



UNIVERSIDAD TÉCNICA DE AMBATO
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
CARRERA DE DERECHO

TEMA:

**“EL TESTIGO HOSTIL EN EL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE
PROCESOS Y LA VERDAD PROCESAL.”**

Proyecto de Graduación previa la obtención de Título de Abogado de los Juzgados y
Tribunales del Ecuador.

AUTOR:

David Leonardo Criollo Mayorga

TUTOR:

Dr. Nelson Eduardo Mayorga Naranjo

Ambato- Ecuador

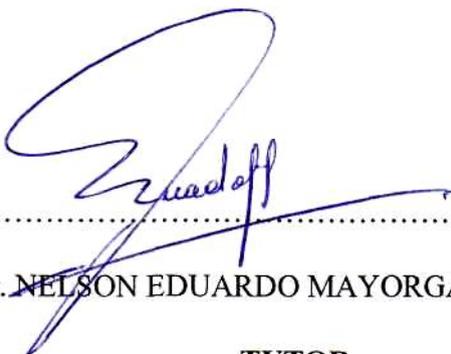
2020

CERTIFICACIÓN DEL TUTOR

El Suscrito Dr. Nelson Eduardo Mayorga Naranjo, CERTIFICA: Que el señor David Leonardo Criollo Mayorga portador/a de la CC 1804964052, habilitado para obtener el Título de Tercer Nivel; ha concluido su Trabajo de Titulación, Modalidad PROYECTO DE INVESTIGACIÓN; sobre el Tema: **“EL TESTIGO HOSTIL EN EL COGEP Y LA VERDAD PROCESAL.”** previo a la obtención del título de Abogado de los juzgados y Tribunales del Ecuador; por lo que, en calidad de Tutor del Trabajo de Titulación, certifico de la autenticidad del mencionado Trabajo, y de haberle orientado durante todo el proceso.

Ambato, Octubre de 2019

LO CERTIFICO:



Dr. NELSON EDUARDO MAYORGA NARANJO

TUTOR

AUTORÍA

Los criterios emitidos en el Trabajo de Investigación: “**EL TESTIGO HOSTIL EN EL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS Y LA VERDAD PROCESAL.**”, como también los contenidos, ideas, análisis, conclusiones y propuesta son de responsabilidad del autor.

Ambato, Octubre de 2019

EL AUTOR



.....
David Leonardo Criollo Mayorga

CC 1804964052

DERECHOS DE AUTOR

Autorizo a la Universidad Técnica de Ambato, para que haga de ésta tesis o parte de ella un documento disponible para su lectura, consulta y procesos de investigación, según las normas de la Institución. Cedo los derechos en línea patrimoniales de mi tesis, con fines de difusión pública, además apruebo la reproducción de esta tesis, dentro de las regulaciones de la Universidad, siempre y cuando esta reproducción no suponga una ganancia económica y se realice respetando mis derechos de autor.

Ambato, Octubre de 2019.

EL AUTOR



.....
David Leonardo Criollo Mayorga

CC 1804964052

APROBACIÓN DEL TRIBUNAL DE GRADO

Los Miembros del Tribunal de Grado APRUEBAN el Trabajo de Investigación sobre el tema: **“EL TESTIGO HOSTIL EN EL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS Y LA VERDAD PROCESAL.”**, presentado por el señor David Leonardo Criollo Mayorga, de conformidad con el Reglamento de Graduación para obtener el Título Terminal de Tercer Nivel de la U.T.A.

Ambato,

Para constancia firman

.....
Presidente

.....
Miembro

.....
Miembro

DEDICATORIA

A mis padres Bolívar e Isabel, por haber realizado tantos esfuerzos para la obtención de este logro profesional.

David Criollo

AGRADECIMIENTO

Al distinguido Dr. Nelson Eduardo Mayorga Naranjo, sin cuyo consejos y sabiduría hubiera sido imposible culminar este trabajo investigativo.

David Criollo

ÍNDICE GENERAL

| PÁGINAS PRELIMINARES | Pág. |
|--|-------------|
| Portada..... | i |
| Certificación del Tutor | ii |
| Autoría..... | iii |
| Derechos de Autor..... | iv |
| Aprobación del Tribunal de Grado | v |
| Dedicatoria | vi |
| Agradecimiento | vii |
| Índice General | viii |
| Índice de Gráficos | xii |
| Índice de Cuadros..... | xiii |
| Resumen Ejecutivo..... | xiv |
| Abstract | xv |

| | |
|--------------------|---|
| Introducción | 1 |
|--------------------|---|

CAPÍTULO I **EL PROBLEMA**

| | |
|---|----|
| Tema:..... | 4 |
| Planteamiento del Problema..... | 4 |
| Contextualización Macro | 4 |
| Contextualización Meso..... | 5 |
| Contextualización Micro | 8 |
| Árbol del problema | 9 |
| Análisis crítico. | 10 |
| Prognosis | 13 |
| Formulación del Problema | 14 |
| Interrogantes de la Investigación | 14 |
| Delimitación del objeto de investigación..... | 15 |
| Delimitación Espacial: | 15 |
| Delimitación Temporal: | 15 |

| | |
|------------------------------|----|
| Unidades de Observación..... | 15 |
| Justificación..... | 15 |
| Objetivos | 16 |
| Objetivo General: | 16 |
| Objetivos Específicos:..... | 16 |

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

| | |
|---|----|
| Antecedentes investigativos | 18 |
| Fundamentación Filosófica | 18 |
| Fundamentación Epistemológica. | 19 |
| Fundamentación Ontológica. | 20 |
| Fundamentación Constitucional..... | 20 |
| Categorías Fundamentales | 23 |
| Operacionalización de variables | 24 |
| Constelación de Ideas de la Variable Dependiente: Verdad Procesal..... | 25 |
| Sistema inquisitivo y sistema adversarial. | 26 |
| Naturaleza jurídica del testigo hostil..... | 28 |
| La razón para el apareamiento del testigo hostil: la verdad procesal..... | 34 |
| Casos en los que el juez procede a efectuar la declaratoria de “testigo hostil”. | 37 |
| Implicaciones jurídicas que da la calificación de hostilidad del testigo.- | 40 |
| Por qué es útil interrogar al testigo hostil?..... | 42 |
| El testigo hostil en el Derecho Comparado..... | 43 |
| Entrada en vigencia de la norma jurídica | 45 |
| Regulación normativa. | 47 |
| Hipótesis..... | 49 |
| Señalamiento de Variables:..... | 49 |
| Variable Independiente: | 49 |
| Variable Dependiente:..... | 49 |

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA

| | |
|-----------------------------------|----|
| Enfoque de la Investigación | 50 |
|-----------------------------------|----|

| | |
|--|----|
| Modalidad Básica de la Investigación..... | 50 |
| Bibliográfica Documental | 50 |
| De Campo | 51 |
| Nivel o Tipo de Investigación..... | 51 |
| Exploratorio..... | 51 |
| Descriptivo | 51 |
| Población y Muestra..... | 52 |
| Determinación del Tamaño de la Muestra | 52 |
| Operacionalización de variable Independiente | 55 |
| Operacionalización de variable dependiente..... | 56 |
| Plan de Recolección de la Información..... | 57 |

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

| | |
|--|----|
| Resultados de la aplicación de la encuesta..... | 58 |
| Verificación de la Hipótesis | 68 |
| Planteamiento de la hipótesis | 68 |
| Selección del nivel de significación:..... | 68 |
| Selección de la población..... | 68 |
| Especificación de las regiones de aceptación y rechazo | 69 |
| Recolección de Datos y Cálculos Estadísticos sobre variable Independiente..... | 69 |
| Recolección de Datos y Cálculos Estadísticos sobre variable dependiente..... | 70 |
| Representación Gráfica | 71 |

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

| | |
|-----------------------|----|
| Conclusiones | 73 |
| Recomendaciones:..... | 74 |

CAPÍTULO VI

PROPUESTA

| | |
|--------------------------|----|
| Tema:..... | 76 |
| Datos Informativos:..... | 76 |

| | |
|--|----|
| Antecedentes de la propuesta | 76 |
| Justificación..... | 78 |
| Objetivos | 79 |
| Objetivo General | 79 |
| Objetivos Específicos..... | 79 |
| Análisis de factibilidad..... | 79 |
| Factibilidad Técnica | 79 |
| Factibilidad Social..... | 79 |
| Factibilidad Económica..... | 80 |
| Factibilidad Legal..... | 80 |
| Fundamentación Científica Técnica..... | 80 |
| Desarrollo de la propuesta..... | 81 |
| Etapas de la propuesta..... | 86 |
| Administración..... | 86 |
| | |
| Bibliografía. | 88 |
| Anexos | |
| Paper | |

ÍNDICE DE GRÁFICOS

| | Pág. |
|---|-------------|
| Gráfico No. 1 Árbol de Problemas..... | 9 |
| Gráfico No. 2 Categorías Fundamentales | 23 |
| Gráfico No. 3 Constelación de Ideas: Variable Independiente | 24 |
| Gráfico No. 4 Constelación de Ideas: Variable Dependiente | 25 |
| Gráfico No. 5 Pregunta No. 1..... | 58 |
| Gráfico No. 6 Pregunta No. 2..... | 59 |
| Gráfico No. 7 Pregunta No. 3..... | 60 |
| Gráfico No. 8 Pregunta No. 4..... | 61 |
| Gráfico No. 9 Pregunta No. 5..... | 62 |
| Gráfico No. 10 Pregunta No. 6..... | 63 |
| Gráfico No. 11 Pregunta No. 7..... | 64 |
| Gráfico No. 12 Pregunta No. 8..... | 65 |
| Gráfico No. 13 Pregunta No. 9..... | 66 |
| Gráfico No. 14 Pregunta No. 10..... | 67 |
| Gráfico No. 15 Chi cuadrado | 71 |

ÍNDICE DE CUADROS

| | Pág. |
|--|-------------|
| Cuadro No. 1 Sistema de Derecho y Procedencia..... | 44 |
| Cuadro No. 2 Cronología de vigencia las normas procesales..... | 45 |
| Cuadro No. 3 Ámbito de aplicación..... | 46 |
| Cuadro No. 4 Regulación Normativa..... | 49 |
| Cuadro No. 5 Tamaño de la Población | 52 |
| Cuadro No. 6 Tamaño de la Muestra | 53 |
| Cuadro No. 7 V. I. Testigo Hostil | 55 |
| Cuadro No. 8 V. D. Verdad Procesal | 56 |
| Cuadro No. 9 Plan de Recolección de la Información | 57 |
| Cuadro No. 10 Pregunta No. 1 | 58 |
| Cuadro No. 11 Pregunta No. 2 | 59 |
| Cuadro No. 12 Pregunta No. 3 | 60 |
| Cuadro No. 13 Pregunta No. 4 | 61 |
| Cuadro No. 14 Pregunta No. 5 | 62 |
| Cuadro No. 15 Pregunta No. 6 | 63 |
| Cuadro No. 16 Pregunta No. 7 | 64 |
| Cuadro No. 17 Pregunta No. 8 | 65 |
| Cuadro No. 18 Pregunta No. 9 | 66 |
| Cuadro No. 19 Pregunta No. 10 | 67 |
| Cuadro No. 20 Verificación De Hipótesis | 69 |
| Cuadro No. 21 Verificación De Hipótesis | 70 |
| Cuadro No. 22 Calculo del chi (ji) cuadrado | 71 |
| Cuadro No. 23 Metodología Operativa de la Propuesta | 86 |
| Cuadro No. 24 Rubro de Gastos | 87 |

RESUMEN EJECUTIVO

El COGEP establece una nueva figura jurídica a la que denomina como “testigo hostil”, gracias a la cual el testigo que se muestra reticente a responder un interrogatorio o que realiza maniobras tendientes a evitar responder el mismo, puede ser calificado como un testigo hostil, lo cual permite que sea sometido a un interrogatorio sugestivo. La necesidad que tuvo el legislador para haber consignado esta nueva institución responde al criterio de que la construcción de la verdad procesal que realiza el juez, en el proceso sometido a su conocimiento, no puede verse perjudicada por la actuación poco colaborativa o evasiva de quienes son llamados a testificar. Por ello y para que el juez tenga un conocimiento adecuado de los hechos controvertidos sometidos a su decisión se establece la calificación de hostilidad, con lo cual el juez puede tomar una decisión justa. Los casos de hostilidad, ni los efectos que dicha hostilidad producen en el proceso judicial no están normativamente especificados razón por la cual se realiza un estudio minucioso de la legislación comparada y de la dogmática jurídica con la finalidad de establecer que debe entenderse por testigo hostil, cuales son los supuestos en los que puede otorgarse esa calificación y las repercusiones que se derivan de tal calificación. Para ello la investigación se sustenta en amplia doctrina y datos estadísticas gracias a los cuales se elabora una propuesta de reforma del artículo 177 numeral 7 del COGEP que habilite una adecuada aplicación de esta institución jurídica y se evite cualquier arbitrariedad judicial en el uso práctico de esta novedosa institución establecida en la flamante legislación procesal vigente en el Ecuador.

DESCRIPTORES: testigo hostil, verdad procesal, sistema oral, interrogatorio sugestivo.

ABSTRACT

The COGEP establishes a new legal figure which it calls "hostile witness", thanks to which the witness who is reluctant to answer an interrogation or who performs maneuvers tending to avoid answering the same, can be qualified as a hostile witness, which allows it to undergo a suggestive interrogation. The need that the legislator had to have consigned this new institution responds to the criterion that the construction of the procedural truth that the judge performs, in the process submitted to his knowledge, cannot be harmed by the little collaborative or evasive action of those who are called to testify. For this reason and for the judge to have adequate knowledge of the controversial facts submitted to his decision, the qualification of hostility is established, with which the judge can make a fair decision. The cases of hostility, nor the effects that such hostility produces in the judicial process are not normatively specified, which is why a thorough study of comparative legislation and legal dogmatic is carried out in order to establish that it should be understood as a hostile witness, which are the assumptions in which that qualification can be granted and the repercussions that derive from such qualification. For this, the research is based on extensive doctrine and statistical data, thanks to which a proposal for the reform of article 177, numeral 7 of the COGEP, which enables an adequate application of this legal institution and avoids any judicial arbitrariness in the practical use of this new institution established in the new procedural legislation in force in Ecuador.

DESCRIPTORS: hostile witness, procedural truth, oral system, suggestive interrogation.

INTRODUCCIÓN

La modificación de los sistemas de procesamiento de carácter escriturario y la implementación del sistema oral es una necesidad que debía ser hace mucho tiempo cumplido en Ecuador. De hecho todos los procesos de reforma efectuados en Latinoamérica en la década de los noventa tenían como fin primordial el mejorar las administraciones de justicia para evitar la violación de los derechos de las partes procesales y obtener una justicia rápida, eficiente y expedita, respetuosa del debido proceso, sin embargo de ello Ecuador modificó sus sistemas e implemento el principio de oralidad de forma muy tardía.

En este gran proceso de reformas y de implementación de la oralidad, como es lógico suponer, trae consigo la implementación de una nueva cultura jurídica y de nuevas formas de litigar, pues se está realizando un proceso de amalgamamiento de los beneficios del sistema escriturario y del sistema oral para dar vida a un nuevo sistema procesal más adecuado a las realidades de la sociedad ecuatoriana.

En ese contexto en el Ecuador se expidió el Código Orgánico General de Procesos COGEP en el Suplemento del Registro Oficial No. 506 de 22 de mayo de 2015, el cual entró en vigencia plena, por efecto de la vatio legis, en mayo del año 2016, y en cuyo contenido trae como nueva institución jurídica la denominada como “testigo hostil”, la cual está establecida en el artículo 177 numeral 7.

En otras legislaciones el testigo hostil es una institución propia de la legislación ritual penal, aplicable solamente a la prueba testimonial, en base a la cual la reticencia o adversidad del testigo para declarar los hechos que conoce y le constan, generan una calificación de hostilidad gracias a la cual el juez permite la realización de un interrogatorio sugestivo, el cual normalmente está prohibido. De esta forma se garantiza, por una parte, que los testigos desempeñen adecuadamente su labor de cooperación con la administración de justicia; y, por otra, permite que el juzgador disponga de una verdadera prueba, constitucional y legalmente válida, en base a la cual debe construir una verdad procesal y resolver el conflicto interpersonal puesto en su conocimiento. Bajo esa misma configuración el legislador ecuatoriano

decidió implementarla en el campo procesal no penal y por eso la consignó dentro de las reglas de la prueba testimonial descritas en el artículo 177 del COGEP, como uno de los mecanismos bajo los cuales se puede adquirir y construir la verdad procesal. La figura del testigo hostil es, por tanto, muy útil, necesaria e importante en el sistema procesal ecuatoriano pues de ella puede depender el éxito de un proceso, así como también el descubrimiento y construcción adecuada de una verdad procesal en base a la cual se debe resolver el conflicto. Para ello es necesario conocer la naturaleza jurídica del testigo hostil, las causas bajo las cuales debe el juez decretar la calificación de hostilidad, los efectos jurídicos de dicha calificación, etc.

Son estos los aspectos que se analizarán en líneas posteriores, durante el desarrollo de esta investigación que está estructurada de la siguiente manera:

El Capítulo I, denominado: EL PROBLEMA, contiene un análisis macro, meso y micro, mismo que guarda relación con el origen de la problemática planteada desde una perspectiva Latinoamericana, ecuatoriana y cantonal respectivamente, el árbol del problema, el análisis crítico, la prognosis, las interrogantes de investigación, las delimitaciones, las unidades de observación, y los objetivos tanto general como específicos.

El Capítulo II, denominado: MARCO TEÓRICO, se funda en una visión filosófica, crítica, propositiva y legal del tema propuesto. Además, se plantea las hipótesis y el señalamiento de variables.

El Capítulo III, denominado: METODOLOGÍA, señala que la investigación se realizará desde un enfoque crítico propositivo, de carácter cualitativo y cuantitativo; y, contiene la modalidad de investigación, los niveles o tipos de la investigación, la población y muestra, la operacionalización de variables, el plan de recolección de datos y el plan de procesamiento de información. Además, la modalidad de investigación es bibliográfica, documental y de campo, misma que nos permitirá estructurar proyecciones para llegar a modelos de conducta mayoritarios.

El Capítulo IV, denominado: ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE

RESULTADOS, incluye el análisis de los resultados obtenidos de la investigación que se llevó a cabo mediante encuestas.

El Capítulo V, denominado: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES, contiene un resumen detallado de las mismas.

El Capítulo VI, denominado: PROPUESTA, encierra datos informativos, antecedentes de la propuesta, justificación, análisis de factibilidad, fundamentación, metodología, administración y prevención de la evaluación.

Se concluye con la bibliografía y anexos en los que se han incorporado las encuestas como instrumentos que se aplicarán en la investigación de campo.

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA

Tema:

“El testigo hostil en el Código Orgánico General de Procesos y la verdad procesal.”

Planteamiento del Problema

Contextualización Macro

Entre los años 1980 y 1990 en América Latina se llevó a cabo un gigante proceso de reformas a los sistemas de administración de justicia debido a que estos habían colapsado y no resolvían los conflictos sociales en una adecuada forma debido a dos factores que es importante destacarlos:

- A) El primero se refiere a la constante violación a los derechos humanos reconocidos como derechos fundamentales en la Constitución y en los instrumentos internacionales como son la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En estos cuerpos normativos se reconocían derechos como el debido proceso, la tutela judicial efectiva, el derecho de acceso a la justicia, el plazo razonable para la solución de los juicios, el principio de legalidad, la motivación, etc., todos los cuales configuraban entonces, igual que ahora, un estándar de actuación para los operadores de justicia.

Pese a estas previsiones legales, los sistemas de administración de justicia de Latinoamérica se veían incapacitados de cumplir con el respeto y vigencia de estos derechos, lo cual provocaba que la conflictividad social no sea atendida y peor aún resulta en una manera ágil, pronta y eficiente, y sobre todo justa. Por esa razón los sistemas de administración de justicia del Cono Sur no

gozaban de la confianza de los ciudadanos y eran de las instituciones que merecían mayoritariamente el rechazo de las poblaciones que cansadas de tantas injusticias y de violaciones de sus derechos fundamentales clamaban por una modernización de la Función Judicial.

- B) El segundo hecho importante que es necesario destacar es que en la mayor parte de países latinoamericanos existían leyes procesales que establecían sistemas de procesamiento de corte netamente inquisitivo.

Estos sistemas de procesamiento, propios de Edad Media, se caracterizaban por el uso privilegiado y casi exclusivo del sistema escriturario, por un excesivo formalismo y ritualidad del proceso y también por una duración excesiva de los juicios, aspectos ellos que contribuyeron decisivamente a la crisis de la Función Judicial, la cual se veía saturada con una enorme carga procesal de juicios que no tenían una solución pronta, y, que generaba altísimos márgenes de insatisfacción de los usuarios de la administración de justicia que veían sus conflictos diluirse, sin respuesta, por demasiado tiempo.

Para combatir esta situación conflictiva, se plantea la necesidad de reformar el Derecho Procesal, tanto civil como penal, y desde el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, en 1988, se elabora el denominado “Anteproyecto Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica” en el cual se estableció la necesidad urgente e inexorable de que los sistemas procesales de carácter escrito sean reemplazados por el sistema acusatorio adversarial.

Para ello se diseñó un tipo de proceso o juicio que aplica preferentemente el principio de oralidad por sobre el principio escriturario, de forma tal que en la tramitación del juicio se garantice los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva, el acceso a la justicia, la celeridad del proceso.

Contextualización Meso.

Pese a que el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica se dictó en 1988, la legislación ecuatoriana recién incorporó el principio de oralidad una década

después en la Constitución dictada en el año de 1998, disponiéndose para dicho efecto, en el artículo 194, que la tramitación de los juicios se lleve mediante el sistema oral en el cual se garantice los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Pese a ello, se dispuso también en la Disposición Transitoria Vigésima Séptima de dicha Constitución, que la materialización del principio de oralidad en los sistemas procesales debía realizarse en un plazo de cuatro años, pues se debían dictar las leyes correspondientes en la materia y también se debía adecuar los espacios físicos y las instalaciones para que el sistema procesal oral puede realizarse sin inconvenientes.

Las normas constitucionales antes referidas generaron un cambio drástico en la estructura del Derecho Procesal ecuatoriano que implicaba, por una parte, el cambio del sistema inquisitivo por el sistema acusatorio adversarial, es decir el cambio de las estructuras de pensamiento, de procesamiento, de enseñanza, de metodologías de resolución propias del inquisitivo, de técnicas de litigación, por aquellas formulaciones y dogmas jurídicos del sistema acusatorio adversarial.

Pero también implicaba que la arquitectura judicial, es decir los espacios físicos donde se desarrollan las audiencias, debían ser modificados de acuerdo a las necesidades y exigencias del sistema acusatorio, de manera que los juzgadores ya no permanecen ocultos como ocurría en sistema inquisitivo sino que el juez, al igual que las partes procesales, están presentes en la composición del problema que se ha sometido a su resolución, interactúan entre ellos bajo la dirección del juzgador y participan activamente en el desarrollo del proceso y en la producción de la prueba.

Las primeras leyes dictadas por el legislador ecuatoriano adoptando el sistema acusatorio adversarial y el principio de oralidad, aparecen en el año 2003 con el Código de la Niñez y Adolescencia y la Ley 2003-13, reformativa al Código del Trabajo, en las cuales se establecen ya varios procesos o juicios en cuya tramitación se aplica mayoritariamente la oralidad para la fase conciliatoria y la de juzgamiento, sin olvidarse del todo del sistema escriturario pues determinadas actuaciones procesales aún deben realizarse por escrito como por ejemplo la demanda, la

contestación a la demanda, los recursos.

Luego de estas leyes, y en vista del proceso constituyente realizado en el 2007, la Constitución de la República del año 2008 reitera la aplicación y continuación del sistema oral según lo dispuso expresamente el artículo 168. Posteriormente se dictan tanto el Código Orgánico de la Función Judicial y el Código Orgánico Integral Penal con los cuales se va consolidando el principio de oralidad, no obstante lo anterior, la legislación procesal civil reciente será modificada en el año 2015 en que se expide el Código Orgánico General de Procesos COGEP y será aplicable recién en mayo del año 2016, es decir veintiocho años después de haber aparecido el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica.

El COGEP establece una alta prioridad e importancia para el principio de oralidad, lo cual se manifiesta en la existencia, de forma general, de dos audiencias:

- La primera es la denominada audiencia de saneamiento, en la cual se resuelve las excepciones previas, se analiza y resuelve la existencia de las causas que generan o puedan generalidad nulidad del procedimiento, se realiza una conciliación para eventualmente resolver el problema, y se establecen, fijan y determinan expresamente aquellos puntos controvertidos sobre los cuales el juez debe pronunciarse, lo cual se conoce como la trabazón o traba de la Litis, o también como los hecho contradictorios; y,
- La segunda es la audiencia de juzgamiento en donde se realiza todo el desahogo o la práctica de la prueba anunciada, se formulan los alegatos de las partes procesales y el juzgador resuelve el caso.

Sin desmerecer en forma alguna la importancia de la audiencia de saneamiento, para efectos de esta investigación la audiencia de juzgamiento es importantísima pues en ella se produce o se practica toda la prueba que fue debidamente anunciada y previamente aceptada por el juzgador para construir una verdad procesal que va a ser declarada en su resolución.

Para construir esa verdad procesal el juzgador se base en la prueba

documental, la prueba de informes, la prueba de oficio, y la prueba testimonial, y dentro de esta última tenemos al testigo hostil que está previsto en el artículo 177 numeral 7 del COGEP.

Contextualización Micro

El testigo hostil es una novedosa figura jurídica establecida por primera vez en el COGEP puesto que antes jamás texto alguno de la legislación o jurisprudencia ecuatoriana habían referido a su existencia o utilidad práctica.

Sin embargo de ello es importante destacar que esta nueva figura jurídica se halla prevista dentro de las reglas que regulan la prueba testimonial, de manera que en la ubicación sistemática establecida por el legislador se da a entender que el testigo hostil contribuye con la construcción de la verdad procesal que debe ser declarada por el juez al momento de resolver el conflicto presentado por las partes procesales.

La verdad procesal ha sido definida por Guasp (2010) como aquel tipo de verdad que el juzgador alcanza, en el proceso judicial, solamente después de que se haya evacuado todo el acervo probatorio aportado por las partes litigantes, y que luego de analizarlo le permite resolver el caso, es decir el juzgador analiza la prueba aportada por los litigantes, luego de ese análisis obtiene un grado de conocimiento apegado a la certeza y esa certeza es la que le permite declarar la verdad procesal que beneficiaría a uno u otro de los contendientes en el proceso jurisdiccional.

La verdad procesal entonces, es aquella que obtiene el juzgador en un proceso judicial luego de evacuada y valorada la prueba mediante las reglas de la sana crítica, por manera que en su construcción tiene relación directa el testigo hostil pues a él, según el artículo 177 numeral 7 del COGEP se lo puede interrogar de forma sugestiva.

Esa posibilidad de realizar un interrogatorio sugestivo, como se puede apreciar, es algo novedoso en nuestra legislación porque antes de la existencia del

COGEP, la única forma de realizar una pregunta sugestiva era de forma exclusiva en los conainterrogatorios, los cuales justamente se caracterizan por permitir la realización de preguntas de este tipo.

Sin embargo de ello, la realización de un interrogatorio sugestivo es una herramienta importantísima para descubrir la verdad que no quiere ser aportada por el testigo reticente en una adecuada manera razón por la cual el legislador previó que la hostilidad del testigo habilita a ser un interrogatorio sugestivo.

Ahora bien el problema que existe con esta nueva institución jurídica es que el COGEP no establece los casos en los que se debe considerar al testigo como hostil, ni tampoco se establece como el juzgador debe valorar la prueba testimonial rendida por esta clase de testigo dejando un vacío o laguna legal que es necesario resolverlo para no provocar dudas en cuanto a la aplicación de la novedosa figura jurídica que está vigente en el país.

Árbol del problema

EFECTOS

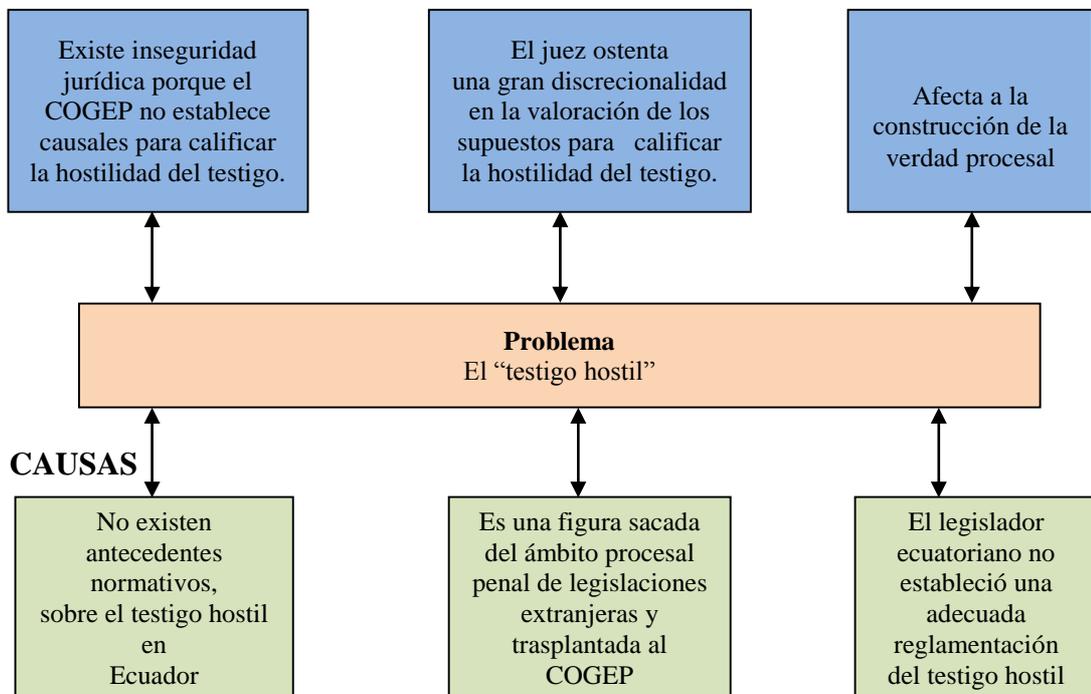


Gráfico No. 1 Árbol de Problemas

Fuente: Investigación

Realizado por: David Leonardo Criollo Mayorga

Análisis crítico.

La legislación procesal civil ecuatoriana previa a la expedición del COGEP, no preveía ninguna institución jurídica que se parezca a la novedosa figura del testigo hostil. De hecho, en la prueba testimonial prevista en la derogada Codificación del Código de Procedimiento Civil, en los artículos 207 a 241, se establecía, al igual que ahora, que están prohibidas las preguntas sugestivas, capciosas e impertinentes; y, cuando existían una seria o grave contradicción de los declaraciones testimoniales rendidas, el juez tenía la posibilidad de realizar un careo entre los testigos que declararon cosas distintas sobre un mismo hecho con la finalidad de llegar al descubrimiento de la verdad, por esa razón el artículo 236 de la Codificación derogada disponía que si el juez “encontrare que las declaraciones de dos o más testigos son recíprocamente contradictorias o esencialmente divergentes sobre un mismo hecho, y en cuantos otros casos lo creyere necesario, puede disponer el careo de tales testigos. Queda a juicio del juez la forma de conducir la diligencia, para el completo esclarecimiento de la verdad.”

En el ámbito del Derecho Comparado ocurre algo que es importante resaltar y es el hecho de que en la legislación procesal civil o no penal consultada en este trabajo investigativo, ninguna de ellas prevé la hostilidad del testigo, pero cuando se estudia la legislación procesal penal si se pueden encontrar varias referencia a esta figura.

En el primer caso, en el de la legislación procesal civil o no penal el estudio se realizó en el Código General del Proceso uruguayo; el Código General del Proceso colombiano; la Ley de Enjuiciamiento Civil española; el Código Procesal Civil y Comercial argentino, y la Ordenanza Procesal Alemana. En ninguna de estas legislaciones se utilizan la figura jurídica del testigo hostil, ni tampoco se utilizan los términos referidos o relacionados a dicha entidad como son “hostil”, “hostilidad”, “reticencia” o “interrogatorio sugestivo”. En el análisis de la regulación jurídica de la prueba testimonial, así como en aquella que regula el interrogatorio y el conainterrogatorio tampoco se puede encontrar referencia alguna a la entidad jurídica en cuestión.

En el segundo caso, si existen referencias normativas, así por ejemplo, en República Dominicana, la Resolución No. 3869-2006, 21 de diciembre del año 2006, dictada por la Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana, se define como testigo hostil al testigo o persona que al prestar declaración, varía su testimonio respecto de otro que haya formulado anteriormente, ya sea por ante otra autoridad o jurisdicción, como al proponente (artículo 3), cuando se habla del interrogatorio se prohíben las preguntas sugestivas pero se establece, como caso de excepción, al testigo hostil a quien si se puede realizar este tipo de preguntas (artículo 11). En Puerto Rico, en las Reglas de Evidencia para el Tribunal General de Justicia de Puerto Rico, adoptadas por el Tribunal Supremo el 9 de febrero de 1979, remitidas a la Asamblea el 15 de febrero de 1979, y vigentes desde el 1 de octubre de 1979, también refiriéndose al interrogatorio de testigos refiere que se prohíben realizar interrogatorio directo con preguntas sugestivas a excepción de quien es calificado como testigo hostil (Regla 607 sobre el orden y modo de interrogatorio y presentación de la prueba).

Se trata por tanto de una institución que pertenece al ámbito del Derecho Procesal Penal tomando y cuya utilidad radica en la necesidad inexorable de descubrir la verdad, aquella verdad que es necesaria para construir una resolución justa y equitativa del conflicto judicializado y que sea deriva de la prueba aportada de las partes. Por ello seguramente el legislador ecuatoriano decidió trasplantar la institución jurídica al ámbito procesal no penal y decidió ubicarla en las reglas de la prueba testimonial previstas en el COGEP bajo la misma estructura con la cual está diseñada y prevista en el Derecho Procesal Penal: para descubrir la verdad.

El trasplante de instituciones jurídicas de una legislación a otra y de un sistema de derecho a otro, no es tarea fácil, en primer lugar porque la realidad y la dinámica social varían de un lugar a otro, es decir existen diferencias en las distintas sociedades que se someten a un sistema jurídico pues sus escalas de valores y prácticas son distintas como por ejemplo cuando se deja de pagar impuestos en Estados Unidos eso produce aun el encarcelamiento del deudor, pero en Ecuador, no existe prisión por deudas. En segundo lugar porque el avance normativo de una sociedad responde también a un avance cultural de la sociedad, de manera que el

Derecho es un reflejo de ese avance cultural lo que obliga a reflexionar sobre el traslado de instituciones jurídicas a estados culturales distintos, así por ejemplo, en nuestra sociedad el valor verdad es un valor que últimamente se encuentra muy devaluado por eso no sorprende el hecho que en las declaraciones testimoniales, en los juicios monitorios, nieguen las deudas peses a haber disfrutados de los bienes o servicios. Y, desde este punto de vista, resulta tan devaluado el valor verdad que es el propio legislador el que intenta desesperadamente establecer un mecanismo del sistema procesal penal, en el sistema procesal no penal, que permita obtener la verdad.

Lamentablemente este avance normativo, debido a su escasa construcción, termina generando ciertos efectos que son importante describirlos también. El primero de ellos refiere a la inseguridad jurídica prevista como derecho constitucional en el artículo 82 de la Constitución de la República. Bajo este derecho constitucional se supone, al menos teóricamente, que existen normas jurídicas claras, completas, previas, que regulan la conducta del poder público por esa razón se puede prever o anticipar su comportamiento, pues dichas normas deben ser aplicadas por las autoridades.

Sin embargo de ello, el sistema jurídico no es completo y va dejando lagunas que deben ser llenadas o con normas jurídicas que complementen dicho sistema o con interpretaciones sistemáticas que permitan, pese a la falta de norma jurídica, dar una funcionalidad y plenitud al sistema. En el caso del testigo hostil, el legislador establece esta nueva entidad jurídica solamente utilizando estos dos términos “testigo hostil”, pero no consigna en forma alguna ni que ha de entenderse por tal, ni cuáles son los supuestos en los que ha de calificarse dicha hostilidad, peor aún los efectos jurídicos derivados de tal calificación, lo que permite que el juzgador. La seguridad jurídica se ve afectada entonces por una falta de regulación, pues no existe una ley que de forma clara y previa establezca las particularidades antes señaladas sobre el testigo hostil y sobre todo como debe actuar el juzgador.

El juzgador por tanto, en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, ante la presencia de un testigo reticente, que no contribuye con el descubrimiento de la

verdad, que impide que la verdad sea descubierta, puede adoptar cualquier decisión que considere pertinente, pero esa decisión resultará en una decisión discrecional y arbitraria puesto que su conducta no está expresamente regulada. El COGEP, ni ningún otra norma jurídica, establece en casos se debe considerar que el testigo puede ser calificado como hostil, tampoco establece el procedimiento para que se llegue a adoptar tal calificación y, finalmente, no se regula cual debe ser la actuación del abogado para conseguir esa calificación y si la decisión del juez puede ser recurrida o no. Lo anterior implica que el juzgador disponga de un amplio abanico de posibilidades para actuar en estos supuestos, sin embargo su actuación sigue siendo discrecional y arbitraria porque no existe norma alguna que regule su proceder y lo peor de todo es que no existe ni siquiera un medio de impugnación de la decisión de calificar o no al testigo como hostil.

Lo más importante de esto es que existe un grado de afectación a la verdad procesal, pues, como se puede anotar antes y como se verá en líneas posteriores, la figura del testigo hostil es un mecanismo procesal que permite conseguir una prueba que contribuye con la construcción de la verdad procesal, de manera que si no está adecuadamente regulada, el esfuerzo realizado por el legislador al transpolar una entidad jurídica como la que se analiza, es en vano. La adecuada construcción de esa verdad procesal, en muchos casos dependerá del testigo hostil, por eso es indispensable y urgente que se regule adecuadamente dicha institución, pues de su adecuada construcción depende tanto la solución justa y equitativa del conflicto sometido a decisión del juzgador y, el restablecimiento de la paz social derivada como efecto de la adecuada composición del conflicto.

Prognosis

Partimos de un hecho importante para la prognosis: las normas jurídicas son creadas para permitir la vida en paz de los ciudadanos, es decir para regular las conductas sociales, y si son normas procesales, como la prevista en el Artículo 177.7 del COGEP, que regula al testigo hostil, la funcionalidad de las normas jurídicas se explica porque ellas están destinadas a la realización de la justicia, es decir a la consecución un valor superior como es la justicia, de allí que el artículo 169 de la

Constitución establece el sistema procesal es uno de los medios de los que dispone el Estado para que este valor fundamental se materialice.

En este contexto, la inadecuada regulación jurídica de la figura del testigo hostil implica también que en aquellos casos en los que se quiera aplicarla, el valor justicia resulte directamente afectado por el escueto diseño normativo que estableció el legislador para esta institución, lo cual provoca que el juzgador realice una aplicación arbitraria o una falta de aplicación de la institución sometida a análisis, comprometiéndose la verdad procesal y la adecuada resolución y gestión de los conflictos sometidos a la decisión jurisdiccional.

La previsibilidad de las conductas de los operadores de justicia queda también afectada por la falta de una regulación normativa concreta en temas que son indispensables en la figura del testigo hostil. El juzgador actúa sin límites ni control, actúa de forma arbitraria aunque escudado en la discrecionalidad, produciéndose así una razón más para desconfiar del sistema judicial que actualmente está siendo muy criticado.

La afectación más seria que se produce por este escueto diseño legislativo es aquella que se relaciona con la construcción de la verdad procesal porque si el fundamento de la institución radica específicamente en que el testigo hostil es un mecanismo jurídico para que el juez pueda adquirir la verdad, según la cual realiza la composición del conflicto, la falta de regulación impide que esta institución sea aplicada o adecuadamente aplicada y que ello mismo pervierta la finalidad de descubrir esta verdad.

Formulación del Problema

¿En qué casos el juez puede calificar la hostilidad de un testigo?

Interrogantes de la Investigación

- ¿Qué es el testigo hostil?

- ¿Cómo la calificación de reticencia ayuda a la construcción de la verdad procesal?
- ¿Qué alternativa de solución se da al problema planteado?

Delimitación del objeto de investigación

CAMPO: Derecho.

ÁREA: Derecho Procesal no penal.

ASPECTO: La verdad procesal y la calificación de hostilidad del testigo.

Delimitación Espacial:

El trabajo de investigación se lo desarrollará en la ciudad de Ambato.

Delimitación Temporal:

El trabajo de investigación se lo desarrollará en el año 2019.

Unidades de Observación

Las unidades de observación a tomarse en la presente investigación son las siguientes:

- Jueces; Secretarios; Abogados; Profesores de Pregrado y Posgrado.

Justificación

El tema de tesis planteado es original pues en la legislación procesal ecuatoriana nunca antes se había establecido y regulado la figura del testigo hostil, por ello no existen en el país investigaciones sobre esta institución jurídica, ni siquiera jurisprudencia o criterios doctrinarios al respecto lo que garantiza la novedad, originalidad y vigencia actual de la investigación propuesta.

Los beneficiarios de este trabajo investigativo serán los jueces y los abogados de las partes procesales, pues dispondrán de valiosa información que les permita comprender esta nueva institución jurídica, ello en vista de que el COGEP que entró en vigencia no establece en qué casos debe ser declarado el testigo como hostil ni los criterios que debe aplicar el juez para otorgar tal calificación; y, finalmente los beneficiarios son también los estudiantes de derecho de pre y pos grado quienes contarán con una investigación que servirá para guiar y profundizar otros trabajos de investigación.

Finalmente en cuanto a los impactos de esta investigación, se recalca en el hecho de que el principal impacto es que exista un sistema procesal no penal respetuoso de los derechos de las partes litigantes y, adicionalmente que el Derecho a la Seguridad Jurídica sea debidamente garantizado mediante la comprensión adecuada de la figura del testigo hostil. Pero también los impactos son el orden académico pues con esta investigación se contribuye al aporte y desarrollo de la cultura jurídica y del Derecho Procesal ecuatoriano.

Objetivos

Son los siguientes:

Objetivo General:

- Analizar la figura del testigo hostil en la nueva legislación procesal ecuatoriana con la finalidad de comprender cuál es el contenido de dicha institución jurídica.

Objetivos Específicos:

- Establecer los casos en los que el juez procede a efectuar la declaratoria de hostilidad del testigo, prevista en el Código Orgánico General de Procesos.
- Determinar las implicaciones jurídicas que la calificación de hostilidad del

testigo genera en la prueba testimonial y en construcción de la verdad procesal realizada por el juez.

- Proponer una reforma al COGEP en el que se establezcan cuáles son los casos en los que el juzgador debe declarar la hostilidad del testigo.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

Antecedentes investigativos

A pesar de lo inédito del trabajo, se realizó una investigación para conocer si existen temas parecidos o similares al propuesto en varias universidades de la ciudad de Quito como por ejemplo la Universidad Central del Ecuador, la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE), la Universidad Internacional y Universidad Andina Simón Bolívar, y llegamos a la conclusión de que no hay temas como el propuesto. Tampoco se ha encontrado investigación alguna sobre este tema en las Universidades de la ciudad de Ambato como son la Técnica de Ambato, UNIANDES o Indoamérica.

Fundamentación Filosófica

El análisis de la figura jurídica del testigo hostil implica un amplio ejercicio filosófico pues se debe partir de unos conocimientos básicos y generales que se relacionan con la prueba testimonial y la verdad procesal, desarrollados ampliamente por la dogmática jurídica y particularmente por los doctrinarios del Derechos Procesal, y desde ahí se debe reflexionar profundamente sobre el verdadero alcance, contenido y utilidad que esta nueva figura jurídica aporta al Derecho Procesal ecuatoriano en cuanto al aspecto referido a la construcción de la verdad procesal.

En ese contexto, se debe tomar en cuenta que la doctrina procesal civil es unánime en considerar que la prueba, dentro de un proceso judicial, tiene por finalidad demostrar las afirmaciones vertidas por las partes procesales, de forma tal que una vez verificado, confirmado o demostrado el hecho contradictorio por un medio de prueba (testimonios, documentos, pericial, etc.), este permite al juzgador alcanzar un grado de conocimiento determinado respecto de cada una de las posiciones jurídicas adoptadas por las partes contendientes.

De esta forma cada una de las pruebas que se hayan practicado en el juicio, luego de la correspondiente valoración probatoria, va a reafirmar o a anular la posición jurídica del actor y del demandado y van a permitirle al juez declarar una verdad que va a beneficiar a una de las partes litigantes.

En ese sentido el proceso estaba regulado anteriormente, pero con la introducción del testigo hostil, este esquema básico se altera pues el interrogatorio de un testigo puede ser realizado con preguntas sugestivas lo que determina la necesidad de reflexionar sobre esta posibilidad y los impactos que ocurren por la calificación de hostilidad, lo cual no puede llevarse a cabo sin el apoyo de la Filosofía del Derecho, del proceso reflexivo crítico que se utiliza a lo largo de esta investigación y de las interpretaciones de las normas jurídicas que están directa o indirectamente vinculada al testigo hostil, como son las referidas a la prueba testimonial, al interrogatorio, el debido proceso, etc.

Fundamentación Epistemológica.

La figura del testigo hostil y su contribución a la construcción de una verdad procesal, son el objeto de esta investigación y como tal requieren ser analizadas, para construir un conocimiento propio, original y diverso de esta nueva figura jurídica.

La construcción de ese conocimiento, como se advirtió antes, no puede ser extraído de fuentes legislativas o jurisprudenciales ecuatorianas anteriores, pues no existe la indicada institución jurídica; y tampoco puede ser extraído desde la legislación internacional pues el testigo hostil está regulado desde el punto de vista del Derecho Procesal Penal.

En ese contexto la presente investigación genera un nuevo conocimiento, propio y original de la realidad normativa ecuatoriana, que contribuye con el Derecho Procesal y asegura los niveles de seguridad jurídica existentes en el país mediante una elaboración doctrinaria lo suficientemente amplia como para llenar el vacío legal existente en esta materia.

Fundamentación Ontológica.

Tal como se pudo apreciar en la contextualización del problema, la figura del testigo hostil tiene su fundamentación ontológica en una sociedad desesperada por la mejoría de sus sistema de administración de justicia, que en un momento dado decide modificar su sistema procesal reemplazando el sistema de corte inquisitivo por el de carácter acusatorio, en el cual es importante que el juez pueda apreciar la producción de la prueba para alcanzar un mejor conocimiento de los hechos controvertidos de un conflicto determinado.

Para alcanzar esa verdad procesal, el legislador establece la hostilidad del testigo como un caso de excepción al uso de las preguntas sugestivas en el interrogatorio, y de esta forma el juez y las partes litigantes disponen de un mecanismo para obtener esa verdad. De esta forma el testigo hostil deviene como producto de realidad cambiante en que se considera valiosa la construcción de la verdad procesal.

Fundamentación Constitucional.

La Constitución de la República establece en su artículo 83 varias disposiciones esenciales para comprender la figura del testigo hostil y la forma como este contribuye con la construcción de una verdad procesal. En efecto en dicha norma se establece que es deber de los ecuatorianos decir la verdad y también se dispone que debemos colaborar con la administración de justicia.

Entendidos adecuadamente estos deberes y en el contexto de un proceso judicial, decir la verdad significa que se debe declarar o rendir versión sin adulterar los hechos ni cambiarlos, de tal forma se pretende garantizar, al menos en teoría, que cada persona llamada a comparecer como testigo está en la obligación de decir la verdad respecto de aquellas cosas que se le pregunten, razón por la cual a los testigos se les juramenta y se les advierte de los delitos de perjurio y falso testimonio que sancionan el mentir bajo juramente.

Contribuir con la justicia o colaborar con la justicia es un deber constitucional que significa que todo ciudadano está en la obligación de aportar a la labor desarrollada por la Función Judicial y, en este sentido, todas las personas deben colaborar como testigos, como peritos, etc., cuando así lo requiera la administración de justicia, puesto que lo que importa en un estado como el ecuatoriano es que se verifique el valor justicia.

Por esta razón si es necesario para la realización de la justicia que un ciudadano determinado contribuya con su testimonio, por ejemplo, el Estado puede inclusive hacerlo comparecer coactivamente con la finalidad de que ese valor superior, el de la justicia, pueda ser materializado, particularmente en los procesos jurisdiccionales.

Otra norma constitucional que permite fundamentar esta investigación es la prevista en el artículo 76, numeral 7, literal h) en el que se establece como parte del derecho fundamental al debido proceso, el derecho a contradecir así como el derecho a presentar pruebas. Según esta norma jurídica, una juicio adversarial o acusatorio, como el establecido y regulado en el COGEP, debe garantizar tanto el derecho de presentar pruebas como el de contradecir las prueba de la contraparte procesal, pues de otra manera no se trataría de un juicio en el sentido estricto del término.

Juicio o pleito, dice la doctrina, es una controversia sometida a decisión jurisdiccional en la cual las partes procesales, actor y demandado, deben demostrar cada uno sus afirmaciones, mediante la prueba respectiva que confirme sus aseveraciones y, así mismo la prueba, que destruya las aseveraciones de su contendiente. En ese proceso controvertido, dinámico, las partes utilizan cualquier tipo de prueba, pero cuando deciden emplear la prueba basada en testigos, esta se materializa por el uso de un interrogatorio y de un contrainterrogatorio que permite tanto la producción de la prueba como la contradicción de aquella, respectivamente.

Finalmente el artículo 168 numeral 6 de la Constitución de la República establece el sistema oral como parte fundamental en la tramitación de los procesos, pues ese sistema, así como las normas procesales, contribuyen activamente a la

realización de ese valor superior y esencial llamado justicia, respecto del cual la sociedad ecuatoriana reclama constantemente su realización.

En los sistemas adversariales, la oralidad se materializa en varios tramos del proceso pero fundamentalmente en la producción de la prueba testimonial en cuyo desarrollo está siempre presente el sujeto jurisdicente, a diferencia de lo que ocurría en el sistema inquisitivo, y se lo emplea en el interrogatorio y contrainterrogatorio para dar al juzgador los elementos de juicio necesarios para que construya una verdad de carácter procesal.

La presencia del juez en esta clase de procesamientos permite que el juez tome contacto directo con la información que es aportada mediante la práctica de los elementos probatorios, lo que garantiza que el conocimiento que adquiere se lo obtenga también de forma directa y precisa sin obstáculos que impiden alcanzar un determinado grado de certeza en la verificación de la hipótesis planteada por la parte accionante o por la parte accionada, por esa razón, el sistema oralidad se articula además con el principio de inmediación gracias al cual el desahogo probatorio no puede realizarse sin la presencia del sujeto jurisdicente.

A más de las normas constitucionales antes detalladas que fundamentan la presente investigación, también sirven otras como la del artículo 11 de la Norma Suprema en la que se establece que todos los derechos, como los arriba señalados, son justiciables y exigibles ante cualquier autoridad jurisdiccional o administrativa, por manera que esta norma complementa la fundamentación propuesta.

Categorías Fundamentales

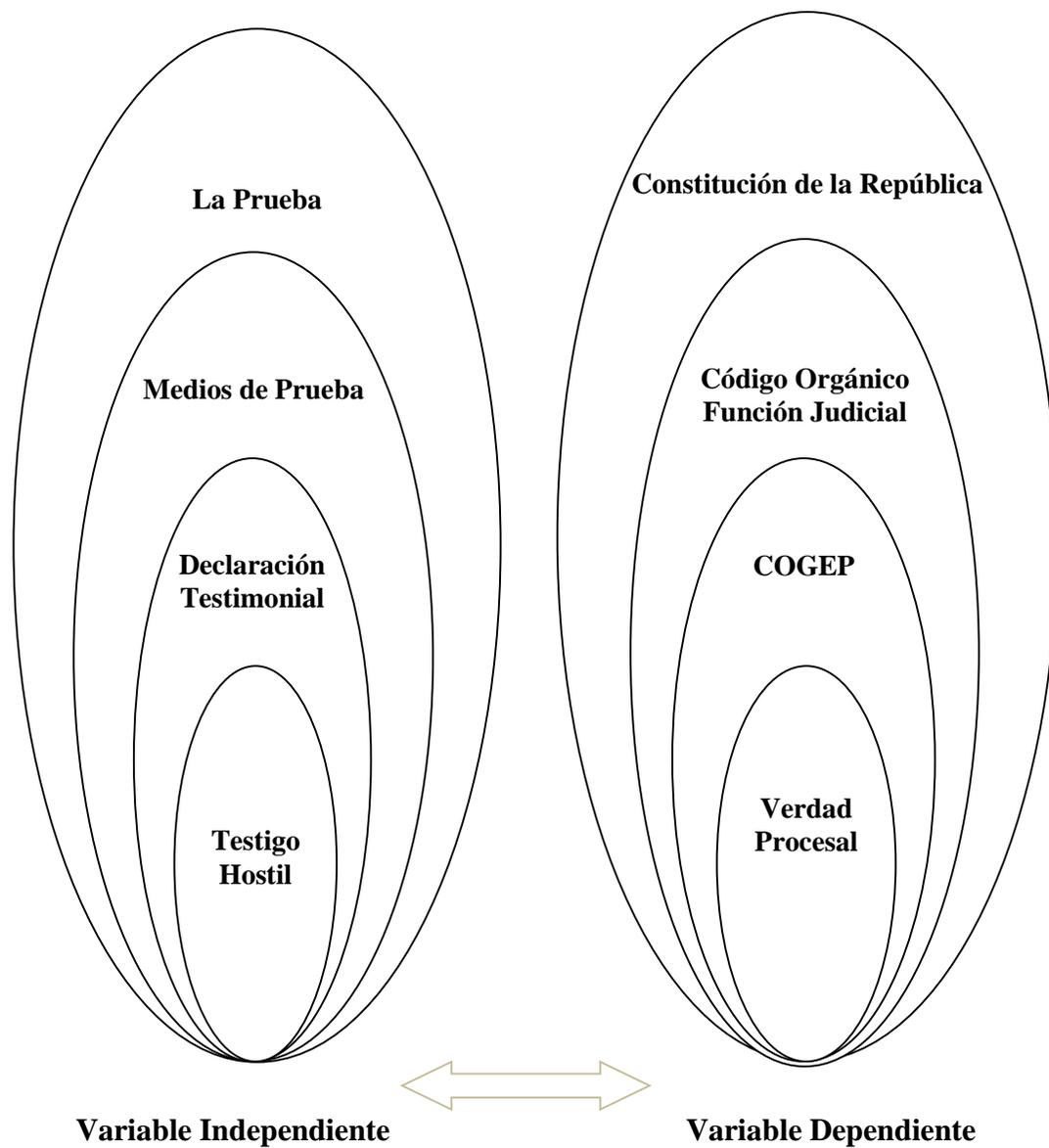


Gráfico No. 2 Categorías Fundamentales

Fuente: Investigación

Realizado por: David Leonardo Criollo Mayorga

Operacionalización de variables

Constelación de Ideas de la Variable Independiente: Testigo Hostil

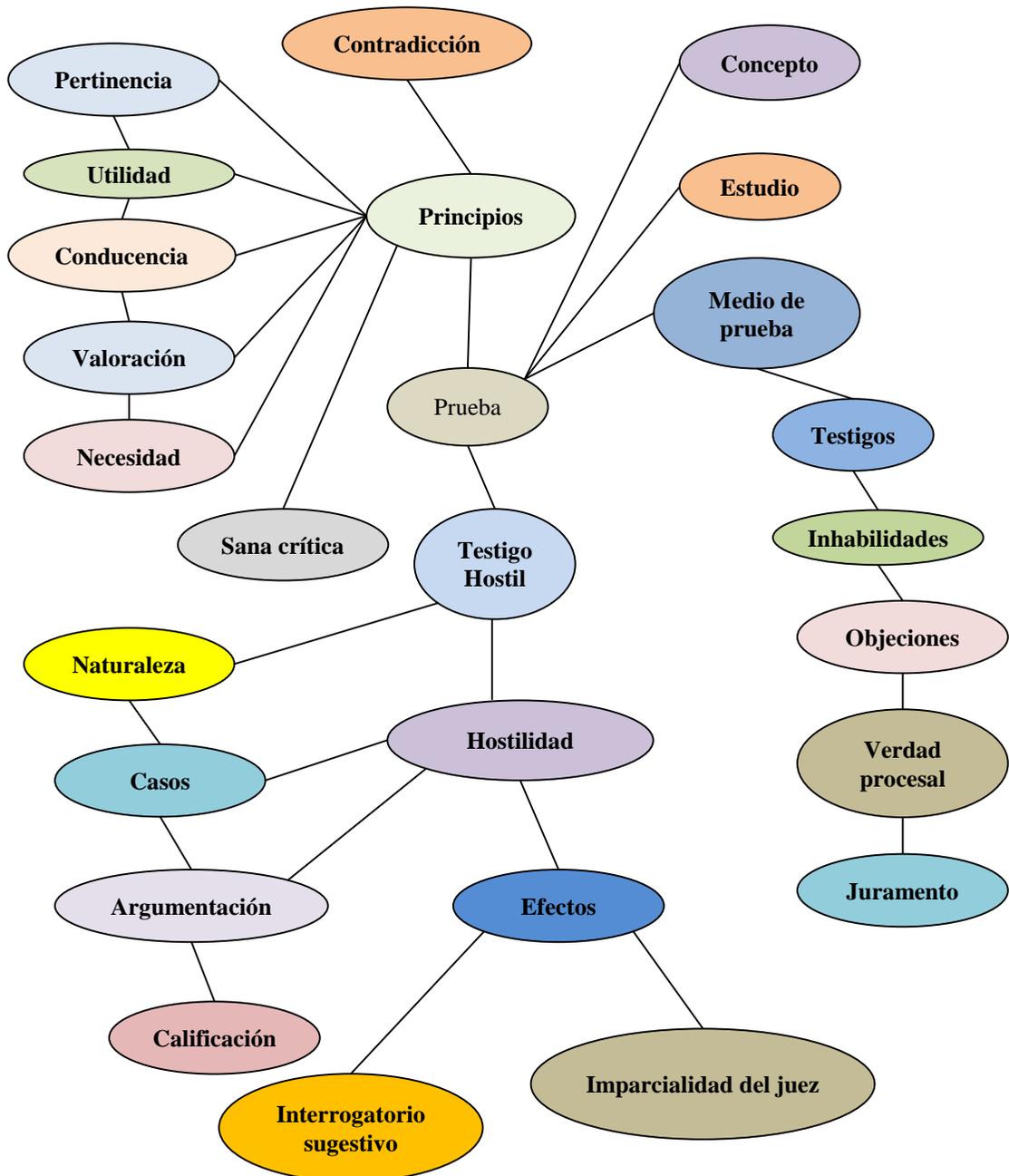


Gráfico No. 3 Constelación de Ideas: Variable Independiente

Fuente: Investigación

Realizado por: David Leonardo Criollo Mayorga

Constelación de Ideas de la Variable Dependiente: Verdad Procesal

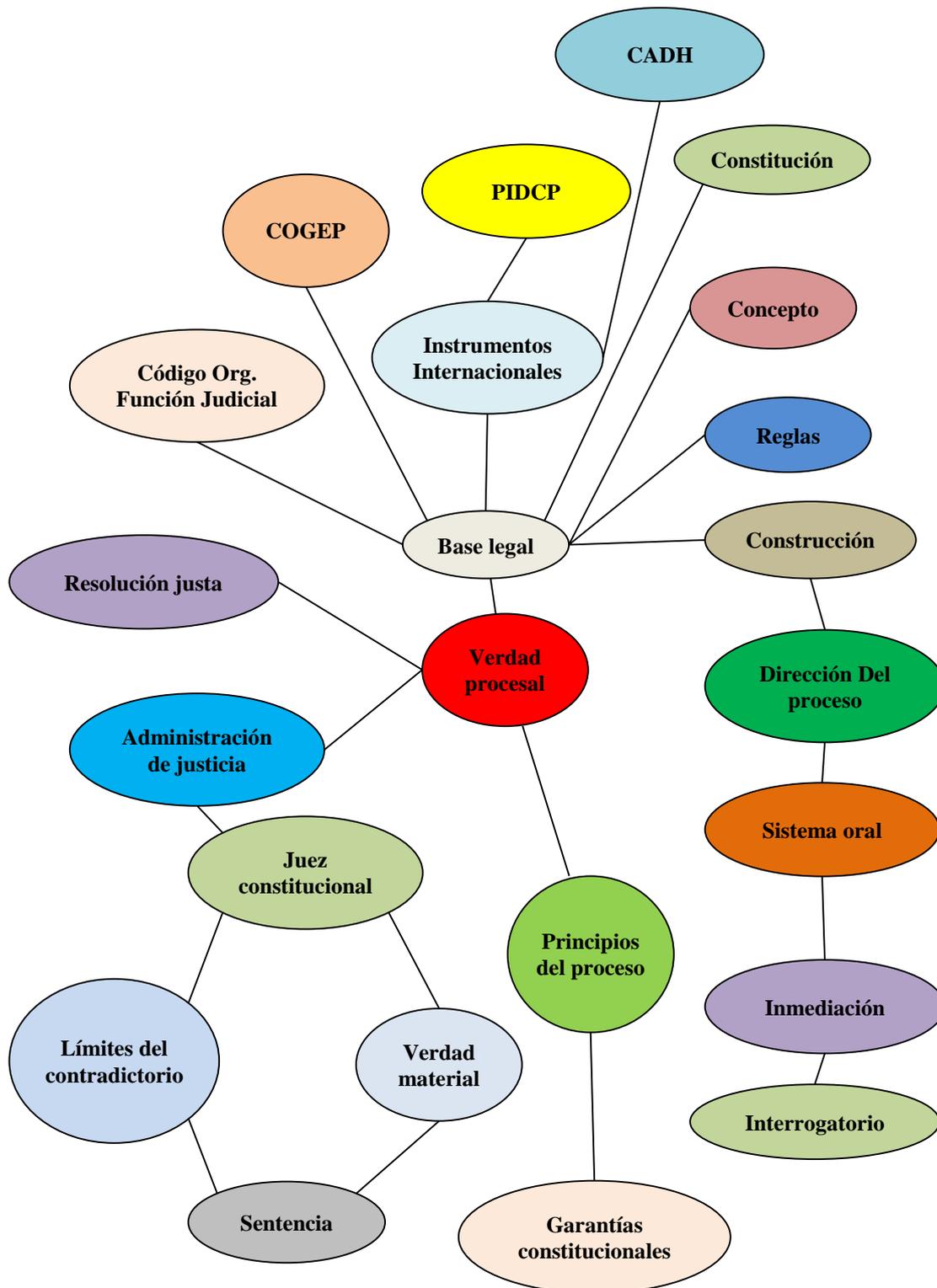


Gráfico No. 4 Constelación de Ideas: Variable Dependiente

Fuente: Investigación

Realizado por: David Leonardo Criollo Mayorga

Sistema inquisitivo y sistema adversarial.

El Código de Procedimiento Civil ecuatoriano de 1938, codificado en el año 2005, se caracterizaba por diseñar un proceso de corte inquisitivo, que es propio de la Edad Media, en el cual se establece la escritura como elemento fundamental de la tramitación del proceso, así como la excesiva ritualidad y formalidad del proceso.

El sistema inquisitivo históricamente hablando aparece recién en el año 1215, de la mano del Papa Inocencio Tercero, quien consideró en aquel entonces que el sistema acusatorio, debía ser reemplazado por un nuevo mecanismo para resolver las controversias de las personas. Así, en ese contexto histórico, de dominación de la Iglesia Católica y de la religión es como nace un sistema inquisitivo que se caracteriza por una notable influencia de la fe, de los dogmas religiosos, del oscurantismo y de la escritura.

En los sistemas inquisitivos posteriores a la edad media las ideas religiosas se van perdiendo por efectos de la secularización del estado y la filosofía liberal, que permiten el desarrollo de la razón y de la ciencia en pos de un ser humano más independiente, digno y capaz de controlar su vida sin la fe, más sin embargo el diseño procesal adoptado sigue siendo el escriturario y excesivamente formalista lo que genera que en Ecuador, por ejemplo, la capacidad de resolución de casos de la Función Judicial se vea completamente superada por una gigantesca carga procesal que no era resuelta de forma ágil y dinámica como requerían los ciudadanos.

A ello se sumaba el hecho de que en Ecuador el sistema procesal estaba compuesto de tres instancias lo que permitía que los juicios, aun los de carácter ejecutivo, pudieran ser llevados hasta la última instancia dependiendo de la conflictividad que cada parte procesal quiera demostrar en el caso concreto. El represamiento de causas era tan espectacular que un juicio ordinario, por ejemplo, podía durar entre diez y doce años, lo que indudablemente repercutía en perjuicio de una administración de justicia que era realmente lenta.

Y, en cuanto a la producción de la prueba, en el sistema inquisitivo se prefiere

que la prueba se produzca o evacue aun sin presencia del juzgador, porque él toma contacto con los medios de prueba solo a través de las constancias escritas que de ellos existen y consten en el proceso, de manera que, por ejemplo, las declaraciones testimoniales, eran analizadas desde lo que el Secretario del juzgado o el amanuense había transcrito como declaración del testigo.

Pese a las desventajas que representaba el sistema inquisitivo, algunas de sus características se consideraban, incluso hasta la actualidad, como importantes y eficientes para solución de las controversias:

- El principio escriturario, por ejemplo, es importante para establecer la posición jurídica del actor y del demandado, para delimitar el contradictorio, para restringir la actuación de los jueces superiores por efectos del recurso de apelación, y para consignar expresamente el razonamiento del juzgador quien es el encargado de resolver el conflicto utilizando para ello un razonamiento jurídico apegado a las reglas de la lógica formal y de la lógica jurídica;
- Ciertas solemnidades sustanciales como la competencia, la jurisdicción, la materia, y, algunas formalidades, como la juramentación de testigos, los términos para la preclusión y los requisitos para los recursos extraordinarios.

Luego, cuando se considera que el sistema acusatorio adversarial constituye un mecanismo más adecuado para solucionar los conflictos sociales judicializados, y se implementa el principio de oralidad como uno de los elementos más importantes de ese nuevo sistema, el proceso inquisitivo empieza a ser sustituido y eliminado aunque los aspectos positivos de aquel se mantienen hasta el presente.

Los sistemas orales, así empiezan a ser “vendidos” por los legisladores, políticos y académicos quienes consideran que el sistema oral es una de las herramientas que permitiría agilizar drásticamente los procesos judiciales y respetar los derechos fundamentales de los ciudadanos, procediéndose a demonizar el proceso inquisitivo y a elogiar a los sistemas acusatorios pese a que estos últimos, históricamente hablando, aparecen con anterioridad al sistema inquisitivo, lo que

quiere decir que son elaboraciones reformuladas o actualizadas y por eso mismo no son absolutamente puras.

Taruffo (2009) con respecto a esta última afirmación establece que:

La distinción es también equívoca a causa de que, muy frecuentemente, se la usa como un arma ideológica en vez de como un medio de descripción. En otros términos, se usa con el ánimo de apoyar la creencia de que un sistema adversarial es bueno en sí mismo, porque se corresponde con la ideología liberal clásica de la sociedad, y también con la idea de justicia civil, siendo una estructura basada en la libre competencia entre individuos particulares ante un juez "arbitral" y pasivo. En el sentido opuesto, cualquier sistema inquisitivo se presenta como intrínsecamente malo y, en consecuencia, merecedor de rechazo porque le otorga al tribunal, es decir, al Estado, la posibilidad de interferir en el arreglo privado de las disputas, en tanto esos conflictos debieran ser dejados a la dinámica de la iniciativa individual y privada. (p. 74)

En este contexto, en el que se pretende mayor eficacia del sistema de administración de justicia y mayor respeto de los derechos humanos, irrumpe el COGEP, imponiendo un sistema híbrido en el que se compatibilizan los principios de escrituración y de oralidad, de allí que no pueda establecer que el sistema establecido es un sistema acusatorio adversarial puro o que se haya abandonado del todo del sistema inquisitivo por efecto de la existencia de actos procesales que deben consignarse por escrito.

Naturaleza jurídica del testigo hostil.

En el COGEP se establece la figura del testigo hostil como una nueva institución del Derecho Procesal ecuatoriano por esa razón se debe precisar su contenido para cuyo efecto nos será de mucha utilidad estudiar los términos utilizados por el legislador para identificar a esta institución.

Bajo la palabra "testigo", según Enrique Palacios (2003) se alude "... a las personas físicas, distintas de las partes, que deben declarar sobre sus percepciones o deducciones de hechos pasados" (p. 473).

Para Cabanellas (1993) es la “Persona fidedigna de uno u otro sexo que puede manifestar la verdad o falsedad de los hechos controvertidos.” (p. 309),

Una visión mucho más apropiada a la actualidad establece que “En cierto sentido, un testigo es típicamente un *storyteller*. Es una persona que se supone que tiene conocimiento de algunos hechos del caso y de la que se espera que relate la historia de los hechos que conoce.” (Taruffo, 2009, 144).

En consecuencia de las definiciones anteriores se puede decir que el testigo es una persona natural llamada a comparecer por el juzgador a un proceso judicial con la finalidad de relatar, bajo juramento, unos hechos que conoce directamente y que le consta y que son los que pretende justificar o desvirtuar una de las partes procesales.

Por otra parte, el término “hostil” es un adjetivo calificativo que significa “Que con su actitud o sus actos se muestra contrario a una persona o cosa o enemigo de ellas”, y el término “hostilidad” significa “cualidad de hostil, que indica una actitud provocativa y contraria, generalmente sin motivo alguno, hacia otro ser vivo.”

Unidas las definiciones anteriores se puede afirmar que el testigo hostil, desde el punto de vista semántico, es la persona natural llamada a comparecer por el juzgador a un proceso judicial con la finalidad de relatar, bajo juramento, los hechos que conoce, pero debido a su conducta o comportamiento evasivo o reacio, evita confirmar o refutar los hechos sobre los cuales se le está interrogando.

En un sentido estrictamente jurídico se puede afirmar con Baytelman y Duce (2004) que el testigo hostil:

“...pese a ser llamado por una parte, harán todo lo posible por obstaculizar o rehuir el interrogatorio de estas.... en cuyo caso, pese a haberlo presentado, lo interroga conforme a las reglas del contrainterrogatorio, incluida la facultad de preguntar sugestivamente.” (p. 39)

Para el autor Pedro Goyco Amador (2012) el testigo hostil es:

“...es aquel testigo que está en contra de los intereses de la

parte que lo presenta. Esta clase de testigo abiertamente trata de favorecer a la parte contraria, tergiversando los hechos, omitiendo hechos esenciales o alegando no recordar nada.” (p. 3)

En consecuencia de lo anterior se puede definir al testigo hostil como un persona natural, quien en cumplimiento de su deber de colaboración con la justicia, es llamado a declarar en un procedimiento judicial, sin embargo de lo cual su conducta es evasiva, adversa u hostil, impidiendo que se conozca la verdad de los hechos respecto a los cuales es interrogado.

Otro aspecto que permite entender la naturaleza jurídica del testigo hostil es la forma como el legislador lo ubica sistemáticamente dentro de Libro III, Título II (prueba), Capítulo II (prueba testimonial), del COGEP, por lo tanto se trata de un medio de prueba, que es utilizado por los abogados litigantes para demostrar sus afirmaciones, lo que implica que su utilidad práctica radica en el convencimiento que puede dar al juez sobre un determinado hecho controvertido del conflicto sometido a su decisión jurisdiccional.

Así mismo se debe considerar que cuando el legislador regula al testigo hostil lo hace dentro de las reglas de la prueba testimonial y como un caso de excepción a la prohibición de realizar interrogatorios con preguntas sugestivas. Por eso se establece que solo cuando se haya calificado la hostilidad del testigo, el abogado puede realizar el interrogatorio con preguntas sugestivas, pues lo que se pretende con ello es obtener una declaración testimonial que sea verdadera y que contribuya también a la construcción de la verdad procesal que debe ser declarado por el juzgador.

Esa verdad procesal, de paso sea dicho, se construye en base a lo previsto en el Código Orgánico de la Función Judicial en cuyo artículo 27 se determina la forma como ella debe ser construida mediante un proceso lógico que lo resumimos a continuación:

- La formulación de la demanda con hechos que requiere prueba;

- La contestación de la demanda con hechos que requiere prueba;
- La carga probatoria para cada una de las partes procesales;
- La prueba aceptada por el juzgador de la parte actora y demanda para ser evacuada;
- La práctica de la prueba;
- La valoración probatoria según las regla de la sana crítica; y,
- La resolución o sentencia en donde el juzgador declara como verdaderos varios hechos y aplica una norma jurídica en base a esos hechos declarados como verdaderos.

Por esa razón el artículo 27 del Código Orgánico de la Función Judicial considera que la verdad procesal solamente nace ante la existencia de un proceso contradictorio, y con los hechos probados por las partes y valorados por el juzgador.

Ante esta última afirmación es importante indicar que parte de la prueba que es aportada por los sujetos procesales consiste generalmente en las declaraciones de testigos, para cuyo efecto se los anuncia dentro de la demanda, de la contestación a la demanda o después de la contestación a la demanda por la posibilidad prevista en el artículo 153 inciso tercero del COGEP que habilita a la parte accionante a presentar nueva prueba, incluso la testimonial, en función a los hechos propuestos en la contestación a la demanda.

En este contexto, el testigo es empleado para verificar o rechazar determinados hechos que son contradictorios en el proceso y que han sido así establecidos en la audiencia preliminar o audiencia de saneamiento o en su defecto, en la primera fase de la audiencia única, para ello se requiere de su testimonio.

El testimonio es obtenido mediante la técnica del interrogatorio que consiste en una serie de preguntas diseñadas por el abogado para extraer información veraz, cierta, adecuada y abundante, de los hechos contradictorios del caso, gracias al cual se puede verificarlos o enervarlos.

El interrogatorio, como técnica sustentada en la oralidad, está sujeto a ciertas

reglas importantes entre las cuales vale la pena resaltar las siguientes:

- Se realiza de forma oral, organizada y sistemática;
- Se estructura de forma tal que su uso permite que se confirme o se enerve un hecho;
- Se realiza también con la finalidad de eliminar la imparcialidad del testigo, de eliminar su reputación;
- Se prohíbe la realización de preguntas sugestivas, capciosas, impertinentes, hipotéticas por opiniones o conclusiones, vagas, confusas, o fuera de la esfera del conocimiento del testigo.
- Debe ser dinámico, de forma que llame la atención al juzgador;
- Debe ser preciso en cuanto a la información que se desea obtener pues ella debe ser relevante.

Tal como se puede apreciar, una de las reglas importantes del interrogatorio es que este no puede ser realizado con preguntas sugestivas, porque este tipo de preguntas tienen dentro de sí la respuesta por lo tanto inducen al testigo a dar una respuesta; pero adicionalmente no se la utiliza porque la información relevante para el caso no es otorgada por el testigo sino por el abogado, quien al utilizar la pregunta sugestiva busca que la información entregada por él sea confirmada por el testigo.

Sin embargo de la existencia de esta prohibición, la posibilidad de realizar un interrogatorio sugestivo se verifica por efectos de la hostilidad del testigo quien al mostrarse reacio o poco colaborativo con la entrega del relato verdadero de los hechos, es calificado por el juzgador de la causa como testigo hostil, y bajo estas circunstancias especiales se permite la realización del interrogatorio sugestivo con la finalidad de que el testigo colabore con la administración de justicia y con el descubrimiento y construcción de una verdad procesal que debe ser decretada por el juzgador.

Por manera que en la forma como está regulado el testigo hostil a todas luces se puede apreciar que la intención del legislador en el establecimiento de esta

institución jurídica fue la de permitir que los abogados litigantes y el juzgador puedan disponer de un mecanismo certero para que la verdad de los hechos sea plenamente descubierta y se permita de esta manera la adopción de una sentencia que sea justa.

Un tercer aspecto en la naturaleza jurídica del testigo hostil tiene que ver con la interpretación teleológica del Artículo 177 numeral 7 del COGEP que regula esta institución.

Para ello es indispensable indicar que la Exposición de Motivos de la norma en referencia, se hace alusión expresa a que los medios de prueba en el nuevo sistema procesal acusatorio adversarial tienden a verificar el cumplimiento del principio de inmediación, gracias al cual el juez conoce, aprecia, y está presente en la producción de la prueba, de manera que tiene contacto directo con ella y puede apreciar y valor, también directamente, la eficacia de ese medio prueba.

Con esa vinculación directa, el juez obtiene un conocimiento claro y preciso de los hechos conflictivos y las demostraciones que sobre ellos hacen las partes procesales y tiene un conocimiento más acercado a la certeza que le permite construir una verdad procesal, siempre en función de aquellas pruebas aportadas por la partes.

De esta manera el conocimiento directo de la producción de la prueba redundante y permite resolver de mejor manera los conflictos sociales pues el juzgador puede apreciar aspectos que antes, en el sistema inquisitivo, no los valoraba tales como el nerviosismo del testigo, la forma como relata los hechos, la forma de preguntar del abogado, la forma de contrainterrogar a los testigos, etc.

La intención del legislador al establecer la figura del testigo hostil, es en consecuencia de todo lo anterior permitir que el juzgador pueda construir una verdad procesal de conformidad con pruebas testimoniales que se caractericen por relatar hechos verdaderos.

La razón para el apareamiento del testigo hostil: la verdad procesal

Hasta este momento se ha esbozado, en líneas generales, que la razón para que el legislador ecuatoriano haya decidido establecer en el COGEP la figura del testigo hostil responde exclusivamente a un afán de descubrimiento de la verdad que es necesaria para que el juzgador adopte una resolución justa para las partes litigantes.

Por ello, en este apartado se va a profundizar el tema de la verdad procesal y la forma como se la obtiene, para lo cual se parte del criterio de que el juicio o un proceso judicial puede ser definido como una contienda, controversia o conflicto, que ha sido judicializado y en cuya gestión o composición se requiere del auxilio de una autoridad jurisdiccional que es la encargada de solucionarlo en atención a las pruebas aportadas por los litigantes.

El juicio está sometido al cumplimiento de distintos derechos y reglas que son llamados como debido proceso y son aquellas normas jurídicas en las que se regula tanto la actuación de la Función Judicial como la de los ciudadanos que utilizan el sistema de administración de justicia, de manera que se garantiza una contienda o controversia justa.

Como parte de las reglas del debido proceso, se establece en distintos instrumentos internacionales el derecho de contradicción de los argumentos y de las pruebas de la contraparte procesal, permitiendo de esta manera una confrontación racional entre dos posiciones jurídicas que deben ser reforzadas por una prueba que las demuestre.

Así en la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica el artículo 8. 2. letra f, expresamente se establece como parte del debido proceso el derecho a interrogarlos y aún para hacerlos comparecer coactivamente cuando aquellos puedan aportar con el esclarecimiento de la verdad de los hechos controvertidos; y, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se establece igual regulación al disponerse en el artículo 14 numeral 3, que

bajo el derecho a la defensa los sujetos procesal están en capacidad de realizar interrogatorios, contrainterrogatorios y también solicitar la presencia forzada de todo aquel que como testigo puede aportar elementos de juicio para aclarar hechos que son controvertidos entre los sujetos procesales.

De esta forma se construye un derecho fundamental bajo el cual las partes procesales, para obtener la verdad en un proceso judicial, pueden interrogar y contrainterrogar a los testigos, de manera que el derecho de contradicción de la prueba y de las acusaciones formuladas sea verificado mediante el uso de las técnicas de interrogación y contrainterrogación, que son en definitiva el test que permite que una declaración sea verdadera, según se establece en el artículo 174 del COGEP, pues en base a ella se obtiene información de un testigo que luego es confrontada en su verosimilitud mediante el contrainterrogatorio, permitiendo de esta forma al juez, presenciar y obtener elementos que le permiten llegar a una decisión lo más justa posible.

Así mismo la Constitución ecuatoriana de 2008 también establece en su artículo 76, numeral 7, literal h) que como parte del derecho a la defensa los sujetos procesales tienen la facultad de oponerse o contradecir los argumentos de su contraparte procesal y de solicitar la práctica de pruebas que enerven la de su opositor.

El derecho de contradicción, que como se ha visto es un derecho fundamental, permite que una afirmación rendida por una parte procesal sea verificada en cuanto a su veracidad o verosimilitud y solamente cuando supere esa contradicción puede hablarse de una declaración que sea ajustada a la verdad de los hechos.

En este sentido, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia el día 20 de agosto de 2014, mediante providencia AP4787- 2014, se pronunció favorablemente por la consideración jurídica del testigo hostil como una de las manifestaciones del derecho de contradicción antes anotado, manifestando para el efecto que:

“Ha de precisarse que en sentido amplio la contradicción puede ejercerse en el proceso penal a través de i) pruebas que versen sobre las teorías del caso que presenten la Fiscalía o la defensa, ii) las pruebas o sus resultados se cuestionan con los medios de impugnación de credibilidad, iii) la impugnación probatoria puede hacerse con pruebas sobrevinientes, iv) en algunos casos la declaratoria de testigos hostiles es una manera para controvertir la credibilidad de un declarante, v) el conainterrogatorio el un instrumento idóneo para refutar los testimonios de la contraparte y, vi) con el interrogatorio directo de que trata el artículo 391 del C de P.P. la misma parte que solicitó la prueba puede poner en tela de juicio la credibilidad de un testigo.” (p. 11)

La Corte Suprema de Colombia, como antes se pudo apreciar, considera que la calificación de testigo hostil es parte del derecho de contradicción amparado en los instrumentos internacionales antes anotados porque con ella se trata de despojar de la validez o de la credibilidad de ese testimonio, pero ello ocurre en el campo del Derecho Procesal Penal razón por la cual se requiere precisar una operatividad de la calificación de hostilidad en el proceso no penal regulado por el COGEP.

Por su parte la legislación puertorriqueña, aplicable a la materia civil y a la penal, contiene regulación específica sobre la reticencia del testigo, en el artículo 43, literal h), de las Reglas de Evidencia para el Tribunal General de Justicia, adoptadas por el Tribunal Supremo el 9 de febrero de 1979, remitidas a la Asamblea el 15 de febrero de 1979, y vigentes desde el 1 de octubre de 1979. En estas Reglas se establece expresamente sobre el testigo hostil una más amplia definición para cuyo efecto prevé lo siguiente:

“Artículo 43. Orden y modo de interrogatorio de testigos y presentación de la evidencia.

(H) No se podrá hacer una pregunta sugestiva a un testigo en el curso del interrogatorio directo o del interrogatorio redirecto, excepto cuando los intereses de la justicia otra cosa requieran. Podrán hacerse preguntas sugestivas en el curso del conainterrogatorio o del reconainterrogatorio. También se permitirán preguntas sugestivas cuando una parte llame a un testigo hostil, a una parte adversa, a un testigo identificado con la parte adversa, a una persona que en virtud de su edad, pobre educación u otra condición,

sea mentalmente deficiente y tenga dificultad de expresión o a una persona que por razón de pudor está renuente a expresarse libremente.”

En la artículo anterior la calificación de hostilidad ya no solo es posible que se aplicada a al testigo que demuestra algún grado de hostilidad y que en virtud de ello impide la realización de la justicia, sino también a otro tipo de personas que habiendo sido llamadas a comparecer como testigo en proceso judicial, ellas adolecen de una circunstancia especial que compromete su adecuada capacidad de comprensión o de expresión, por ello se establece que son hostiles también los deficientes mentales, quienes no puedan expresarme adecuadamente, etc.

Tal como se puede apreciar las razones para el apareamiento del testigo hostil son dos:

1. La primera que se refiere a la necesidad de que los testigos presentados por las partes declaren haber presenciado hechos verdaderos, de allí que se establece la aplicación de un interrogatorio sugestivo pues la verdad procesal es un valor importante que debe existir para la realización del valor justicia;
2. La segunda es que los testigos, si bien es cierto son anunciados como prueba de cada una de las partes litigantes, ellos contribuyen con la administración de justicia por lo tanto su función no es solamente particular. Por ello los instrumentos internacionales establecen aun el derecho de que las partes procesales puedan solicitar la comparecencia coactiva de peritos y testigos, todo ello con el afán de que se coadyuve a que el juzgador pueda descubrir una verdad procesal, de lo que se deduce la existencia de un interés superior al individual que se demuestra justamente en el valor justicia.

Casos en los que el juez procede a efectuar la declaratoria de “testigo hostil”.

El COGEP no establece expresamente en qué casos puede declararse la hostilidad de un testigo, no obstante aquello gracias a la ayuda del Derecho Comparado y en varias fuentes doctrinarias citadas en esta investigación, se puede

confeccionar una lista de estos casos que permiten entender de mejor la manera la aplicación de esta nueva figura.

Los casos de hostilidad por tanto son los siguientes:

1. Cuando uno o varios de los testigos anunciados por las partes procesales tiene algún tipo de relación, vinculación, filiación, o cualquiera otro tipo de relación jurídica que de alguna manera pueda comprometer el testimonio evitando responder por cierto lo que realmente no es cierto. Como ejemplo de ello tenemos de los amigos íntimos, de los enemigos, de los compadres, tutores y sus pupilos, etc.

Para este efecto se debe tomar en cuenta que el COGEP a diferencia del sistema procesal anterior, establece como regla general que cualquier persona, independientemente de su filiación, parentesco o relación preexistente con los justiciables, condición económica, etc., puede ser llamadas como testigos y aún más también puede ser testigo el mismo actor el demandado bajo la figura de la declaración de parte prevista y regulada en el artículo 187 del COGEP.

Las únicas personas que están prohibidas de testificar son aquellas personas quienes están declaradas como incapaces absolutos; aquellas personas que debido a una patología mental son incapaces de percibir la realidad y de comunicarla; y, aquella que estaban privadas de su capacidad de comprender y querer por efecto de la embriaguez o, por el uso de sustancias sometidas a fiscalización, según lo establece el artículo 189 *ibídem*.

2. Cuando después del análisis de elementos objetivos se puede verificar y llegar al convencimiento de que el testigo decide no colaborar con la administración de justicia sea porque la información que posee es tergiversada, deformada, escondida o echada a menos.

Esta hipótesis implica una manipulación u ocultamiento doloso de la información que permite resolver el caso, de manera que bajo esta previsión

se considera que el juzgador debe ser muy estricto con la reiteración del juramento rendido y las consecuencias penales que existen por faltar a sabiendas y bajo juramento a la verdad.

3. Cuando el testigo, en un proceso, judicial o administrativo, anterior o conjunto, ha declarado cosas distintas sobre un determinado hecho resultando que entre la una testifical y la otra existe una grave discrepancia o contradicción.

Por ejemplo un proceso administrativo sancionador y uno proceso de conocimiento por daños y perjuicio, en el cual el testigo declaró algo respecto de determinado hecho en el primer procedimiento; pero también, en el proceso de conocimiento, declaró cosas totalmente distinta o contradictorias.

Lo que se pretende bajo este supuesto no es que las declaraciones rendidas sean exactamente idénticas o iguales, aun en los signos de puntuación, sino que lo que se pretende es que las declaraciones testimoniales rendidas sean univocas, coherentes y racionales, pues de otra manera las declaraciones contradictorias podría incluso ser consideradas como fraude procesal según la previsión del artículo 282 del Código Orgánico Integral Penal.

4. Cuando el testigo, pese a ser legalmente notificado por la autoridad jurisdiccional, no se presenta a rendir su declaración testimonial, sin que su inasistencia se deba a algún caso de fuerza mayor o de caso fortuito.

Antes se había advertido que en la Convención Americana de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se había establecido el derecho de los sujetos procesales de hacer comparecer por medio de apremios personales a los testigos y peritos que ayudan a descubrir una verdad procesal. Esta misma posibilidad está establecida en el artículo 177, numeral 2 del COGEP y por tanto cualquiera de los justiciables puede requerir al juzgador la comparecencia compulsiva de los testigos.

Estos casos solo establecen nociones amplias de las hipótesis que podrían dar lugar a la calificación de hostilidad del testigo, por esa razón se trata solamente de una enumeración ejemplificativa en la que se puede incluir cualquiera otra circunstancia que permita concluir objetivamente que el testigo no está con el ánimo de contribuir con la administración de justicia.

La calificación de hostilidad del testigo implica una facultad jurisdiccional realizada por el juez para cuyo efecto se ha de requerir de forma previa, que el abogado de la defensa realice una argumentación tendiente a explicar al juzgador que el testigo ha incurrido en uno de los casos antes anotados y que es en virtud de ello que se requiere esa calificación.

Es aquí también donde entran en juego las técnicas de litigación oral las cuales han sido concebidas como un “conjunto de competencias y habilidades para diseñar estrategias, establecer diálogos, narrar los hechos de manera clara y verosímil, estructurar sus intervenciones, exponer convenientemente los fundamentos de derecho...” (Alvares, 2008, 151).

Se requiere por tanto que el defensor haya preparado y estructurado una argumentación clara y convincente sobre los casos de hostilidad antes anotados, explicando de forma objetiva y cierta cómo la conducta del testigo implica un impedimento para la realización de la justicia que requiere contar con hechos verídicos aportados en la fase probatoria.

Implicaciones jurídicas que da la calificación de hostilidad del testigo.-

Uno de los efectos principales de la calificación de hostilidad del testigo es que se permite la formulación de preguntas sugestivas en el interrogatorio, es decir se realiza un interrogatorio sugestivo, el cual por vía excepcional está legalmente permitido según lo dispone expresamente el artículo 177 numeral 7 del COGEP.

El interrogatorio, es una de las técnicas de litigación mayormente utilizados en toda la práctica forense, gracias al cual se pueden aportar elementos valiosos para

la teoría del caso de cualquiera de los sujetos justiciables, de allí que amerita una enorme importancia pues con él se puede demostrar las afirmaciones que sobre determinados hechos controvertidos de un conflicto sometido a la decisión del juzgador, han realizado las partes.

Gladys Álvarez (2008) sostiene que:

“Interrogar es cuestionar al testigo acerca de los hechos relevantes del caso. Al igual que los alegatos iniciales, el interrogatorio precisa de la previa elaboración de la teoría del caso, pues las preguntas deben ir en pos de información específica que el testigo debe comunicar al Tribunal de enjuiciamiento.” (p. 79)

Por regla general, en el interrogatorio no cabe la realización de preguntas sugestivas, según lo establecido en el artículo 176 del COGEP, pues con ellas la información que debería ser entregada por el testigo, de forma directa, es entregada realmente por el abogado esperando simplemente la confirmación del testigo, es decir que este tipo de preguntas sugiere la respuesta.

No obstante aquello es importante destacar que si se permite la realización de este tipo de preguntas en el contrainterrogatorio configurándose de esta manera en un instrumento esencial del mismo, al punto que la doctrina recomienda realizar el contraexamen solo con este tipo de preguntas.

La posibilidad de realizar las preguntas sugestivas en el interrogatorio viene como consecuencia de la calificación de testigo hostil. De manera que en esta circunstancias el interrogatorio puede y debe ser realizado como un contrainterrogatorio, permitiéndose, en consecuencia, que el abogado formule preguntas sugestivas tendientes a conseguir la información que necesita para verificar su teoría del caso.

Pedro Vial Castro (2009) sobre esto menciona que:

“El contraexamen es un desafío intelectual entre quien contraexamina y el testigo, una batalla cuerpo a cuerpo, en que sólo a través de preguntas sugestivas se puede

dominar e impedir que este testigo escape. No debemos olvidar que lo principal en el contraexamen es mantener el control del testigo, cuestión imposible de realizar a través de preguntas abiertas. Una vez establecidas las razones técnicas por qué en el contraexamen debemos usar solo preguntas sugestivas, es necesario señalar que las mejores preguntas de contraexamen son aquellas que declaran la respuesta, por lo cual las preguntas deben ser verdaderas afirmaciones que tengan como respuesta solamente un sí o un no.” (p. 107)

Otro de los efectos que produce la declaratoria de hostilidad tiene que ver con la posición que debe asumir el juzgador luego de que la declaró, pues el juzgador no debe en forma alguna perjudiciarse con la hostilidad del testigo ni asumir de plano que su falta de colaboración con la administración de justicia es para apoyar una u otra posición jurídica de las partes litigantes.

El juzgador, en todos los casos de calificación de reticencia de un testigo, debe ser cauteloso en la forma de proceder pues la declaración rendida bajo dicha calificación no es ni más ni menos importante que el resto de pruebas aportadas por los litigantes, razón por la cual el juez debe analizarla de forma conjunta con el resto del acervo probatorio, y solo después de esa valoración apoyada en las reglas de la sana, puede proceder a dar una resolución en la que conste la verdad procesal alcanzada.

Por qué es útil interrogar al testigo hostil?

En líneas superiores se estableció que la calificación de hostilidad del testigo implica para el abogado la posibilidad de que pueda extraer de aquel una verdad que se oculta intencionalmente para perjudicar su teoría del caso mediante la realización de un interrogatorio sugerente.

También se indicó que esta calificación ha sido diseñada y configurada por el sistema procesal, como uno de los mecanismos que se pueden y deben utilizar para que la construcción de la verdad procesal sea lo más justa.

Finalmente se indicó que gracias a la calificación de hostilidad el juez poder disponer también de una información que debe ser valorada en conjunto con otras pruebas aportadas, de manera tal que la información obtenida le permite alcanzar un grado de conocimiento que cada vez más se ira acercando a el nivel mayor de conocimiento que es la certeza.

A más de estas enormes ventajas que representa la calificación de hostilidad o reticencia de un testigo, también existen otras ventajas descritas por el autor John Gibbons (2005), quien establece como objetivo del interrogatorio del testigo hostil las siguientes:

- “1.- Construir y defender su versión de los hechos;
- 2.- defender la credibilidad de los testigos de su parte;
- 3.- rebatir la versión de la parte contraria; y,
- 4.- Cuestionar la credibilidad de los testigos hostiles.” (p. 218)

Es decir, las amplias ventajas que reporta la utilización de la figura del testigo hostil son, al decir lo menos, una importante ventaja que se emplea en el momento más importante de la tramitación de un proceso razón por la cual debe prestarse mucha atención a esta institución jurídica pues coadyuva tanto con la administración de justicia como con los sujetos procesales, siendo su finalidad esencial, el descubrimiento de la verdad.

El testigo hostil en el Derecho Comparado.

El Derecho Comparado es una herramienta indispensable para saber cómo se ha regulado la figura del testigo reticente en otras legislaciones y para denotar la fuente inspiradora del que empleo el legislador en la redacción de la norma jurídica, Por esa razón a continuación se analizan varios sistemas procesales mayoritariamente de Derecho Continental.

Las legislaciones procesales a ser estudiadas son el Código General del

Proceso uruguayo; el Código General del Proceso colombiano; la Ley de Enjuiciamiento Civil española; el Código Procesal Civil y Comercial argentino, y la Ordenanza Procesal Alemana, de las cuales se abordaran los siguientes aspectos: procedencia; entrada en vigencia; ámbito de aplicación; y, la regulación normativa sobre testigo hostil.

En lo que se refiere a la procedencia del sistema procesal, se aclara en primer lugar que en el ámbito jurídico siempre suele referirse a la existencia de dos grandes clases de derechos:

- el uno es el Derecho Continental o Derecho Continental de corte europeo, el cual desde sus orígenes viene del imperio romano, que fue organizado bajo el Código Justiniano y luego pasó a países como Italia y España y finalmente fue exportado hacia América Latina por la conquista española.
- El otro es el Derecho Anglosajón, que se origina en Inglaterra y desde ahí pasar a países como Alemania, Estados Unidos y Australia.

Los dos sistemas jurídicos son distintos pues mientras en el primero existe una positivización más férrea del Derecho y se aplica la ley y la jurisprudencia de forma más rígida; en el otro los sistemas consuetudinarios y el sistema de precedentes jurisprudenciales es que va dominando la práctica judicial.

Las legislaciones analizadas en esta investigación pertenecen a estos dos sistemas tal como se demuestra a continuación:

| | Código Orgánico General de Procesos Ecuador | Código General Del Proceso Uruguay | Código General Del Proceso Colombia | Ley De Enjuiciamiento Civil España | Ordenanza Procesal Alemania | Código Procesal Civil y Comercial Argentina |
|---------------------------|--|---|--|---|------------------------------------|--|
| Sistema de Derecho | Continental | Continental | Continental | Continental | Anglosajón | Continental |
| Locación | Ecuador | Uruguay | Colombia | España | Alemania | Argentina |

Cuadro No. 1 Sistema de Derecho y Procedencia

Fuente: Investigación

Realizado por: David Leonardo Criollo Mayorga

De las cinco legislaciones procesales no penales consultadas, a excepción de Ecuador, el 20% corresponde al sistema anglosajón y el 80% al sistema continental. Si tomamos en cuenta que la importación del derecho a Ecuador se la realiza desde Europa, particularmente de España, a nivel europeo, y de Uruguay, Argentina y Colombia, en el caso de Latinoamérica, podemos concluir que el legislador ecuatoriano ha tomado en cuenta como la principal fuente de creación del nuevo sistema procesal a la legislación propia del sistema continental, la cual no contiene dentro de sí la regulación o criterio de calificación del testigo hostil y de la hostilidad, respectivamente, por manera que existen dudas en el origen de esta nueva figura jurídica.

Entrada en vigencia de la norma jurídica

Para comprobar si se trata de una nueva institución jurídica existente en otros sistemas jurídicos o en otras legislaciones, se ha establecido la cronología de los cuerpos normativos consultados para determinar si se trata de un avance propio del legislativo del asambleísta ecuatoriano o si solo se limitó a establecer en nuestra legislación una institución que antes había sido ya regulada.

En efecto, la cronología de las legislaciones consultadas es la siguiente:

| | Código Orgánico General de Procesos Ecuador | Código General Del Proceso Uruguay | Código General Del Proceso Colombia | Ley De Enjuiciamiento Civil España | Ordenanza Procesal Alemania | Código Procesal Civil y Comercial Argentina |
|-----------------|--|---|--|---|------------------------------------|--|
| Vigencia | 2016 | 2014 | 2012 | 2000 | 2002 | 2002 |
| | | | | | | |

Cuadro No. 2 Cronología de vigencia las normas procesales

Fuente: Investigación

Realizado por: David Leonardo Criollo Mayorga

Tal como se puede apreciar, las legislaciones consultadas corresponden o han sido expedidas en el siglo XXI, por manera que se trata de legislaciones contemporáneas, que se encuentran actualizadas y que contienen dentro de sí la idea fundamental del principio de oralidad del proceso, es decir exactamente el mismo

presupuesto metodológico de sustentación del COGEP ecuatoriano que privilegia el sistema oral por el escrito, aunque no lo elimina por completo.

A pesar de la actualidad de las legislaciones consultadas, salvo el COGEP, ninguna de ellas establece la figura del testigo hostil ni contiene dentro de sí la posibilidad de realizar preguntas sugestivas en el interrogatorio, por esa razón se puede concluir que efectivamente se trata de una institución nueva en el Derecho procesal ecuatoriano.

Ámbito de aplicación.

Es interesante establecer a que ámbito pertenecen las normas procesales que se han consultado para delimitar el ámbito de aplicación de las mismas. Ello permitirá saber si la legislación es penal, procesal no penal o civil.

| | Código Orgánico General de Procesos Ecuador | Código General Del Proceso Uruguay | Código General Del Proceso Colombia | Ley De Enjuiciamiento Civil España | Ordenanza Procesal Alemania | Código Procesal Civil y Comercial Argentina |
|---------------------------------|---|------------------------------------|-------------------------------------|------------------------------------|-----------------------------|---|
| Civil | | | | x | x | x |
| Penal | | | | | | |
| Procesal en materias no penales | x | X | x | | | |

Cuadro No. 3 Ámbito de aplicación

Fuente: Investigación

Realizado por: David Leonardo Criollo Mayorga

El 60% de las legislaciones consultadas, exceptuando Ecuador, comprenden normas aplicables al procesamiento civil, mientras que el 40% restante son normas no aplicables al procedimiento penal, pero que obviamente regulan las cuestiones civiles, lo que en buen romance significaría que el 100% de las legislaciones estudiadas pueden ser aplicadas en el Derecho Procesal Civil.

A pesar de esta pertenencia al campo procesal no penal, tampoco ninguna de ellas ha previsto la figura del testigo hostil, la cual como se ha mencionado se la puede encontrar expresamente regulada en la legislación procesal penal, como por ejemplo en:

- República Dominicana, en la legislación existente en la Resolución No. 3869-2006, 21 de diciembre del año 2006, dictada por la Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana;
- Puerto Rico, en las Reglas de Evidencia para el Tribunal General de Justicia de Puerto Rico, adoptadas por el Tribunal Supremo el 9 de febrero de 1979, remitidas a la Asamblea el 15 de febrero de 1979, y vigentes desde el 1 de octubre de 1979.

Lo anterior indica que la figura del testigo hostil es más bien una construcción propia del proceso penal y no de la regulación procesal civil.

Además la última afirmación realizada se ratifica por efectos de la jurisprudencia dictada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia el día 20 de agosto de 2014, mediante providencia AP4787- 2014 en la que se establecía que una de las manifestaciones del principio de contradicción es la calificación de hostilidad del testigo.

Regulación normativa.

Ninguna de las normas procesales que se han consultado tiene:

- regulación normativa sobre el testigo hostil,
- tampoco aluden a la hostilidad del testigo,
- no establecen la posibilidad de realizar preguntas sugestivas en el interrogatorio al testigo.

A diferencia de lo que ocurre con las legislaciones consultadas, el legislador ecuatoriano si se preocupó de regular, escuetamente, sobre la figura del testigo hostil, generando más dudas que certezas en torno a su naturaleza jurídica, requisitos para la calificación de la hostilidad del testigo, etc.

En las actas de la Asamblea Nacional Legislativa en que se discutió la incorporación de esta figura, no existe referencia alguna de cuál fue la razón para incorporarla dentro de las reglas de la prueba testimonial, dejando en consecuencia muchas dudas respecto de:

- Su génesis legislativa;
- Su aplicación en el Derecho Procesal no penal
- Sus contornos y contenidos expresos.

| | Código Orgánico General de Procesos Ecuador | Código General Del Proceso Uruguay | Código General Del Proceso Colombia | Ley De Enjuiciamiento Civil España | Ordenanza Procesal Alemania | Código Procesal Civil y Comercial Argentina |
|--|--|---|--|---|------------------------------------|--|
| Define al testigo hostil | No | No | No | No | No | No |
| Define los casos de hostilidad del testigo | No | No | No | No | No | No |
| Utiliza el término “testigo hostil” | Si | No | No | No | No | No |
| Establece posibilidad de interrogar con preguntas sugestivas al | Si | No | No | No | No | No |

| | | | | | | |
|--------------------------------------|-------|---------|---------|---------|---------|---------|
| testigo | | | | | | |
| Normas que regulan al Testigo hostil | 177.7 | Ninguna | Ninguna | Ninguna | Ninguna | Ninguna |

Cuadro No. 4 Regulación Normativa

Fuente: Investigación

Realizado por: David Leonardo Criollo Mayorga

Hipótesis

La calificación de hostilidad del testigo en el nuevo COGEP afecta a la verdad procesal.

Señalamiento de Variables:

Son las siguientes:

Variable Independiente:

Testigo Hostil

Variable Dependiente:

Verdad Procesal

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA

Enfoque de la Investigación

El enfoque de esta investigación es de carácter cualitativo y cuantitativo. Cualitativo porque mediante este proyecto de investigación se realiza el análisis de una institución jurídica perteneciente a una realidad determinada la cual esta establecida como norma jurídica en el artículo 177 numeral 7 del COGEP.

Utiliza también el enfoque cualitativo porque en la investigación se ha identificado una muestra poblacional a la que se ha consultado y encuestado para obtener datos precisos y valiosos con relación a la institución jurídica del testigo hostil, los cuales luego del respectivo análisis estadístico permitirán verificar o no la hipótesis planteada.

Modalidad Básica de la Investigación

Se ha establecido las siguientes modalidades de la investigación en el desarrollo de este trabajo:

Bibliográfica Documental

La presente investigación se basa fundamentalmente en la revisión de una abundante bibliografía especializada en temas relacionados directamente con el objeto de investigación que es el testigo hostil y la forma como esta institución coadyuva a construir una verdad procesal.

Para ello se ha recurrido a libros especializados en jurisprudencia, estudios dogmáticos sobre la prueba testimonial, sobre las técnicas de litigación oral, sobre el interrogatorio y contrainterrogatorio y sobre la forma como se construye la verdad

procesal, y legislaciones extranjeras, en definitiva una infinidad de fuentes bibliográficas especializadas en Derecho Procesal Civil así como también en varios instrumentos internacionales y en la Constitución ecuatoriana y legislaciones infra constitucionales

De Campo

La presente investigación es también una investigación de campo porque todos aquellos datos que se han recolectado de la realidad estudiada mediante la técnica de la encuesta aplicada a las unidades de observación determinada en el Capítulo Uno, en el que se establecen mayoritariamente a los operadores de justicia. Además con los datos obtenidos se pretende dar respuesta al problema planteado y de esa manera solucionar la conflictividad que aqueja a los abogados y jueces.

Nivel o Tipo de Investigación.

Exploratorio

La presente investigación inicia por el nivel exploratorio porque se diagnóstica el problema existente con la falta de establecimiento de los casos en los que se puede decretar la hostilidad del testigo pues no están previstos en el COGEP y además se trata de una investigación exploratoria porque se va a analizar el objeto de estudio para desde allí proponer respuestas adecuada a la problemática existente.

Descriptivo

Se utilizará la investigación de nivel descriptivo porque se van a conocer el problema a través de la descripción de la situación generada por el COGEP con la regulación incompleta del testigo hostil, la cual es relatada desde los distintos ámbitos que conforman el problema como la falta de regulación específica, la falta de antecedentes legislativos internos, etc.

Población y Muestra.

La población se refiere a la generalidad de un grupo humano que sufre la problemática o se ve aquejado de una problemática determinada y, la muestra solamente se refiere a un porcentaje válido de dicha población o universo que es representativa.

En esta investigación la población está contenida en los usuarios del sistema de administración de justicia, es decir las partes litigantes, pero también comprende a los abogados en libre ejercicio y a los funcionarios de los juzgados; pero la población se relaciona exclusivamente con los profesionales del derecho que día a día aplican las normas del COGEP.

| ÍTEMS | UNIDADES DE OBSERVACIÓN | POBLACIÓN |
|--------------|---|------------------|
| 1 | Profesores de Derecho de Pregrado y Posgrado | 6 |
| 2 | Abogados en libre ejercicio profesional en el cantón Ambato | 1327 |
| | TOTAL | 1333 |

Cuadro No. 5 Tamaño de la Población

Fuente: Investigación

Realizado por: David Leonardo Criollo Mayorga

Determinación del Tamaño de la Muestra

La determinación de la muestra se la realiza se aplica la siguiente fórmula:

$$n = \frac{NZ^2 \cdot P \cdot Q}{e^2 + Z^2 \cdot P \cdot Q}$$

Donde:

n = Tamaño de la Muestra = ?

N = Tamaño de la Población = 1327

P = Probabilidad de Éxito (50%) = 0.5

Q = Probabilidad de Fracaso (50%) = 0.5

e = Error Admitido (-5%) = 0.05

Z = Variable de Distribución(95%) = 1.96

| |
|--|
| $n = \frac{N \cdot Z^2 \cdot PQ}{N - 1 + Z^2 \cdot PQ}$ |
| $n = \frac{(1327)(1.96)^2 (0.5)(0.5)}{(1327-1)(0.05)^2 + (1.96)^2 (0.5)(0.5)}$ |
| $n = \frac{(1327)(3.84)(0.25)}{(1326)(0.0025) + (3.84)(0.25)}$ |
| $n = \frac{1273.92}{(3.315) + (0.96)}$ |
| $n = 1273.92 / 4.275$ |
| $n = 297.99$ |
| $n = 298$ |

Cuadro No. 6 Tamaño de la Muestra

Fuente: Investigación

Realizado por: David Leonardo Criollo Mayorga

Una vez concluido el cálculo, se determina que para el desarrollo de este trabajo investigativo debe poseerse una muestra mínima de 298 profesionales del derecho, quienes pertenecen al Colegio de Abogados de Tungurahua o que laboran en dicha jurisdicción; y, 6 Profesores de Derecho de Pregrado y Posgrado, es decir un total de 304 profesionales.

A los referidos profesionales del derecho y operadores de justicia se les realiza una encuesta en la cual se consignan interrogantes fundamentales de esta investigación que tiene relación con:

- El testigo hostil; y,
- La verdad procesal.

Gracias a la información que se obtenga de las encuestas realizadas se realiza un análisis estadístico que demuestre la realidad numérica o la medición del objeto de investigación y desde allí se proceda a reflexionar y dar respuesta a la conflictividad que agobia a una determina población.

Lo interesante de la muestra escogida es que se trata de profesionales del derecho que desde distintos frentes como son la academia, la administración de justicia y el libre ejercicio profesional quienes día a día se encuentra aplicando

efectivamente las normas del COGEP y, por supuesto, aquellas que refieren a la calificación de la hostilidad del testigo, de manera que su contribución más importante es que entrega información conociendo en adecuada manera la realidad actual del sistema procesal vigente.

Operacionalización de variable Independiente

Variable Independiente: Testigo Hostil

| CONCEPTUALIZACIÓN | DIMENSIONES | INDICADORES | ÍTEMES BÁSICOS | TÉCNICAS E INSTRUMENTOS |
|---|--------------------------|-------------|--|--------------------------|
| El testigo hostil es una persona natural, quien en cumplimiento de su deber de colaboración con la justicia, es llamado a declarar en un procedimiento judicial, sin embargo de lo cual su conducta es evasiva, adversa u hostil, impidiendo que se conozca la verdad de los hechos respecto a los cuales es interrogado. | Testigo | Concepto | ¿Sabe que es el testigo hostil? | Encuesta |
| | | Componentes | ¿Sabe en qué casos se puede calificar al testigo como hostil? | Cuestionario |
| | Tergiversación de hechos | Concepto | ¿Conoce cuáles son los efectos de la calificación de hostilidad del testigo? | Encuesta Cuestionario |
| | | Componentes | ¿Sabe por qué es útil interrogar al testigo hostil? | Encuesta Cuestionario |
| | | | ¿La calificación de hostilidad es arbitraria? | Encuesta Cuestionario |

Cuadro No. 7 V. I. Testigo Hostil

Fuente: Investigación

Realizado por: David Leonardo Criollo Mayorga

Operacionalización de variable dependiente

Variable Dependiente: Verdad Procesal

| CONCEPTUALIZACIÓN | DIMENSIONES | INDICADORES | ÍTEMS BÁSICOS | TÉCNICAS E INSTRUMENTOS |
|--|----------------------|-------------|---|--------------------------|
| La verdad procesal es un tipo de verdad que se obtiene solamente dentro de un proceso judicial, gracias a las pruebas que cada uno de los sujetos procesales aporta para demostrar los hechos conflictivos que los vinculan y que necesitan ser resueltos por el juzgador. | Proceso Judicial | Concepto | ¿Sabe que es la verdad procesal? | Encuesta Cuestionario |
| | | Concepto | ¿Sabe cómo se construye la verdad procesal? | |
| | Prueba de los hechos | Concepto | ¿Conoce cómo funciona la figura del testigo hostil en la construcción de la verdad procesal? | Encuesta Cuestionario |
| | | Concepto | ¿Sabe por qué el legislador decidió apoyar la construcción de la verdad procesal con el testigo hostil? | Encuesta Cuestionario |
| | | Concepto | ¿Conoce la eficacia del testimonio del testigo hostil en la construcción de la verdad procesal? | Encuesta Cuestionario |

Cuadro No. 8 V. D. Verdad Procesal

Fuente: Investigación

Realizado por: David Leonardo Criollo Mayorga

Plan de Recolección de la Información.

La recolección de datos se realizará a través de una encuesta dirigida a la población antes especificada, cuyo instrumento será un cuestionario, como se describe en el siguiente cuadro:

| PREGUNTAS BÁSICAS | EXPLICACIONES |
|----------------------------------|--|
| 1. ¿Para qué? | Para alcanzar los objetivos de la Investigación que vamos a realizar |
| 2. ¿De qué personas y objetos? | Abogados, funcionarios judiciales y Profesores de Derecho de Pregrado y Posgrado |
| 3. ¿Sobre qué aspectos? | Indicadores: Testigo Hostil y verdad procesal |
| 4. ¿Quién? | David Leonardo Criollo Mayorga |
| 5. ¿Cuándo? | En el primer semestre del año 2019. |
| 6. ¿Dónde? | Ciudad de Ambato |
| 7. ¿Cuántas veces? | Tres, una como medio, otra como fuente y la tercera de aplicación. |
| 8. ¿Qué técnicas de recolección? | Encuestas y observación |
| 9. ¿Con qué? | Cuestionario |
| 10. ¿En qué situación? | Dentro de los parámetros de disponibilidad de los encuestados |

Cuadro No. 9 Plan de Recolección de la Información

Fuente: Investigación

Realizado por: David Leonardo Criollo Mayorga

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

Resultados de la aplicación de la encuesta.

PREGUNTA 1: ¿Sabe que es el testigo hostil?

| ÍTEMS | VALORES | PORCENTAJES |
|---------|---------|-------------|
| SI | 170 | 55.93% |
| NO | 74 | 24.34% |
| TAL VEZ | 60 | 19.73% |

Cuadro No. 10 Pregunta No. 1

Fuente: Encuesta

Realizado por: David Leonardo Criollo Mayorga

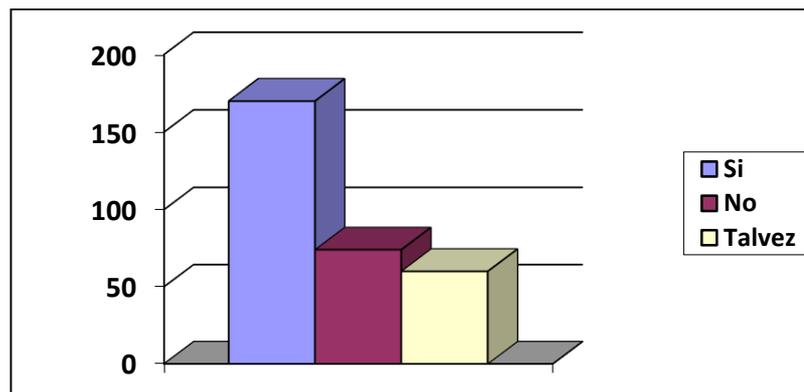


Gráfico No. 5 Pregunta No. 1

Fuente: Encuesta

Realizado por: David Leonardo Criollo Mayorga

Análisis de Datos:

En la muestra de 304 abogados consultados, se observa que 170 de los encuestados, es decir el 55.93%, indicaron que si saben que es el testigo hostil; 74 de los encuestados, es decir el 24.34%, indicaron que no saben que es la institución jurídica en referencia; y, 60 de los encuestados, es decir el 19.73%, indicaron que tal vez conocían aquello que hace relación a la institución jurídica bajo análisis.

Interpretación de Datos:

Realizado el respectivo análisis, claramente se puede deducir que la mayor parte de encuestados conoce que es el testigo hostil como nueva figura o institución jurídica del COGEP, mientras, un menor porcentaje considera que no sabe en qué consiste dicha figura jurídica.

PREGUNTA 2: ¿Sabe en qué casos se puede calificar al testigo como hostil?

| ÍTEMS | VALORES | PORCENTAJES |
|---------|---------|-------------|
| SI | 15 | 4.94% |
| NO | 278 | 91.45% |
| TAL VEZ | 11 | 3.61% |

Cuadro No. 11 Pregunta No. 2

Fuente: Encuesta

Realizado por: David Leonardo Criollo Mayorga

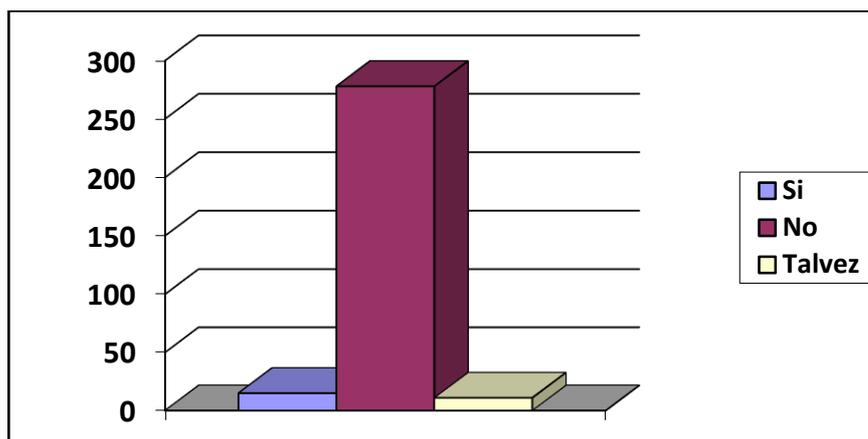


Gráfico No. 6 Pregunta No. 2

Fuente: Encuesta

Realizado por: David Leonardo Criollo Mayorga

Análisis de Datos:

En la muestra de 304 abogados consultados, se observa que 15 de los encuestados, es decir el 4.94%, indicaron que si saben en qué casos se puede calificar la hostilidad del testigo; 278 de los encuestados, es decir el 91.45%, indicaron que no saben cuándo debe calificarse la hostilidad del testigo; y, 11 de los encuestados, es decir el 3.61%, indicaron que tal vez conocían aquello que hace relación a la calificación de hostilidad.

Interpretación de Datos:

Realizado el respectivo análisis, claramente se puede deducir que la mayor parte de encuestados desconoce en qué casos o cuales son las hipótesis configurativas que habilitan al juez para calificar la hostilidad del testigo. Por otro lado es un menor porcentaje el que considera que si sabe en qué casos se califica la hostilidad del testigo. Eso se debe obviamente a que el COGEP no establece los casos en que debe calificarse la hostilidad ni cuál es el procedimiento que debe seguirse para tal calificación.

PREGUNTA 3: ¿Conoce cuáles son los efectos de la calificación de hostilidad del testigo?

| ÍTEMS | VALORES | PORCENTAJES |
|---------|---------|-------------|
| SI | 3 | 0.99% |
| NO | 293 | 96.38% |
| TAL VEZ | 8 | 2.63% |

Cuadro No. 12 Pregunta No. 3

Fuente: Encuesta

Realizado por: David Leonardo Criollo Mayorga

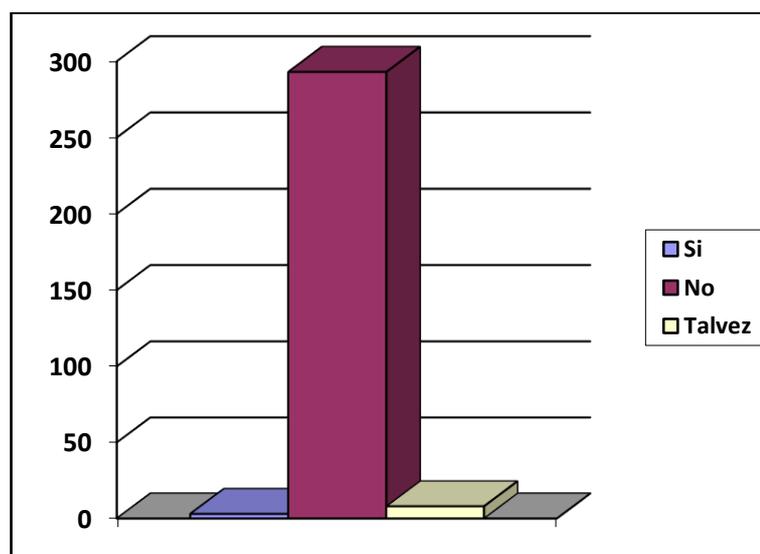


Gráfico No. 7 Pregunta No. 3

Fuente: Encuesta

Realizado por: David Leonardo Criollo Mayorga

Análisis de Datos:

En la muestra de 304 abogados consultados, se observa que 3 de los encuestados, es decir el 0.99%, indicaron que si saben los efectos de calificar la hostilidad del testigo; 293 de los encuestados, es decir el 96.38%, indicaron que no saben los efectos de la calificación de la hostilidad del testigo; y, 8 de los encuestados, es decir el 2.63%, indicaron que tal vez conocían aquello que hace relación a los efectos de calificar la hostilidad del testigo.

Interpretación de Datos:

Realizado el respectivo análisis, claramente se puede deducir que la mayor parte de encuestados desconoce cuáles son los efectos de la calificación de la hostilidad del testigo. Por otro lado es un menor porcentaje el que considera que si sabe cuáles son los efectos de la calificación de la hostilidad del testigo.

PREGUNTA 4: ¿Sabe por qué es útil interrogar al testigo hostil?

| ÍTEMS | VALORES | PORCENTAJES |
|---------|---------|-------------|
| SI | 2 | 0.66% |
| NO | 295 | 97.14% |
| TAL VEZ | 7 | 2.3% |

Cuadro No. 13 Pregunta No. 4

Fuente: Encuesta

Realizado por: David Leonardo Criollo Mayorga

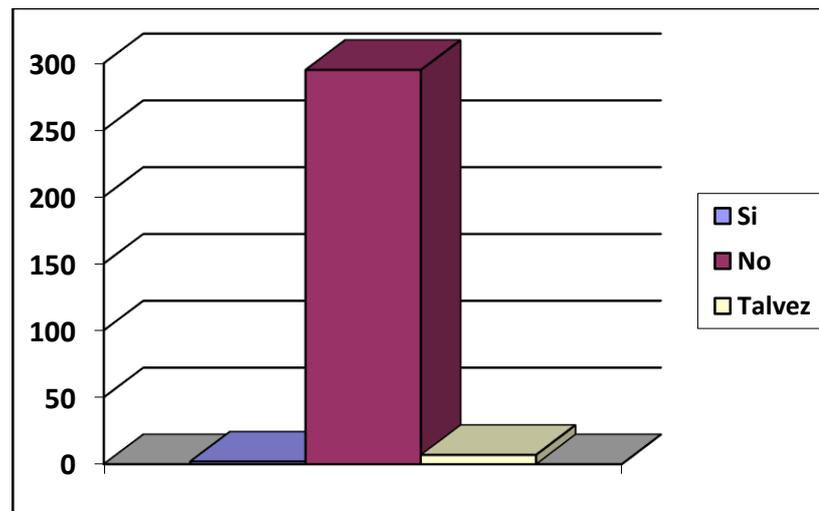


Gráfico No. 8 Pregunta No. 4

Fuente: Encuesta

Realizado por: David Leonardo Criollo Mayorga

Análisis de Datos:

En la muestra de 304 abogados consultados, se observa que 2 de los encuestados, es decir el 0.66%, indicaron que si saben por qué es útil interrogar a los testigos hostiles; 295 de los encuestados, es decir el 97.14%, indicaron que no saben la utilidad de interrogar a testigos calificados como hostiles; y, 7 de los encuestados, es decir el 2.3%, indicaron que tal vez conocían aquello que hace relación a la utilidad en interrogar a los testigos calificados por el juez como hostiles.

Interpretación de Datos:

Realizado el respectivo análisis, claramente se puede deducir que la mayor parte de encuestados desconoce cuál es la utilidad de poder interrogar a un testigo calificado como hostil. Por otro lado es un menor porcentaje el que considera que no sabe cuál es la utilidad práctica de interrogar a los testigos hostiles.

PREGUNTA 5 ¿La calificación de hostilidad es arbitraria?

| ÍTEMS | VALORES | PORCENTAJES |
|---------|---------|-------------|
| SI | 289 | 95.06% |
| NO | 10 | 3.29% |
| TAL VEZ | 5 | 1.65% |

Cuadro No. 14 Pregunta No. 5

Fuente: Encuesta

Realizado por: David Leonardo Criollo Mayorga

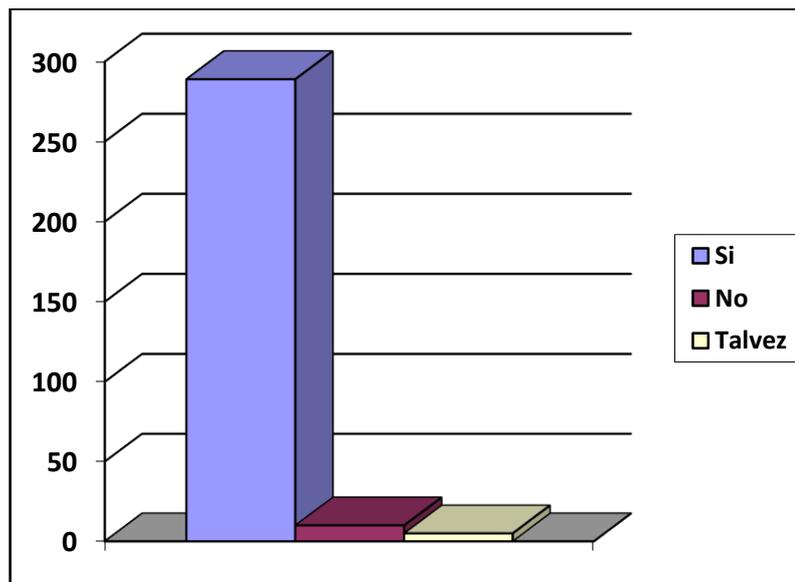


Gráfico No. 9 Pregunta No. 5

Fuente: Encuesta

Realizado por: David Leonardo Criollo Mayorga

Análisis de Datos:

En la muestra de 304 abogados consultados, se observa que 289 de los encuestados, es decir el 95.06%, indicaron que en su criterio la calificación de hostilidad es arbitraria; 10 de los encuestados, es decir el 3.29%, indicaron que la calificación de hostilidad del testigo no es arbitraria; y, 5 de los encuestados, es decir el 1.65%, indicaron que tal vez la calificación de hostilidad es arbitraria.

Interpretación de Datos:

Realizado el respectivo análisis, claramente se puede deducir que la mayor parte de encuestados considera que la calificación de hostilidad del testigo realizada por el juez según lo permite el nuevo COGEP es una arbitrariedad del juzgador. Por otro lado es un menor porcentaje el que considera que no es arbitraria la calificación de la hostilidad del testigo.

PREGUNTA 6: ¿Sabe que es la verdad procesal?

| ÍTEMS | VALORES | PORCENTAJES |
|---------|---------|-------------|
| SI | 189 | 62.17% |
| NO | 101 | 33.22% |
| TAL VEZ | 14 | 4.61% |

Cuadro No. 15 Pregunta No. 6

Fuente: Encuesta

Realizado por: David Leonardo Criollo Mayorga

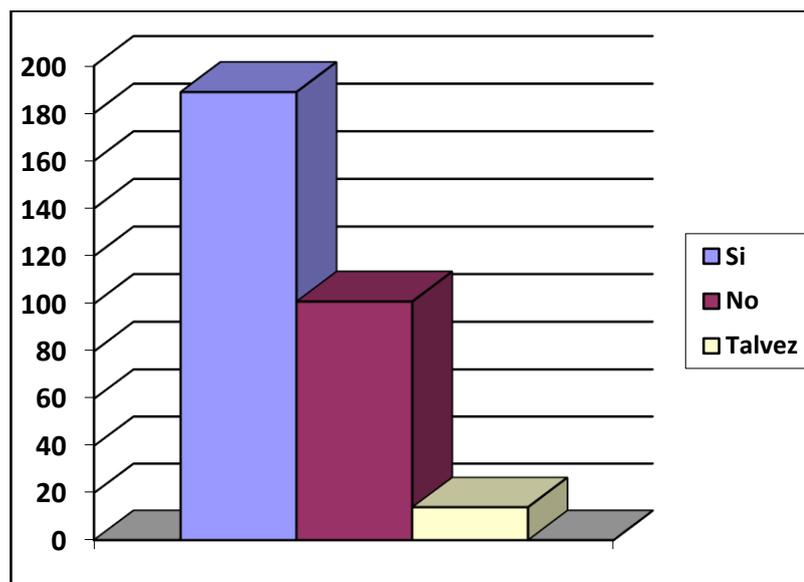


Gráfico No. 10 Pregunta No. 6

Fuente: Encuesta

Realizado por: David Leonardo Criollo Mayorga

Análisis de Datos:

En la muestra de 304 abogados consultados, se observa que 189 de los encuestados, es decir el 62.17%, indicaron que si saben que es y en qué consiste la verdad procesal; 101 de los encuestados, es decir el 33.22%, indicaron que no saben que es la verdad procesal; y, 14 de los encuestados, es decir el 4.61%, indicaron que tal vez conocían aquello que hace relación a la categoría dogmática denominada como verdad procesal.

Interpretación de Datos:

Realizado el respectivo análisis, claramente se puede deducir que la mayor parte de encuestados si sabe que es la institución jurídica denominada como verdad procesal. Por otro lado es un menor porcentaje el que considera que no sabe que es lo que ha de entenderse por verdad procesal.

PREGUNTA 7: ¿Sabe cómo se construye la verdad procesal?

| ÍTEMS | VALORES | PORCENTAJES |
|-------|---------|-------------|
| A | 159 | 52.31% |
| B | 139 | 45.72% |
| C | 6 | 1.97% |

Cuadro No. 16 Pregunta No. 7

Fuente: Encuesta

Realizado por: David Leonardo Criollo Mayorga

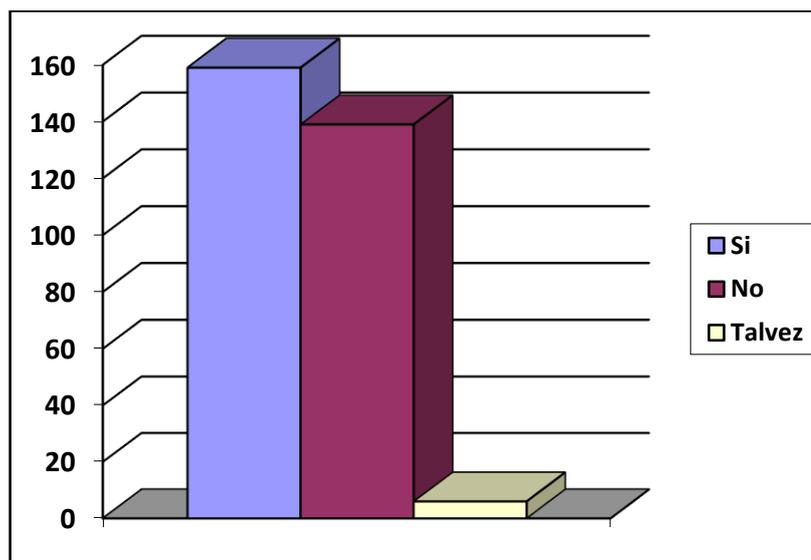


Gráfico No. 11 Pregunta No. 7

Fuente: Encuesta

Realizado por: David Leonardo Criollo Mayorga

Análisis de Datos:

En la muestra de 304 abogados consultados, se observa que 159 de los encuestados, es decir el 52.31%, indicaron que si saben cómo se construye la verdad en un proceso judicial; 139 de los encuestados, es decir el 45.72%, indicaron que no saben cómo se construye la verdad procesal; y, 6 de los encuestados, es decir el 1.97%, indicaron que tal vez conocían aquello que hace relación a los la construcción de la verdad procesal.

Interpretación de Datos:

Realizado el respectivo análisis, claramente se puede deducir que la mayor parte de encuestados conoce la forma como se va construyendo la verdad procesal dentro de un proceso judicial. Por otro lado es un menor porcentaje el que considera que no sabe como se construye la verdad procesal en el proceso.

PREGUNTA 8: ¿Conoce cómo funciona la figura del testigo hostil en la construcción de la verdad procesal?

| ÍTEMS | VALORES | PORCENTAJES |
|-------|---------|-------------|
| A | 7 | 2.30% |
| B | 290 | 95.40% |
| C | 7 | 2.30% |

Cuadro No. 17 Pregunta No. 8

Fuente: Encuesta

Realizado por: David Leonardo Criollo Mayorga

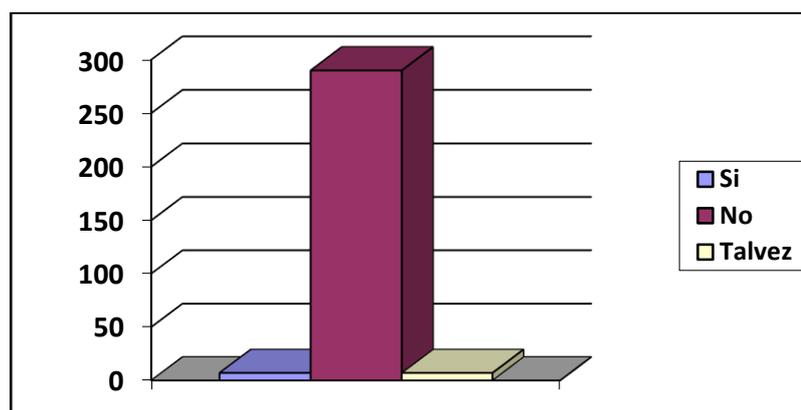


Gráfico No. 12 Pregunta No. 8

Fuente: Encuesta

Realizado por: David Leonardo Criollo Mayorga

Análisis de Datos:

En la muestra de 304 abogados consultados, se observa que 7 de los encuestados, es decir el 2.30%, indicaron que si saben cómo se aplica la figura del testigo hostil en la construcción de la verdad procesal en un proceso judicial; 290 de los encuestados, es decir el 95.40%, indicaron que no cómo funciona la figura del testigo hostil en la construcción de la verdad procesal; y, 7 de los encuestados, es decir el 2.30%, indicaron que tal vez conocían aquello que hace relación a cómo funciona la figura del testigo hostil en la construcción de la verdad procesal.

Interpretación de Datos:

Realizado el respectivo análisis, claramente se puede deducir que la mayor parte de encuestados desconoce cómo funciona la figura del testigo hostil en la construcción de la verdad procesal. Por otro lado es un menor porcentaje el que considera que no sabe cómo funciona la figura del testigo hostil en la construcción de la verdad procesal.

PREGUNTA 9: ¿Conoce algún caso en el que se haya construido la verdad procesal con el testigo hostil?

| ÍTEMS | VALORES | PORCENTAJES |
|-------|---------|-------------|
| A | 5 | 1.65% |
| B | 288 | 94.73% |
| C | 11 | 3.62% |

Cuadro No. 18 Pregunta No. 9

Fuente: Encuesta

Realizado por: David Leonardo Criollo Mayorga

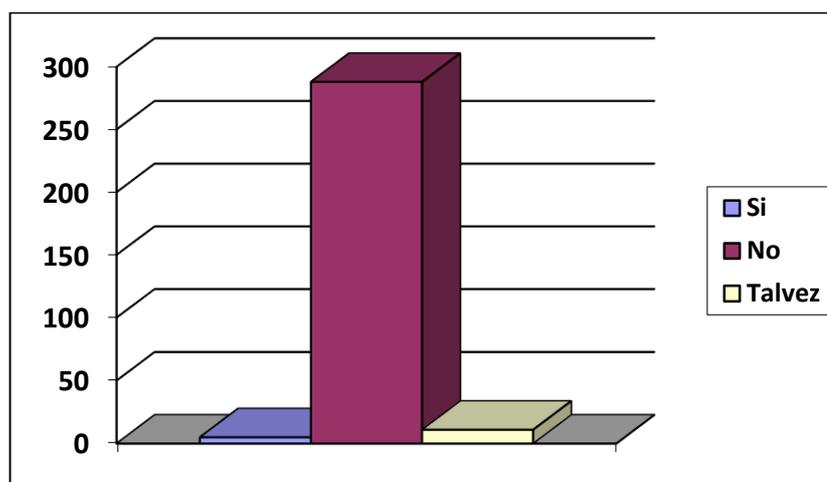


Gráfico No. 13 Pregunta No. 9

Fuente: Encuesta

Realizado por: David Leonardo Criollo Mayorga

Análisis de Datos:

En la muestra de 304 abogados consultados, se observa que 5 de los encuestados, es decir el 1.65%, indicaron que si conocen casos en los que el juzgador construyó la verdad procesal con el testigo hostil; 288 de los encuestados, es decir el 94.73%, indicaron que no conocen casos en los que la construcción de la verdad procesal se haya realizado con el testigo hostil; y, 11 de los encuestados, es decir el 3.62%, indicaron que no sabrían de la existencia de casos sometidos a decisión jurisdiccional en lo que se haya utilizado el testigo hostil.

Interpretación de Datos:

Realizado el respectivo análisis, claramente se puede deducir que la mayor parte de encuestados desconoce la existencia de casos y por otro lado es un menor porcentaje el que considera que no sabe si existen este tipo de casos en los que la construcción de la verdad procesal se haya realizado con el testigo hostil.

PREGUNTA 10: ¿Conoce la eficacia del testimonio del testigo hostil en la construcción de la verdad procesal?

| ÍTEMS | VALORES | PORCENTAJES |
|-------|---------|-------------|
| A | 9 | 2.96% |
| B | 268 | 88.16% |
| C | 27 | 8.88% |

Cuadro No. 19 Pregunta No. 10

Fuente: Encuesta

Realizado por: David Leonardo Criollo Mayorga

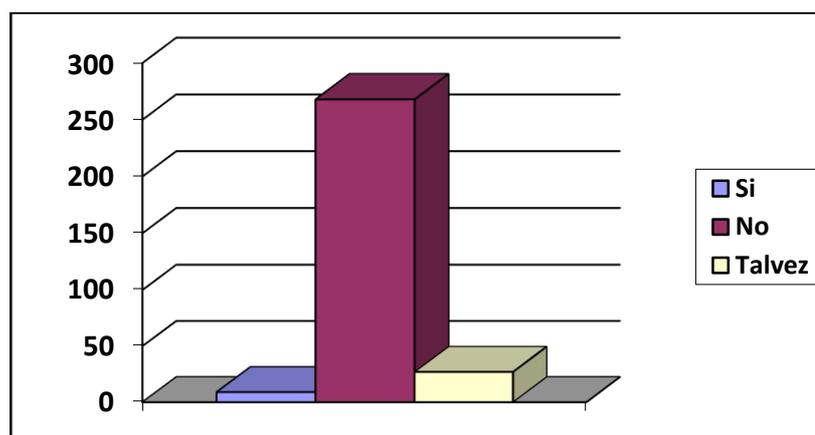


Gráfico No. 14 Pregunta No. 10

Fuente: Encuesta

Realizado por: David Leonardo Criollo Mayorga

Análisis de Datos:

En la muestra de 304 abogados consultados, se observa que 9 de los encuestados, es decir el 2.96%, indicaron que si conocen la eficacia del testimonio del testigo hostil en la construcción de la verdad procesal; 268 de los encuestados, es decir el 88.16%, indicaron que no conocen la eficacia del testimonio del testigo hostil en la construcción de la verdad procesal; y, 27 de los encuestados, es decir el 8.88%, indicaron que tal vez conocían aquello que hace relación al hecho de conocer la eficacia del testimonio del testigo hostil en la construcción de la verdad procesal.

Interpretación de Datos:

Realizado el respectivo análisis, claramente se puede deducir que la mayor parte de encuestados desconoce la eficacia del testimonio del testigo hostil en la construcción de la verdad procesal. Por otro lado es un menor porcentaje el que considera que no conoce la eficacia del testimonio del testigo hostil en la construcción de la verdad procesal.

Verificación de la Hipótesis

En la verificación de la hipótesis, se aplica la fórmula $\chi^2 = \sum(O-E)^2/E$, misma que responde al cálculo estadístico conocido como Prueba de Chi cuadrado. Esto se realizará en base al análisis de datos e interpretación de resultados alcanzados de la aplicación de las preguntas de la encuesta ejecutada de acuerdo a la muestra anteriormente especificada.

Planteamiento de la hipótesis

H1 - La calificación de hostilidad del testigo en el nuevo COGEP implica un ejercicio discrecional del juzgador pues las razones para dictar tal calificación están al libre arbitrio del juzgador ya que no han sido expresamente consignadas en el COGEP, y además eso contribuye con el descubrimiento de la verdad procesal.

Selección del nivel de significación:

Se utiliza el nivel = 0.05.

Selección de la población

Se trabajó con una muestra de 304 personas. Para ello las preguntas se estructuraron analizando las dos variables de la investigación

$$X = \frac{\sum(O-E)^2}{E}$$

X² = Chi cuadrado

Σ = Sumatoria

O = Frecuencias Observadas

E = Frecuencias Esperadas

Especificación de las regiones de aceptación y rechazo

Grados de Libertad

$$gl = (f-1) (c-1)$$

$$gl = (4-1) (3-1)$$

$$gl = (6)$$

$$gl = 6$$

Entonces, con 6 Grados de Libertad, tenemos en la tabla x2 el valor 12.59.

Recolección de Datos y Cálculos Estadísticos sobre variable Independiente

| PREGUNTA | A | B | C | SUBTOTAL |
|--|------------|------------|-----------|-----------------|
| ¿Sabe que es el testigo hostil? | 170 | 74 | 60 | 304 |
| ¿Sabe en qué casos se puede calificar al testigo como hostil? | 15 | 278 | 11 | 304 |
| ¿Conoce cuáles son los efectos de la calificación de hostilidad del testigo? | 3 | 293 | 8 | 304 |
| ¿Sabe por qué es útil interrogar al testigo hostil? | 2 | 295 | 7 | 304 |
| ¿La calificación de hostilidad es arbitraria? | 289 | 10 | 5 | 304 |
| SUBTOTALES | 479 | 950 | 91 | 1520 |

Cuadro No. 20 Verificación De Hipótesis

Fuente: Encuesta

Realizado por: David Leonardo Criollo Mayorga

Recolección de Datos y Cálculos Estadísticos sobre variable dependiente

| PREGUNTA | A | B | C | SUBTOTAL |
|---|------------|-------------|-----------|-----------------|
| ¿Sabe que es la verdad procesal? | 189 | 101 | 14 | 304 |
| ¿Sabe cómo se construye la verdad procesal? | 159 | 139 | 6 | 304 |
| ¿Conoce cómo funciona la figura del testigo hostil en la construcción de la verdad procesal? | 7 | 290 | 7 | 304 |
| ¿Sabe por qué el legislador decidió apoyar la construcción de la verdad procesal con el testigo hostil? | 5 | 288 | 11 | 304 |
| ¿Conoce la eficacia del testimonio del testigo hostil en la construcción de la verdad procesal? | 9 | 268 | 27 | 304 |
| SUBTOTALES | 369 | 1086 | 65 | 1520 |

Cuadro No. 21 Verificación De Hipótesis

Fuente: Encuesta

Realizado por: David Leonardo Criollo Mayorga

| O | E | O-E | (O-E) ² | (O-E) ² /E |
|-----|-----|------|--------------------|----------------------------|
| 170 | 189 | -19 | 361 | 1.91 |
| 15 | 159 | -144 | 20736 | 13.41 |
| 3 | 7 | -4 | 16 | 2.29 |
| 2 | 5 | -3 | 9 | 1.8 |
| 289 | 9 | 280 | 78400 | 8711.11 |
| 74 | 101 | -27 | 729 | 7.21 |
| 278 | 139 | 139 | 19321 | 139 |
| 293 | 290 | 3 | 9 | 0.03 |
| 295 | 288 | 7 | 49 | 0.17 |
| 10 | 268 | -258 | 66564 | 248.37 |
| 60 | 14 | 46 | 2116 | 151.14 |
| 11 | 6 | 5 | 25 | 4.16 |
| 8 | 7 | 1 | 1 | 0.14 |
| 7 | 11 | -4 | 16 | 1.45 |
| 5 | 27 | -22 | 484 | 17.92 |
| | | | | X²=34.54 |

Cuadro No. 22 Cálculo del chi (ji) cuadrado

Fuente: Encuesta

Realizado por: David Leonardo Criollo Mayorga

Representación Gráfica

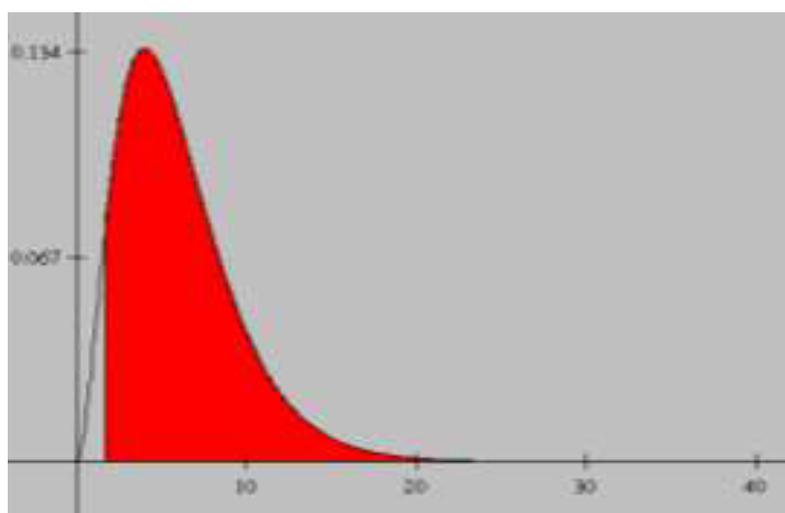


Gráfico No. 15 Chi cuadrado

Fuente: Encuesta

Realizado por: David Leonardo Criollo Mayorga

Entonces:

Sabiendo que con 6 grados de libertad y con un nivel de 0.05 se obtiene un Chi2 teórico de 12.59, y el Chi2 calculado es de 34.54 (como el $X_{2t} \leq X_{2c} = 12.59 \leq 34.54$). En base a estos valores, se puede decir que se acepta la hipótesis que dice que: La calificación de hostilidad del testigo en el nuevo COGEP implica un ejercicio discrecional del juzgador pues las razones para dictar tal calificación están al libre arbitrio del juzgador.

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Conclusiones

1. La modificación del sistema procesal ecuatoriano que se realizó con el COGEP establece un nuevo de tipo de procesos en los que la oralidad constituye uno de los principios de su funcionamiento. Para ello se diseñó un sistema de audiencias, en las que recobra vital importancia la práctica de la prueba o desahogo probatorio que se realiza en la audiencia de juicio o, en su defecto, la audiencia única, pues es en ellas donde se desenvuelve la actividad probatoria permitiendo al juez tomar contacto directo con los justiciables y sobre todo apreciar directamente la producción de la prueba.

Estos sistemas se denominan también como sistemas orales según relata Marín Verdugo (2010)

“Esto significa que, en lo medular, las decisiones judiciales deben ser tomadas personalmente por el juez, previa audiencia dirigida por él mismo, en la que ha presenciado directamente el debate de los litigantes (sus argumentos y prueba). A estos procedimientos por audiencias se los ha denominado genéricamente como sistemas “orales” o procedimientos en los que prima el principio de la “inmediación”. (p. 126).

2. La necesidad de que se cuente con información eficaz y verídica para construir la verdad procesal, que es uno de los objetivos del proceso, ha permitido que el legislador establezca la figura del testigo hostil como una manifestación del principio de contradicción y como el mecanismo tendiente a permitirle que la decisión que tome en el proceso sea lo más justa posible. Vial Campos (2009), por eso con mucha razón establece que “El propósito de un juicio es descubrir la verdad.” (p. 1) y ante los casos en que los testigos se nieguen a contribuir con esta construcción de la verdad, negando a decir los hechos verdaderos que le constan, o alterando la verdad, facultan al juez poder realizar la calificación de hostilidad del testigo.

La calificación de hostilidad faculta a que se realice un interrogatorio sugestivo, de manera que se pueda obtener la verdad que es el una de las finalidades del proceso o del litigio.

3. Existe un serio desconocimiento de la dogmática jurídica que gira en torno al testigo adverso y, también respecto de la aplicación práctica de esta institución novedosa que se explica, en parte porque el COGEP no tiene una regulación adecuada de esta institución y tampoco se establecen los casos en los cuales se debe calificar la hostilidad del testigo.

Ante la existencia de estos vacíos legales, la actuación del juzgador al calificar la hostilidad del testigo se vuelve por demás arbitraria pues se deja a este la puerta abierta para que se realice dicha calificación sin el sustento legal adecuado.

Recomendaciones:

1. Debe realizarse capacitación urgente para los profesionales del derecho y los operadores de justicia que enfrentan el reto de aplicar la nueva legislación procesal, sobre todo porque ellos son quienes van a realizar la aplicación práctica de estas instituciones jurídicas. Por esa razón debería, al menos, existir manuales de capacitación sobre estos temas y ponerlos a disposición del público en general.

Para esto se debe considerar que el COGEP trae consigo un nuevo modelo de procesamiento que debe romper con la tan arraigada práctica del sistema escriturario que tanto ha calado en nuestra cultura jurídica.

2. Ya que el legislador decidió no establecer en el COGEP normas que nos ayuden a comprender en qué casos debe declararse la hostilidad del testigo, siguiendo el ejemplo de la legislación de República Dominicana, la Corte Nacional de Justicia debería emitir una directriz o una resolución en la que se establezcan los casos de hostilidad del testigo, para que pueda ser aplicada

por los operadores de justicia y por los abogados bajo un criterio uniforme.

Ello implica por supuesto que se realice los estudios pertinentes y enfocados a nuestra realidad procesal que es distinta de las legislaciones consultadas en esta investigación.

Así mismo no está por demás esperar que los jueces, con la función pedagógica que deben ejercer en sus sentencias, puedan darnos criterios e ilustrarnos en mejor y adecuada manera sobre esta nueva figura.

3. Se recomienda que el legislador proceda a realizar una reforma al COGEP en la que establezca cuales son los casos en los cuales se puede declarar la hostilidad de un testigo, cual es la eficacia probatoria y como debe actuar tanto el juez como los abogados defensores ante una situación de calificación de hostilidad.

CAPÍTULO VI

PROPUESTA

Tema:

“Proyecto de Reforma al artículo 177, numeral 7 del COGEP que regula la figura del testigo hostil.

Datos Informativos:

Nombre del Investigador: David Leonardo Criollo Mayorga

Correo Electrónico: strong182@gmail.com

Provincia: Tungurahua

Ciudad: Ambato

Dirección Domiciliaria: Av. Marcos Montalvo y Jácome Clavijo.

Beneficiarios: Los beneficiarios de la propuesta son los jueces y operadores de justicia de la Función Judicial del Ecuador, quienes podrán estudiar y utilizar esta investigación para clarificar sus dudas sobre la figura del testigo hostil previsto en el COGEP y mejorar sustancialmente su aplicación en las distintas materias en las que se aplica.

Financiamiento: El financiamiento en su fase inicial correrá por cuenta del investigador.

Antecedentes de la propuesta

La modificación de los sistemas de procesamiento de carácter escriturario y la implementación del sistema oral es una necesidad que debía ser hace mucho tiempo cumplido en Ecuador. De hecho todos los procesos de reforma efectuados en Latinoamérica en la década de los noventa tenían como fin primordial el mejorar las

administraciones de justicia para evitar la violación de los derechos de las partes procesales y obtener una justicia rápida, eficiente y expedita, respetuosa del debido proceso, sin embargo de ello Ecuador modificó sus sistemas procesales e implemento el principio de oralidad de forma muy tardía.

En este gran proceso de reformas y de implementación de la oralidad, como es lógico suponer, trae consigo la implementación de una nueva cultura jurídica y de nuevas formas de litigar, pues se está realizando un proceso de amalgamamiento de los beneficios del sistema escriturario y del sistema oral para dar vida a un nuevo sistema procesal más adecuado a las realidades de la sociedad ecuatoriana.

Una de las consecuencias de esta modificación es que la labor del juez es mucho más activa en el nuevo sistema procesal pues a más de convertirse en un verdadero director del proceso, puede apreciar de forma directa y con sus propios sentidos, la producción de la prueba, lo que le permite obtener información valiosa para construir la verdad procesal. En cuanto a la prueba testimonial, se han modificado las causales que establecen la prohibición de testificar y se ha abierto la posibilidad de que sean aún las propias partes las que puedan testificar sobre los hechos controvertidos.

Para este efecto, el interrogatorio y el conainterrogatorio se convierten en las técnicas de litigación oral estrechamente vinculadas a la actuación probatoria, pues de ellos depende la obtención de información de calidad que permite formar la convicción del juez para poder resolver el caso sometido a su jurisdicción. Cada una de estas técnicas tienen sus propias reglas y una finalidad determinada, no obstante aquello bajo circunstancias especiales, como la del testigo hostil, el interrogatorio puede realizarse como conainterrogatorio, atendiendo a la finalidad primordial de conseguir una correcta administración de justicia.

El testigo hostil, como institución jurídica novedosa, atiende particularmente al fin de obtener una construcción de la verdad procesal más ajustada a la verdad histórica y de esta forma obtener que cada fallo que dicte un juez se apege más al concepto de justicia material, respetando por supuesto los derechos de las partes

procesales.

Justificación

La propuesta planteada tiene como justificación el hecho de contar con normas jurídicas claras y expresas que establezcan y regulen la conducta de los administradores de justicia en claro apoyo al derecho fundamental de la seguridad jurídica. Para ello hay que considerar que el Ecuador es un Estado constitucional que se caracteriza por el principio de constitucionalidad, es decir, por el principio de primacía de la Constitución por sobre la ley, y por el funcionamiento de una jurisdicción que entienda sobre la constitucionalidad de los actos del Estado, incluida la propia ley;

Por ello mismo la razón primigenia de un Estado constitucional y democrático es cumplir el deber fundamental de proteger a todos sus residentes en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades como son el debido proceso, la seguridad jurídica y la tutela judicial efectiva. Por ello el Código Orgánico de la Función Judicial establece en su artículo 27 el principio de la verdad procesal, bajo el cual los juzgadores están obligados a resolver los casos tomando en consideración los elementos probatorios entregados por los justiciables.

Con el nuevo sistema procesal la producción de la prueba, y particularmente de la testimonial, es importantísima pues ella permite que el juez llegue al convencimiento de que lo afirmado corresponde a la realidad y, en consecuencia aplique la norma jurídica adecuada para resolver el caso. Para ello el Código General de Procesos ha establecido la figura del testigo hostil, sin establecer las circunstancias en las cuales cabe tal calificación jurídica, razón por la cual es necesario regular en adecuada manera esta institución a fin de evitar posibles interpretaciones arbitrarias por parte de los juzgadores o abogados litigantes; razón por la cual La Asamblea nacional en atención al numeral 6 del artículo 120 de la Constitución de la República y el numeral 6 del artículo 9 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, debe reformar el artículo 177 numeral 7 del COGEP, estableciendo los casos en los que se puede declarar los hostilidad de un testigo

evitando a toda costa que esta sea una decisión arbitraria de los jueces.

Objetivos

Son los siguientes:

Objetivo General

- Reformar al artículo 177, numeral 7 del COGEP para mejorar el entendimiento y la aplicación de la figura del testigo hostil.

Objetivos Específicos

- Restringir los márgenes de arbitrariedad de los juzgadores para la calificación de hostilidad del testigo.
- Mejorar la administración de justicia para fortalecer la seguridad jurídica en la ciudadanía.

Análisis de factibilidad

La presente propuesta planteada en el trabajo de investigación es viable, por cuanto se tiene el respaldo técnico, económico, socio cultural y legal.

Factibilidad Técnica

Existen instrumentos adecuados para la realización de la presente investigación, tales como: recursos bibliográficos, recursos informáticos y encuestas que contribuyen a la realización de la propuesta.

Factibilidad Social

La presente investigación se la realizó en base a la necesidad social, en busca de lograr una mayor credibilidad en la justicia, cuyos beneficiarios serian la

ciudadanía en general.

Factibilidad Económica

La propuesta cuenta con la factibilidad económica a desarrollarse en su totalidad con recursos del autor por cuanto no tiene gran repercusión económica.

Factibilidad Legal

La propuesta planteada de reforma del Artículo 177 numeral 7 del Código Orgánico General de Procesos, es viable dentro del marco legal por cuanto la Constitución del 2008 que otorga el derecho a los ciudadanos a presentar proyectos de iniciativa popular normativa.

Fundamentación Científica Técnica

La elaboración de la propuesta responde a la necesidad que tiene una sociedad, en general, y los operadores de justicia y abogados litigantes en particular, de contar con un adecuado y homogenizado conocimiento del sistema procesal en aquellas instituciones, como la del testigo hostil, que puede ser entendida de distintas maneras al no existir norma jurídica que desarrolle esta institución. Por esa razón, el análisis comparativo permite operativizar de mejor manera la figura del testigo hostil mediante su adecuada comprensión.

Es de allí de donde nace el valor legal de aplicar esta propuesta, que además de no contraponer las normas jurídicas existentes, al describirla no se toma en cuenta el interés particular de una o de otra parte, sino que se toma en cuenta el interés de la sociedad en general en que exista una justicia igualitaria entre todos los ciudadanos.

A este respecto es importante destacar que la Constitución de la República del Ecuador del año 2008 establece que cualquier ciudadano tiene la posibilidad de presentar proyectos de ley según se desprende del artículo 61 numeral 3, lo cual es ratificado por los artículos 102, 134 numerales 5 y 6, 134, 134, 136, 138 y 350

ibídem en los cuales se reitera que la iniciativa popular para presentar proyectos de ley los cuales deben sujetarse al trámite constitucional correspondiente.

Desarrollo de la propuesta

A continuación se desarrolla la propuesta en concreto que consiste en un proyecto de reforma al artículo 177 numeral 7 del COGEP, para ello se consigna, la exposición de motivos, la parte considerativa y los casos en los cuales debe declararse la hostilidad del testigo, lo cual redundará en la seguridad jurídica y en la eliminación de la actuación discrecional y arbitraria de los juzgadores del Ecuador.



REPÚBLICA DEL ECUADOR
LA ASAMBLEA NACIONAL

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

El Código de Procedimiento Civil ecuatoriano de 1938, codificado en el año 2005, en el cual se establecía el procesamiento de carácter eminentemente escrito, caracterizado por su lentitud extrema y la poca intervención directa del juzgador en la resolución de los casos sometidos a su jurisdicción, llevó al colapso de la administración de justicia del país, por esa razón, al igual que otras naciones de Latinoamérica, el Ecuador decidió participar en los grandes procesos de reformas de los sistemas de administración de justicia de la década de los noventa, estableciendo en su Constitución de 1998 (Disposición Transitoria Vigésima Séptima) la obligación de diseñar sistemas de procesamiento en los cuales impere el principio de oralidad. Este imperativo constitucional tuvo serios tropiezos para poder verificarse pues no será sino hasta el año 2003 en que se dicte el Código de la Niñez y Adolescencia, publicado en el Registro Oficial No. 737 de 3 de enero del 2003, y la Ley 2003-13, reformatoria al Código del Trabajo, promulgada en el Registro Oficial No. 146 del 13 de agosto del 2003, en los cuales se establece el procedimiento oral en los juicios de menores y laborales, respectivamente.

Posteriormente se dictó la Constitución del año 2008, en la cual se establece que la tramitación de los procesos debe realizarse a la luz del sistema oral en el que se verifiquen los principios de concentración, contradicción y dispositivo, sin

importar la materia, la instancia o el tipo de diligencia que deban realizarse (artículo 168). El desarrollo de esta norma jurídica se la realizó mediante la expedición del Código Orgánico de la Función Judicial, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 544 de 9 de marzo del año 2009, en el cual se establecen como principios rectores del sistema procesal a la intermediación, la oralidad y el dispositivo (artículos 18 y 19); y el Código Orgánico Integral Penal publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 180 de 10 de febrero de 2014.

Pese a lo anterior, la legislación procesal civil ecuatoriana venía siendo olvidada del proceso de implementación de la oralidad hasta el año 2012, fecha en que se empezó a discutir el Proyecto de Código Orgánico General de Procesos (COGEP) habiendo sido promulgado finalmente en el Suplemento del Registro Oficial No. 506 de 22 de mayo de 2015, que por efecto de una *vacatio legis* entró en vigencia plena en mayo del año 2016.

El flamante COGEP a pesar de otorgar un gran impulso al principio de oralidad predicable respecto del nuevo diseño procesal aplicable a la resolución de conflictos por efectos del establecimiento de un sistema de audiencias (preliminar, de juicio o única), y de una participación mucho más activa y proactiva del juzgador, no descarta la vigencia y ratificación de la existencia del sistema escriturario, estructurando de esta forma un sistema de carácter híbrido en donde, al menos teóricamente hablando, se realiza una amalgama de lo mejor de los dos sistemas, oral y escriturario, en beneficio de una justicia que sea en verdad ágil, eficiente y justa.

Por otra parte el COGEP vitaliza y reafirma normativamente el principio de oralidad el cual es el sustento de todo el sistema procesal. En este contexto, de eficacia y garantismo, el COGEP, establece una serie de nuevas instituciones jurídicas en las que resulta de mucha importancia revisar al menor someramente la figura del testigo hostil, la cual no ha tenido precedentes en nuestro sistema jurídico aunque ya ha sido muy utilizada por otros sistemas como el de Puerto Rico, el de Chile, el de México, etc., para poder acercarnos a una comprensión adecuada de su utilidad práctica.

CONSIDERANDO

Que, el Ecuador es un Estado constitucional que se caracteriza por el principio de constitucionalidad, es decir, por el principio de primacía de la Constitución por sobre la ley, y por el funcionamiento de una jurisdicción que entienda sobre la constitucionalidad de los actos del Estado, incluida la propia ley;

Que, razón primigenia de un Estado constitucional y democrático es cumplir el deber fundamental de proteger a todos sus residentes en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades como son el debido proceso, la seguridad jurídica y la tutela judicial efectiva;

Que, el Código Orgánico de la Función Judicial establece en su artículo 27 el principio de la verdad procesal, bajo el cual los juzgadores están obligados a resolver los casos tomando en consideración los elementos probatorios entregados por los justiciables;

Que, con el nuevo sistema procesal la producción de la prueba, y particularmente de la testimonial, es importantísima pues ella permite que el juez llegue al convencimiento de que lo afirmado corresponde a la realidad y, en consecuencia aplique la norma jurídica adecuada para resolver el caso;

Que, el Código General de Procesos ha establecido la figura del testigo hostil, sin establecer las circunstancias en las cuales cabe tal calificación jurídica, razón por la cual es necesario regular en adecuada manera esta institución a fin de evitar posibles interpretaciones arbitrarias por parte de los juzgadores o abogados litigantes;

En ejercicio de las atribuciones que le confieren el numeral 6 del artículo 120 de la Constitución de la República y el numeral 6 del artículo 9 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, expide la siguiente:

Ley reformatoria al artículo 177, numeral 7 del COGEP.

Artículo 1.- A continuación del artículo 177 numeral 7 del COGEP agréguese los siguientes incisos:

Se entenderá como testigo hostil al testigo que ha sido llamado a declarar por cualquiera de las partes procesales y este haya presentado ante cualquier autoridad judicial o administrativa, una versión distinta de los hechos, o se niegue infundadamente a responder o responda en perjuicio del interrogante hechos que no son verdaderos.

La hostilidad del testigo se puede declarar en los siguientes casos:

1. Cuando el testigo ofrecido por una de las partes tiene algún vínculo con la contraparte;
2. Cuando el testigo abiertamente ha manifestado su deseo de no colaboración con la administración de justicia;
3. Cuando el testigo deba ser confrontado con otra versión de los hechos rendida ante otra autoridad o al proponente.
4. Cuando el testigo no quiera comparecer al juicio a rendir su declaración testimonial, pese a haber sido notificado con la orden de su comparecencia.

Una vez declarada la hostilidad del testigo por parte del juzgador a pedido de la parte procesal, el interrogante podrá realizar preguntas sugestivas en su interrogatorio.

El juez, con la calificación de hostilidad del testigo, no deberá formular ningún juicio de valor sobre la credibilidad del testigo y la validez de la información que está entregando en su declaración testimonial.

La declaración del testigo hostil deberá ser analizada bajo el principio de unidad de la prueba, en función de las reglas de la sana crítica.

Esta reforma entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

Etapas de la propuesta

| ETAPAS / FASES | METAS | ACTIVIDADES | RECURSOS | PRESUPUESTO | RESPONSABLES |
|---------------------------------------|---|---|----------------------------------|----------------------------|--------------------------------|
| Planificación | Organización 100% | Diseño de socialización de la propuesta | Humanos, económicos y materiales | USD \$ 10.00 Una semana | David Leonardo Criollo Mayorga |
| Ejecución Concientización | Presentación Proyecto de Ley 100% | Administrar la presentación | Humanos, económicos y materiales | USD \$ 5.00 24 horas | David Leonardo Criollo Mayorga |
| Evaluación Capacitación Reforma | Definición de resultados 100% | Comparar resultados con objetivos | Humanos, económicos y materiales | USD \$ 5.00 48 horas | David Leonardo Criollo Mayorga |

Cuadro No. 23 Metodología Operativa de la Propuesta

Fuente: Propuesta

Realizado por: David Leonardo Criollo Mayorga

Administración

La implementación de la presente propuesta se realizó con la responsabilidad del investigador y las autoridades de la institución, quienes cuidaron que todo se desarrolle conforme a la planificación realizada y bajo los más altos niveles de calidad.

Para el cumplimiento de esta capacitación se contó con la participación de los

docentes y autoridades del plantel, dando a conocer las distintas estrategias contenidas en el manual de evaluación alternativa implementada. Las autoridades como órganos rectores del cuerpo docente, serán las encargadas de poner en práctica la presente propuesta como solución al problema planteado.

| RUBROS DE GASTOS | VALOR |
|---|---------------------|
| Personal de apoyo | USD. 200.00 |
| Adquisición de Equipos | USD. 800.00 |
| Material de Escritorio | USD. 200.00 |
| Material Bibliográfico | USD. 2000.00 |
| Transporte | USD. 100.00 |
| Transcripción e impresión del informe, con dos anillados del mismo | USD. 200.00 |
| TOTAL: | USD. 3500.00 |

Cuadro No. 24 Rubro de Gastos

Fuente: Propuesta

Realizado por: David Leonardo Criollo Mayorga

Bibliografía.

1. Álvarez, G. (2010) *La Oralidad y su importancia en el Derecho*. Panamá: Instituto de estudios políticos e Internacionales.
2. Baytelman, A. & Duce, M. (2004). *Litigación Penal. Juicio Oral y Prueba*. Santiago, Chile: Universidad Diego Portales.
3. Código General Del Proceso. (2014). Ley 15.982. Uruguay.
4. Código General Del Proceso. (2012). Ley 1564 de 2012 Colombia.
5. Código Procesal Civil y Comercial. (2002). 20 de mayo de 2002. Argentina.
6. Contreras Melara, J. *Técnicas de litigación oral*. Monterrey: Centro de Estudios sobre la Enseñanza y el Aprendizaje del Derecho.
7. Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia el día 20 de agosto de 2014, mediante providencia AP4787- 2014. Recuperado de http://www.procuraduria.gov.co/relatoria/media/file/flas_juridico/894_CSJSP-43749.pdf
8. Goyco Amador, P. (2013). *El interrogatorio y el conainterrogatorio de testigos*. Recuperado de www.ramajudicial.pr/Miscel/Conferencia/PDF/25_PGoyco.pdf
9. Ley De Enjuiciamiento Civil. (2000). Ley 1/2000 de España.
10. Marín Verdugo, F. (2010). *Declaración de la parte como medio de prueba*. *Revista Ius et Praxis*, 16 (1), 125-170.
11. Ministerio Público de Chile mediante la Instrucción General que imparte criterios de actuación sobre juicio oral, consignada en el Oficio FN No. 285/2010 de 31 de

mayo de 2010. Recuperado de
file:///C:/Users/user/Downloads/OF%20FN%20285%202010%20INSTRUCCIO
N%20GENERAL%20QUE%20IMPARTE%20CRITERIOS%20DE%20ACTU
ACION%20SOBRE%20JUICIO%20ORAL.pdf

12. Ordenanza Procesal. (2002). 1 enero 2002. Alemania.
13. Solórzano Garavito, C. (2010). *Sistema acusatorio y técnicas del juicio oral*. Bogotá, Colombia: Ediciones Nueva Jurídica.
14. Resolución No. 3869-2006, 21 de diciembre del año 2006, dictada por la Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana.
15. Reglas de Evidencia para el Tribunal General de Justicia de Puerto Rico, adoptadas por el Tribunal Supremo el 9 de febrero de 1979, remitidas a la Asamblea el 15 de febrero de 1979, y vigentes desde el 1 de octubre de 1979.
16. Taruffo, M. (2009). *La Prueba, Artículos y Conferencia*, Chile, Editorial Metropolitana.
17. Vial Campos, P. (2009). *Técnicas y fundamentos del contra examen en el proceso penal chileno*. Santiago de Chile: Librotecnia.

ANEXOS

FORMULARIO DE ENCUESTA
UNIVERSIDAD TÉCNICA DE AMBATO.
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
CARRERA DE DERECHO

Guía de encuesta para:

- Abogados en Libre Ejercicio
- Señores y Señoras Jueces y Secretarios del Complejo Judicial de Ambato
- Docentes de Pregrado y Posgrado

Instrucciones:

- Lea atentamente la pregunta realizada.
- Seleccione con una X la alternativa que usted libremente escoja.

Fecha de la encuesta.....

PREGUNTA 1: ¿Sabe que es el testigo hostil?

| SI | NO | TAL VEZ |
|----|----|---------|
| | | |

PREGUNTA 2: ¿Sabe en qué casos se puede calificar al testigo como hostil?

| SI | NO | TAL VEZ |
|----|----|---------|
| | | |

PREGUNTA 3: ¿Conoce cuáles son los efectos de la calificación de hostilidad del testigo?

| SI | NO | TAL VEZ |
|----|----|---------|
| | | |

PREGUNTA 4: ¿Sabe por qué es útil interrogar al testigo hostil?

| SI | NO | TAL VEZ |
|----|----|---------|
| | | |

PREGUNTA 5: ¿La calificación de hostilidad es arbitraria?

| SI | NO | TAL VEZ |
|----|----|---------|
| | | |

PREGUNTA 6: ¿Sabe que es la verdad procesal?

| SI | NO | TAL VEZ |
|----|----|---------|
| | | |

PREGUNTA 7: ¿Sabe cómo se construye la verdad procesal?

| SI | NO | TAL VEZ |
|----|----|---------|
| | | |

PREGUNTA 8: ¿Conoce cómo funciona la figura del testigo hostil en la construcción de la verdad procesal?

| SI | NO | TAL VEZ |
|----|----|---------|
| | | |

PREGUNTA 9: ¿Conoce algún caso en el que se haya construido la verdad procesal con el testigo hostil?

| SI | NO | TAL VEZ |
|----|----|---------|
| | | |

PREGUNTA 10: ¿Conoce la eficacia del testimonio del testigo hostil en la construcción de la verdad procesal?

| SI | NO | TAL VEZ |
|----|----|---------|
| | | |

Gracias por su amable ayuda.

El testigo hostil en el Código Orgánico General de Procesos y la verdad procesal.

David Leonardo Criollo Mayorga

Paper

RESUMEN:

El objetivo de esta investigación fue analizar la figura jurídica del testigo hostil prevista en el artículo 177 numeral 7 del Código Orgánico General de Procesos COGEP, la forma como esta nueva institución jurídica contribuye con la construcción de una verdad procesal y además evidenciar que en su regulación jurídica el legislador dejó una laguna o vacío legal, mediante la aplicación de una encuesta unificada.

En la realización de esta investigación se trabajó con un enfoque cuantitativo, lo cual permitió obtener datos reales de los profesionales del derecho que prestan sus servicios como jueces, secretarios, abogados en libre ejercicio y profesores de las Facultades de Jurisprudencia, a nivel de pregrado y posgrado, de la ciudad de Ambato.

Además se aplicó la estadística inductiva, la cual se basa en los resultados del análisis de los datos que se obtuvieron de una muestra equivalente a 304 profesionales del derecho que laboran tanto el sector de la administración de justicia como en la docencia.

La investigación realizada sobre la falta de regulación jurídica del testigo hostil, demostró que no existe en el COGEP una adecuada previsión normativa de esta figura jurídica y que es necesario que el artículo 177 numeral 7 del COGEP sea reformado, con la finalidad de que se establezca lo que debe entenderse por testigo hostil, los casos en que procede la calificación de hostilidad y los efectos jurídicos derivados de dicha calificación.

PALABRAS CLAVES: testigo hostil, verdad procesal, sistema oral, interrogatorio sugestivo.

ABSTRACT

The objective of this investigation was to analyze the legal figure of the hostile witness provided for in article 177, numeral 7 of the General Organic Code of COGEP Processes, the way in which this new legal institution contributes to the construction of a procedural truth and also to show that in its regulation The legislator left a legal loophole or void, by applying a unified survey.

In carrying out this research, a quantitative approach was carried out, which allowed obtaining real data of the legal professionals who provide their services as judges, secretaries, lawyers in free practice and professors of the Faculties of Jurisprudence, at the undergraduate level and Postgraduate, from the city of Ambato.

In addition, inductive statistics were applied, which is based on the results of the analysis of the data obtained from a sample equivalent to 304 legal professionals working in both the justice administration and teaching sectors.

The investigation conducted on the lack of legal regulation of the hostile witness, showed that there is no adequate regulatory provision in this legal figure in COGEP and that it is necessary that article 177 number 7 of the COGEP be reformed, in order to establish what should be understood by a hostile witness, the cases in which the qualification of hostility proceeds and the legal effects derived from said qualification.

KEY WORDS: hostile witness, procedural truth, oral system, suggestive interrogation.

INTRODUCCIÓN.

En el Ecuador, la posibilidad de interrogar a un testigo está prevista bajo el principio de contradicción de la prueba, la cual está consignada en el artículo 76 de la

Constitución de la República en el que se establece expresamente que en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: “h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.”, y también en el artículo 169 que dispone: “la sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo”.

La obligación de decir la verdad también está constitucionalmente regulada en el artículo 83 numeral 2 en que se establece que son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previsto en la constitución y la Ley: “2 Ama killa, ama llulla, ama shwa, No ser ocioso, no mentir, no robar.”

En el Código Orgánico de la Función Judicial se establece el principio de la verdad procesal, es así que en el artículo 27 dispone que “Las juezas y jueces, resolverán únicamente atendiendo a los elementos aportados por las partes. No se exigirá prueba de los hechos públicos y notorios, debiendo la jueza o juez declararlos en el proceso cuando los tome en cuenta para fundamentar su resolución”.

En este cuerpo normativo se establece también el principio de colaboración con la Función Judicial que deben realizar los particulares, en el artículo 30, incisos 5 y 6, en los que se dispone expresamente que “Las instituciones del sector privado y toda persona tienen el deber legal de prestar auxilio a las juezas y jueces y cumplir sus mandatos dictados en la tramitación y resolución de los procesos.- Las personas que, estando obligadas a dar su colaboración, auxilio y ayuda los órganos de la Función Judicial, no lo hicieran sin justa causa, incurrirán en delito de desacato.”

El COGEP, en su artículo 177, establece que la prueba testimonial debe sujetarse a varias reglas, entre ellas la establecida en el numeral 7 que establece la figura del testigo hostil, para cuyo efecto prevé que “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.”

Ninguna otra norma del COGEP ni del sistema jurídico ecuatoriano tiene regulación alguna sobre esta institución jurídica.

Pese a lo antes establecido, en la tramitación del proceso puede ocurrir la reticencia u hostilidad del testigo del testigo, que impide al juzgador construir adecuadamente la verdad procesal, creándose, en consecuencia, un vacío legal que debe impedir aplicar la referida institución en adecuada manera.

Para ello se ha recopilado información estadística que permitió realizar un análisis de la regulación jurídica del testigo hostil en el COGEP, razón por la que se ha planteado un número suficiente de cuestionamientos a los profesionales del derecho para establecer si la única alusión al testigo hostil prevista en el artículo 177 numeral 7, es suficiente para cumplir con el artículo 82 de la Constitución de República que señala la garantía de la seguridad jurídica.

METODOLOGÍA

ESTUDIO DE EL TESTIGO HOSTIL EN EL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS Y LA VERDAD PROCESAL.

Para realizar el estudio se ha empleado un enfoque cuantitativo para la recolección de datos inherentes a la técnica de investigación con su instrumento el cuestionario.

La fuente de información primaria aplicada es la encuesta aplicada a profesionales del derecho que laboran en el sector de la administración de justicia y en la academia a nivel pre grado y posgrado, con el fin de que sean los encargados de responder un total de 10 preguntas cerradas sobre el testigo hostil, la cual está redactada en términos sencillos y claros los que permite una mayor facilidad en la respuesta y en la codificación, de ellas se obtiene información valiosa sobre la regulación jurídica del testigo hostil.

La fuente de información secundaria es la base de datos del Colegio de Abogados de Tungurahua. La población es de 1333 profesionales de derecho que están activos a enero de 2019.

Para la realización de este estudio, se delimitó temporalmente al primer semestre del año 2019, por encontrarse en plena vigencia el COGEP y surtir efectos en toda la República.

Para la realización de la investigación se procedió a elaborar un instrumento denominado como Formulario de encuesta sobre el testigo hostil, gracias al cual se obtuvo la información.

Dicho formulario está dividido en cinco preguntas relacionadas con el testigo hostil en donde se abordan aspectos como su definición, los casos en que proceden la calificación de hostilidad, los efectos de la calificación, la utilidad de interrogar al testigo hostil y la arbitrariedad judicial en la calificación (preguntas 1 a 5); y las cinco preguntas restantes se refieren a la verdad procesal, en donde se consulta sobre su definición, la forma de construirla, la utilidad de la calificación de hostilidad en la construcción de la verdad procesal, la finalidad del legislador en el establecimiento de dicha figura en relación a la verdad procesal y la eficacia del testimonio del testigo hostil en la formación de la verdad judicial (preguntas 5 a 10).

ANÁLISIS DE DATOS DEL ESTUDIO DE EL TESTIGO HOSTIL EN EL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS Y LA VERDAD PROCESAL

EL TESTIGO HOSTIL

Para entender lo que es el testigo hostil se utilizará la siguiente definición en la cual se considera por tal “a quien calculadamente oculta o tergiversa la información que le es cuestionado durante el examen directo, justifica la presencia de instrumentos normativos, como las preguntas sugestivas, para evitar que la mentira se apodere del juicio”. (Benavente, 2014).

El artículo 177 numeral 7 del COGEP es la única norma jurídica en todo el sistema normativo ecuatoriano que regula al testigo hostil, sin definir que debe entenderse por dicha figura jurídica. Por ello tomando en cuenta esta falencia de la legislación y la información obtenida de las encuestas se ha obtenido los siguientes resultados:

TABLA. 1

| Conocimiento acerca del testigo hostil | Porcentaje |
|--|------------|
| Si | 55.93 |
| No | 24.34 |
| Tal vez | 19.73 |
| Total | 100 |

En relación a los casos en que se puede calificar la hostilidad del testigo, solo el 4.94% conoce los casos en que el juez puede arribar a esta declaratoria, mientras que 91.45% los desconoce; y, el 3.61% podría saber cuáles son.

TABLA. 2

| Casos en que se puede calificar la hostilidad del testigo | Porcentaje |
|---|------------|
| Si | 4.94 |
| No | 91.45 |
| Tal vez | 3.61 |
| Total | 100 |

En cuanto a los efectos de la calificación de hostilidad del testigo solo el 0.99% conoce las consecuencias jurídicas derivadas de tal calificación, mientras que el 96.38% no los conocen y el 2.63% podría conocerlos.

TABLA. 3

| Efectos de la calificación de hostilidad del testigo | Porcentaje |
|--|------------|
| Si | 0.99 |
| No | 96.38 |
| Tal vez | 2.63 |
| Total | 100 |

En lo referente a la utilidad de interrogar al testigo reticente, solo el 0.66% considera que útil el hecho de interrogarlo, en tanto que el 97.14% no lo conoce y el 2.3% no está seguro de conocerla.

TABLA. 4

| Utilidad de interrogar al testigo reticente | Porcentaje |
|---|------------|
| Si | 0.66 |
| No | 97.14 |
| Tal vez | 2.3 |
| Total | 100 |

Respecto de la arbitrariedad existente en la calificación de hostilidad del testigo, el 95.06% manifestaron que es una conducta arbitraria del juzgador, en tanto que el 3.29% consideró que no lo es y el 1.65% considera que tal vez podría ser una actuación arbitraria del juzgador.

TABLA. 5

| Arbitrariedad existente en la calificación de hostilidad | Porcentaje |
|--|------------|
| Si | 95.06 |
| No | 3.29 |
| Tal vez | 1.65 |
| Total | 100 |

LA VERDAD PROCESAL

En tratándose de la verdad procesal, la que es definida como aquella que es construida “Específicamente, en la actividad de los jueces que, al dictar sus sentencias, están inclinándose por una verdad. Un tipo de verdad que se construye mediante principios, leyes, razonamiento, argumentación, interpretación y la práctica de pruebas; es decir, la verdad procesal.” (Estrada, 2016). Los datos obtenidos permiten establecer que hay un mayor conocimiento de esta institución jurídica pues el 62.17% sabe que es y el 33.22% la desconoce tal como se detalla a continuación:

TABLA. 6

| La verdad procesal | Porcentaje |
|--------------------|------------|
| Si | 62.17 |
| No | 33.22 |
| Tal vez | 4.61 |
| Total | 100 |

Respecto de la forma como la verdad procesal se construye, el 45.72% no sabe cuál es el mecanismo por el cual se obtiene aquella, mientras que el 52.31% si lo sabe y el 1.97% no está en capacidad de afirmar o negar como se produce:

TABLA. 7

| Construcción de la verdad procesal | Porcentaje |
|------------------------------------|------------|
| Si | 52.31 |
| No | 45.72 |
| Tal vez | 1.97 |
| Total | 100 |

Sobre el funcionamiento de la figura del testigo hostil en la construcción de la verdad procesal se establece que en su mayoría la muestra consultada desconoce este aspecto pues el 95.40% que se manifiesta negativamente, mientras que solo el 2.30% conoce la mecánica de esta nueva figura y, también, el 2.30% tal vez lo conocería:

TABLA. 8

| Funcionamiento de la figura del testigo hostil en la construcción de la verdad procesal | Porcentaje |
|---|------------|
| Si | 2.30 |
| No | 95.40 |
| Tal vez | 2.30 |
| Total | 100 |

En tratándose del conocimiento de algún caso en el que se haya construido la verdad procesal con el testigo hostil, los porcentajes de desconocimiento son muy elevados, así el 94.73% lo desconoce, en tanto que apenas el 1.65% si lo sabe y el 3.62% tal vez lo conocería:

TABLA. 9

| Casos en el que se haya construido la verdad procesal con el testigo hostil | Porcentaje |
|---|------------|
| Si | 2.30 |
| No | 95.40 |
| Tal vez | 2.30 |
| Total | 100 |

En cuanto al conocimiento de la eficacia del testimonio del testigo hostil en la construcción de la verdad procesal, también los porcentajes de conocimiento son minoritarios pues el 2.96% lo conoce, en tanto que el 88.16% desconoce que eficacia posee y el 8.88% tal vez sabría su eficacia:

TABLA. 10

| La eficacia del testimonio del testigo hostil en la construcción de la verdad procesal | Porcentaje |
|--|------------|
| Si | 2.30 |
| No | 95.40 |
| Tal vez | 2.30 |
| Total | 100 |

DISCUSIÓN

La reticencia del testigo, es el elemento fundamental sobre el cual se construye la institución jurídica del testigo hostil, pues al juzgador le corresponde construir una verdad procesal en base a la prueba que es aportada por las partes procesales. Para la construcción de esa verdad procesal los abogados utilizan distintos medios de prueba entre los que se encuentran las declaraciones testimoniales, pero en ciertos casos los testigos se muestran reacios a contestar los interrogatorios, lo que impide que se pueda construir una verdad procesal adecuada.

Se evidencia que existe un vacío normativo en la institución jurídica del testigo hostil, pues el desconocimiento de su definición, de los casos en los que se puede producir esa calificación de hostilidad, de los efectos de tal declaratoria y de la forma como la calificación de hostilidad contribuye a la formación de la verdad procesal son evidentes ya que mayoritariamente la muestra consultada ha dado información

que se encuadra en una seria falencia de conocimientos en esta materia, lo cual se debe a la falta de regulación jurídica que existe en la materia.

La mayor parte de la muestra consultada desconoce aspectos esenciales de esta institución jurídica, desconoce la forma como debe ser definida, las circunstancias que son consideradas como una conducta hostil del testigo, la motivación del legislador para establecer la figura del testigo hostil, y tampoco se conoce adecuadamente como la aplicación de la calificación de hostilidad contribuye a la construcción de la verdad procesal que debe ser declarada por el juez de la causa.

Para mejorar el conocimiento de los profesionales del derecho y de los operadores de justicia es necesario que se reforme el artículo 177 numeral 7 del COGEP para que se regulen los aspectos esenciales de esta institución jurídica en aras de salvaguardar el derecho a la seguridad jurídica.

De hecho el artículo 177 numeral 7 del COGEP se limita exclusivamente a establecer que se puede realizar preguntas sugestivas en el interrogatorio cuando ha precedido la calificación de hostilidad, pero no se determina los casos en que esta se debe producir ni la forma como debe ser valorado el testimonio rendido bajo la calificación de hostilidad.

CONCLUSIONES

El testigo hostil es una institución novedosa en el sistema procesal ecuatoriano que al no estar adecuadamente regulado en el COGEP, genera un vacío o laguna legal que dificulta su aplicación por el desconocimiento de los profesionales del derecho y operadores de justicia.

La metodología de los estudios realizados se ha basado en encuestas como una forma de obtener los datos referentes al testigo hostil y la verdad procesal derivada de la aplicación de la calificación de hostilidad del testigo.

El estudio realizado a la falta de regulación jurídica del testigo hostil en el COGEP,

demuestra que mayoritariamente los profesionales del derecho desconocen los aspectos esenciales de esta institución jurídica empleada para el descubrimiento de la verdad procesal.

El estudio realizado sobre el aspecto de la verdad procesal vinculada con la utilización del testigo reticente, también demuestra serias falencias en la adecuada comprensión de esta posibilidad prevista legalmente y que es empleada por el juzgador para solucionar los casos contradictorios sometidos a su decisión.

Para mejorar el nivel de conocimiento de la figura jurídica del testigo hostil o reticente se debe reformar el artículo 177 numeral 7 del COGEP.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Asamblea Nacional Constituyente. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
2. Asamblea Legislativa. (2009). *Código Orgánico de la Función Judicial*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
3. Asamblea Legislativa. (2015). *Código Orgánico General de Procesos COGEP*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
4. Baytelman, A. & Duce, M. (2004). *Litigación Penal. Juicio Oral y Prueba*. Santiago, Chile: Universidad Diego Portales.
5. Benavente, (2014). *La construcción de los interrogatorios desde la teoría del caso. Técnicas especiales de litigación oral*. Lima: Palestra Editores.
6. Estrada, R. (2016) Jurídica. *La verdad histórica y la verdad procesal*. Quito: Iuris Dictio.
7. Contreras Melara, J. *Técnicas de litigación oral*. Monterrey: Centro de Estudios sobre la Enseñanza y el Aprendizaje del Derecho.
8. Solórzano, C. (2010). *Sistema acusatorio y técnicas del juicio oral*. Bogotá, Colombia: Ediciones Nueva Jurídica.
9. Taruffo, M. (2009). *La Prueba, Artículos y Conferencia*. Chile, Editorial Metropolitana.
10. Vial, P. (2009). *Técnicas y fundamentos del contra examen en el proceso penal chileno*. Santiago de Chile: Librotecnia.