Fabián. “La prueba testimonial y la psicología en la investigación”. *Derecho Ecuador*. 24 de noviembre de 2005. <https://www.derechoecuador.com/la-prueba-testimonial-y-la-psicologia-en-la-investigacion>.

- Páez, Andres.. “La prueba testimonial y la epistemología del testimonio”. *Isonomía* 40 (2014): 95-118. <https://www.redalyc.org/pdf/3636/363633430005.pdf>.
- Palacio, Lino. *Derecho procesal civil*. Vol. I. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1975.
- Quirantes, Albert.. “La Constitución de los Estados Unidos”. *Diario las Américas*. 26 de marzo de 2017. <https://www.diariolasamericas.com/opinion/la-constitucion-los-estados-unidos-n4118064>.
- Rabat Celis, Juan Diego. “Civil Law y Common Law ¿Son tan distintos?”. *Revista del Abogado* 65 (2015): 5-22.
- Ramírez Hernández, Catalina, y Isaura Arguelles Azuara. “El interrogatorio en el nuevo proceso penal acusatorio”. *Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo*. Accedido 27 de abril de 2020. <https://www.uaeh.edu.mx/scige/boletin/huejutla/n9/e3.html>.
- Reyes Villamizar, Francisco. *Derecho societario en Estados Unidos y la Unión Europea*. 4.ª. Bogotá: Legis, 2013.
- Rincón Gómez, William. «Preguntas abiertas en encuestas ¿cómo realizar su análisis?». *Comunicaciones en Estadística* 7, n.º 2 (2014): 139-56.
- Rubano Lapasta, Mariela. “El sistema del Common Law en el derecho inglés y el derecho de los Estados Unidos de América”. *Revista de la Facultad de Derecho* 18 (2013): 69-78.
- Rua, Gonzalo. *Examen directo de testigos*. Buenos Aires: Didot, 2015.
- Rua, Gonzalo. *Contraexamen de testigos*. Buenos Aires: Ediciones Didot, 2015.
- Rueda de León Ordoñez, Rogelio. “La actuación de los operadores en el Sistema Acusatorio Adversarial”. En *El nuevo Sistema de Justicia Penal Acusatorio, desde la perspectiva constitucional*, editado por Consejo de la Judicatura Federal, 145-58. Ciudad de México: Consejo de la Judicatura Federal, 2011.
- Suprema Corte de Missouri. “Sentencia de 21 de octubre de 1963 Caso Estado de Missouri vs. Sharon Kinne”. *law.justia*. Accedido 2 de octubre de 2019. <https://law.justia.com/cases/missouri/supreme-court/1963/49480-0.html>.
- The Committee on the Judiciary. *Federal rules*. Washington, DC: Government Printing Office, 2014.
- Urbina, Ricardo. *La función del juez. Anatomía de un juicio por jurado*. Washington, DC: eJournal USA, 2009.
- Rob Reiner. *A Few Good Men*. Estados Unidos: Castle Rock Entertainment, 1992. DVD.

Anexos

Anexo 1. Sentencia State v. Kinne 372 S.W.2d 62 (1963). STATE of Missouri, Respondent, v. Sharon KINNE, Appellant. No. 49480. Supreme Court of Missouri, Division No. 2. October 21, 1963

Motion to Transfer Denied November 11, 1963.

James Patrick Quinn, Martha Sperry Hickman, Quinn, Peebles & Hickman, Kansas City, for appellant.

Thomas F. Eagleton, Atty. Gen., Theodore C. Beckett, Special Asst. Atty. Gen., Jefferson City, for respondent.

Motion to Transfer to Court En Banc Denied November 11, 1963.

BARRETT, Commissioner.

A jury has found that Sharon Kinne shot and killed her husband, James Kinne, that she was guilty of murder in the first degree and of necessity therefore fixed her punishment at life imprisonment. RSMo 1959, Secs. 559.010, 559.030, V.A. M.S. Upon the trial of her case the state waived the death penalty and for that reason over the appellant's objection, the court called a panel of thirty-four jurors rather *63 than a panel of forty-seven, thus of course reducing the number of challenges by the defendant. The statute applicable to Jackson County and a defendant's peremptory challenges provides that "If the offense charged is punishable with death, or by imprisonment in the penitentiary not less than for life, to the number of twenty, and no more." RSMo 1959, Sec. 546.180, subd. 2(1) (a), V.A.M.S. At the January 1963 Session of this court it was decided, the punishment for first degree murder being "not less than life," that because of the refusal to call a panel of forty-seven jurors her conviction would necessarily have to be reversed. State v. May, 168 Mo. 122, 67 S.W. 566; State v. Yandell, 201 Mo. 646, 100 S.W. 466; State v. Naylor, 328 Mo. 335, 40 S.W.2d 1079. The court was satisfied with that part of the opinion and it is not necessary to elaborate upon that phase of the appeal, it is sufficient to summarily say that for failure to follow the plain mandate of the statute and call a panel of forty-seven jurors the judgment must be reversed and the cause remanded for a new trial. After adoption of the opinion, however, a rehearing was granted as to a single specific matter, state's witness John Boldiz and whether the state prejudicially erred in its examination of him, hence this opinion upon reassignment of the cause.

Defense counsel said, "Do I understand that you are ruling, Your Honor, is to cross-examination, and not to impeachment?" The court replied, "Why certainly." But the state proceeded and established what Boldizs had said in his deposition:

"Well, we was parked out here at this particular spot off Phelps Road, and we was out there jacking around, and we was making out a little bit, and as near as I can recall, it come up we was like making out, and I said, 'Man, like I'd like to carry you off if you wasn't married' and she said, 'Well, I'll just give you a grand, you can bump off my old man,' and I said, 'No, man, like we won't do that' and we laughed about it, and I said, 'Well, I'll find somebody for you' and this jazz, and then we proceeded to make out."

And then the state read to Boldizs from his grand jury testimony concerning a conversation a week before Sharon's husband was killed:

"Q. Was there anything unusual?

"A. Yes, sir. It was approximately two weeks to four weeks before his death, we was talking, parked, we were talking about her husband I think, and she told me they had problems. She said, 'Would you kill my husband for \$1,000?' And I said, 'No, hell no.' She said, 'Do you know somebody that would?' And I said, 'Yes, I know somebody.' She said, 'If you find somebody, let me know.' I said, 'Yes,' but I never did. * * * * *

"Q. Do you have a feeling she was serious in her request?

"A. I believe so now."

Then as to these questions and answers before the grand jury state's counsel asked Boldizs whether the questions were asked and these answers given. He answered "Yes" but asked state's counsel if he could "interrupt" and he said, "As you probably know, they pressured me quite severely through this thing." He explained that at the time "the Jones case was going strong," police officers were threatening to charge him with the Jones murder, and he said "at that time I would have signed anything they put up there as long as it said I didn't kill Patricia Jones." And then the state's attorney asked Boldizs about "picking Sharon up" once (probably in connection with the Jones case) and "questioning her for the benefit of the Sheriff's office" and there were these questions and answers:

"Q. And during that conversation didn't she tell you not to tell the sheriff's office about this thousand dollar, this previous * * * * *

"Q. Did she ask you not to tell the sheriff's office anything?

"A. She said I didn't have to say anything.

"Q. And she told you not to let them bully you?

"A. That is right."

The state then established that Boldizs had been "a witness in the other trial" (probably referring to the Jones murder trial) and that prior to that trial "opposing counsel" had taken a question and answer statement from him "And I wasn't present." Then the state established that "30 or 40 days" ago Sharon's counsel had taken another statement from him "And again you did not advise the prosecutor's office?" And then the prosecutor examined Boldizs as to whether in the statements procured by defense *65 counsel he had said anything about "wanting to carry her off," and there was this question and answer:

"Q. And so you gave him a statement and simply volunteered the information that this was said in a joking manner?

"A. Yes."

And then there were these questions and answers:

"Q. Do you recall telling Donald Boone (a truck driver and another state's witness) that Sharon had offered you a thousand dollars to kill her husband? * * * * *

"A. Yes, sir.

"Q. You did tell him?

"A. Yes.

"Q. Did you tell Donald Boone that it was a joking manner?

"A. I don't remember, it has been too long ago."

On redirect examination by the state another subject was introduced and there were these questions and answers:

"Q. When you testified here last summer, you testified that you had given them (defense counsel) a statement, they had a court reporter take it down, that you did not tell them the truth because you didn't consider it any of their business

"A. Yes, sir

* * * * * "Q. So the transcript that Mr. Quinn has cross-examined you on, that is a copy of the statement that you gave that you said was a bunch of lies because you didn't consider it any of their business? "A. The thing that you are referring to is they asked me about a tape recording and I told them `no.' * * * * *

"Q. But you did lie to them at that time?

"A. Yes, sir."

State's counsel then returned to Boldizs' sex relations with Sharon, before and after her marriage, and whether "Sheriff's deputies had accused you of murder" and there were

these additional questions and answers as to whether Sharon had offered him money to kill her husband.

"Q. The statement that you made that she had offered you a thousand dollars to kill her husband, or if you wouldn't do that would you find somebody to kill him, that was a voluntary statement on your part, wasn't it?

"A. Yes, sir.

"Q. No one else knew about that until you told them?

"A. Don Boone knew about it.

* * * * *

"Q. So you voluntarily told them?

"A. Why sure.

"Q. And is it your testimony that you told them that she made that statement in a joking manner?

"A. Pardon?

"Q. Did you tell the Sheriffs that she made that statement in a joking manner?

"A. I think so. * * * I am almost certain I did.

* * * * * "Q. Did you tell the grand jury that this was made in a joking manner?

"A. I am almost certain it was brought up."

There was further cross-examination and impeachment by the state of its witness Boldizs, but the quoted excerpts are sufficient for the purposes of illustration and to place in context the questions briefed and argued by the parties. The appellant *66 contends that Boldizs was not an adverse or hostile witness, that there was no surprise or entrapment in his testimony and that therefore the court in permitting the state to thus cross-examine and impeach him prejudiced her right to a fair trial. In this connection it is said that in permitting this cross-examination and impeachment there was an "unfair and double advantage. It permits the inference that, not only was the witness telling the truth in the first place and is now lying, but, that the change in his testimony was caused by the opposing party and consequently, the opposing party is guilty of suborning perjury on top of whatever else (she) may be charged with." The appellant advances as a reason against the adoption of the rule contended for by the state that "Counsel for the defense were put in the position of defending the State's own witness as well as themselves. No more prejudicial situation could have been created against this defendant." In addition to her argument against the indicated examination of the witness, the appellant also urges that the court prejudicially erred in refusing to give her proffered instruction which told the

jury that "you are not to consider the statements and testimony of the witness Boldiz given before this trial as evidence of the facts stated in them but only in reference to the truth or falsity of this witness in this trial." In contrast to these arguments the state makes the contention that the court "properly allowed the prosecution to cross-examine its witness John Boldiz and all of his testimony was admissible in the trial as substantive evidence." And, of course, if Boldiz's various statements were admissible as substantive evidence, the court was not bound to give an instruction limiting either their purpose, force or effect.

In view of these contentions, particularly in view of the state's argument, it is necessary to note in passing certain fundamental matters relating to witnesses and evidence that are not involved upon this record and this appeal. If a witness in either a civil or a criminal case becomes obviously antagonistic or unwilling, the party calling the witness, may in the court's discretion, ask the witness leading questions. *State v. Shelton*, 351 Mo. 799, 174 S.W.2d 202; *State v. Palmer*, (Mo.), 306 S.W.2d 441. If the witness becomes "hostile" and contradicts "previous statements and testimony," the court may permit the party calling him to cross-examine the witness. *State v. Bell*, 359 Mo. 785, 223 S.W.2d 469. This latter rule was most recently considered by this division of the court in *State v. Taylor*, (Mo.) 324 S.W.2d 643, 647-648. It should be noted in that case, however, that when cross-examined or led the witness testified to what he had seen or knew, to wit, that on Saturday before the appellant's arrest for an assault he had seen the appellant and "at that time (he) had sticking in his belt a revolver with a brown handle similar to the assault weapon." But of greater significance here is this statement by the court: "The cases the defendant relies on relate to the impeachment by the state of its own witness and are not helpful on the facts of this case." Another facet of these general rules is that as to a reluctant or hostile witness the court may properly permit a prosecutor "to exhibit to certain witnesses for the state copies of their testimony before the grand jury for the purpose of refreshing their memories." *State v. Riles*, 274 Mo. 618, 623-624, 204 S.W. 1, 2.

But as indicated, these problems are not involved upon this record. In the quoted excerpts there was obviously no attempt to refresh Boldiz's memory, and no indication that he was reluctant or hostile. And the state does not claim that he became an "adverse" witness or that he was "hostile" as that term is defined in the cases. Nor was the state under a legal duty to call Boldiz as its witness (58 Am.Jur. Sec. 795, p. 441), in this jurisdiction the state is not compelled to call all persons who may have witnessed a homicide or who may

have some knowledge of the offense. *State v. Eaton*, 75 Mo. 586; *State v. Billings*, 140 Mo. 193, 41 S.W. 778. Furthermore, in *67 both its briefs and oral argument, the state candidly admits that it was not "surprised" by Boldiz's testimony on direct examination and it is not claimed therefore that there was an entrapment. In fact the state's contention here is a tacit admission of the appellant's claim, at least under the state's argument the appellant's contention is beside the point because the state claims that in any event "all of his testimony was admissible in the trial as substantive evidence" even though introduced on cross-examination and in impeachment of its own witness.

In approaching the state's candid position it is not possible, however, to entirely ignore the appellant's contention and a thoughtfully established precedent. A leading case is *State v. Bowen*, 263 Mo. 279, 172 S.W. 367 (and earlier *State v. Bowen*, 247 Mo. 584, 153 S.W. 1033). In that case the appellant had been convicted of rape upon his stepdaughter, "under the age of 14 years." The appellant's brother-in-law was called as a state's witness and after testifying to certain facts and statements by the defendant was asked whether he remembered any other statement by the defendant in connection with the child's death. He answered, "If he said anything else, I don't remember it." Thereupon state's counsel inquired, "Did you testify before that grand jury?" He answered that he had and the prosecutor proceeded to read to the witness from his grand jury testimony in which he had said "and he made a confession to me by saying, 'I am responsible for it,' and didn't accuse any other party." It was held that the witness had not become "adverse" and that it was prejudicially erroneous to thus contradict him with his grand jury testimony. The court reviewed all the general rules but emphasized these reasons for reversing the judgment: "There are several reasons why a witness who has not become adverse should not be so contradicted. The first is this: Such contradictory statements are never used for any purpose except to impeach the witness. They are not to be considered by the triers of fact for any other purpose. On what theory is a witness to be impeached when he has merely failed to testify? It has been said that the contradiction of such a witness is the destruction of a straw man erected by the party himself, for its effect upon the jury. Another reason is that such a method of contradiction, if it did not open up the floodgate for the admission of hearsay evidence, would go much too far in that direction." This court, along with all others, has usually advanced as the basis for the rule against a party's calling and then impeaching his own witness the traditional reason that in calling the witness the party vouches for his credibility and should not therefore be allowed to impeach him merely because his testimony proves disappointing. But "(i)t is probable

that the true rationale of the rule, as it is generally applied, is that 'the party (calling the witness) ought not to have the means to coerce his witness' into testifying as he desires because he has the power to injure him as a witness if he testifies unfavorably or to make him a good witness in the event his evidence does not prove to be disappointing. 3 Wigmore, Evidence, Sec. 899. In short, the true purpose of the rule is to protect the witness against coercion and abuse." *Crabtree v. Kurn*, 351 Mo. 628, 646-647, 173 S.W.2d 851, 858-859. The rule was applied in rather bizarre if not dramatic circumstances in another leading case on the subject, *State v. Gregory*, 339 Mo. 133, 96 S.W.2d 47. There the charge was robbery and two state's witnesses having been sentenced to be executed refused to testify at all and the prosecutor read their testimony from a former trial. The court reexamined all the cases, reaffirmed the indicated rule as "correct in principle" and held that "prejudicial error was committed against the appellant." *State v. Patton*, 255 Mo. 245, 164 S.W. 223, illustrates in detail exactly how the state may and may not employ grand jury testimony to refresh the memory of its faltering or vacillating witness and there was no attempt *68 here by the state to follow and employ those suggestions.

The plainest exposition and application of all the relevant rules is contained in *Woelfle v. Connecticut Mutual Life Ins. Co.*, 234 Mo.App. 135, 112 S.W.2d 865. There the plaintiff sought to recover the accidental death benefits of a life insurance policy. To prove her husband's accidental death the plaintiff called as a witness Block (introduced his deposition), her husband's golfing partner the day he was stricken. When asked what happened, Block said "there was nothing unusual that I know except we lost our ball." On the pretext of refreshing Mr. Block's memory plaintiff's counsel inquired whether he had seen Dr. Woelfle fall that day and he answered that he had not. Plaintiff's counsel then confronted the witness with three prior contradictory statements in which he had said that he saw the doctor fall (the most crucial fact in the case), and counsel proceeded to examine him as to why he had repudiated these prior statements. Space does not admit of full quotation from this excellent opinion but it was held that Mrs. Woelfle was not obliged by law to call Block as a witness (even though he was the only possible witness to a fall), that there was no surprise or entrapment, and that he could not be impeached by his former statements. These and the following cases set forth the general rules applicable in this jurisdiction and elsewhere: *State v. Randolph*, (Mo.) 39 S.W.2d 769; *State v. Hogan*, 352 Mo. 379, 177 S.W.2d 465; *Ann.Cas.1914B*, p. 1120; 74 A.L.R. 1042; 117 A.L.R. 326. As to the state's claim that all of Boldiz's testimony "was admissible in the

trial as substantive evidence" it may only be said that up to now "The general rule is almost universally recognized that evidence of extrajudicial statements made by a witness who is not a party and whose declarations are not binding as admissions is admissible only to impeach or discredit the witness, and is not competent as substantive evidence of the facts to which such statements relate." Annotation 133 A.L.R. 1454, 1455.

In addition to the Woelfle case, one other civil case and two criminal cases suggest some practical if not policy considerations against the rule as contended for by the state. If such a rule justly exists and is available to the state and its faltering witnesses it should likewise be available to the defendant in a criminal case and to the plaintiff in a civil action as Mrs. Woelfle claimed. And, in *Dunn v. Dunnaker*, 87 Mo. 597, the plaintiff attempted to establish his malpractice action in precisely this manner. To prove his case the plaintiff called Dr. Bigger and then attempted to show out of court statements contradictory of his testimony. But the court held that after introducing the doctor as a witness the plaintiff could not impeach his testimony. In *State v. Drummins*, 274 Mo. 632, 204 S.W. 271, the appellant was charged with seduction and to prove the prior unchaste character of the prosecutrix called two witnesses and inquired whether on specified occasions they had had sexual intercourse with the prosecutrix. The witnesses answered that they had not and furthermore said that they had not told counsel that they had. "Counsel for defendant thereupon offered to prove that the witness(es) had in fact so informed counsel, and that counsel had put the witness(es) upon the stand in the belief in good faith that (they) would swear to the same facts upon the stand * * *." In *State v. Burks*, 132 Mo. 363, 34 S.W. 48, the appellant was charged with burglary with intent to rape. To sustain his defense that he had entered the house of the prosecuting witness pursuant to an agreement with the maid, not forcibly for the purpose of ravishing the prosecutrix, defendant called the maid as a witness. She denied any such agreement, the defendant proposed to treat her as a hostile witness subject to cross-examination and offered to prove her prior statements to defendant and his counsel to the contrary. In both of these cases the relevant rules were *69 all examined and restated, and it was held that the witnesses could not be thus cross-examined and impeached.

The federal cases relied on by the state do not aid or support its position here. In *Tripp v. United States*, 10 Cir., 295 F.2d 418, the charge was conspiracy to utter and sell counterfeit obligations of the United States. It was there held that contradictory statements of a "recalcitrant" witness "were admissible for the purpose of impeaching him, but it is well settled that contradictory statements introduced for the purpose of impeachment are

not admissible as substantive evidence." And a further qualification of the federal rule, overlooked by the state, is this: "But such contradictory statements do not become substantive evidence unless the witness recants his earlier testimony and admits or states that such statements correctly reflect the true facts. The effect of so doing is to make the statements a part of the witness's present testimony." (Emphasis supplied.) 295 F.2d l. c. 425. This phase of the federal rule is illustrated and emphasized by the cited case of *Harman v. United States*, 4 Cir., 199 F.2d 34. In the often cited case of *United States v. Block*, 2 Cir., 88 F.2d 618, Judge Learned Hand did say that the trial court had properly allowed the prosecutor to cross-examine the government's "recalcitrant" witness, "it being obvious that he was suppressing truth," and confront him with prior contradictory statements. But the point the state overlooks is that even though the court charged the jury that "they might use any part of the statement which the witness had admitted; but none that he had not," the conviction was reversed, the court saying: "There was not the least color for allowing the jury to take it as his testimony on the stand, and the inevitable result was to get before them unsworn evidence in an exceptionally impressive and damaging way."

As a matter of fact the only support for the state's contention are the authoritative and respected teachers and authors, Wigmore and McCormick. Their impressive arguments are set forth in their texts (3 Wigmore, Evidence, Secs. 1017-1019, pp. 684-690; McCormick, Evidence, Secs. 38-39, pp. 70-82), and while it may be that no court has forthrightly accepted Dean McCormick's challenge "either to cause the courts to bring forward answering arguments supporting the orthodox rule, or to abandon it" (McCormick, p. 78), their views, admittedly, have not been adopted in any jurisdiction. Both Wigmore and McCormick hopefully cited *Pulitzer v. Chapman*, 337 Mo. 298, 85 S.W.2d 400 as supporting their arguments but both concede that "the Missouri Court has since retreated from its pioneer position." McCormick p. 80; 3 Wigmore p. 688 n. 2. In this connection it is interesting to note that in 1935 Judge Ellison was the author of *Pulitzer v. Chapman* and in 1936 he was also the author of the leading case of *State v. Gregory*, supra. Judge Bennick made this analysis of *Pulitzer v. Chapman*: "In *Pulitzer v. Chapman*, supra, our Supreme Court did lay down the rule that, so far as concerns the impeachment of a witness by his deposition in the cause, not only may he be impeached by contradictory statements which appear therein, but his contradictory statements may also be accepted as substantive proof of the facts stated so far as they are competent and have probative value. This for the reason that testimony in a deposition is given both

under oath and subject to the right of cross-examination, and is therefore not to be characterized as hearsay. However, it is to be noted that the court in its opinion specifically refused to hold that probative value should likewise be accorded to prior extrajudicial statements, and we are therefore left to follow the usual rule in such respects, which is that such statements are admissible only for the purpose of impeachment, assuming, of course, that the case is one where the impeachment of the witness is in order, a situation which we have shown did not exist in the instance under consideration."

Woelfle v. Connecticut Mutual Life Ins. Co., 234 Mo.App. 1. c. 151, 112 S.W.2d 1. c. 874.

*70 The other case cited by McCormick is the divided opinion (divided even as to what Wigmore means) of (1941) State v. Jolly, 112 Mont. 352, 116 P.2d 686, in which in any event the court said, "Thus Dees' statement, if tending to prove defendant's alleged statement constitutes no substantial evidence of the crime, and cannot sustain the verdict."

As indicated, the judgment is necessarily reversed and the cause remanded.

STOCKARD and PRITCHARD, CC., concur.

PER CURIAM.

The foregoing opinion of BARRETT, C., is adopted as the opinion of the court.

STORCKMAN, P. J., concurs in separate concurring opinion filed; EAGER, J., concurs in part and concurs in result in part in separate opinion filed; LEEDY, J., concurs in paragraph one of the opinion and the result, and concurs in the separate opinion of EAGER, J., believing that Boldizs (by changing his version of the solicitation by Mrs. Kinne to do away with her husband so as to characterize such solicitation as having been made "in a joking way" and from which change the trial court could have fairly inferred an effort and purpose on the part of the witness to suppress the truth) had become subject to cross-examination for the purpose of impeachment.

STORCKMAN, Presiding Judge (concurring).

I fully concur in the principal opinion by BARRETT, C., but believe there is still another reason why the state should not have been permitted to examine its witness John Boldizs in the manner it did.

When the prosecuting attorney asked the witness, "Was there anything ever said about your killing James Kinne for her", the question was fully answered when the witness said: "Yes, sir." The addition of the words "in a joking way" is not responsive to the question and appears to be entirely voluntary on the part of the witness, but there was no motion to strike.

Furthermore, as a general rule, the opinion or conclusion of a witness as to the meaning or effect of words spoken by another person is not admissible. See 23 C.J. S. Criminal Law § 878, p. 462, and *State v. Irvin*, 324 Mo. 217, 22 S.W.2d 772, 774 [4]. Whether the words were spoken by the defendant and her purpose in doing so were facts for the determination of the jury.

This is not to say that the circumstances under which the words were spoken and the attitude of the declarant at the time may not be fully developed as an aid to the jury in determining whether the words were spoken seriously or in jest. Nor does this opinion undertake to deal with the proper nature and extent of cross- or re-direct examination.

The standards for the impeachment of witnesses and the admission of substantive evidence especially in criminal cases are quite definitely established in this state and have been found quite satisfactory. They are generally in accord with those of other jurisdictions. In my opinion the instant record and circumstances do not present a proper case to vary or depart from these well-established rules.

EAGER, Judge (concurring in part and concurring in result in part).

I feel that under the circumstances of this case Boldizs was in a very real sense a witness hostile to the State and thus subject to cross-examination for the purpose of impeachment only. The fact that the State's counsel do not argue this point is immaterial, for the public is a party to this proceeding and it is not to be estopped by any actions of its representatives. Since the evidence of prior statements was apparently considered as substantive evidence, the case must be reversed on that ground, as well as for error in the selection of the jury, in which latter phase of the opinion I concur.

Anexo 2. Entrevistas

ENTREVISTA EFECTUADA AL DR. JAIME ALVEAR,

PRESIDENTE DE LA CORTE PROVINCIAL DE IMBABURA

TEMA:

“La declaratoria del testigo hostil en la audiencia oral dentro del proceso civil como un mecanismo de garantía al debido proceso y al principio de contradicción procesal”

1.- ¿Conoce de algún caso donde se haya aplicado la figura del testigo hostil, contemplada en el numeral 7 del artículo 177 del COGEP?

Aquí en la provincia donde me desempeño como juez de la Corte, no ha existido ninguna declaratoria de testigo hostil, en el resto del país no sé, desconozco.

2.- Desde su criterio, ¿cree que el numeral 7 del artículo 177 del COGEP es lo suficientemente claro en relación al testigo hostil?

Partimos de que las normas jurídicas siempre tienen ese contenido abstracto, por eso dicen que son generales, entonces una norma de aplicación general no puede ser reglamentaria o demasiado clara. En estos temas ya le corresponde al juez evaluar al testigo que merezca una declaración de hostilidad. Y claro, si vamos al estudio en sí de la hostilidad de un testigo, cuando puede un testigo o qué requisitos previos se necesita para que un juez pueda declarar la hostilidad, porque hay que saber diferenciar el derecho a permanecer en silencio de una persona procesada por ejemplo o de algún testigo que no quiera declarar, porque las declaraciones son voluntarias si es que alguien quiere ir a declarar, pero cuando ya decide presentarse como testigo está en la obligación de comparecer. Esto del testigo hostil viene de los regímenes dictatoriales en donde los sistemas políticos que estaban vinculados con los sistemas procesales porque obviamente los estados con sus gobiernos son los que construyen también las normas. Entonces nosotros tenemos a nivel sudamericano el caso de Fujimori en el caso de la cantuta en el Perú es en donde, nosotros empezamos a entender la hostilidad del testigo Montesinos, por ejemplo. Es a raíz de esos temas investigativos de la violación de derechos humanos en donde hay la posibilidad de declaración de testigo hostil, porque un testigo debe tener un conocimiento muy superior intelectualmente, o sea el testigo hostil no le vamos a ver

en cualquiera de los comunes y corrientes que nos vienen a declarar en juicios de alimentos, juicios de divorcios o juicios ejecutivos o juicios civiles y mercantiles que tenemos en general aquí, un testigo hostil lo ubicamos en otros ámbitos. Es por eso que la hostilidad de un testigo tiene esos componentes de intelectualidad en donde puede manejar una información de manera superlativa para ocultar la información, para torcer información. Ese ejercicio de hostilidad requiere un alto índice de intelectualidad, no es cualquier persona a la que se le puede declarar hostil. Normalmente aquí a un ciudadano común y corriente que venga o que no venga a declarar que diga desconozco esos hechos o no he sabido, esa no es hostilidad, no es lo mismo un proceso civil o mercantil que un proceso de derechos humanos en el proceso civil es casi imposible que se pueda declarar a un testigo hostil, no encuentro argumentos suficientes para que en materia no penal se pueda declarar a un testigo hostil ese tipo de declaratoria insisto requiere un nivel de conocimiento y de intelecto muy alto.

3.- Desde su criterio, ¿cuáles son los efectos jurídicos que conlleva una declaratoria de testigo hostil?

El efecto jurídico es que le da la misma ley y es la posibilidad de interrogarle con preguntas sugestivas, introductorias o de preámbulo, tomando en cuenta lo que va diciendo, la información que va presentando. Entonces es más o menos como un pseudo contrainterrogatorio. Si en el contrainterrogatorio está permitido la pregunta sugestiva, acá no es tanto así que digamos, sino que el objetivo es romper ese cerco que tiene, esa barrera que no permite llegar a toda la información, que de pronto en el ambiente de la audiencia estamos diciendo todos jueces, abogados, partes, este testigo sabe algo pero que difícil sacarle, entonces en el ambiente vemos esa calidad, inclusive la presencia física del testigo, intelectual. Por eso el COGEP, nos pone esa condición cuando es posible la declaratoria, cuando el juez puede detectar, estos presupuestos de este ciudadano con un alto nivel de intelectualidad que en el ambiente se ve las respuestas inciertas que puede estar dando o ciertas también de que sabe mucho más pero no suelta todo. Entonces después de ser declarado testigo hostil, quien le va a interrogar tiene el derecho de hacerle preguntas sugestivas.

4.- ¿Cuáles son los motivos que el juez debe considerar para declarar a un testigo como testigo hostil?

Es esa condición personal del testigo, condiciones físicas, morales referidas a lo intelectual, que tenga un alto nivel de conocimiento. Esto del testigo hostil se empezó a utilizar en materia penal en violación de derechos humanos en el tema peruano, Vladimiro

Montesinos, quien ha sido Montesinos en el ámbito de las dictaduras, quizá el cerebro de todas las operaciones Cóndor, la cantuta y todo este tipo dictaduras disfrazadas de democracia. Entonces si nosotros nos fijamos en un Montesinos, con un elevadísimo nivel de conocimiento, estrategias de seguridad nacional, no le podemos igualar a Juan Pérez, como testigo en un proceso ordinario, esas son las grandes distancias entre un testigo que se tiene que declarar como hostil.

5.- Desde su criterio, ¿debería existir una regla que indique al abogado en qué momento solicitar y cómo solicitar al juez para que declare a un testigo como testigo hostil?

Este conocimiento personal que tengo no necesariamente será compartido por otros jueces, entonces lo que le corresponde al juez que de pronto tenga una solicitud de estas y no tenga claridad en cuanto a la aplicación de esa norma jurídica para declarar hostil a un testigo, las consultas que nos establece el 126 del Código Orgánico de la Función Judicial, hacer una consulta a la Corte Nacional de Justicia, para que nos dé una directriz como órgano interpretativo de la oscuridad de las leyes aquí en el Ecuador.

ENTREVISTA EFECTUADA AL DR. JAIME CADENA,

JUEZ DE LA CORTE PROVINCIAL DE IMBABURA

TEMA:

“La declaratoria del testigo hostil en la audiencia oral dentro del proceso civil como un mecanismo de garantía al debido proceso y al principio de contradicción procesal”

1.- ¿Conoce de algún caso donde se haya aplicado la figura del testigo hostil, contemplada en el numeral 7 del artículo 177 del COGEP?

Analizados los casos que han pasado por aquí por la Corte Provincial de Imbabura desde la vigencia del Código Orgánico General de Procesos realmente aquí no se ha presentado ningún caso en la que se haya aplicado la figura del testigo hostil previsto en el artículo 177 numeral 7 del Código Orgánico General de Procesos.

2.- Desde su criterio, ¿cree que el numeral 7 del artículo 177 del COGEP es lo suficientemente claro en relación al testigo hostil?

Analizada detenidamente esta disposición del Código Orgánico General de Procesos, realmente no es lo suficientemente clara, no nos conduce a determinar cuál puede ser el testigo hostil, motivo por el cual habría que recurrir a la doctrina y a la jurisprudencia de otros países, pero realmente pienso que el legislador debía haber determinado con mayor precisión cuál puede ser el testigo hostil.

3.- Desde su criterio, ¿cuáles son los efectos jurídicos que conlleva una declaratoria de testigo hostil?

El efecto jurídico de la declaratoria de testigo hostil vendría a ser que el abogado que le convocó a ese testigo pueda formular preguntas sugestivas, o sea el momento en que el abogado entra en divergencia al ser declarado testigo hostil el declarante, le da opción al abogado para que pueda hacer preguntas sugestivas.

4.- ¿Cuáles son los motivos que el juez debe considerar para declarar a un testigo como testigo hostil?

Los motivos por los cuales un testigo es declarado como hostil, vendría a ser ya un antagonismo, o sea el momento en que el testigo presenta un antagonismo ante las preguntas del abogado que le convocó. Entonces el momento en que empieza a existir un antagonismo, que se niega a contestar, quiere conducir el lío a otro campo, ese momento, el juez se percataría de que es un testigo hostil porque no se sujeta al interrogatorio formulado por el abogado. Entonces el juez el momento en que se fija que existe un antagonismo entre el testigo convocado y el abogado, sería el momento a petición de parte, para declarar como testigo hostil a fin de que el abogado pueda formular preguntas sugestivas

5.- Desde su criterio, ¿debería existir una regla que indique al abogado en que momento solicitar y cómo solicitar al juez para que declare a un testigo como testigo hostil?

Naturalmente que debería estipularse eso en el Código Orgánico General de Procesos, porque en la forma que está previsto actualmente únicamente se hace una cita de testigo hostil, pero en realidad las audiencias orales tienen su esquema y no se sabría en qué momento se puede pedir la declaratoria de testigo hostil toda vez que en la segunda fase de los procedimientos que tienen una sola audiencia o en la segunda audiencia del procedimiento oral prácticamente ya es de evacuación de pruebas. Yo pienso que si debe estar claramente establecido el momento procesal en el que se puede pedir la declaratoria de testigo hostil, para evitar las arbitrariedades y las objeciones.

**ENTREVISTA EFECTUADA AL DR. EDISON CRESPO,
ABOGADO LITIGANTE EN LA PROVINCIA DE IMBABURA**

TEMA:

“La declaratoria del testigo hostil en la audiencia oral dentro del proceso civil como un mecanismo de garantía al debido proceso y al principio de contradicción procesal”

1.- ¿Conoce de algún caso donde se haya aplicado la figura del testigo hostil, contemplada en el numeral 7 del artículo 177 del COGEP?

Realmente desde la fecha de vigencia del Código Orgánico General de Procesos hasta la presente no he tenido conocimiento de un caso que se haya declarado un testigo como hostil y menos de que algún abogado haya solicitado tal declaratoria.

2.- Desde su criterio, ¿cree que el numeral 7 del artículo 177 del COGEP es lo suficientemente claro en relación al testigo hostil?

Considero que no es lo suficientemente claro, existen varios parámetros que se deberían observar para declarar a un testigo como hostil. En tal razón la declaratoria de hostilidad llevaría una dificultad para las partes y para el juzgador para evaluar y considerarlo como hostil, en ese sentido debería estar un numeral considerado solo para el testigo hostil.

3.- Desde su criterio, ¿cuáles son los efectos jurídicos que conlleva una declaratoria de testigo hostil?

Realmente es una conjetura, porque como dije anteriormente el numeral no es lo suficientemente claro. Entonces mal haría en decir cual son los efectos jurídicos. Tal vez la declaratoria de testigo hostil sería para obligar al testigo para que declare, pero hasta donde llegaría esa coerción por parte del juzgador, hasta donde se puede interrogar al testigo quedan esas interrogantes.

4.- ¿Cuáles son los motivos que el juez debe considerar para declarar a un testigo como testigo hostil?

Es sumamente complicado porque no hay una directriz para declarar al testigo como hostil, el numeral 7 del artículo 177 del Código Orgánico General de Procesos no está suficientemente claro. Entonces quedaría a criterio del juzgador la declaratoria de testigo

hostil. En ese sentido quedaría por considerar que se presenten declaraciones ambiguas, evasivas, es decir responder una pregunta con otra respuesta, es decir el testigo no estaría aportando con nada para el esclarecimiento de los hechos por los que fue presentado como testigo.

5.- Desde su criterio, ¿debería existir una regla que indique al abogado en que momento solicitar y cómo solicitar al juez para que declare a un testigo como testigo hostile?

Si no existe una regla por lo menos una directriz que nos de ciertos parámetros para que sea declarado como testigo hostile, obviamente a la presente fecha ya no está vigente en el COGEP declaraciones como aquellas quienes no pueden ser testigos como teníamos en el Código de Procedimiento Civil, en donde era claro que los ciegos, los sordos, los mudos o los dementes no podían ejercer esa calidad de tal manera que al presentarse un testigo se podía valorar y evitar esas declaraciones, pero estamos hablando de otro tipo de figura jurídica estamos hablando de un testigo hábil pero que se declare en rebeldía para declarar.

**ENTREVISTA EFECTUADA AL DR. CARLOS PROAÑO MERA,
ABOGADO LITIGANTE EN LA PROVINCIA DE IMBABURA**

TEMA:

“La declaratoria del testigo hostile en la audiencia oral dentro del proceso civil como un mecanismo de garantía al debido proceso y al principio de contradicción procesal”

1.- ¿Conoce de algún caso donde se haya aplicado la figura del testigo hostile, contemplada en el numeral 7 del artículo 177 del COGEP?

Personalmente no he tenido una incidencia respecto al testigo hostile. Adicionalmente de la conversación que he tenido con varios colegas aquí en la ciudad de Ibarra, tampoco ha existido la existencia de un caso donde se haya presentado un testigo hostile en alguna de sus audiencias.

2.- Desde su criterio, ¿cree que el numeral 7 del artículo 177 del COGEP es lo suficientemente claro en relación al testigo hostile?

Indudablemente que no, porque únicamente lo que manifiesta este literal es el nombre de testigo hostil, pero no da un concepto o en qué condiciones se le puede considerar a un testigo como hostil.

3.- Desde su criterio, ¿cuáles son los efectos jurídicos que conlleva una declaratoria de testigo hostil?

Bueno de lo que indica el numeral 7 del artículo 177 del COGEP, se puede indicar que el efecto jurídico de la declaratoria es que un testigo que es convocado a juicio por la parte, pase a ser hostil y con ello la parte que lo convocó pueda realizar en su interrogatorio preguntas sugestivas a fin de que el testigo pueda revelar la verdad de los hechos que conoce.

4.- ¿Cuáles son los motivos que el juez debe considerar para declarar a un testigo como testigo hostil?

Los motivos nacen del concepto de un testigo hostil, a quién se considera testigo hostil. De tal forma se conoce en base a la doctrina que un testigo es hostil, cuando éste debiendo responder a un interrogatorio lo hace de forma que no favorece al esclarecimiento de los hechos que son de su conocimiento, responde de forma inconsistente, incoherente, contradictoria y evasiva y hasta violenta.

5.- Desde su criterio, ¿debería existir una regla que indique al abogado en que momento solicitar y cómo solicitar al juez para que declare a un testigo como testigo hostil?

Sí, es muy necesario que el legislador contemple la posibilidad de una reforma parcial, a fin de que se den parámetros mínimos a los abogados y jueces a fin de que no existan criterios contrapuestos y diferentes del tema y se procure una uniformidad en su aplicación.

ENTREVISTA EFECTUADA AL DR. JHONNY PALACIOS,

JUEZ DE LO CIVIL Y MERCANTIL EN EL CANTÓN DE IBARRA

TEMA:

“La declaratoria del testigo hostil en la audiencia oral dentro del proceso civil como un mecanismo de garantía al debido proceso y al principio de contradicción procesal”

1.- ¿Conoce de algún caso donde se haya aplicado la figura del testigo hostil, contemplada en el numeral 7 del artículo 177 del COGEP?

Desde que entró en vigencia el COGEP no he visto ni un solo caso que se haya determinado a alguien como testigo hostil. Ni un solo caso en ninguna causa que haya tramitado.

2.- Desde su criterio, ¿cree que el numeral 7 del artículo 177 del COGEP es lo suficientemente claro en relación al testigo hostil?

Bueno, la disposición contenida en el numeral 7 del artículo 177 del COGEP, lo que es claro tal vez es la forma en como puede ser tratado el testigo hostil, pero no es claro en cuanto a determinar a quien se le puede considerar testigo hostil. Entonces si en el numeral 7 dice que se podrán hacer preguntas sugestivas y varios hechos más a un testigo que es considerado hostil, pero el concepto de cómo se considera a un testigo como hostil no. En base a esta disposición se puede determinar que puede haber un testigo hostil pero no determina quien es considerado testigo hostil.

3.- Desde su criterio, ¿cuáles son los efectos jurídicos que conlleva una declaratoria de testigo hostil?

El testigo hostil tendría dos circunstancias para ser declarado como tal, primero si no quiere concurrir determinando varios hechos anteriores, primero que se la haya notificado a esta persona y segundo la persona a quien se le haya citado a esta persona para que pueda ser considerada como testigo justifique que realmente sea necesario que esa persona concurra, que tiene elementos que pueda aportar a esclarecer los hechos que han sido expuestos en la demanda o contestación a la demanda y que pueden aportar en la verdad procesal, configurada esas circunstancias se podría decir que esta persona puede aportar y la falta de concurrencia habiendo sido notificado, puede considerarse un testigo hostil.

4.- ¿Cuáles son los motivos que el juez debe considerar para declarar a un testigo como testigo hostil?

El primero sería esa circunstancia que no haya querido concurrir y que esté justificado que la declaración de esa persona sirve fundamentalmente como prueba. Y la

segunda sería cuando el testigo hace respuestas evasivas, responde sin querer decir la verdad. Entonces al ser todo evasivo con un claro descomedimiento de los hechos que se le está preguntando se lo puede considerar como testigo hostil, obviamente a petición del abogado que está formulando el interrogatorio. Es decir, fundamentando los hechos indicando que esa persona conoce varias circunstancias y la necesidad que el testigo exponga sobre esos elementos.

5.- Desde su criterio, ¿debería existir una regla que indique al abogado en que momento solicitar y cómo solicitar al juez para que declare a un testigo como testigo hostil?

Hablar de la existencia de una regla es difícil, porque nosotros los abogados estamos acostumbrados a que todo conste por escrito y en realidad no puede ser tan así, pero si debe haberse puesto un concepto de cómo debería considerarse un testigo hostil, pero reglas específicas no, pero si un panorama más amplio. Establecer una regla específica sería riesgoso porque si una persona responde indicando que no conoce un hecho o que no se acuerda eso no puede ser considerado fundamento para considerarse testigo hostil.

ENTREVISTA EFECTUADA AL DR. EDGAR MERLO

ABOGADO LITIGANTE EN LA PROVINCIA DE IMBABURA

TEMA:

“La declaratoria del testigo hostil en la audiencia oral dentro del proceso civil como un mecanismo de garantía al debido proceso y al principio de contradicción procesal”

1.- ¿Conoce de algún caso donde se haya aplicado la figura del testigo hostil, contemplada en el numeral 7 del artículo 177 del COGEP?

Dentro de mi experiencia profesional no he tenido caso alguno el cual se haya declarado por parte del juez de la causa a un testigo como hostil.

2.- Desde su criterio, ¿cree que el numeral 7 del artículo 177 del COGEP es lo suficientemente claro en relación al testigo hostil?

Me parece que la redacción en la normativa consagrada en el numeral 7 del artículo 177 del COGEP, es acertada, pues implica una concepción de que un testigo podría ser declarado un testigo adverso, pero bajo la lógica que en principio al testigo la parte que lo presente no puede realizar una pregunta sugestiva. Sin embargo, a partir que se demuestre que existe una confrontación con ese testigo entonces en ese caso la declaratoria de hostilidad sería un requisito *sine qua non* para que el juez permita al interrogante realizar preguntas sugestivas, es decir, esa condición es imperativa según esta regla y está suficientemente clara expresada en la norma.

2.- Desde su criterio, ¿cuáles son los efectos jurídicos que conlleva una declaratoria de testigo hostil?

Los efectos jurídicos que conlleva la declaratoria de testigo hostil, sería que dentro del proceso este testigo ya deja de ser testigo de parte para convertirse en un testigo, que si bien no es de la contraparte, es un testigo adverso, eso significaría entonces que jurídicamente el testigo aquel al que no se le puede realizar preguntas sugestivas, por esta ruptura de esa lógica cabe la posibilidad de realizar preguntas sugestivas solo así se podría confrontar y contradecir la información que el testigo está dando a través de cuestionamientos, bajo el principio de contradicción.

3.- ¿Cuáles son los motivos que el juez debe considerar para declarar a un testigo como testigo hostil?

De la experiencia profesional considero que serían básicamente tres, el primero sería el caso aquel en que el testigo evade con sus respuestas las preguntas, es decir, no contesta lo que se le pregunta, contesta algo distinto. El segundo caso sería cuando un testigo es contradictorio, es decir, a una pregunta contesta con una información y otra pregunta contesta con otra información distinta a la que ya brindó, en una respuesta de una pregunta anterior, generándose entonces la contradicción en lo que el mismo relata en sus respuestas a las preguntas realizadas. Y un tercer caso, cuando quede de manifiesto y se demuestre dentro del mismo ejercicio del interrogatorio ante el juez, es decir, bajo el principio de inmediación, se demuestre que el testigo está faltando a la verdad. Entonces en esos casos, creo que es admisible la petición de que el juez califique y disponga la adversidad del testigo declarándolo como hostil.

4.- Desde su criterio. ¿debería existir una regla que indique al abogado en que momento solicitar y cómo solicitar al juez para que declare a un testigo como testigo hostil?

Me parece que este es un tema importante porque se trata primero de la calidad de la prueba y no olvidemos que en ciertos casos la prueba testimonial es definitivamente decisoria, por lo tanto, la prueba debe ser examinada a profundidad. Puntualmente sobre el testigo hostil yo creo que el tema no puede quedar abierto ni tampoco a la interpretación subjetiva ni de los abogados litigantes ni tampoco de la calificación o decisión del juez, no debe existir esta subjetividad pues lo que es hostilidad para unos probablemente para otros no sea hostil por esa razón debe estar textualmente consagrado en la norma, indicar en qué casos se considera como hostil, cuales son los casos de hostilidad y en qué casos el juez puede calificar y declarar la hostilidad de esa manera estaríamos evitando la subjetividad o la mala interpretación.

Anexo 3. El interrogatorio de la película Rob Reiner, *A Few Good Men* (Estados Unidos: Castle Rock Entertainment

Abogado P: ¿Puede decir su nombre rango y asignación por favor señor?

Testigo R: Coronel Nathan R. Jessep, Comandante en Jefe de la Infantería de Marina Bahía de Guantánamo Cuba. Gracias, señor.

Abogado P: Coronel, cuando usted se enteró de la carta de Santiago e investigación tuvo una reunión con sus dos oficiales. ¿Es correcto?

Testigo R: Así es.

Abogado P: ¿El comandante de pelotón, teniente Jonathan Kendrick y el Oficial Ejecutivo Teniente Coronel Matthew Markinson?

Testigo R: Así es.

Abogado P: Y a la fecha, el coronel Markinson está muerto. ¿Cierto?

Abogado acusador: Objeción quisiera saber lo que el Abogado defensor implica.

Abogado defensor: No estoy implicando que en el presente el coronel Markinson no está vivo.

Abogado acusador: El coronel Jessep no necesitaba venir a la Corte para confirmar eso.

Abogado defensor: No estaba seguro si el testigo sabía que el coronel se quitó la vida con su propia arma.

Juez: El testigo lo sabía, la Corte lo sabía, y ahora el Jurado lo sabe. Agradezco que les hayan dado esa información.

Juez: Puede proceder, teniente.

Abogado P: Coronel, ¿en esa reunión dio usted al teniente Kendrick una orden?

Testigo R: Dije a Kendrick que ordenara a sus hombres que no tocaran a Santiago.

Abogado P: ¿Y dio también una orden al coronel Markinson?

Testigo R: Ordené a Markinson que transfiriera a Santiago de la base de inmediato.

Abogado P: ¿Por qué?

Testigo R: Su vida podía peligrar si se sabía el contenido de la carta.

Abogado P: ¿Peligro grave?

Testigo R: Existe otra clase.

Abogado P: Coronel, tengo la orden de transferencia que usted y el coronel Markinson firmaron, para que Santiago saliera de Guantánamo a las 6 am.

Abogado P: ¿Era el primer vuelo disponible?

Testigo R: El de la cero seiscientas era el primer vuelo que salía de la base.

Abogado P: Coronel, usted voló a Washington esta mañana ¿es verdad?

Testigo R: Sí.

Abogado P: Noto que usa su uniforme de gala para declarar en esta Corte

Testigo R: Igual que usted, teniente.

Abogado P: ¿Usó el uniforme en el avión?

Abogado acusador: Con su venia. ¿Es este diálogo relevante para alguna cosa?

Abogado defensor: La defensa no tuvo oportunidad previa con este testigo, suplico su indulgencia.

Juez: Indulgencia que será poca.

Abogado P: ¿Coronel?

Testigo R: Usé el uniforme de faena en el avión.

Abogado P: ¿Y trajo su uniforme de gala con usted?

Testigo R: Sí.

Abogado defensor: ¿Crema de afeitar, cepillo dental, ropa interior?

Abogado acusador: Señoría, ¿la ropa interior es secreto de seguridad nacional?

Juez: Caballeros, más le vale precisar algo, teniente.

Abogado: Sí, señor.

Abogado P: ¿Coronel?

Testigo R: Traje un cambio de ropa y algunos artículos personales.

Abogado: Mmm. Gracias.

Abogado defensor: Después del arresto de Dawson y Downey. En la noche del seis, el dormitorio de Santiago fue sellado y su contenido inventariado: cuatro pantalones de camuflaje; tres camisas de color caqui; tres pares de botas; cuatro pares de calcetines; tres juegos de ropa interior.

Abogado acusador: Con su venia, ¿hay alguna pregunta en el futuro?

Juez: Teniente Kaffe, tengo que pedirle que haga la pregunta.

Abogado: Me pregunté ¿por qué Santiago no empacó? Les diré algo. Volveremos a eso en un minuto. En esta lista están todas las llamadas efectuadas desde su base las últimas veinticuatro horas, después de ser citado a Washington hizo tres llamadas que indiqué en amarillo.

Abogado P: ¿Reconoce esos nombres, señor?

Testigo R: Llamé al coronel Fyttuw en Quántico Virginia, para preguntarle si podría visitarlo. La segunda llamada fue para reunirme con un miembro del Comité de Servicios Armados; el señor Richmond. Y la tercera fue para mi hermana Elizabeth.

Abogado P: ¿Para qué la llamó Señor?

Testigo R: Creí que le gustaría comer conmigo.

Abogado defensor: Señoría, estos son los registros telefónicos de la base del seis de septiembre. Y estas son las catorce cartas que escribió Santiago en nueve meses, solicitando, más bien suplicando lo transfirieran. Al oír la noticia de que por fin lo transferirían, Santiago estaba tan feliz, que saben a cuantas personas llamó. Cero. Ninguna. Ni una llamada a sus padres diciendo que iría a casa. Tampoco a un amigo para que lo recibiera en el aeropuerto. Estaba en cama durmiendo a medianoche y, de acuerdo a usted, partiría en un avión en seis horas; pero todo lo que poseía estaba guardado en su casillero o colgado en su armario. Usted viaja un día, empacó su ropa e hizo tres llamadas. El soldado Santiago no iba a volver nunca jamásss y no aviso a nadieeeee y no empaco nadaaaaaaa.

Abogado P: ¿Puede explicar eso, coronel?

Abogado defensor: La verdad es que no hubo esa orden. Santiago no iría a ninguna parte. ¿Cierto, coronel?

Abogado acusador: Objeción, Señoría.

Juez: No ha lugar. Su Objeción se anula.

Abogado P: ¿Coronel?

Testigo R: Ja, ja, ja, ja, ja.

Abogado P: ¿Es divertido, señor?

Testigo R: No. no lo es. ¡Es trágico!

Abogado P: ¿Tiene alguna respuesta, Coronel?

Testigo R: Por supuesto. Mi respuesta es que no tengo ni una maldita idea. Tal vez era madrugador y quería empacar temprano. Tal vez no tenía ni un amigo. Soy un hombre educado, pero temo que no puedo hablar inteligentemente de los hábitos de viaje de William Santiago. Lo que sí sé, es que el soldado abandonaría la base a las cero seiscientas. Ahora, son estas las preguntas que tengo que responder a esta Corte. Telefonemas y guardarropa, por favor, diga que tiene algo más, teniente. Estos dos marinos podrían perder sus vidas. Por favor, dígame que su abogado no basa su esperanza en un telefonema. ¿Tiene alguna otra pregunta para mí, teniente?

Juez: Teniente Kaffe.

Juez: Teniente, ¿tiene otra pregunta para el testigo?

Testigo: Gracias, Dany. Adoro Washington.

Abogado defensor. Disculpe, no lo he excusado.

Testigo R: Discúlpeme.

Abogado Defensor. No he terminado mis preguntas. Tome asiento.

Testigo R: Coronel.

Abogado defensor: ¿Qué cosa?

Testigo R: Apreciaría que me llamara coronel o señor. Creo que me lo he ganado.

Juez: El abogado se dirigirá al testigo como coronel o señor.

Testigo: No sé en qué maldita forma dirige usted esto.

Juez: El testigo se dirigirá a la Corte como Juez o Señoría. Yo también me lo he ganado, tome asiento, Coronel.

Testigo P: ¿Qué quiere discutir ahora? ¿Mi color favorito?

Abogado Defensor R: Haffffff.

Abogado P: Coronel, el vuelo de las seis am, ¿era el primero?

Testigo R: Sí.

Abogado P: No hubo un vuelo siete horas antes que aterrizó en la Base Andrews a las dos am.?

Juez: Teniente, ya hemos cubierto esto. ¿No es verdad?

Abogado defensor: Señoría, estos son los registros de vuelo de la Base de Guantánamo y de la Base Andrews. Guantánamo no muestra un vuelo saliendo a las once pm y en Andrews no hay un aterrizaje a las dos am. Suplico que se admitan como pruebas de la defensa.

Juez: No lo entiendo, ¿admitir pruebas de un vuelo que no existió?

Abogado defensor: Ese vuelo existió.

La defensa llamará al mecánico Omali y al ayudante Rodríguez; personal de tierra en la Base de Andrews a las dos am el siete.

Abogado acusador: Señoría, sus nombres no están en la lista.

Abogado defensor: Son testigos requeridos, Señoría, para refutar el testimonio ofrecido durante el procedimiento.

Juez: Permitiré los testigos.

Testigo R: ¡Esto es ridículo!

Abogado defensor: Coronel, hace un momento ...

Testigo: ¡Verifique los registros del vuelo, por Dios!

Abogado defensor. Luego llamaré a los testigos, señor.

Abogado P: ¿Usted dijo que ordenó al teniente Kendrick que dijera a sus hombres que Santiago no debía ser tocado?

Testigo R: Es verdad.

Abogado P: ¿Y quedó claro para él lo que usted dijo?

Testigo R: Cristalino.

Abogado P: ¿Tal vez el teniente ignoró la orden?

Testigo R: ¡Ignoró la orden!

Abogado P: ¿Tal vez se le olvidó?

Testigo R: No.

Abogado P: Tal vez el teniente dejó su oficina y dijo ¿“el viejo está mal”?

Testigo R: No.

Abogado P: Cuando el teniente habló con el pelotón y les ordenó que no tocaran a Santiago, ¿tal vez lo ignoraron?

Testigo R: No, señor.

Abogado: ¿Ha servido en los Infantes de Marina, hijo?

Testigo P: No, señor.

Abogado: ¿Ha estado en combate?

Testigo P: No, señor.

Abogado: ¿Ha puesto su vida en manos de otro hombre? ¿Ha pedido que le confíen otra vida?

Testigo P: No, señor.

Testigo R: Seguimos las órdenes, hijo. Seguimos las órdenes o las personas mueren. Así de simple. ¿Estamos claros?

Testigo P: Sí, señor.

Abogado: ¿Estamos claros?

Testigo P: Sí, señor.

Abogado: Cristalinos.

Abogado: Coronel, una pregunta más antes de llamar a los soldados Omal y Rodríguez.

Abogado P: Si usted dio la orden de que no tocar a Santiago y sus órdenes siempre se obedecen, ¿por qué estaba Santiago en peligro? ¿Por qué era necesario transferirlo de la base?

Testigo R: Santiago era un marino muy deficiente y lo iba a transferir.

Abogado: No es lo que dijo. ¿Usted dijo que sería transferido por estar en grave peligro?

Testigo R: Es correcto.

Abogado: Usted dijo en peligro.

Yo dije grave y usted dijo ...

Testigo: Recuerdo lo que dije.

Abogado: Puedo hacer que el taquígrafo lo lea otra vez.

Testigo R: Yo sé lo que dije. No necesito que me lean como si fuera un idiota.

Abogado P: ¿Por qué dio dos órdenes, coronel?

Testigo R: Algunas veces los hombres toman el problema en sus manos.

Abogado: No, señor. Usted dijo hace un momento que sus hombres obedecen. Sus hombres obedecen o las personas mueren. Santiago no debió estar en peligro ¿Verdad, coronel?

Testigo R: Tú, pedazo de imbécil.

Abogado: Si el teniente Kendrick dio la orden de que Santiago no fuera tocado porque debía ser transferido ¿Coronel? ¿El teniente ordenó la clave Roja verdad? ¿Por qué eso es lo que usted dijo al teniente Kendrick que hiciera? Cuando Santiago murió usted culpó a estos dos hombres. Después firmó una orden falsa y no conforme desapareció el cuerpo, presionó al doctor. Está bajo juramento. ¿Ordenó usted la clave roja?

Juez: No tiene por qué responder.

Testigo R: Responderé la pregunta. ¿Quiere respuestas?

Abogado: Creo que me las merezco.

Testigo R: ¿Quiere usted respuestas?

Abogado: Quiero la verdad.

Testigo: No sabe qué hacer con la verdad. Santiago murió y es trágico, usted no quiere la verdad. No sabe qué hacer con la verdad. No tengo ni el tiempo ni el deseo de explicar mi conducta. Sería mejor que me deje en paz.

Abogado P: ¿Ordenó usted la clave roja? ¿Ordenó usted la clave roja?

Testigo R: Por supuesto que la ordené.