

REPÚBLICA DEL ECUADOR



**INSTITUTO DE ALTOS ESTUDIOS NACIONALES
UNIVERSIDAD DE POSTGRADO DEL ESTADO**

Trabajo de titulación para obtener la Maestría en Derecho
con Mención en Estudios Judiciales

TÍTULO

**La declaración testimonial, desde la norma procesal, y la
percepción**

Autor: Juan Manuel Jiménez Ramírez
Tutor: Dra. Sorily Carolina Figuera Vargas

Quito, octubre 2017



INSTITUTO DE ALTOS ESTUDIOS NACIONALES
LA UNIVERSIDAD DE ROSARIO DEL ESTADO

No.165- 2017.

ACTA DE GRADO

En la ciudad de Quito, a los quince días del mes de diciembre del año dos mil diecisiete, **JUAN MANUEL JIMÉNEZ RAMÍREZ**, portador de la cédula de ciudadanía: 1103818694, **EGRESADO DE LA MAESTRÍA EN DERECHO CON MENCIÓN EN ESTUDIOS JUDICIALES 2016-2018**, se presentó a la exposición y defensa oral de su Artículo Científico, con el tema: **"LA DECLARACIÓN TESTIMONIAL, DESDE LA NORMA PROCESAL, Y LA PERCEPCIÓN"**, dando así cumplimiento al requisito, previo a la obtención del título de **MAGÍSTER EN DERECHO CON MENCIÓN EN ESTUDIOS JUDICIALES**.

Habiendo obtenido las siguientes notas:

Promedio Académico:	8.76
Artículo Científico Escrito:	9.00
Defensa Oral Artículo Científico:	7.75

Nota Final Promedio: 8.56

En consecuencia, **JUAN MANUEL JIMÉNEZ RAMÍREZ**, se ha hecho acreedor al título mencionado.

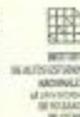
Para constancia firman:

Dra. Natalia Mora
MIEMBRO Y PRESIDENTA DEL TRIBUNAL

Mgs. Zaira Novoa
MIEMBRO

Abg. José Luis Jaramillo
Director de Secretaría General

De conformidad con la facultad
prevista en el estatuto del IAN
CERTIFICO que la presente es fiel
copia del original.



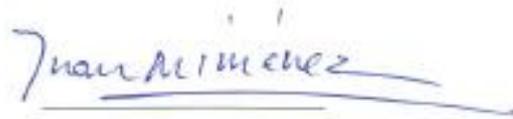
Fojas 113

Fecha 23 MAR 2018

Secretaría General

AUTORÍA

Yo, Juan Manuel Jiménez Ramírez, Master, con C.I. 1103818694, declaro que las ideas, juicios, valoraciones, interpretaciones, consultas bibliográficas, definiciones y conceptualizaciones expuestas en el presente trabajo; así como, los procedimientos y herramientas utilizadas en la investigación, son de absoluta responsabilidad de el/la autor (a) del trabajo de titulación. Así mismo, me acojo a los reglamentos internos de la universidad correspondientes a los temas de honestidad académica.

A handwritten signature in blue ink that reads "Juan Manuel Jiménez Ramírez". The signature is written in a cursive style and is underlined with a single horizontal line.

Firma

C.I. 110381869-4

AUTORIZACIÓN DE PUBLICACIÓN

Yo, Juan Manuel Jiménez Ramírez, autor del artículo científico intitulado **“La declaración testimonial, desde la norma procesal, y la percepción”**, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de magíster en la Universidad de Postgrados del Estado, Instituto de Altos Estudios Nacionales.

1. Cedo a la Universidad de Postgrados del Estado, Instituto de Altos Estudios Nacionales, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación del presente artículo científico, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.

2. Declaro que, en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.

3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

02 de octubre de 2017



Juan Manuel Jiménez Ramírez

CC: 110381869-4

LA DECLARACIÓN TESTIMONIAL, DESDE LA NORMA PROCESAL, Y LA PERCEPCIÓN

Resumen

El presente trabajo tiene como finalidad analizar cómo el juez califica, evacua y valora, uno de los medios probatorios más antiguos del derecho como es la declaración del testigo, a partir de la vigencia del Código Orgánico General de Procesos COGEP en Ecuador.

Para ello, por una parte, haré un breve análisis respecto a la evolución de este medio probatorio en nuestra legislación, la reciente transformación procesal no penal, y los criterios de valoración del juez a través de la percepción; y por otra parte, analizaré algunos casos prácticos, tomando como referente el derecho a la defensa, a la seguridad jurídica, y a la tutela judicial efectiva, al valorar este medio probatorio.

Palabras clave: Oralidad, prueba testimonial, sana crítica, derecho a la defensa, seguridad jurídica, tutela judicial efectiva, y percepción.

ABSTRACT

The purpose of this study is to analyze the qualification, practice and evaluation by the judge of one of the oldest evidence of the law, such as the testimony of the witness, taking into account the recent transformation of the non-criminal judicial system with the validity General Organic Code of COGEP Processes in Ecuador, and its assessment from the perception.

To do so, I will make a brief analysis regarding the evolution of this evidence in our legislation, and the judge's assessment criteria in some practical cases, taking as a reference the right to defense, legal security, and effective judicial protection.

Key words: Orality, testimonial evidence, sound criticism, right to defense, legal security, effective judicial protection, and perception.

INTRODUCCIÓN

El caduco sistema procesal escrito, estuvo vigente por más de 100 años en Ecuador. Fue muy deficiente, pues tenía una infinidad de trámites y recursos que, en un alto porcentaje, eran propuestos solamente para dilatar los procesos, sin el más mínimo grado de buena fe y lealtad procesal; que a la par, congestionaba todo el sistema judicial, y deterioraba seriamente la confianza en la justicia.

La reforma constitucional del 2008, estableció que la sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias, se desarrollen bajo el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo. Esto obligaba necesariamente a dejar atrás el sistema escrito para pasar al oral por audiencias. Criterio con el cual, concuerda el Dr. Cesar Bravo, en su Tratado de Derecho Constitucional. (Bravo, 2011, pág. 421).

“La oralidad, sistema procesal con categoría constitucional que privilegia los principios de concentración, celeridad, he intermediación de las partes y el juez. ” (López, 2016, pág. 23).

Es así que, siendo imperioso armonizar el sistema procesal con las normas constitucionales vigentes, en mayo del 2015 entra en vigencia el COGEP; el cual, rompe todos los esquemas de cultura procesal y litigio del procedimiento escrito, reduce a cinco el número de vías procesales que son la ordinaria, monitoria, ejecutiva, sumaria y voluntaria. En cuanto a los recursos, el legislador ha invertido la regla, a tal suerte que, donde antes había denegación expresa, hoy hay concesión expresa, es decir, se conceden únicamente los recursos que expresamente lo permita la ley. (COGEP, art. 256).

El COGEP, es la materialización de un viejo anhelo de autoridades, operadores de justicia y abogados, por superar el desesperantemente lento, formal, oscuro y burocrático modelo procesal escriturado que habíamos heredado del código de enjuiciamiento civil español de 1855, el cual, con férrea terquedad, rigió en el país por siglo y medio, sin apenas cambios en cuanto se refiere a la hegemonía del paradigma escriturar. (Ramírez, 2015, pág. 14).

Ello permitirá al juez resolver los procesos de forma eficaz, en un tiempo razonable, notablemente reducido con menor número de diligencias por el principio de concentración; en presencia de las partes por principio de inmediación; y con transparencia, ya que el juez, bajo el sistema oral, resolverá en audiencia en base a lo debatido, y ya no, de la tediosa lectura de expedientes tras su escritorio.

“En los procedimientos del COGEP, se enfatiza la activa participación de las partes procesales en las audiencias. El sistema oral se fundamenta en la capacidad de probar sus pretensiones, debatirlas y contradecirlas.” (Bolaños, 2017, pág. 23).

Así entonces, se transforma radicalmente todo el sistema procesal civil ecuatoriano; mismo que, por ser su principal eje la oralidad, considero que la prueba que en mayor grado se vio afectada, fue la testimonial, pues al estar mediada por el lenguaje, es mucho más rica en detalles que solamente en audiencia, bajo los principios de inmediación, concentración y contradicción, el juez podrá percibirlos y valorarlos.

1. La prueba

La prueba es el medio con el cual las partes acreditan los hechos que han propuesto afirmativamente en la demanda; y que, respecto de sus posiciones en la controversia, han negado en su contestación. No basta el ánimo con condición subjetiva, sino el antecedente fáctico que se verifica con las pruebas relevantes aportadas, lo que dará un hecho como probado, así lo dispone el COGEP en su artículo 169.

El llegar a la verdad, como el fin de la actividad procesal de la prueba y la justificación encontrada en razones, para decidir sobre si los elementos aportados por los medios de prueba son suficientes, justificará el aceptar un hecho como verdadero y, quien así lo logre, será beneficiado con la sentencia. (Zavala, 2016, pág. 57).

La prueba tiene cuatro fases que son: anuncio, admisión, práctica y valoración; todo ello, dentro de los términos determinados por la ley. El juez, mediante sus autos interlocutorios, va tomando sus decisiones respecto a los momentos procesales de la audiencia. Si una de las partes olvidó anunciar o practicar cierto medio de prueba en el momento que tenía para hacerlo, su derecho precluye, ya que, cada acto procesal tiene su causa y efecto, y el fin de uno, marcará el comienzo de un nuevo acto.

La prueba documental, la pericial, la inspección judicial y la prueba testimonial, son los medios probatorios que contempla el COGEP. "Con ello, las partes introducen los hechos al proceso, a fin de lograr la convicción judicial acerca de la realidad de sus afirmaciones de hecho." (Zavala, 2016: 17).

Ahora, si el juez, pese a las pruebas aportadas por las partes, aun no se ha formado su criterio para resolver, excepcionalmente podrá ordenar prueba de oficio que considere necesaria, siempre y cuando no supla negligencia probatoria, o carga de prueba de las partes.

El objeto de la prueba es verificar los hechos reclamados, para que el juzgador, en base a sus conclusiones y con vista a las pruebas emita su fallo, analizándola sobre una hipótesis, con las interrogantes que tiene y que concluye cuando su criterio o resolución se apoya en las mismas, realizando una operación mental, sobre su tasación. (Buenaño, 2016, pág. 133).

Cabe aclarar que el juez, no está obligado a valorar toda la prueba que aportan las partes, sino solo aquellos elementos que le resulten relevantes, suficientes y válidos, para resolver el caso concreto.

La relevancia es un estándar lógico de acuerdo con el cual, los únicos medios de prueba que deben ser admitidos y tomados en consideración por el juzgador, son aquellos que mantienen una conexión lógica con los hechos en litigio, de modo que pueda sustentarse en ellos una conclusión acerca de la verdad de tales hechos. (Taruffo, 2008, pág. 38).

Por ello, el juez debe rechazar en el momento procesal oportuno, las pruebas que le sean inconducentes, inútiles e impertinentes, para la búsqueda de la verdad, pues el responsable de garantizar los principios y derechos contenidos en la constitución, principalmente, la legítima defensa, la tutela judicial efectiva, y la seguridad jurídica.

Legítima defensa, como aquella garantía esencial y vital del debido proceso que les permite a las partes exponer sus posiciones y presentar sus argumentos o pruebas de defensa.

"La Legítima defensa, como elemento integrante del debido proceso y el derecho de prueba, de los hechos que constituyen el objeto del proceso." (Zavala, 2016, pág. 14).

La tutela judicial, como una garantía básica de toda persona en todo proceso, como medio para la realización de la justicia.

El derecho a la tutela judicial efectiva, es un derecho de carácter autónomo, independiente del derecho sustancial, que se manifiesta en la facultad de una persona para requerir del Estado la prestación del servicio de administración de justicia, y obtener una sentencia imparcial, independientemente que goce o no de derecho material. (Aguirre, 2010, pág. 8).

Y la seguridad jurídica, manifestada a través de la existencia de normas claras, previas y aprobadas de manera legítima, cuya aplicación correcta debe realizarse por las autoridades competentes en los casos que amerite.

La Corte Constitucional, en la sentencia No. 023-13-SEP-CC5, ha considerado a la seguridad jurídica como: "(...) el pilar sobre el cual se asienta la confianza ciudadana en cuanto a las actuaciones de los distintos poderes públicos; en virtud de aquello, los actos emanados de dichas autoridades públicas deben observar las normas que componen el ordenamiento jurídico vigente, debiendo además sujetarse a las atribuciones que le compete a cada órgano".

Ante ello, el juez debe asumir un rol fundamental, por una parte, a la hora de hacer efectivas las garantías del proceso, y, por otra parte, la inseguridad jurídica, que surge de una falta de metodología en la aplicación de los principios constitucionales y las reglas del procedimiento. (Hernández, 2010, pág. 77).

Determinada entonces la pertinencia, utilidad y conducencia de la prueba, corresponde entonces su valoración, proceso que comprende varias etapas que necesariamente se han de cumplir.

Para que los medios probatorios puedan ser admitidos por el juez, deberán reunir requisitos de pertinencia, utilidad y conducencia. Pertinencia, como aquella que se adecua a los hechos que constituyen el objeto del proceso para demostrar los hechos alegados; utilidad, como aquella que, según reglas, criterios razonables y seguros, puedan contribuir a esclarecer los hechos controvertidos; y conducente, como aquella direccionada y encaminada a un fin determinado para verificar un hecho. (Buenaño, 2016, pág. 135).

La prueba está encaminada a proporcionar al juez un conocimiento sobre los hechos de los cuales depende el Derecho que debe ser declarado en la sentencia. (Meneses; 2014, pág. 72).

Ya para la valoración de la prueba, en primer lugar se responderá a las preguntas de qué, quién y cómo se ha de probar; pues si no se determina preliminarmente qué es lo que se debe probar, quién está obligado a actuar la prueba y cuáles son los medios de prueba admisibles, no se contará con los elementos necesarios para proceder a la segunda etapa, que es la determinación de los elementos fácticos de la controversia, y tampoco se podrá pasar a la tercera etapa, o sea a la subsunción de tales elementos fácticos en la hipótesis de la ley, que permitirá por último sacar de todo ello la conclusión.

La valoración de la prueba, es aquella actividad intelectual de los jueces a la hora de pronunciarse sobre el fondo del conflicto, determinando los hechos que consideran probados, y los que no y el por qué, mediante la aplicación de las leyes, criterios, razones, lógica, sana crítica, a los resultados obtenidos de las pruebas practicadas en el proceso. (Garberí, 2014, pág. 403).

La valoración de la prueba es atribución exclusiva de los jueces y tribunales de instancia, y en la apreciación de la prueba, el juez no se puede contradecir a las reglas de la lógica, pues ello constituye una incorrecta aplicación de las normas sobre la producción de la prueba. La prueba será valorada en su conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, según lo dispone el art. 164 del COGEP, pues la prueba no se puede descomponer, desintegrar o disgregar.

“La lógica no es una facultad que el juez pueda usar sólo a instancia de parte. La lógica es un poder de oficio del juez” (Lacoviello, 2013, pág. 468).

Para concluir este apartado respecto a la prueba, su admisión y valoración, queda claro entonces que, según el COGEP, el juez deberá ejercer siempre una labor de dirección y control para determinar cuál de las pruebas admitirá, por considerar que tiene suficiente fuerza persuasiva, relacionándola con otras pruebas que obren del proceso y que coadyuven a formar su criterio.

Así entonces, el juez deberá convencer a las partes que su decisión no es absurda ni arbitraria; absurda, como todo aquello que escapa a las leyes lógicas formales; y arbitraria cuando hay ilegitimidad en la motivación, es decir contraria a la justicia, la razón o las leyes, dictada por la sola voluntad o capricho.

En una sociedad democrática los jueces están obligados a persuadir, no a imponer su criterio. Únicamente mediante la persuasión y la racionalidad de sus decisiones, se legitima día a día en el ejercicio de su ministerio.

2. Valoración de la declaración del testigo

El COGEP conceptualizada a la prueba testimonial, como la declaración que rinde una de las partes o un tercero, en audiencia, a través de la cual, se representan hechos pasados mediante el interrogatorio de quien la propone y contrainterrogatorio de la contraparte. La prueba testimonial se clasifica en: declaración anticipada, juramento decisorio, juramento deferido, declaración de parte y de testigos, (COGEP, art. 174-192).

Lo que se analizará en este trabajo, respecto a la prueba testimonial, será únicamente la declaración del testigo, conceptualizándolo como aquella persona que ha percibido a través de sus sentidos, directa y personalmente hechos relacionados con la controversia.

Su declaración clara y exacta, bajo un relato coherente de la teoría del caso, dará la fuerza evidenciable de sus afirmaciones sobre los hechos controvertidos, o derecho discutido, a fin de que sea apreciada por el juez, conforme a las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta los hechos afirmativos dados, y las situaciones que concurran para su apreciación.

El deponente ofrecerá al juzgador los indispensables datos acerca de hechos y circunstancias, que permitan a este elaborar en base a ellos su convicción. Sobre el asunto, recuérdese que son los testigos los ojos y oídos a través de los cuales, el juez puede reconstruir los hechos que ocurrieron en el pasado. De ahí que la veracidad y autenticidad de los testimonios, son de profunda utilidad para la misión del juzgador. (Fallo de la Corte Provincial de Justicia de Quito, Resolución 262-94).

Con el interrogatorio, las partes van introduciendo los hechos al proceso, bajo el debido control técnico del juzgador. Una vez iniciado, el juez debe dirigir su desarrollo, evitando preguntas, repetitivas, o evasivas del testigo para contestarlas, inclusive con preguntas abiertas, a fin de que sea el testigo quien introduzca los hechos al juicio, y no la parte al interrogar, extendiéndose en preguntas impertinentes, ajenas al objeto de la controversia, pretendiendo hacer algo artístico en la audiencia.

Los abogados utilizan todos sus recursos, con la sola finalidad de desacreditar al testigo y desvirtuar sus declaraciones, a veces incluso elaborando interrogatorios hostiles e intimidantes; pues malinterpretan deliberadamente el testimonio, interrumpen la respuesta formulando una nueva pregunta, o lo contradicen al testigo inclusive, diciéndole que otro testigo anterior ha dicho lo contrario, o utilizan falacias, con el fin de ponerlo nervioso y confundirlo, pretendiendo así desacreditarlo.

Por ello, el juez debe tener el dominio para poder identificar estos comportamientos viciados, razonamientos erróneos y habilidades retóricas con las que argumentan los abogados, y si observa que se formulen preguntas de aquellas que prohíbe el COGEP, que no conduzcan a la verdad procesal, y que no son objetadas por la contraparte, ya sea por su falta de preparación técnica, es él juez, como director del proceso quien de oficio deberá rechazarlas, y exigir que se reformulen.

Ello, no significara que el juez pierda su imparcialidad, pues como director del proceso, está obligado a controlar por una parte los tiempos de la audiencia, y por otra parte, el control de constitucionalidad y legalidad de las preguntas, obteniendo así los mejores elementos para resolver, evitando así testimonios que estén en contradicción con los límites impuestos, minimizando la posibilidad de que, por engaños, el juzgador llegue a conclusiones erróneas.

Su decisión de aceptar o negar una pregunta en el interrogatorio, debe estar apegada a la razón y a la lógica, pues lo contrario, equivaldría a que el juzgador voluntariamente estaría parcializándose y favoreciendo a una de las partes.

Cuando llegue el turno de responder a las preguntas objeto del interrogatorio, la parte declarante, así como su abogado, podrán impugnar en el acto de admisibilidad de las preguntas, y hacer notar las valoraciones y calificaciones que sean en su criterio improcedentes, para tenerlas como no formuladas. (Garberí, 2014, pág. 412).

El juzgador entonces, definirá a su criterio las líneas del interrogatorio, su vinculación o no con los puntos señalados en la acusación y, analizará hasta qué punto se genera una real indefensión a las partes, para no caer en la arbitrariedad y el voluntarismo al valorar la prueba testimonial.

En cuanto al contrainterrogatorio, su objetivo principal es la desacreditación del testigo, pues se ataca su fiabilidad, y se pretende destruir su testimonio. Lo más usual,

son las preguntas cerradas, a fin de que no dejen margen para aclaraciones extras, sobre todo por el hecho que, en un muy alto porcentaje, la declaración será hostil, por lo que, cuanto menos responda al contrainterrogatorio, será mejor para el preguntante.

El juez debe estar atento a respuestas evasivas o calculadas. Algunos abogados, al momento de contrainterrogar, aceleran el ritmo de las preguntas, para crear tensión en el testigo, y que disponga de menos tiempo para pensar, evitando que se explaye al responder. Lo más común en los contrainterrogatorios es empezar con una serie de preguntas cortas y simples, referentes a los hechos previamente declarados por el testigo, donde poco a poco se va acorralando, para, en el momento oportuno, hacer la pregunta final sobre un hecho evidentemente contradictorio.

3. Preguntas objetables

En el artículo 174 y siguientes del COGEP, se clasifican las preguntas que el juzgador está obligado a negarlas en audiencia. En el sistema escrito anterior, únicamente se prohibían las preguntas impertinentes, capciosas y sugestivas (CEMC, 1855: art. 237). Ahora, adicionalmente a estas, tenemos las inconstitucionales, oscuras, compuestas, las destinadas a coaccionar, las que acarreen responsabilidad penal, las vagas, confusas, y las hipotéticas.

Indudablemente, la valoración de la prueba testimonial con este amplio catálogo, demandará del juez, un complejo ejercicio hermenéutico y de interpretación para calificarlas, aceptarlas, o negarlas, pues esta valoración, deberá hacerla únicamente en audiencia, y de forma oral. Ahora, entonces, ¿Qué significado tienen cada una de estas preguntas, y cómo se las puede reconocer, tomando en cuenta esta nueva clasificación? Eso es lo que a continuación me permito explicar.

3.1. Preguntas inconstitucionales, y de responsabilidad penal

Por principio constitucional y del debido proceso, ningún testigo podrá ser forzado a declarar en contra de sí mismo, sobre asuntos que le puedan incriminar u ocasionar responsabilidad penal, en cuyo caso, podrá declarar o negarse a hacerlo. Así lo prevé en el artículo 77, núm. 7, literal c, y numeral 8 respectivamente de la Constitución de la República de Ecuador.

3.2. Preguntas impertinentes

Esta clase de preguntas, nada tienen que ver con el objeto de la controversia, y por lo general, van ancladas a un prejuicio, pretendiendo introducir información ajena ilegítimamente. Por ejemplo, pedir una opinión a un testigo, etc. Esto puede ocasionar que el juez tome decisiones extra conflicto, lo que ocasionaría un verdadero peligro para el debido proceso, por ello, todas las preguntas deben ser pertinentes a la causa que se juzga, a fin de llegar al descubrimiento de la verdad.

La pregunta impertinente es aquella que no tiene relación con los hechos que se trata en audiencia, y que no son motivo de juicio. También conocida como irrelevante, pues no tiene analogía a la esencia del proceso, ni se fundamenta en nada, peor aún, tiene relación con el hecho. (Narváez; 2017: 307).

Por ejemplo, en un juicio de tenencia, se le pregunta a la madre, ¿Cuántos amantes ha tenido?Cuál es entonces el número de amantes que hace a una mujer, buena o mala madre. Esta es la razón por la que esta pregunta sería impertinente.

3.3. Preguntas capciosas

Una pregunta capciosa, utiliza el artificio o engaño inclusive dolo, para confundir al testigo, ya sea mediante una falacia, un hecho inexistente, inexacto, erróneo o sesgado.

Ej.: Testigo: ¿De acuerdo con la documentación que tengo aquí, (hace que lea un par de líneas) no es cierto que...”? Normalmente el testigo cree que lo que está leyendo el abogado es un documento contrastado, cuando el documento puede, incluso, ni existir.

Puede estar formulada de tal forma que se presuponga la verdad de alguna conclusión implícita, pues es probable que la pregunta sea retórica y no busque genuinamente una respuesta, o también puede ser que la pregunta tenga hechos ciertos y falsos, y además, se obligue a contestar a la testigo con un sí, o con un no. Si dice si, estaría aceptando un hecho falso, y si dice no, estaría negando dos hechos ciertos. En conclusión, como es una trampa, la testigo no tiene salida. En el contexto jurídico hay que tener especial cuidado con estas preguntas falaces, debiendo el juez rechazarlas, aun cuando no haya sido objetadas por las partes.

Ej.: ¿Era suyo el cuchillo con el que mato a la víctima? Tanto si responde si, como si responde no, el acusado estaría asumiendo su culpabilidad en el delito. (Martínez, 2010, pág. 261).

Es decir, se formulan preguntas que, en apariencia es totalmente inocente, pero que en la realidad es una táctica para hacerle decir algo al testigo que le interesa a quien formula la pregunta, independientemente de cual sea la respuesta.

3.4. Preguntas compuestas

“Las preguntas compuestas contienen varios hechos, lo que dificulta su comprensión, y buscan que quien testifica, proporcione respuestas fuera de contexto”. (Narváez; 2017: 307). Ej.: ¿Qué uniforme vestía el día que le encontraron uniformado con el uniforme de la empresa en la que trabaja, y con ese uniforme, a qué lugar fue durante el día en que se suscitaron los hechos materia de esta controversia, y que provocaron este litigio? En estos tipos de preguntas, el testigo podría contestar solo una pregunta, ambas o ninguna, y la respuesta recibida podrá ser ambigua, incompleta o ambas.

3.5. Preguntas destinadas a coaccionar ilegítimamente al declarante

“En estas preguntas, se presentan situaciones relativamente excepcionales en las que existe un hostigamiento o presión abusiva sobre el testigo, coartando de manera significativa su libertad para responder.” (Baytelman y Duce, 2004, pág. 133).

3.6. Preguntas sugestivas

Son aquellas que contienen una aseveración o hecho que el testigo de manera sencilla, estaría aceptando o rechazando la misma. Con ello, le quitan protagonismo al testigo, y deja en duda su capacidad de percepción, pues no permiten que se evalúe correctamente el testimonio.

“Es decir, se insta al testigo para que declare lo que se le sugiere. La pregunta sugiere la respuesta del testigo que debe declarar abiertamente sobre los hechos.” (Narváez; 2017, pág. 307).

Ej.: ¿Diga usted, si en el momento en que sucedieron los hechos, al salir del bar a las 03h00 de la mañana, regresó a su casa para descansar, pues ya era demasiado tarde, al siguiente día tenía que viajar?

Es decir, esta información, no llega al juez por parte del testigo, si no, por parte del abogado que interroga, cuando es el testigo el que debe proporcionar los hechos en su versión.

3.7. Preguntas vagas, confusas y oscuras

Este tipo de preguntas, por su complejidad, distraen, entretienen y confunden al testigo. Ej. ¿Puede determinar cuál es el objeto jurídico y cuáles son los elementos constitutivos para haberlo hecho venir a declarar en este juicio?

“No se entiende, no tiene claridad en la forma de realizar la pregunta, y no precisa la información que se requiere, es incomprensible.” (Narváez; 2017, pág. 309).

3.8. Preguntas hipotéticas por opiniones o conclusiones

Nacen de suposiciones ocasionando que la declaración del testigo pierda credibilidad, cuando lo correcto es que el testigo declare solamente de los hechos que de forma personal percibió.

Da al nacimiento de una hipótesis con el objeto de que el testigo la confirme o niegue, jugando con su mente, para que olvide lo percibido o recordado, pretendiendo que se inmiscuya en situaciones que no conoce. (Narváez; 2017, pág. 307).

Ej.: ¿Cómo puede usted afirmar que el señor XX, se encontraba realizando esa actividad, si usted estaba en su casa, y ¿Cómo es posible que usted pueda testificar de la manera que lo hace hoy?

3.9. Preguntas que violen su deber de guardar reserva o secreto por razón de su estado u oficio, empleo, profesión, arte o por disposición expresa de la ley

Esta clase de preguntas, están relacionadas con las actividades laborales o empresariales de quienes declaran, por lo tanto, no pueden contener o pretender buscar secretos técnicos, comerciales o de fabricación calificados de reservados o de circulación restringida, en razón del trabajo que ejecuta. (Art 278 COIP), y (art.45 Código del Trabajo).

4. Las objeciones por principio de contradicción y por excepción

Toda esta clasificación de preguntas, pueden deben ser objetadas por las partes, de forma motivada y fundamentada, objeción que podrá ser aceptada o negada por el

juez, pues es una herramienta del derecho a la contradicción, que rige en los nuevos modelos de sistema de justicia y sirve para limitar la obtención de información a través de medios ilegales.

“Por el principio de contradicción de la prueba, toda evidencia debe ser puesta oportunamente en conocimiento de la contraparte para que pueda controvertirla o consentirla, y para controlar la regularidad y el cumplimiento de los presupuestos legales.” (Guarderas; 2017, pág. 138).

Su objetivo es evitar dentro del debate oral declaraciones superfluas, repetitivas, tendenciosas, impropias obtenidas ilegalmente, que afecten principios como la presunción de inocencia, o el mismo principio de contradicción.

Las objeciones son el “método de limitación a la facultad de interrogar que posee la parte contraria con el fin de evitar que la información que proporcione el declarante al tribunal resulte afectada, por ejemplo, por la intervención sugerente o capciosa del abogado examinador...”. (Carlos Barragán y Salvatierra, 2009).

Es muy común ver en los interrogatorios a los testigos, sus abogados permiten toda clase de preguntas, sin saber si quiera que las puede y debe objetar, ya sea por desconocimiento o falta de preparación, o lo hacen cuando ya han sido contestadas. La objeción debe ser oportuna, específica y con el fundamento pertinente.

Por otra parte, según el principio dispositivo, el juez está prohibido de objetar las preguntas que realiza el abogado de la defensa, pues como digo, es el propio abogado quien debe valorar los cuestionamientos y decidir si es necesario objetar o no, pues este trabajo corresponde a la defensa del testigo que está declarando. El juez determinará sobre la procedencia o no de la objeción, y podrá incluso declarar improcedente una objeción, con el argumento de que la pregunta ya ha sido contestada.

Hay una excepción en cuanto a permitir las preguntas sugestivas, y es que, según el COGEP, podrán ser admitidas, solamente si están relacionadas a temas introductorios, que no afecten los hechos controvertidos o si están orientadas a recapitular información ya aportada por el declarante, cuando el testigo haya sido calificado como hostil, o en el contrainterrogatorio, según el art. 177 del COGEP.

Esto es algo nuevo que trae el COGEP, ya que, por regla general, no están permitidas las preguntas sugestivas, es decir aquella que contiene una infinidad de calificaciones, que el testigo con una sola respuesta de negativo o positivo, esta acreditando toda la información que con calificaciones contiene la pregunta.

Así entonces, la parte que recibe la hostilidad de responder las preguntas al interrogar, sea actora o demandada, solicita al juzgador que se declare al testigo como hostil, ya que sus respuestas son ambiguas y poco esclarecedoras, ya sea por el estado emocional del testigo frente a la audiencia, al cual se le hace preguntas que debería responderlas fácilmente, y no lo hace.

En fin, son temas de percepción que solamente en audiencia, bajo este nuevo sistema de oralidad e inmediación, el juez podría calificar al testigo como hostil, a fin de que le puedan hacer preguntas sugestivas.

5. Análisis de casos

Caso 1: En la Unidad Judicial de Familia del cantón Loja, se sustanció el Juicio divorcio por abandono voluntario nro.11203-2016-03060. El actor pretende probar el abandono mediante prueba testimonial, y el juez al resolver dice:

“... los testigos dicen ser amigos con el accionante, por tanto, no son idóneos. [...]”.

El art. 189 del COGEP, claramente determina quiénes pueden declarar y quienes no, definiendo al testigo como cualquier persona que tenga conocimiento personal de los hechos. En el caso concreto, el juez no da crédito a los testigos, por el hecho de ser amigos con el accionante, calificándolos como no idóneos, vulnerando así el derecho a la seguridad jurídica, legítima defensa, seguridad jurídica y tutela judicial efectiva del actor.

Al momento de valorar la prueba testimonial, hay que establecer la credibilidad de la declaración del testigo, y esto puede suponer la valoración de datos complejos, como las relaciones laborales o de parentesco, entre el testigo, y las partes, su comportamiento en general, y durante el interrogatorio, el contenido, la forma y las modalidades de su respuesta, etc. (Zavala, 2016, pág. 69).

Caso 2: En la Unidad Judicial de Trabajo del cantón Loja, se sustanció el proceso 11371-2016-00138. El actor, pretende probar su relación laboral, con testigos.

Realiza preguntas como: ¿Indique por conocer a la interrogante, a órdenes de qué persona trabajó durante el mes enero del 2015 a enero del 2016? RESPONDE: A órdenes de la señora Rebeca G.

A lo cual se añade la confesión judicial realizada por la parte actora, que afirma la existencia de la relación laboral. El juez dice que no da credibilidad a los testigos, porque son referenciales, y conocen los hechos porque la actora se los ha contado, y además la misma pregunta, contiene la respuesta.

En este caso, el juez no valoró correctamente la prueba, pues los testigos declararon de forma clara y concordante. El juez, es muy formalista al resolver, actuando hasta con cierto voluntarismo al impone su criterio, sin siquiera hacer un mínimo de esfuerzo por intentar resolver, buscando la mayor de la razonabilidad y justicia material, lo que evidentemente conllevó a una violación del derecho de la parte actora a una tutela judicial efectiva, legítima defensa, y a la seguridad jurídica.

El juez debió valorar esta prueba testimonial, en su conjunto, con los otros medios de prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica conforme lo expone el Art. 164 del COGEP, es decir, con la confesión judicial realizada por la parte actora, que afirma la existencia de la relación laboral, y así, luego de este análisis, establecer si efectivamente la prueba testimonial merece credibilidad o no, para que haga fe en juicio.

Caso 3.

Como no citar el emblemático caso por el asesinato de Meredith Kercher con arma blanca de suscitado en Perugia Italia en el 2007 resuelto en 2015. Este caso, fue conocido por 3 tribunales de Italia. El fiscal acusó a la norteamericana Amanda Knox y a su pareja sentimental Raffaele Sollecito, como culpables del homicidio, y fueron sentenciados a 26 años de prisión. Pero finalmente en el año 2015, la más alta Corte de Casación de Italia, revocó la declaratoria de culpabilidad, dictada por la Corte de apelaciones de Florencia, declarando su inocencia, y así puso punto final a este impresionante proceso judicial.

El asunto es que las pruebas científicas del ADN, en el arma blanca, estuvieron muy contagiadas, y por lo tanto débiles para probar la culpabilidad. Y el fiscal,

argumentaba que las conductas de los acusados, no eran normales, como por el hecho de que se besaban en la escena del crimen, y bajaron las miradas en los interrogatorios.

Además, para desacreditar incluso su reputación, hicieron circular información en los medios de comunicación, acerca de la vida íntima de la acusada, proyectando que llevaba una conducta sexualmente promiscua, incrementando el prejuicio en contra de la acusada. El hecho es que, ni los actos investigativos derivados de su vida sexual, ni la forma de reacción de los acusados en los interrogatorios, podían ser empleados o valorados en los fallos judiciales con conductas sospechosas, pues devienen en prueba prohibida.

A las autoridades judiciales, les extrañaron las actitudes relajadas de la pareja, pues mientras aguardaban en la comisaria para declarar, se besaban y se hacían cariños en público, además que se proferían comentarios sexuales.

Ya en el desarrollo de la audiencia, los acusados desviaban las miradas cuando es les indicaba las imágenes del cadáver de Meredith. El fiscal nunca tomó en cuenta que ante casos trágicos como estos, las personas tienen distintas formas de reaccionar, sin que ello equivalga a culpabilidad, o sospecha.

Los medios de prueba científicos ofrecidos por la fiscalía, nunca alcanzaron el estándar probatorio exigido y por lo tanto, no vencieron la presunción de inocencia de la acusada, pues la fiscalía, era lógico, actuaba por la influencia mediática de su país en la persecución de este caso, sumado a su erróneo concepto del caso formado bajo sus propios prejuicios.

6. Valoración de la declaración del testigo

Los testigos deberán declarar en forma expresa lo que hayan visto u oído, de tal modo que lleven al criterio judicial el convencimiento de la producción de un hecho. Su declaración será valorada bajo las reglas de la sana crítica, en relación con las demás pruebas, tomando en cuenta si las respuestas fueron concordantes, contundentes y enfáticas, o si hubo respuestas evasivas, incongruentes, o negativas a declarar, conforme al Art. 177.6 y 186 del COGEP.

El juez, al momento de calificar los interrogatorios, debe hacer un mayor ejercicio hermenéutico, pues por lo general, un testigo, no siempre adopta una posición

neutral, y el juez, debe estar seguro, porqué debe o no creerle, sabiendo que el testigo pueda tener cierta inclinación o interés hacia una de las partes litigantes, o en el resultado del juicio.

Pero el COGEP, no dice el cómo puede considerarse creíble la declaración de una persona, es decir que si su calificación y valoración, depende por completo de lo que le parezca al juez, quien, en base a su sana crítica, interpretara expresiones faciales, entre otros aspectos, para dar o no credibilidad al testigo, y su declaración, tomando en cuenta que, las incoherencias de un testimonio, no necesariamente evidencian que una persona este mintiendo, si no que, en realidad, no recuerda los hechos. (Zavala, 2016, pág. 36).

El juez, no debe apreciar conductas del testigo como nerviosismo, o gestos, al valorar la declaración del testigo, pues su preparación, no está orientada a diagnosticar esta conducta en los seres humanos. En el tercer caso práctico analizado en este trabajo, sobre la justicia italiana, citaré un claro ejemplo de un error judicial que se ocasiona al pretender valorar la prueba testimonial, a partir de las reacciones personales del declarante.

Lo correcto es abordar los testimonios, sometiéndolos bajo parámetros como la coherencia, la contextualización y verosimilitud del relato. La descripción del ambiente espacial o temporal en que los hechos tuvieron lugar. Si esos hechos ambientales, son plausibles, y declarados de forma claramente espontánea por el sujeto, suele valorarse que es difícil que esté mintiendo.

Por otra parte, está la corroboración, es decir, cuando dos o más testigos declaran lo mismo sobre un mismo hecho, pero el juez, en su valoración, tiene que exponer la existencia de un hecho declarado, como corroborado, y a partir del mismo, debe explicar, por qué dicho dato, ha de ser corroborado.

Respecto a este punto, en la legislación colombiana, nos dice que para apreciar el testimonio, el juez tendrá en cuenta los principios técnico científicos sobre la percepción y la memoria, especialmente lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, los procesos de rememoración, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el contrainterrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad. (Código de Procedimiento Penal Colombiano, art 404).

Entonces el juez, al calificar los interrogatorios, no podría hacerlo desde una concepción formalista al resolver, o voluntarista, tratando de imponer su criterio, sin siquiera un mínimo de esfuerzo por intentar resolver, buscando la mayor de la razonabilidad y justicia material, para evitar así, llegar a una violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y legítima defensa y a la seguridad jurídica, tomando en cuenta que, es en esencia un hombre con emociones y pasiones que lo único que lo diferencia de las partes, es su jerarquía social.

7. Psicología del testimonio

En esta parte, es importante tomar en cuenta muchos factores que puede influenciar en un testimonio, tales como, el tiempo transcurrido desde el día de los hechos y del testimonio, edad del testigo, luminosidad y distancia de la observación, nivel de estrés, entre otros. Analizando estos factores, podríamos advertir cuanto un testigo está mintiendo sobre lo que declara, factores que se pueden saltar a la vista, sin tomar en cuenta el rostro, los gestos, o el tono de voz del declarante, ya que tales señales, por lo general desorientan al juzgador, y constituye un criterio muy subjetivo, para medir la credibilidad de un testigo.

En el caso de Italia analizado anteriormente, vemos que, pese a la manipulación de las pruebas científicas de ADN, sobre el arma blanca con la que asesinaron a Meredith Kercher, a la fiscalía, no le quedó otra opción que argumentar su acusación debido a las conductas personales de la acusada, inclusive el evadir la mirada en el interrogatorio, cuando, obviamente esto es algo muy subjetivo como para darle valor probatorio, pues son conductas propias de la personalidad de cada testigo.

Para analizar la psicología del testimonio, el juez debe ser lo suficientemente observador para primeramente analizar, quién es la persona que está declarando, qué es lo que contesta, cómo contesta, su interés, espontaneidad, organización, lógica y precisión. Ello se puede observar con mayor facilidad, cuando el interrogatorio contiene preguntas breves y abiertas, sin mayor información, a fin de que el testigo, tenga libertad de hablar. Con eso se evita que el testigo termine declarando lo que quiere el interrogador, y sea el declarante quien introduce los hechos al proceso.

Para determinar la credibilidad de un testimonio, se debe conocer las conclusiones, al menos principales, a las que ha llegado la psicología del testimonio que estudia la credibilidad de las declaraciones, tratando de

detectar las mentiras y señalando los diferentes móviles que pueden hacer que un declarante aporte esas falsedades al proceso, comenzando por la percepción, la sensación y la memoria. (Couture, 1990, pág. 214).

8. La sana crítica

La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, dejando a salvo las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos. Así lo prescribe el inciso segundo del artículo 164 del COGEP.

Como lo menciona Moran, “La sana crítica, convoca al mundo subjetivo del juez para que en la concurrencia de todos los factores que participan en ese mundo, pueda alcanzar los niveles de un medio probatorio, y formar su convicción.” (Morán, 2011, pág. 259).

Es decir, la sana crítica es la facultad que tiene el juez al calificar los interrogatorios a los testigos, como la operación intelectual cumplida para darles o no el valor de prueba plena a estos testimonios en sus decisiones judiciales, que tienen que estar siempre orientadas a la búsqueda de la verdad, y a materializar y satisfacer los bienes jurídicos existentes y demandados.

La prueba testimonial es muy común pero también muy endeble, pues, entran en juego los sentidos, lo cual implica que una persona va a relatar lo que éstos pudieron captar sobre tal o cual hecho o acontecimiento; más endeble resulta todavía cuando el testigo es de oídas, o sea que repite lo que otra persona le dijo, sucede que la alteración de los hechos es mucho más fácil. Por esta razón, el juzgador está en la obligación de aplicar las reglas de la sana crítica consistente en una operación intelectual destinada a la correcta apreciación de las pruebas realizada después de un análisis en donde entran en juego la lógica, la ética, la contradicción y todos aquellos valores subjetivos encaminados a obtener un criterio válido de los acontecimientos. (Gaceta Judicial. 1998: 3183).

Basado en la libertad de reglas jurídicas, pero sometido a la racionalidad objetiva, que determinan las reglas de la lógica, y de las máximas de la experiencia, (sana crítica), las mismas que imponen que los hechos se tengan por probados, cuando existan razones fácticas suficientes aportadas al proceso, a través de los medios de prueba y que, por la exigencia de la motivación de las sentencias, se conocen y pueden controlar en cuanto a la valoración que el juez hizo de éstos, para decidir, los hechos que da por probados. Siguiendo el ejemplo, el juez puede aceptar o rechazar libremente la declaración de los testigos, pero para rechazar declaraciones aparentemente armónicas, de testigos válidos, deberá examinar en el fallo la

razón de la actitud. Podrá establecer, por ejemplo, que el primero de los testigos, declara conocer los hechos por referencia de la parte que lo presenta; que el segundo, aun teniendo edad válida para declarar, no pudo, por falta de experiencia de la vida haber advertido detalles y pormenores de la índole de los que suministra; que el tercero refiere un episodio ocurrido a una distancia que lo hacía imperceptible, etc. Lo dicho, expresa que las sentencias, no se agota en una pura operación lógica, sino que responde, además, a una serie de advertencias que forman parte del conocimiento mismo de la vida. (Zavala, 2016, pág. 61).

Entonces, las reglas de la sana crítica son reglas de lógica y de la experiencia humana suministradas por la psicología, la sociología, que son las que dan al juez conocimiento de la vida y de los seres humanos, que permiten distinguir lo que es verdadero y lo que es falso.

Eduardo J. Couture, que es quien con mayor claridad trata sobre el tema, dice: "Las reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano en ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba (ya sea de testigos, de peritos, de inspección judicial, de confesión en los casos de que no es lisa y llana) con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas. El juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica, no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente. Esta manera de actuar no sería sana crítica sino libre convicción. La sana crítica es la unión de la lógica y la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento. Las reglas de la sana crítica conducen en su sentido formal a una operación lógica. Existen algunos principios fundamentales de la lógica que no podrán ser nunca desoidos por el juez... Las máximas de experiencias de que ya se ha hablado contribuyen tanto como los principios lógicos a la valoración de la prueba. El juez, nos permitimos insistir, no es una máquina de razonar, sino, esencialmente, un hombre que toma conocimiento del mundo que le rodea y le conoce a través de sus procesos sensibles e intelectuales. La sana crítica es, pues, la lógica apreciación de ciertas conclusiones empíricas de que todo hombre se sirve para moverse en la vida. Esas conclusiones no tienen la estrictez de los principios lógicos tradicionales, sino que son contingentes y variables con relación al tiempo y con relación al lugar. El progreso de la ciencia está hecho de una larga cadena de máximas de experiencia derogadas por convicciones más exactas; y frente a la misma manera de desarrollar los principios lógicos, la historia del pensamiento humano es un constante progreso en la manera de razonar. Es necesario, pues, considerar en la valoración de la prueba, el carácter forzosamente variable de la experiencia humana, tanto como la necesidad de mantener con el rigor posible los principios de lógica en que el derecho se apoya». (Fundamentos del Derecho

Procesal Civil, Segunda Edición. Editorial Depalma. Buenos Aires. 1951.
Pág. 174, 175 y 176)...”

9. Los hechos a partir de nuestra percepción

El cerebro depende de las percepciones del ser. Para que se materialice la justicia, lo que el juez resuelva, deberá necesariamente siempre estar concatenado con lo que en el mundo exterior existe. Factores como edad, nivel educativo, socio cultural, etc., pueden influir en la facilidad de expresión.

El testigo puede no ser capaz de describir en términos sencillos qué miró o escuchó o sintió, o hizo en el momento en que sucedieron los hechos, y su fidelidad y mayor o menor aproximación a la realidad, depende de la forma en que el deponente ha percibido el acontecimiento del que se trata.

Pero la ciencia también nos puede servir para llegar a la verdad. Si estamos hablando de que, para la prueba testimonial, una persona ha percibido a través de sus sentidos los hechos, entonces ¿cómo el cerebro de esa persona, procesa y almacena esa información que ha percibido? Eso es algo que lo podremos saber si analizamos esa percepción, a través de la neurociencia.

Para valorar la prueba testimonial, dependerá mucho de en qué momento lo declara, pues esto va relacionado con el tiempo, y mientras más pasa el tiempo, los recuerdos se irán olvidando. Hay recuerdos que duran mucho tiempo en nuestro cerebro, y otras que no. Esto se puede comprender a partir de la cognición y la percepción del cerebro, respecto a los hechos percibidos.

Kia Nobre, Catedrática de Neurociencia cognitiva en la Universidad de Oxford, lleva años estudiando los sistemas neuronales y las funciones cognitivas del cerebro, para comprender la mente y las formas en que construimos la realidad, convirtiéndose en un referente en neurociencia a nivel mundial. Ella dice que el cerebro es capaz de generar una vida mental muy rica, por lo que debemos entender nuestra cognición. Esta facultad que, como seres humanos, tenemos para procesar información a partir de nuestra percepción. El cerebro no es solo un receptáculo que almacena toda la información que le llega, si no que no cesa de hacer predicciones, y proyecciones, y lo hace al dar expectativas de lo que es importante para nosotros. Cuando un suceso se repite, el cerebro invierte menos tiempo en inspeccionarlo, y la repetición acostumbrada o monótona del cerebro da por sentado lo que va a ocurrir luego. Pero, cuando algo nuevo acontece, el cerebro no tiene como predecir qué pasará, y se disparan las señales de alarma para que se ponga en actividad nuestro cerebro y aprenda de la

situación. No cabe duda de que la realidad es distinta de cómo la vemos.
(Nobre, 2013).

Para poner un ejemplo, nosotros al ir a nuestros trabajos diariamente, utilizamos las mismas rutas, horarios, etc. Es algo rutinario que hacemos, casi se podría decir que lo hacemos con nuestro cerebro en piloto automático. Pero si uno de esos días en que nos dirigimos a nuestros trabajos, presenciamos un accidente, nos encontramos con alguien que no veíamos hace mucho tiempo, entonces como dice Nobre, el cerebro no tiene como predecir qué pasará, y dispara las señales de alarma que pondrá al máximo nuestra actividad cognitiva y de percepción, haciendo que aquel día, por excepcional, sea inolvidable.

La percepción de los hechos y cómo se los almacena en el cerebro, también depende del nivel cultural del testigo, pues las personas percibimos los hechos, y en función de si son experiencias significativas o excepcionales, perduraran en nuestro cerebro por un mayor tiempo, pues, cuando nosotros observamos algo, o percibimos algo, automáticamente pasa por un radar cerebral, el radar de nuestra experiencia.

Para entender aquello, por ejemplo, si un banquero, es decir quien tiene actividades relacionadas con estados financieros, balances económicos, etc.; de pronto resulta que llega a presenciar un accidente de tránsito, será algo que quedará grabado en su cerebro, y muy difícilmente podrá olvidar detalles de aquello; pero, para el policía que hizo el parte policial del accidente, seguramente el día en que sea llamado a declarar, los recuerdos de aquel accidente, no estarán tan latentes, por ser algo rutinario para él, y al estar acostumbrado a presenciar un sin número de accidentes, uno más, no sería la excepción para ser relevante, o impactante en su vida.

10. Conclusión

10.1. El juez, no debe valorar manifestaciones externas del testigo, como nerviosismo, gestos, entre otras conductas humanas, dándole contenido a esa exteriorización de estímulos como parámetros, para darse cuenta de que miente o dice la verdad.

10.2. El juez tiene que saber distinguir si los nervios del testigo, son resultado de su personalidad, y no de una manipulación, o porque se trata de un testigo falso. Además, debe tomar muy en cuenta que la información que mediante los sentidos llega al cerebro del testigo, será contada de acuerdo a su personalidad, o nivel cultural.

10.3. Como seres humanos tenemos mucho por descubrir acerca de nuestras percepciones, emociones e intuiciones que nos llevan a tomar las decisiones, respecto a nuestras experiencias trascendentales. Muchas veces no percibimos la realidad, pues nuestro cerebro lo que hace es interpretar la realidad. Por ello, el juez, debe darse cuenta si esta frente a una mentira o a un error en la percepción, pues es su responsabilidad cuidar que sea lo más irrefutable posible, para llegar al objetivo que es la búsqueda de la verdad.

10.4. El juez, al momento de presenciar y valorar la declaración de un testigo, tiene que tener en cuenta que éste, no describe los hechos que vio o escuchó, describe lo que cree que vio o escuchó, pues que los hechos tienden a desvanecerse, conforme pasa el tiempo, y los abogados al interrogar, introducen detalles que distorsionan a un más los hechos, sobre todo cuando hay testigos aún más susceptibles a la sujeción.

10.5. Otra situación que el juez debe tomar en cuenta es que, si bien es cierto, los interrogatorios pueden ser objetados por los abogados, jamás se lo podrá hacer, tomando en cuenta el tipo de persona que declara, ya sea porque se

cuestiona su integridad, religión, etnia, inteligencia, racionalidad, conductas sexuales, etc. Como se dio en el caso Meredith Kercher, en Italia, el fiscal proyectó una vida promiscua de la acusada, para hacer creer que hacían continuas orgias, y producto de ello, falleció Meredith Kercher, cuando en realidad, ni siquiera la prueba de ADN, sobre el arma utilizada en el asesinato, tenía la certeza del quién era el autor o autores del crimen, pues tenían otras huellas de personas que nunca fueron identificadas en el proceso judicial.

10.6. Es por ello que los jueces, no deben dejarse persuadir por este proceso psicológico que aplica el abogado, ni por la eminente presión judicial a la que estará sometido. Sostener que las respuestas brindadas son falsas porque las proponen las personas sin educación, es un ejemplo claro de esta falacia, pues el argumento va dirigido no a la respuesta, sino a presionar la aceptación de ella por parte del testigo, debido a sus peculiares circunstancias.

10.7. Con la transformación del sistema de justicia, el papel del testigo toma importante protagonismo en las audiencias, y el juez debe valorar de manera directa y personal su declaración, a partir del principio de inmediación y contradicción, quien, además, deberá tener en cuenta, el funcionamiento del cerebro y su percepción, su asociación a hechos conocidos a través de la neurociencia.

10.8. Cuando un testigo declara en un juicio, se supone que debería decirnos la verdad, pero esa verdad, dependerá de en qué momento la trasmite a los operadores de justicia. Si se trasmite la información de forma inmediata, tendrá mucha mayor fiabilidad, partiendo del hecho que la memoria se relaciona con el tiempo, y ha mayor tiempo, menor recuerdo.

10.9. No es lo mismo el testimonio de un abogado, que ha comparecido a muchas audiencias, que el de una cajera de un banco. Probablemente la cajera va a estar nerviosa al declarar. Pero esa manifestación externa, jamás podría ser

considerada como señal de que está mintiendo. Para ello, existe el principio de contradicción, que es el que faculta el contrainterrogatorio en todo proceso. El testigo estando en el debate en juicio, activa el principio de inmediación y contradicción. Así se le da o se le quita credibilidad al testimonio.

10.10. El testigo transmite la información que ha percibido por los sentidos, el momento del debate en juicio. Pero el tiempo podrá alterar la calidad de la información, pues la relatividad temporal de acuerdo a los órganos sensoriales, podrá alterar el hecho en el cerebro, y su percepción. El cerebro está sujeto a apreciar ilusiones que pueden alterar la percepción en el ser humano. Por ejemplo, si los hechos se perciben en el día, o la noche, o a que distancia estuvo el testigo de lugar de los hechos.

10.11. ¿Como saber entonces si el testigo está mintiendo, o es solo cuestión de la percepción?, Pues el juez tiene que analizar la fiabilidad, verosimilitud y lógica de la información que proporciona el testigo, contrastada con los demás medios de prueba.

10.12. El juez, debe tener la suficiente capacidad para saber, cuando la declaración del testigo es objetiva, o que, por tener algún interés en el juicio, tenga la intención deliberada de mentir. A las personas de por sí, no les gusta involucrarse voluntariamente a los pleitos; y el hecho de que un testigo comparezca a rendir declaraciones, lo normal sería que lo haga impulsado por colaborar con la administración de justicia y que se resuelva conforma a derecho.

10.13. También podría haber un interés que puede ser hasta cierto punto razonable, como, por ejemplo, por familiaridad, amistad, sin que ello implique el hecho que, por su particular interés, tengan que mentir. Lo que desde ningún punto de vista es aceptable, es que el interés existente, de deba a asuntos reprochables, como enemistad, odio, venganza, o beneficio económico.

10.14. En los casos prácticos analizados, en el primero, el juez dice que el testigo no es idóneo por ser amigo del actor, y en el otro caso, dice que los testigos son referenciales. El juez no valoró correctamente la prueba testimonial. El juez en base a sus facultades, debió interrogar directamente a los testigos, en su objetivo principal de la búsqueda de la verdad, pues ello no implica que deje de ser imparcial, ya que él no sabe cómo responderá el testigo, ni a cuál de las partes favorecerá su respuesta.

10.15. La reforma procesal explicada en este artículo, obliga al juez a ser un operador de justicia proactivo, y no pasivo como aquel que tradicionalmente ha existido, pues su obligación es encontrar la verdad al valorar esta fuente vida del derecho como es la prueba testimonial, pudiendo inclusive actuarla de oficio, pues está totalmente facultado de hacerlo, en caso de ser necesario.

10.16. Finalmente, estos cambios datos en el sistema de justicia, conlleva la responsabilidad tanto de los operadores de justicia, como de los abogados y la ciudadanía. Las partes están obligadas a litigar siempre con buena fe y lealtad procesal, en la búsqueda de la verdad y la justicia. Si la imagen de la administración de justicia, se deteriora, la sociedad civil confiará cada vez menos en ella, y no solamente por responsabilidad directa de los jueces, sino también, y en gran medida, por el indebido comportamiento de las partes en el proceso, que no tienen conciencia de su responsabilidad social y abusan de su derecho a la defensa en juicio.

11. Fuentes Bibliográficas

- Aguirre, V. (2010). *El derecho a la tutela judicial efectiva*. Una Aproximación a su aplicación por los tribunales ecuatorianos. Quito.
- Baytelman Andrés y Duce Mauricio. *Litigación Penal y Juicio Oral*. Chile. 1ª Ed. Salesianos S.A.
- Bravo, Cesar (2011). *Tratado de Derecho Constitucional*. N.º 1, vol. 1. Cuenca: Ediciones CARPOL.
- Bolaños, Jorge. (2017). *Modelos procesales con el Código Orgánico General de Procesos*. Tomo I. Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Buenaño, Richard (2016). *Practica del Proceso Civil y Laboral con el COGEP*. Ed. Segunda. Los Ríos. Editorial Jurídica L y L.
- Carlos Barragán y Salvatierra, (2009). *Derecho Procesal Penal*. 3ra, ed. México. MCGRAW-HILL/INTERAMERICANA EDITORES, S.A. DE C.V.
- Couture, Eduardo. (1958). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires, Roque Depalma Editor
- Chioventa, J. (1925). *Principios del derecho procesal civil*. Madrid. Editorial REUS. S.A. Tomo II.
- De la Rúa, F. (1991). *Teoría General del Proceso*. Buenos Aires, Depalma.
- Ediciones Legales, (2011). *Manuel Práctico Legal Ecuatoriano*. Quito. EDLE S.A.
- Guarderas, S. (2017). *Comentarios al Código Orgánico General de Procesos*. Tomo II. Talleres de la Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito.
- Hernández, G. (2010). “*Los Principios Constitucionales, el Proceso Civil y la Seguridad Jurídica en actualidad y futuro del Derecho Procesal*”. Editorial Universidad de Rosario.
- Lacoviello, F. (2013). “*La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*” Milano: Giuffrè.
- Lopez, J. (2016). *Guía del Procedimiento Oral contencioso Administrativo*. Quito. Edit., Editorial Jurídica del Ecuador.
- Lovato, J. (1962). *Programa Analítico de Derecho Procesal Civil Ecuatoriano*. Quito. Edit., Casa de la Cultura Ecuatoriana. Tomo IV.
- Martínez, Z. (2010). *Metodología Jurídica y Argumentación*. Madrid. Barcelona: Editorial Marcial Pons. Primera Edición.
- Meneces, P. (2014). *Fuentes de Prueba y Medios de Prueba en el Proceso Civil*. *Revista Ius Et Praxis*.
- Morán, R. (2011). *Derecho procesal civil práctico*. Quito: Ecuador. Edilex, S.A.: primera edición.
- Narváez, Ch. (2017). *Compendio de práctica forense en materia Civil y Notarial*. Quito. Editorial Workhouse Procesal. 1ª Ed.

Nobre, kia. (2013). *Neurociencia Cognitiva. Redes. El cerebro construye la realidad*. Publicado el 27 feb. 2013 desde [HYPERLINK "https://www.youtube.com/watch?v=LBGquSb6BUY"](https://www.youtube.com/watch?v=LBGquSb6BUY)
<https://www.youtube.com/watch?v=LBGquSb6BUY>

Ramírez, Carlos et al. (2015). *Principales cuestiones a cerca del Código Orgánico General de Procesos en preguntas y respuestas*. Primera ed. Quito: Corte Nacional de Justicia.

Sentencia de la Corte Constitucional No. 023-13-SEP-CC5

Sentencia Corte de Casación de Italia, caso Meredith Kercher, en contra de Amanda Knox, Raffaele Sollecito, y otros.

Taruffo, M. (2008). *La prueba*. España. Editorial: Marcial Pons.

Zavala, Jorge. (2016). *Introducción al COGEP. La Prueba*. Primera ed. Perú: Depositario Legal de la Biblioteca Nacional de Perú.

Zavala, Jorge. (2016). *Valoración de la prueba, motivación y decisión judicial*. Primera ed. Perú: Depositario Legal de la Biblioteca Nacional de Perú.

Legislación:

Código de Enjuiciamiento en Materia Civil, publicado en el Registro Oficial de 1869.

Código de Procedimiento Civil, publicado en el Registro Oficial de 1938.

Código de Procedimiento Civil, publicado en el Registro Oficial de 2005.

Código Orgánico General de procesos, publicado en el Registro Oficial de mayo de 2015.

Código del Trabajo, Registro Oficial Suplemento 167 de 16-dic.-2005, y modificado el 20 de diciembre del 2016.

Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449 de 20-oct.-2008, y modificada el 21 de diciembre del 2015.

Constitución Política de la República del Ecuador, Registro Oficial 1 de 11-ago.-1998, modificada el 20 de octubre del 2008. (Derogada).

Fallo de la Corte Provincial de Justicia 16-VII-95. (*Resolución 262-94*) R. O. 796, 5- x-95. Quito. Recuperado de lexisfinder.

Gaceta Judicial. (1998) *SALA DE LO LABORAL Y SOCIAL*. Quito. Serie XVI. No. 12. Pág. 3183.

Gaceta Judicial, (1995) serie VI, No. 11: 248). Quito.

Gaceta Judicial. (1910) Serie II. Nro. 91. Pág. 726. Quito.

Gaceta Judicial. (1911) Serie II. Nro. 119. Pág. 951. Quito

Gaceta Judicial. (2001). Serie XVII. No. 8. CIII. Página 2263

Garberí, J. (2014). *Derecho procesal civil*. España. Wolters Kluwer. S.A.