

Trabajo final de máster

Máster en Razonamiento Probatorio

Título: La iniciativa probatoria *ex officio iudicis* en materias no penales y su vinculación con la garantía de motivación.

Alumna/o: Paúl Bernardo Pérez Vásquez

Tutor/a: Dr. Jordi Ferrer Beltrán

Convocatoria: Enero- abril del 2024.

“La falsedad es la sirvienta de la injusticia”¹

Jeremy Bentham.

La iniciativa probatoria *ex officio iudicis* en materias no penales y su vinculación con la garantía de motivación.

1. ¿Cuáles son las concepciones ideológicas sobre el proceso judicial?

1.1. Concibiendo al proceso judicial como un deporte. ¿Modelo ideal de justicia?

La concepción de la justicia y, específicamente, el proceso judicial, han sido asimiladas como justas deportivas, y no escapan de polémica. Roscoe Pound observaba este fenómeno como una de las causas de descontento popular hacia la administración de justicia y con frecuencia citaba la idea acuñada por el profesor Wigmore: “*The sporting theory of justice*” (La teoría deportiva de la justicia), para sostener que este quehacer estaba tan arraigado en el ejercicio profesional de la abogacía en los Estados Unidos de Norteamérica², que por analogía estaría al mismo nivel de rivalidad que una carrera de caballos o concebida como una “pelea de gallos” en la que vencía aquella parte procesal cuyo abogado era el más juguetón y con las espuelas más largas.; esto lo dijo en su calidad de juez mientras razonaba acerca del *common law*³.

En esa línea, el juez pasa a ser un árbitro de *actuación pasiva* que únicamente verifica el cumplimiento de reglas y atiende objeciones. Un proceso que desfigura el *leitmotiv* de la administración de justicia, pues, contribuye a que un juez por más meticuloso que sea, tenga que resolver un pleito únicamente sobre la base de lo que el abogado propone y de acuerdo con las reglas del derecho, dejando de lado lo medular: “*buscar independientemente la verdad y la justicia*”.⁴ En otras palabras, un modelo de proceso donde las partes compiten su propio juego, sin una real intervención judicial, donde la “indiferencia” es la regla con respecto al descubrimiento de la verdad, y el “triumfo” es el objetivo.

Lo dicho, se profundiza aún más cuando se reflexiona sobre aquellos autores que asumen que el proceso civil está orientado a la búsqueda de la verdad y arrostran, v.gr., al *sistema adversarial*, porque consideran que es ineficiente como procedimiento que coadyuve a expedir una decisión judicial comprometida con la verdad. Resaltan que estos sistemas esconden la verdad en vez de revelarla, tanto así que, destacan las “artimañas” usadas en el proceso y la “victoria”, en lugar de la “ética y la verdad”⁵. Lo cierto es que:

“(…) una competición bilateral entre las partes es «un mal sustituto de la búsqueda de la verdad», pues el «proceso adversarial encomienda la responsabilidad de reunir y presentar las pruebas de las que depende la resolución a las partes, cuyo interés principal está en ganar, no en la verdad» (...)”⁶.

¹ Susan Haack, “On Logic in the Law: Something, but not All”, *Ratio Juris*, volume 20, (2007): 30, doi:10.1111/j.1467-9337.2007.00330.x Disponible en: file:///C:/Users/User/Downloads/On_Logic_in_the_Law_Something_but_not_All_2007.pdf

² Roscoe Pound, “*The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*”, 7. Disponible en: <https://law.unl.edu/RoscoePound.pdf>

³ Harold Gill Reuschlein, “Roscoe Pound-The Judge”, *University of Pennsylvania Law Review* (January-1942), 319 Disponible en: https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=9228&context=penn_law_review

⁴ Pound, “The causes of Popular Dissatisfaction”, 7.

⁵ Michele Taruffo, *La prueba* (Madrid: Marcial Pons, 2008), 114.

⁶ Ibid.

De esta forma, el proceso no se lo puede idear bajo una teoría absolutamente individualista, relegándolo al único objetivo de resolver conflictos, una especie de “privatización” de los valores comprometidos en la administración de justicia⁷, donde solo importan los intereses particulares y el papel extremadamente activo de los individuos privados en el proceso, lo cual puede extrapolarse a la iniciativa probatoria⁸.

1.2. La búsqueda de la verdad.

Existen motivos suficientes para considerar entre los fines esenciales del proceso **i) el descubrimiento de la verdad** y **ii) que este propósito sea una condición imprescindible para la *corrección jurídica* de la decisión judicial⁹**, de modo que, la decisión se funde en una determinación verdadera de los hechos del caso. Además, estaríamos asumiendo una de las premisas que fundamentan la *concepción racionalista de la prueba*, esto es, la relación teleológica entre prueba y verdad, de suerte que la *finalidad principal de la prueba* sea conseguir el conocimiento de la verdad sobre los hechos que han ocurrido, aclarando que esa conexión se la plantea como un objetivo de la actividad probatoria¹⁰. Esto nos permite asumir el concepto de la *verdad por correspondencia*.¹¹

Taruffo menciona a aquellas concepciones del proceso que *niegan todo valor a la determinación de la verdad de los hechos*, y creen que instrumentalmente el proceso sirve como un espacio ideal para la contienda deportiva. Esto sucede cuando se concibe al proceso como una herramienta para poner fin a un conflicto *-dispute resolution-*¹². Montero Aroca, inclusive, sostiene que hay que renunciar “humildemente” a la búsqueda de la verdad en el proceso o acabar con este “mito”¹³. Si se parte de esta premisa ideológica, entonces, no interesa la determinación de la verdad de los hechos, por ende, no corresponde dotar a los juzgadores de poderes de “instrucción” que les permitan determinar la verdad¹⁴.

En ese sentido, desconocer *la dimensión epistémica* del proceso reduciéndolo a un “apropiado” torneo procedimental entre dos individuos privados, es la manera más displicente de abolir la asignación de un valor a la determinación de la verdad de los hechos¹⁵. Esta ideología nos aleja de la función epistémica del proceso en la búsqueda de

⁷ Owen Fiss, *The Law as it Could Be* (New York and London: New York University Press, 2003), 33-51 y ss.

⁸ Michele Taruffo, “Poderes Probatorios de las partes y del juez en Europa”. *Doxa. Cuadernos De Filosofía Del Derecho*, No. 29 (noviembre-2006): 264, doi: <https://doi.org/10.14198/DOXA2006.29.13>

⁹ Michele Taruffo, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos* (Madrid: Marcial Pons, 2010), 132-4.

¹⁰ Jordi Ferrer, *Prueba y verdad en el Derecho* (Madrid: Marcial Pons, 2005), 56 y ss.

¹¹ Jordi Ferrer, *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso* (Madrid: Marcial Pons, 2021), 18. “(...) diremos que un enunciado fáctico (...) es verdadero si, y solo si, corresponde con lo sucedido en el mundo”.

¹² Taruffo, “Simplemente la verdad”, 132.

¹³ Juan Montero Aroca, “La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española y la oralidad”, en *Revista de Derecho de la PUCP*, N.º 53 (diciembre-2000): 646-650. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.200001.017>.

¹⁴ Taruffo, “Poderes Probatorios de las partes y del juez en Europa”, 264.

¹⁵ Taruffo, “Simplemente la verdad”, 157-8.

la verdad¹⁶ y dota de irrelevancia a la calidad de la decisión¹⁷. Por ejemplo, la “ideología legal-racional” de la decisión judicial que destaca Jerzy Wróblewski, hace hincapié en *la calidad* de la decisión, donde predomina una aplicación correcta y racional del derecho, lo cual permite inferir que uno de los mecanismos que facultan implementar *decisiones justas* a través del proceso, es que éste se encuentre orientado a establecer la verdad de los hechos de la causa¹⁸. Por ello, concordamos que el proceso no es el fin sino el medio.¹⁹

Lo dicho hasta acá, responde a la posición de que, si la averiguación de la verdad se constituye como el objetivo central de la actividad probatoria, entonces, tiene sentido lo mencionado por Jordi Ferrer como un *principio epistemológico*: “(...) cuanto más información relevante esté a disposición de quien debe decidir, mayor probabilidad de acierto en la decisión”²⁰.

Es necesario clarificar que no son ajenas las posiciones que se oponen a la posibilidad de otorgar poderes probatorios al juez civil debido a la naturaleza del interés “privado o disponible” que se discute en el proceso, sin embargo, esta posición pierde sentido cuando se pretenda adosarla al proceso, ya que este no pertenece a las partes procesales sino al Estado, quien tiene el ejercicio exclusivo de la *función jurisdiccional* y, por lo tanto, utiliza al proceso como un medio para la realización de dicha función²¹. Concebir a la “jurisdicción” como una *función pública*, se deriva en dos aspectos esenciales como diría Calamandrei: **i)** la necesidad de otorgar técnicamente al juez de poderes probatorios para que coopere de manera activa en la satisfacción del interés público que en el proceso civil también está articulado, y **ii)** que si se reconoce ese carácter público de la jurisdicción es contraproducente para los fines de la justicia, tener un juez como “*espectador impasible*”²².

Taruffo menciona que los estudios psicológicos realizados por E. Allan Lind y Tom R. Tyler²³ concluyen: “(...) que la manera menos eficiente para descubrir la verdad de los hechos en el juicio es limitarse exclusivamente a las iniciativas probatorias de las partes”²⁴, de tal forma que, si se asume la impasibilidad total de la búsqueda de la verdad, necesariamente se adoptará un modelo donde las partes procesales abarcarán absolutamente todas las facultades de iniciativa probatoria, sin que se les otorgue nada a los operadores de justicia.

1.3. La dicotomía de procesos en palabras de Mirjan Damaška.

¹⁶ Jordi Ferrer, “Capítulo III. La conformación del conjunto de elementos de juicio I: proposición de pruebas”, en *Manual de Razonamiento probatorio*, ed. Jordi Ferrer (Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022), 82, <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/Publicaciones/archivos/2022-05/Manual%20de%20razonamiento%20probatorio.pdf> El autor identifica como uno de los grandes problemas de las críticas al otorgamiento de poderes probatorios al juez, al hecho de negar la búsqueda de la verdad como objetivo de la prueba en el proceso judicial.

¹⁷ Taruffo, “Simplemente la verdad”, 158.

¹⁸ Taruffo, “Poderes Probatorios de las partes y del juez en Europa”, 265-6.

¹⁹ Taruffo, “Simplemente la verdad”, 132.

²⁰ Jordi Ferrer, *La valoración racional de la prueba* (Madrid: Marcial Pons, 2007), 68.

²¹ Joan Picó i Junoy, *El juez y la prueba. Estudio de la errónea recepción del brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam y su repercusión actual* (Barcelona: Bosch, 2007), 105.

²² Ibid.

²³ E. Allan Lind, Tom R. Tyler, *The Social Psychology of Procedural Justice* (New York: Springer New York, NY, 1988), 114 y ss. <https://doi.org/10.1007/978-1-4899-2115-4>

²⁴ Taruffo, “Poderes Probatorios de las partes y del juez en Europa”, 264.

Mirjan Damaška analiza cómo un *modelo de proceso judicial* puede verse afectado por la visión opuesta de *dos modelos de Estado*, a saber: **i)** aquél que contribuye a ofrecer un marco de asistencia a los ciudadanos para que cumplan los objetivos que han elegido, con una intervención mínima en las esferas de la vida social, un *laissez faire* o **Estado reactivo** -minimalista- que, se encarga de proteger el orden y ofrecer un espacio para resolver los litigios que los propios ciudadanos no pueden. La sociedad civil está separada del Estado²⁵. Por el otro lado, **ii)** aquél que proporciona políticas públicas y se introduce en la vida social, donde los problemas y las políticas sociales se articulan con los problemas y políticas de Estado, i.e., un **Estado activista**²⁶.

En esa línea, los modelos de Estado influyen en la dicotomía de dos grandes modelos de *procesos*: **i)** aquellos que se orienta a la resolución de conflictos, y **ii)** los que se direccionan a la implementación de políticas públicas a través de la aplicación del derecho que ha sido preestablecido por el legislador.

El primero de ellos, moldea a los jueces como simples moderadores de un debate²⁷, es decir, espectadores pasivos donde las partes dirigen el proceso, establecen el objeto de la controversia, tiene el poder exclusivo de decidir qué hechos deben ser fijados, delimitan las pruebas sobre las que se adoptará la decisión judicial²⁸, y el resultado del proceso se determina por el estricto cumplimiento de las reglas que regulen el procedimiento. Es una especie de *justicia procedimental*²⁹ que no comulga con la búsqueda de la verdad.

El segundo modelo concibe al proceso como un mecanismo de aplicación de las consecuencias jurídicas que se extraen del derecho sustantivo o lo que es lo mismo, la implementación de *las políticas públicas* por medio del empleo del derecho que de manera anticipada ha sido determinado por el legislador. Además, con la exigencia de que la actividad probatoria se encauce a *la averiguación de la verdad*. En este caso, se sostiene que el proceso cumple con su función principal cuando las consecuencias jurídicas prescritas en la norma sustantiva se aplican para las personas que verdaderamente hayan causado daños a un tercero y no para quienes no lo han hecho³⁰. Entonces, podemos sostener que el derecho ha tenido éxito porque de esta manera se han implementado *las políticas públicas* que el Estado busca a través del derecho³¹.

Si asumimos a estas alturas que el fin del proceso es la búsqueda de la verdad, el juzgador no podría ser un mero colaborador pasivo del proceso, pues, **la imparcialidad** no puede ser entendida como pasividad procesal. La determinación de la verdad de los hechos que se correspondan al *supuesto de hecho* que está configurado en la norma, es condición necesaria para la legalidad de la decisión judicial y además sirve como *mecanismo de corrección* de la resolución jurídica en el proceso³². Si esto es así, entonces, la imparcialidad del juez debe ser asumida como **i)** un requisito indispensable para obtención de un juicio verdadero, ergo **ii)** como un instrumento imprescindible para la corrección del proceso³³. En palabras de Jordi Ferrer: “(...) la imparcialidad exige

²⁵ Mirjan Damaška, *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000), 125-130.

²⁶ *Ibid.*, 140 y ss.

²⁷ *Ibid.*, 176.

²⁸ Ferrer, “La conformación del conjunto”, 83.

²⁹ Damaška, “Las caras de la justicia”, 176.

³⁰ Ferrer, “La conformación del conjunto”, 83.

³¹ *Ibid.*, 84.

³² Taruffo, “Simplemente la verdad”, 134.

³³ *Ibid.*, 139.

indiferencia entre las partes, pero no neutralidad entre la verdad y la falsedad; exige que se busque la verdad con independencia de a qué parte beneficie”³⁴.

Es pertinente la reflexión de Taruffo: “(...) la pasividad del juez terminaría por jugar un rol contra-epistémico, pues el juez pasivo dejaría que el proceso estuviera dominado por sujetos que, en la mayoría de los casos, son indiferentes (si es que no hostiles) con respecto al descubrimiento de la verdad.”³⁵ Jamás una norma puede ser aplicada de manera “justa” a hechos que se consideran erróneos³⁶, por eso determinar la “verdad de los hechos” es fundamental en un proceso judicial.

1.4. Líneas ideológicas de partida y sus vínculos con los modelos de proceso.

En esa misma línea de pensamiento, es necesario analizar que los dos modelos propuestos por Damaška tienden a reflejar *connotaciones ideológicas* más generales que se introducen en el diseño procesal. De suerte que, tenemos una **i) visión liberal o neoliberal** del Estado que configura un modelo de proceso centrado en las partes y cuya característica esencial es la *resolución de conflictos*; y, **ii) la asunción de un Estado social** que erige un *modelo publicista del proceso*, centrado principalmente en su función social.³⁷ El primero tiene a Wach como su precursor clásico y el segundo se asienta sobre la obra de Klein y Chiovenda hasta llegar a Taruffo³⁸.

¿Cuál de estos modelos y sus ideologías gestionan de mejor forma la resolución de conflictos a través del proceso judicial? Del primero existen debates entorno a las ventajas o desventajas de encarar la gestión de resolución de conflictos, ora por el proceso judicial, ora a través de los métodos alternativos de solución de conflictos. Se acentúa en el valor del “acuerdo entre las partes” para que tenga relevancia la resolución y esto se consigue con procedimientos tales como: la mediación, la conciliación, el arbitraje, etc. En relación al segundo, se pone énfasis en que es *el derecho* (no el proceso) el mecanismo adecuado para prevenir, gestionar y resolver las controversias que surgen de la sociedad. Y, como método, resuelve conflictos a través de normas generales y abstractas que genera similares soluciones para todos los pleitos individuales que pertenezcan a una misma clase. Con todo, la seguridad jurídica se muestra robusta, pues, bajo este modelo es posible prever de manera anticipada las *consecuencias jurídicas* de las acciones, de suerte que, se erige una función de prevención de conflictos y lo que importa: la aplicación de políticas públicas mediante las cuales se procura resolver los conflictos³⁹.

En suma, son dos lógicas diferentes tanto en su *técnica* para resolver conflictos cuanto en los *valores* que protegen. No obstante, hay que hacer una precisión. El derecho no ignora ni el valor de la autonomía individual, ni el acuerdo de voluntades para la solución de conflictos. Es el legislador quien hace la disgregación de manera anticipada, es decir, o bien considera regular de manera genérica una clase de conflictos porque los asume y considera de interés público, o bien los deja a la suerte del acuerdo de voluntades⁴⁰.

En este punto, es necesario hacernos responsables de la premisa que ha circulado de manera persistente: *el objetivo medular de la actividad probatoria en el proceso judicial es la averiguación de la verdad*. Jordi Ferrer abona: “(...) Y el éxito de la institución

³⁴ Ferrer, “La conformación del conjunto”, 84.

³⁵ Taruffo, “Simplemente la verdad”, 139.

³⁶ Ibid., 134.

³⁷ Ferrer, “La conformación del conjunto”, 85 y ss.

³⁸ Ibid., 85. Ferrer cita la obra de la procesalística civil italiana, en Carrata, “La funzione sociale del processo civile, fra XX e XIX secolo”, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*.

³⁹ Ibid., 85-6.

⁴⁰ Ibid., 87-8.

probatoria se produce cuando las proposiciones sobre los hechos que se declaran probadas son verdaderas.”⁴¹

Esta idea la hemos endilgado al *modelo de proceso judicial* que concuerda con el objetivo de averiguar la verdad de los hechos. Sin embargo, esta no es la única finalidad que ha perseguido el proceso, pues, también puede ser un lugar para aplicar normas, realizar valores, asegurar garantías, reconocer derechos⁴². Taruffo ha puesto en “entredicho” esa idea preconcebida y difundida ampliamente, o sea que *el proceso* únicamente “pretende” determinar si los hechos han ocurrido o no, y que *la prueba* sirve para ese propósito, empero, esto guarda un problema de mayor envergadura: el concepto de la “**verdad**” de los hechos en el proceso⁴³. Esto *ex profeso* a lo mencionado por Van Fraassen: “(...) decir que algo es la finalidad de una institución o actividad, no excluye que existan otras finalidades o propósitos”.⁴⁴ Si asumimos un modelo de proceso en palabras de Damaška, comprometido con la búsqueda de la verdad, no es menos cierto que ese objetivo es incompatible con un modelo de proceso como método de resolución de conflictos -segundo modelo-.⁴⁵

1.4.1. Posiciones contrarias a perseguir en el proceso el objetivo de la verdad.

Existen posiciones que han rechazado en el proceso civil, la posibilidad de alcanzar el objetivo de la determinación de la “verdad de los hechos”⁴⁶. Esto debido a posturas de orden *ideológico* que asumen que la verdad de los hechos ni siquiera debe ser alcanzada porque no debería ser perseguida⁴⁷, i.e., la tesis que subyace es que un proceso que busca averiguar la verdad no puede ser el objetivo de un proceso que procura *solucionar conflictos*⁴⁸.

En nuestro caso asumimos el *segundo modelo de proceso*, aquél que cumple con la función de determinar la verdad de las proposiciones jurídicas sobre los hechos, porque únicamente así, creemos que *el derecho* puede cumplir su función: dirigir la conducta de sus destinatarios⁴⁹. Si esta idea es correcta, se esbozan dos problemas que trataremos de examinar: **i)** que los *poderes probatorios del juez adquieren relevancia epistémica* cuando se trata de incorporar pruebas que no fueron ofrecidas por las partes y, siendo así, **ii)** verificar qué le está permitido al juzgador para congregarse el mayor número de elementos probatorios posibles que le permitan arribar a la determinación de la verdad de los hechos⁵⁰.

1.4.2. Posiciones ideológicas antagónicas a los poderes de instrucción del juez.

⁴¹ Jordi Ferrer, *Prueba y racionalidad de las decisiones judiciales* (Pachuca de Soto: Editorial CEJI, 2019), 38.

⁴² Taruffo, “Simplemente la verdad”, 156.

⁴³ Michele Taruffo, *La prueba de los hechos* (Madrid: Editorial Trotta, 2002), 23-44. El profesor realiza un estudio espectacular en relación al problema del **i)** concepto de “verdad” y **ii)** la negación de la verdad de los hechos en el proceso *civil*.

⁴⁴ Ferrer, “Prueba y racionalidad”, 39.

⁴⁵ Damaška, “Las caras de la justicia”, 212.

⁴⁶ Taruffo, “La prueba de los hechos”, 27-8.

⁴⁷ *Ibid.*, 37.

⁴⁸ *Ibid.*, 38.

⁴⁹ Ferrer, “Prueba y racionalidad”, 37-9, 93-4. El profesor explica la *función del derecho* como es el “motivar las conductas individuales”.

⁵⁰ Verónica Osornio, “Los poderes probatorios del juez de amparo. Un garante de la corrección epistémica de los hechos”, *Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, No. 3 (2022): 178, doi: 10.33115/udg_bib/qf.i3. qf.i3.22727

Por otro lado, no debemos perder de vista algunos aspectos relevantes sobre *el otorgamiento de poderes probatorios al juez* que se han presentado a guisa de “oposición” o, como diría Picó i Junoy, con argumentos que buscan mantener el *estado de pasividad del juez civil* con respecto de su iniciativa probatoria⁵¹. En algunos casos se presentan de forma radical, cuyas tesis han tenido suficiente espacio en nuestra doctrina jurídica. Según Taruffo ha existido un *revival* de la cuestión.⁵²⁵³ La crudeza de estas posiciones, se pueden situar bajo la lupa de la “politización” que en algunos casos se dirigen a planteamientos incorrectos que terminan en descalificaciones personales.⁵⁴ El asunto pasa por dos cuestiones centrales: **i)** el uso lingüístico inadecuado de los términos, y **ii)** problemas de índole *político*.

La primera, se manifiesta con el empleo persuasivo del término “**inquisitorio o inquisitorial**”, para describir los modelos procesales en donde las personas no tenían ningún mecanismo de defensa frente a un tribunal todopoderoso. Su relación con la *Santa Inquisición* devela confusión e inutilidad, toda vez que no existe hoy en día ningún proceso civil que de forma *absoluta* sea llevado de oficio por el juez y en el que las personas no tengan garantías mínimas o derechos. Este tipo de categorías se usan para apoyar o rechazar *ideologías específicas del proceso civil*. Así tenemos que “inquisitorial” se lo asimila con el poder autoritario, la falta de libertad, el paternalismo, parcialidad o poder público que interviene en la vida privada de las personas, mientras que “adversarial” es sinónimo de libertad, iniciativa individual, democracia, igualdad, competición equitativa o decisión imparcial⁵⁵. A fin de cuentas: “(...) estas etiquetas se utilizan (...) sin que haya una correspondencia efectiva con la realidad de los sistemas procesales (...) deberíamos abandonarlas (...) cuando se discuten problemas acerca de la prueba.”⁵⁶.

Taruffo prefiere hablar de *modelos mixtos* que se refieran a modelos procesales en los cuales se dispongan de poderes probatorios más o menos extensos para el juez y con la posibilidad de que las partes puedan aportar todas las pruebas relevantes para la determinación de los hechos.⁵⁷

La segunda, erige la tesis de que un juez dotado de poderes de iniciativa instructoria y autónoma se vería relacionado con un **i) sistema autoritario**, siendo una de las señales que lo describen; en cambio, la no atribución de poderes de iniciativa instructoria a un juzgador sería un indicador de un **ii) sistema auténticamente liberal**. El problema de esta idea pasa nuevamente por una falta de comprensión lingüística de los términos.

En esa misma línea, podríamos sostener dos hipótesis: **a)** que *el proceso* en el cual el juez dispone de poderes de instrucción sea *autoritario y antiliberal* o, **b)** que sea *autoritario, totalitario y antiliberal* el *sistema político* que sostiene que dichos poderes sean exclusivos del juez civil.

⁵¹ Picó i Junoy, “El juez y la prueba”, 110.

⁵² Cfr., en particular Montero Aroca en España; Cipriani y Monteleone en Italia, basta revisar la bibliografía constante en las notas al pie del texto citado. Taruffo, “Poderes Probatorios de las partes y del juez en Europa”, 250-1.

⁵³ Ferrer, “La conformación del conjunto”, 81-2.

⁵⁴ Joan Picó i Junoy, “El Derecho Procesal entre el Garantismo y la Eficacia: Un Debate Mal Planteado”, en *Revista Derecho & Sociedad*, Núm. 38 (2012): 275 Disponible en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/issue/view/1152>

⁵⁵ Taruffo, “La prueba”, 110.

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ Taruffo, “Poderes probatorios”, 250.

En relación a la primera hipótesis existe el riesgo de caer en el “juego circular de definiciones”⁵⁸ o “definiciones estipulativas”⁵⁹. Si se consiente en el manejo simplista de la expresión “liberal” para expresar un proceso donde el monopolio de los medios de prueba lo tienen las partes, adoptamos una incongruencia insalvable, puesto que un proceso entendido de esa manera puede ser “antiliberal” sino se atiende a la *independencia del juez*. Asimismo, sostener que un proceso sea “autoritario” porque los jueces dispongan de poderes de instrucción, deviene en una incoherencia explícita, pues, esto no implica necesariamente “autoritarismo procesal”⁶⁰, dado que dichos poderes se pueden constituir como *supletorios y complementarios* de las partes y el juez puede desempeñar una función secundaria en la obtención de esos medios de prueba.

En relación a la segunda hipótesis, si es importante mencionar que la ausencia de una *teoría política* estructurada, conlleva a sostener una conexión inadecuada entre los poderes de instrucción del juez y la naturaleza de un sistema político “autoritario”. El no saber discernir entre los distintos tipos de regímenes políticos, esto es, cuales son o no autoritarios, mezclando el fascismo, el comunismo, el socialismo, el Estado asistencial, intervencionista o social⁶¹, hace que el uso del término “autoritario” pierda total sentido; así como, no hacerse responsables de la utilización de los distintos tipos de “liberalismo”. Lo cierto es que no se toma en cuenta la contraposición principal: Estado democrático vs. Estado autoritario.⁶²

En conclusión, **i)** no es cierto que muchos sistemas “liberales” hayan desarrollado ideologías con la presencia de un juez pasivo y entregando a las partes el monopolio de los poderes procesales y probatorios; **ii)** No es cierto que solo los regímenes liberales tengan o hayan tenido sistemas procesales donde el juez estuviera privado de poderes de instrucción. Por el contrario, **iii)** es cierto que algunos *regímenes autoritarios* extendieron amplias facultades de instrucción a los jueces -URSS-, empero, no en todos los casos -Italia fascista, Alemania nazista, España franquista-. Este análisis sirve para desnudar la falta de rigor científico en el empleo de términos de manera imprudente y superficial, pues, se desploman esas ideas de que los “*poderes de instrucción del juez*” son propios de los “regímenes autoritarios” y que el “*juez pasivo*” es propio de los “regímenes liberales”⁶³.

En ese sentido, Picó i Junoy reflexiona que dicha problemática se ha acentuado bajo el uso antojadizo de *términos ideológicos*, mediante un planteamiento maniqueo donde existe un modelo procesal bueno: *dispositivo*; y, un modelo procesal malo: *inquisitivo*. Este debate según Taruffo, se ha reducido a una especie de “*polarizzazione simmetrica*” a través de la cual se crean dos polos. En el primero, se ubica el modelo dispositivo que es valorado de manera positiva y donde se erige el proceso como instrumento de resolución de conflictos. En el opuesto, está el modelo inquisitivo, cuyo objetivo es la averiguación de la verdad a costa de vulnerar derechos, actuando el juez de manera arbitraria y autoritaria⁶⁴.

Siguiendo esa misma línea, en relación a los argumentos contrarios al otorgamiento de poderes probatorios al juzgador, se suele pensar que la *pasividad del juez* está vinculada a la ideología de que el proceso civil es un *negocio particular* con un fin netamente

⁵⁸ Ibid., 251.

⁵⁹ Ibid., 252

⁶⁰ Ibid., 251.

⁶¹ Ibid., 252. Revisar notas al pie -12- sobre los autores que hacen un uso inadecuado de estos términos.

⁶² Ibid., 253.

⁶³ Ibid., 254.

⁶⁴ Picó i Junoy, “El juez y la prueba”, 114-5.

privatista. Picó i Junoy es claro en mencionar que este tipo de concepciones han sido superadas por una *visión publicista del proceso*, que admite que el proceso es un instrumento para el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado.⁶⁵ Calamadrei se refirió a este fenómeno al considerar que al ser la jurisdicción una función pública, se requería dotar técnicamente a los jueces en el proceso civil de poderes necesarios para que cooperen en la satisfacción de dicho interés público.⁶⁶

La base de este injustificado rechazo a la iniciativa probatoria de los jueces, se fundamenta en errores de “tipo comprensivo” que se han reproducido de forma inconsistente en nuestra cultura jurídica por falta de una investigación seria y que atribuyo a una “abulia intelectual”, que acabaron en procesos acrílicos de recepción del brocardo que sigue, sobre todo, de la doctrina procesal alemana de finales del siglo XIX -Wach-, la italiana de inicios del siglo XX -Chiovenda-, y la española posterior al siglo XIX -Guasp, Prieto-Castro y Gómez Orbaneja⁶⁷.

Picó i Junoy descubrió en una investigación acerca de la doctrina del *ius comune* que el brocardo: “*iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium*” o similares, actualmente usado por muchos juristas y parte de la comunidad académica, fue transcrito de manera incorrecta, alterando sustancialmente su finalidad, sin que corresponda a la verdadera redacción histórica acuñada por la doctrina clásica. Esta situación ha imposibilitado que el juzgador pueda resolver *más allá de las pruebas* que han sido aportadas por las partes, buscando dicho sector de la doctrina, un resquicio para justificar la oposición a la iniciativa probatoria *ex officio iudicis* del juez civil. De hecho, uno de sus más efusivos detractores -Montero Aroca- describe de manera incorrecta el significado del brocardo⁶⁸. La doctrina medieval de la Escuela de Bolonia fue la que tradujo la obra de Justiniano y formuló el brocardo original, a saber: “*iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam*”⁶⁹.

El aforismo apropiado se circunscribía a prescribir los límites a los que estaba expuesto el juez por lo que toca al conocimiento de los hechos alegados y probados, y que debían constar de manera congruente en la sentencia, sin que le esté permitido usar su conocimiento privado sobre los mismos.⁷⁰ Por el contrario, el brocardo original no tenía como objetivo *indicar la mayor o menor facultad de iniciativa probatoria del juez*⁷¹. En otras palabras, si bien la tradición histórica establecía una regla para resolver más allá de los hechos, *por mor* a la verdad, no se lo hacía respecto de las pruebas, dado que eso contribuiría inevitablemente a fijar límites a la iniciativa probatoria del juez.⁷²

1.4.3. Escala de modelos de procesos propuesta por Jordi Ferrer.

Jordi Ferrer aborda esta problemática prescindiendo de lo antes indicado por la tendencia a la confusión, y más bien propone una escala de modelos procesales con dos extremos bien identificados: **i)** un modelo de proceso centrado exclusivamente en la persona juzgadora y **ii)** un modelo de proceso enteramente centrado en las partes. Bajo esta

⁶⁵ Ibid., 105.

⁶⁶ Ibid.

⁶⁷ Joan Picó i Junoy, “El juez civil y la prueba: una historia mal contada”, en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, No. 150 (2011): 329. Disponible en: https://aciempol.abcdonline.info/bases/biblo/texto/boletin/2011/BolACPS_2011_150_293-332.pdf

⁶⁸ Juan Montero Aroca, ed., *El proceso civil llamado “social” como instrumento de “justicia” autoritaria* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006), 130-165.

⁶⁹ Picó i Junoy, “El juez civil y la prueba”, 329.

⁷⁰ Ibid., 330.

⁷¹ Ibid., 296.

⁷² Ibid., 329.

división, el modelo como *método de resolución de controversias* con una de sus características principales i.e., la presencia de *un juez pasivo*, por obvias razones dejaría la iniciativa y conducción del proceso a las partes, en consecuencia, se ubicaría en un extremo. Sin embargo, el modelo que adoptamos y defendemos en nuestro estudio, esto es, de implementación de políticas públicas por medio del *derecho* va a ser la antípoda de un proceso con una alta concentración en las partes, empero, tampoco se verá comprometido con el otro extremo, o sea el modelo centrado absolutamente en el juez, de suerte que coincidimos con Ferrer en el hecho de que esto puede derivar en una asignación distinta de poderes de instrucción en materia probatoria entre los operadores de justicia y las partes. Esta distinción también la realiza Taruffo.⁷³

Nuestro objetivo es analizar si en el Ecuador nuestro “sistema en materias no penales” ha optado por un modelo de proceso judicial que en cuanto a la actividad probatoria se refiere, esté orientado a la búsqueda de la verdad. Y, en esa línea, debemos enfocarnos en examinar si la “*prueba para mejor resolver*” prescrita en el artículo 168 del *Código Orgánico General de Procesos* (COGEP)⁷⁴, se dirige a determinar la verdad de los hechos, de suerte que, se responda si esta norma es compatible con la garantía de motivación prevista en el artículo 76.7. 1) de la Constitución de la República del Ecuador (CRE)⁷⁵; analizar cómo se aplica este poder probatorio en virtud de la configuración del diseño procesal ecuatoriano -; y, cuáles serían los límites epistémicos que representaría su ejercicio.

2. ¿En qué términos está justificado otorgar poderes probatorios al juez?

2.1. Conveniencia o no de otorgar poderes probatorios.

Los jueces en nuestro sistema procesal, amparados bajo la *facultad de dirección del proceso*, pueden intervenir en varios momentos de la actividad procesal con distintos niveles de discrecionalidad -más o menos intensos- y, en particular, dentro de la actividad probatoria. Sus poderes probatorios son amplios según el COGEP⁷⁶.

En esa línea, podemos observar que las facultades que ha concebido el legislador para los jueces en materia probatoria, no se circunscriben, exclusivamente, a la *prueba de oficio*. Además, la mayoría se direccionan a la averiguación de la verdad, de suerte que abreviar el debate de los poderes probatorios del juez a la prueba de oficio es por demás infructuoso. Sin embargo, nuestro trabajo, sí se va a centrar en la iniciativa probatoria *ex officio iudicis*, sin que esto signifique una “mirada reduccionista” sobre los poderes probatorios del juez.

Una de las principales cuestiones en la polémica acerca de la posibilidad de que el juez civil tenga o no iniciativa probatoria, pasa por alejarse de los extremos o de las posturas radicales, esto es, la posición de una iniciativa probatoria absoluta o la total censura a disponer de la prueba de oficio. Si asumimos un modelo de proceso que en lo que a la actividad probatoria se refiere, se encuentra direccionado a la averiguación de la verdad,

⁷³ Taruffo, “La prueba”, 111.

⁷⁴ Ecuador. *Código Orgánico General de Procesos*, Registro Oficial No. 506, Suplemento, 22 de mayo de 2015. Disponible en: <https://drive.google.com/drive/folders/1OkqOkWYgXyuviXJEUbrTrq-GieDzXbWD?usp=sharing>

⁷⁵ Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008. Disponible en: <https://drive.google.com/drive/folders/1OkqOkWYgXyuviXJEUbrTrq-GieDzXbWD?usp=sharing>

⁷⁶ Véase los artículos del COGEP: 80, 3 y 174, 160, 294.2, 169, 172 y 416, 228, 168 y 294.7.b), 226.

entonces, la interrogante que se erige es si la *prueba de oficio* prevista en nuestra legislación persigue ese objetivo.

En otro orden de ideas, es preciso indicar que buscar un punto de equilibrio con limitaciones constitucionales a la prueba de oficio sería lo óptimo, sin que de por medio se puedan poner en riesgo, mediante un otorgamiento ilimitado de poderes probatorios, diversos valores constitucionales o garantías del debido proceso. Y, en esa línea, el rol que cumple el juez en el proceso civil, dentro de un conflicto entre privados, ha estado en la mira del debate y la polémica.

Un fenómeno jurídico que ha tenido un verdadero impacto en el derecho procesal durante el siglo XX ha sido la “**publicización o socialización**”⁷⁷ del proceso. Esto supuso poner en entredicho al *principio de aportación de parte* en lo que respecta a la distribución de funciones entre el juez y las partes, y el acrecentamiento de las facultades del órgano jurisdiccional, el mismo que pasa a ocupar una posición activa en contraposición de aquel modelo clásico de un juez pasivo.

La idea es que al desempeñar una función pública como es el ejercicio de la jurisdicción -juez-, es indispensable dotarle de iniciativas suficientes para que cumpla de manera adecuada con ese objetivo, empero, de aquí sobresale la distinción entre lo que es el **i) objeto del proceso**, i.e., la libertad que tienen las partes para disponer de sus intereses introducidos dentro de la causa judicial, y **ii) el proceso**, como un mecanismo apropiado para la tutela judicial efectiva de los intereses litigiosos. De suerte que, si bien los litigantes pueden disponer del objeto del proceso, no son libres de hacerlo con el proceso, debido a que el proceso se lo concibe como un *instrumento* para tutelar los derechos privados de las partes y como *medio* para ejercer la jurisdicción.⁷⁸ Hay que hacer notar, que el proceso civil estructurado de esta manera, encuentra justificación en el artículo 75 de la CRE, en el deber del juez para tutelar de manera efectiva los intereses dispuestos en el proceso y alcanzar el valor “justicia” como propósito del ejercicio jurisdiccional.⁷⁹

Taruffo aminora la carga ideológica para afrontar los problemas que se ciernen sobre la base de cómo abordar los rasgos generales de la “asunción de pruebas”. Para ello distingue los sistemas probatorios **i)** centrados en las partes y **ii)** los centrados en el tribunal. Esta división contempla la escala donde se ubican los extremos en los que sitúan los “sistemas probatorios reales”⁸⁰. De los niveles de dicha escala se extrae una de las diferencias más importantes, esto es, el **papel del tribunal** en la asunción de las pruebas, su alcance y, sobre todo, la facultad de ordenar de oficio la práctica de las pruebas. Por su lado, en el proceso centrado en las partes, carece de sentido para el tribunal hacerse llegar de oficio más elementos de prueba, habida cuenta de que si el proceso civil es un *Sache der Parteien (asunto de las partes)*, la consecuencia es que el órgano judicial no tiene ningún *papel activo*⁸¹. El tribunal resuelve sobre los hechos a partir de las pruebas presentadas por las partes. Este ha sido el **concepto tradicional** sobre el que descansa, v.gr., el *adversarial system del common law*.⁸²

Si buscamos contestar a la reflexión del inicio del presente acápite, entonces, debemos comprender que esa *tesis tradicional* ha perdido espacio en los modernos sistemas

⁷⁷ Picó i Junoy, “El Derecho Procesal entre el Garantismo y la Eficacia”, 275-7. Analiza bajo la etiqueta de “planteamientos revisionistas” las críticas a este fenómeno.

⁷⁸ Ibid., 274.

⁷⁹ Picó i Junoy, “El Derecho procesal”, 274.

⁸⁰ Taruffo, “La prueba”, 109-11.

⁸¹ Ibid., 111.

⁸² Ibid., 112.

procesales. En palabras de Taruffo: “(...) la tendencia en favor de la búsqueda de la verdad en el proceso civil y la falta de confianza en la iniciativa de las partes; la creciente necesidad de dirección y control por parte del tribunal sobre el procedimiento y la exigencia de suplementar las iniciativas probatorias de las partes cuando no son suficientes para probar los hechos en disputa.”⁸³.

Lo dicho hasta acá, explica la conveniencia de contar con tribunales activos y no inermes en la búsqueda de pruebas adicionales a las aportadas por las partes para cumplir con el objetivo de establecer la verdad de los hechos. Generalmente en los sistemas del *civil law* esta facultad de ordenar pruebas de oficio se la considera “**adicional y complementaria**” con relación a las pruebas que han sido ofrecidas por las partes, i.e., únicamente en el caso en que se ha presentado *prueba insuficiente* para acreditar los hechos de la controversia jurídica, el órgano judicial puede hacer uso de esa iniciativa probatoria de oficio, que será idónea para adoptar una decisión que se apegue a la verdad de los hechos⁸⁴.

En esa línea, otro argumento que hace posible la facultad de ordenar las pruebas de oficio pasa por considerar el derecho a la prueba como un derecho fundamental⁸⁵, pues, al ser un derecho que tutela el orden público procesal y concibiendo que en el proceso judicial existen intereses públicos v.gr., la correcta aplicación del derecho sustantivo, que rebasan los intereses netamente privados que están en juego, entonces, es plausible que los ordenamientos jurídicos reconozcan la facultad de ordenar prueba de oficio.

2.2. Reflexiones sobre los argumentos contrarios a la atribución de iniciativa probatoria del juez civil.

2.2.1. La buena fe procesal.

Una de las posiciones ideológicas “revisionista”⁸⁶ más radical contra del fenómeno de la “publicización del proceso civil”, es la planteada por Montero Aroca, quien se opone a que el juzgador mantenga cierta iniciativa probatoria y pueda velar por el respeto a la buena fe procesal de las partes. Dicho autor ha sostenido sobre este principio, que se trata de un “mito”, y haciendo referencia a los códigos procesales civiles italiano, alemán y soviético que fueron desarrollados en *regímenes políticos totalitarios*, asume sin más que, se reprodujeron bajo una base ideológica donde el juez no era un tercero imparcial entre dos partes antagónicas que se enfrentaban por lo que pensaban era su derecho y con los instrumentos que les proporcionaba el ordenamiento jurídico, sino que era un “*ser superior revestido de todas las virtudes imaginables cuya misión es lograr una especie de justicia que está más allá de la ley y en la búsqueda de la cual deben colaborar activamente partes y sus abogados.*”⁸⁷ Y, afirma que la amplitud de poderes probatorios al juez, tiene sentido si se admite la idea tácita de que el abogado es negligente o ignorante⁸⁸.

⁸³ Ibid.

⁸⁴ Ibid., 114.

⁸⁵ Ferrer, “Manual de Razonamiento probatorio”, 66-75. [Desarrolla el derecho a la prueba como un derecho multifacético compuesto por subderechos más específicos que entendidos en su conjunto comprenden el alcance de este derecho fundamental.](#) Tiene un extenso desarrollo jurisprudencial por parte de la Corte-IDH: Ricardo Canese vs. Paraguay, serie C, núm 111, Dacosta Cadogan vs. Barbados, serie C, núm 204, o Álvarez Ramos vs. Venezuela, Serie C, núm 380.

⁸⁶ Picó i Junoy, “El Derecho Procesal”, 275-7.

⁸⁷ Montero, “El proceso civil llamado social”, 161.

⁸⁸ Ibid.

En contraste a lo afirmado por Montero Aroca, se puede mencionar que la buena fe procesal está recogida en los códigos procesales civiles más avanzados, v.gr., la regla 3.4.2.b (*Part 3. The Court's Case Management Powers- Power to strike out a statement of case*) de la *Civil Procedure Rules* inglesas⁸⁹, el artículo 542 del *Código de Processo Civil* portugués⁹⁰ o el artículo 32-1 del *Nouveau Code de Procédure Civile français*⁹¹. Incluso en nuestro país, se reconoce este principio en el artículo 26 del Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ)⁹². Es inconsistente sostener la idea de que un código procesal puede llegar a ser totalitario por el hecho de reconocer el principio de la buena fe procesal, por lo tanto, no podemos asociar de forma arbitraria la vigencia de dicho principio con una determinada ideología política⁹³.

En ese mismo sentido, no resiste el menor análisis que la *pasividad del juez* en un proceso civil y la negación de su iniciativa probatoria, fueron por causa de la promulgación de códigos procesales dados en un contexto histórico de regímenes fuertemente influenciados por una ideología política, que dieron lugar a que los jueces tengan robustos poderes discrecionales y de instrucción, lo cual erigió un modelo de juez que le apostó a aquello. No obstante, esto no implica necesariamente hacerles partícipes a los jueces de un régimen político totalitario. Picó i Junoy lo resume así: “La bondad técnica (o validez) de una norma depende de su propio contenido y alcance, más que de la época en que haya sido redactada, de la ideología de su autor o de la forma en que se aplique en la práctica forense (...)”⁹⁴.

2.2.2. El principio dispositivo y de aportación de parte.

En esa misma línea, no ha sido menor el debate sobre la prueba de oficio, con respecto a considerar que dicha institución es violatoria del *principio dispositivo*, así como el de *aportación de parte*. Verónica Osornio lo ha encasillado en la categoría de los “*prejuicios probatorios*”, para dar cuenta de si las facultades probatorias del juez transgreden o no, dichos principios. Amén, de que incluso se atribuye un carácter *inquisitivo* al juzgador con tal de justificar su *parcialidad* en cuanto al ejercicio de esta iniciativa probatoria de oficio⁹⁵. Trataremos de desarmar esta confusión de índole conceptual para determinar si es que en realidad existe tal violación de principios, especialmente, en nuestro sistema jurídico.

En España la doctrina ha señalado que el principio dispositivo tiene fundamento en la Constitución, a partir del **i**) derecho a la propiedad (artículo 33), **ii**) la libertad de empresa (artículo 38), y diría **iii**) el derecho a la autonomía personal que forma parte del derecho general a la libertad y al libre desarrollo de la personalidad (artículo 10), puesto que han elegido un modelo que distingue tanto los intereses públicos como los privados, por lo que, la autonomía de la voluntad y la iniciativa de los particulares han tenido un holgado espacio de desarrollo⁹⁶. Por supuesto, las críticas, como la de Cortés Domínguez, no se

⁸⁹ United Kingdom. Ministry Of Justice. *Civil Procedure Rules*. Disponible en: <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules>

⁹⁰ Portugal. Diário Da República. *Código de Processo Civil*. Lei N° 41/2013. Disponible en: <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/lei/2013-34580575>

⁹¹ République française. Légifrance. *Code de procédure civile*. Disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGIARTI000034747739/2017-05-11/>

⁹² Ecuador. *Código Orgánico de la Función Judicial*. Registro Oficial No. 544, Suplemento, 9 de marzo de 2009. Disponible en: <https://drive.google.com/drive/folders/1OkqOkWYgXyuvixJEUbrTrq-GieDzXbWD?usp=sharing>

⁹³ Picó i Junoy, “El Derecho Procesal entre el Garantismo y la Eficacia”, 277-8.

⁹⁴ Ibid., 277.

⁹⁵ Osornio, “Los poderes probatorios del juez de amparo”, 198.

⁹⁶ Picó i Junoy, “El juez y la prueba”, 100.

han hecho esperar, pues, no encuentra ninguna conexión de esos artículos con el principio dispositivo, ni tampoco fundamento constitucional, sino en el derecho material que se pone en juego en el proceso⁹⁷.

Jordi Nieva ha señalado que tradicionalmente el principio de aportación de parte estaba incluido en el principio dispositivo, no obstante, al día de hoy se propende conceptualmente a separarlos.⁹⁸

El **a) principio dispositivo** tiene como notas características que **i)** las partes sean quienes libremente tomen la decisión de iniciar la actividad jurisdiccional de acuerdo al aforismo *nemo iudex sine actore y ne procedat iudex ex officio*, **ii)** continuarlo en los distintos momentos del proceso, así como **iii)** determinar el objeto del proceso, siendo **iv)** las resoluciones siempre *congruentes* con las pretensiones de las partes (*ne eat iudex ultra petita partium*), y **v)** pudiendo finalizar la actividad jurisdiccional de manera voluntaria, sea a través de las formas extraordinarias de terminar el proceso: allanamiento, transacción, desistimiento, etc., o incluso por inactividad: prescripción o caducidad⁹⁹.

El **b) principio de aportación de parte**, se lo concibe en el sentido de que son únicamente las partes y no el juzgador, las que tienen que alegar los hechos y aportar los medios de prueba al proceso¹⁰⁰. Dicho principio fue modificado, como lo dijimos antes, en su significado original con la frase: **“secundum allegata et probata partium”**. Esta errática alteración del brocardo por parte de la doctrina procesalista en materia civil, coadyuvó a que *las partes* ganaran protagonismo en la actividad probatoria e imposibilitó la práctica o el reconocimiento de iniciativa probatoria de oficio, es decir, el principio de aportación de parte habría excluido la prueba de oficio en el proceso civil.¹⁰¹ Si bien el principio de aportación de parte proscribe la posibilidad de que el juez resuelva más allá de los hechos alegados y probados por las partes, según la configuración original del brocardo: **“iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam”**; en cambio, no se impedía al juez que la iniciativa probatoria la asuma de oficio, por la sencilla razón, de que solo se pretendía prevenir al juez de que no use su conocimiento privado sobre los hechos y que la sentencia se ciñera a la congruencia.

Otro argumento interesante para determinar las diferencias entre el principio dispositivo y el de aportación de parte, es que si bien el legislador no puede facultar al juez tutelar el interés discutido en el proceso civil sin que se haya presentado una demanda o permitirle extralimitarse en la tutela más allá de lo dispuesto por las partes, toda vez que esto supondría quebrantar el carácter disponible de los intereses privados planteados en el proceso; de todas maneras, sí podría sustraerles a las partes el acaparamiento de la iniciativa probatoria, aumentando o disminuyendo los poderes probatorios del juez¹⁰².

Nieva por su lado, manifiesta que existe una imprecisión conceptual del **principio inquisitivo**. Primero, el único “antagónico” de los principios dispositivo y de aportación de parte, es el principio inquisitivo. En este último, es el juez de oficio, exclusivamente, quien debe aportar los hechos y los medios de prueba al proceso¹⁰³, empero, si nos fijamos

⁹⁷ Valentín Cortés Domínguez, “La Constitución española y los principios rectores del proceso civil”, en *Principios constitucionales en el proceso civil. Cuadernos de Derecho Judicial*, edit. C.G.P.J. Madrid (1993), 151.

⁹⁸ Jordi Nieva Fenoll, “El mal nombre del principio inquisitivo”, en *Justicia. Revista de derecho procesal*, No. 1 (2014): 138-9.

⁹⁹ Picó i Junoy, “El juez y la prueba”, 99-100.

¹⁰⁰ Nieva, “El mal nombre del principio inquisitivo”, 139.

¹⁰¹ *Ibid.*, 142.

¹⁰² Picó i Junoy, “El juez y la prueba”, 102.

¹⁰³ Nieva, “El mal nombre del principio inquisitivo”, 142.

en esta definición usada por no pocos doctrinarios, podemos señalar que solamente es el opuesto del principio de aportación de parte. **¿Cuál sería el contrario del principio dispositivo?** El *principio de oficialidad, inmutabilidad o necesidad*. Y, es negativo que se haya asumido dentro del principio inquisitivo al antagónico del principio dispositivo, esto es, *el principio de oficialidad*, toda vez que el peso negativo de lo “inquisitivo” proviene de su asimilación a la “Santa Inquisición”, y esto ya lo descalifica, creando resistencia en las partes, pues, es evidente que nadie en su sano juicio va a querer someterse a un proceso que no ha sido iniciado por ellos y sobre una materia que es de su libre elección y disposición. Ese *totum revolutum* que imprime el principio inquisitivo con altas dosis de intervención judicial en la prueba de oficio, es inaceptable¹⁰⁴. Por estas cuestiones, Nieva separa al principio de oficialidad del inquisitivo¹⁰⁵.

En esa línea, es posible separar estos dos principios, así como se apartaron en su momento y conceptualmente el principio dispositivo y el de aportación de parte. Por lo tanto, podemos asumir un proceso dispositivo que tenga prueba de oficio, al igual que uno que acoja al principio de oficialidad pero que respete el principio de aportación de parte y deje la iniciativa probatoria a los litigantes. Ambas cosas son posibles¹⁰⁶.

El Concilio Lateranense IV, propulsor del *sistema procesal penal inquisitivo canónico* en 1215, dio a entender de forma equivocada que la “*inquisitio*” era una manera de dar inicio al proceso, al igual que la “*accusatio*” o “*denunciatio*”; al contrario, la *inquisitio* era lo que se conocía como la *prueba de oficio*, de suerte que, con esta última, se daba inicio al proceso penal. Por lo tanto, a fin de superar esta confusión, lo ideal es reducir el principio inquisitivo a la prueba de oficio¹⁰⁷, con dos propósitos: **i)** por razones etimológicas (inquirere= buscar), y **ii)** teóricas, pues, se busca el antagónico del principio dispositivo y de aportación de parte¹⁰⁸. Aun cuando existan razones de peso para rechazar o admitir cada uno de esos principios -dispositivo o aportación de parte-, lo que importa es mantenerlos separados y no confundirlos, debido a que conceptualmente hablando se pueden sostener el uno sin el otro.

En relación con lo dicho, es pertinente mencionar que, si bien el principio dispositivo está *reconocido* en nuestra CRE en el artículo 168 numeral 6, no se encuentra *definido*. No obstante, el COFJ define al principio de *marras* en el primer inciso del artículo 19. Si nos fijamos, contiene las definiciones que hemos examinado de la doctrina líneas arriba cuando trabajamos la separación conceptual de los principios dispositivo y de aportación de parte. Esto quiere decir que, **i)** los procesos siempre son iniciados por iniciativa de una de las partes y no por el juez, **ii)** los juzgadores deben resolver en virtud de lo fijado por las partes como *objeto del proceso*, y **iii)** su fallo tiene que guardar congruencia con las pruebas solicitadas por las partes u “*ordenadas por la ley*”.

En el Ecuador, el principio dispositivo informa a los procesos en materias no penales según el artículo 5 del COGEP. Además, todo proceso comienza con la presentación de la demanda, atento al artículo 141 *ibidem*, lo cual nos permite verificar que el juzgador cuando ordena la práctica de la “prueba para mejor resolver” prevista en el artículo 168 *ibidem*, no está contraviniendo el principio dispositivo, toda vez que no dispone del *objeto del proceso*; lo contrario sería que ejerza poderes probatorios de oficio y tenga bajo su

¹⁰⁴ Ibid., 143-4.

¹⁰⁵ Ibid., 144.

¹⁰⁶ Ibid., 145.

¹⁰⁷ Ibid., 147.

¹⁰⁸ Osornio, “Los poderes probatorios del juez de amparo”, 200.

mandato todo el contenido del principio de oficialidad. Esto no acontece en nuestra realidad procesal.

Nuestra Norma Suprema en su artículo 76 numeral 7 literal h), reconoce el “principio de aportación de parte”, pues, establece que son las partes procesales las llamadas a aportar los medios de prueba y contradecir las que se presenten en su contra. Sin embargo, estoy en desacuerdo con lo manifestado por Andrés Cervantes en que esta disposición “*no específica quién debe presentar esas pruebas*”, para justificar en consecuencia la “*inexistencia de impedimento para que una prueba sea ordenada judicialmente*”¹⁰⁹. En realidad, sí lo hace, o sea son las “partes procesales” y, por obvias razones, no es el juez, quien no guarda la calidad de parte procesal, sumado al hecho de que el artículo en mención está configurado para tutelar las garantías y derechos de las personas que se encuentran inmersos en un proceso judicial, de suerte que, no se puede justificar de esta manera la iniciativa probatoria de oficio. Sin embargo, estoy de acuerdo en que no existe una norma constitucional específica, que limite al juez ordenar de oficio la práctica de prueba, puesto que sería censurable esta posición de que los únicos que pueden aportar pruebas al proceso sean las partes.

En esa misma línea, el artículo 142.7 del COGEP materializando el derecho fundamental a la prueba, deja libre a las partes para que anuncien cuanto medio de prueba sea necesario para llevar al juez al convencimiento de los hechos controvertidos (art. 158 COGEP). Y, esto se circunscribe a la congruencia que deben tener los fallos expedidos por los jueces, de suerte que, resuelvan siempre en virtud de las pretensiones, excepciones y los elementos de prueba que han sido aportados por las partes procesales y con absoluta *imparcialidad*, de conformidad con lo que manda el artículo 9 del COFJ. Es imperioso destacar que el legislador previó la posibilidad de la iniciativa probatoria *ex officio iudicis* de forma clara tanto en los artículos 168, 226 y 297.7.b) del COGEP cuanto en los artículos 19 y 130.10 del COFJ.

Por todas estas consideraciones, no podría inferirse -sin más- que el juzgador no este facultado a disponer *ex officio* de la actividad probatoria; de ahí que, Taruffo menciona que entregar a las partes un monopolio exclusivo en materia probatoria, no significa abrogar cierta iniciativa probatoria autónoma del juez¹¹⁰. La única posibilidad de poner en entredicho la convivencia entre ambas iniciativas probatorias, sería si la iniciativa *ex officio* fuese configurada para acaparar absolutamente las pruebas, impidiendo una eventual iniciativa probatoria de las partes. Además, podemos colegir que la función activa en cuanto a los poderes de instrucción que tiene el juez ecuatoriano en materias no penales, y, sobre todo, en materia probatoria, está estructurada como *complementaria y supletoria* de la labor probatoria de las partes, de modo que, lo revisado en nuestra legislación, nos permite deducir que no se viola el principio dispositivo ni el principio de aportación de parte cuando un juez ordena pruebas de oficio de “conformidad con la ley”.

2.2.3. Acerca de la pérdida de la imparcialidad.

En la doctrina -sobre todo italiana-¹¹¹ existe un argumento para rehusarse a la atribución de poderes probatorios al juez, y consiste en sostener que al momento en que éste los ejerce pierde la *imparcialidad* que debería mantener en el proceso judicial, toda vez que

¹⁰⁹ Andrés Cervantes Valarezo, *Los límites a la prueba de oficio en el COGEP* (Quito: Instituto Ecuatoriano de Derecho Procesal, 2022), 68.

¹¹⁰ Michele Taruffo, “Il diritto alla prova nel processo civile”, en *Rivista di diritto processuale* No. IV (1984), 90.

¹¹¹ Taruffo, “Poderes Probatorios de las partes y del juez en Europa”, 269. Revisar notas al pie no. 106, 107.

puede terminar favoreciendo a una de las partes, careciendo de objetividad para valorar las pruebas que de manera oficiosa han sido incorporadas por él mismo.

Nuestra CRE reconoce en su artículo 76 numeral 7 literal k) como una garantía del derecho a la defensa: “el ser juzgado por juez independiente e imparcial”, así como, el artículo 9 del COFJ que desarrolla el “principio de imparcialidad”. En ese mismo sentido, el artículo 160 del COGEP exige al juzgador en fase de admisibilidad probatoria, ya sea en la segunda fase de la audiencia única o preliminar, que actúe con imparcialidad y que el debate probatorio se dirija a “esclarecer la verdad”, por lo que, podemos argüir que en nuestro sistema la imparcialidad tiene dos características esenciales: **i)** constituye un *derecho fundamental* para las personas y, por otro lado, es un **ii) deber** que guía el ejercicio jurisdiccional de los jueces.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), ratificada por el Ecuador, en su artículo 8.1 reconoce a la imparcialidad como una garantía judicial. Y, en ese sentido, existe abundante jurisprudencia de la Corte-IDH¹¹².

La Corte-IDH ha reflexionado siguiendo la línea de la Corte Europea de Derechos Humanos (TEDH), que la garantía de imparcialidad implica la ausencia de interés directo, posición anticipada o preferencia por una de las partes. Ha denominado *prueba objetiva* a la posibilidad de que el juez cuestionado haya brindado elementos de convencimiento suficientes que permitan descartar cualquier sospecha de parcialidad, debido a que debe actuar sin sujeción a influencias o presiones externas, sino conforme a- y movido- por el derecho.¹¹³ Asimismo, la doctrina a partir de los estudios del TEDH ha identificado dos dimensiones de la imparcialidad judicial: **i)** una de *carácter personal*, que tiene que ver con la capacidad de distanciamiento y resistencia del juez a ceder a influencias de naturaleza subjetiva y, **ii)** una de *carácter funcional*, sobre la presencia de circunstancias objetivas comprobables que hagan sospechar sobre su imparcialidad¹¹⁴. La pregunta a responder sería: *¿La iniciativa probatoria prevista para el juez ecuatoriano afecta la imparcialidad en alguno de los elementos revisados?*

Ferrer ha catalogado a la “*facultad de ordenar pruebas de oficio*”, dentro de su análisis sobre las *facultades probatorias relativas a la proposición de pruebas*, como una “*facultad sospechosa*” atribuible al juez, por la férrea oposición a su posible afectación a la imparcialidad judicial, entonces, si se desea analizar el impacto que esta facultad genera en la imparcialidad debemos partir de la definición del concepto de imparcialidad que se desea sostener. Es así que, se distingue una *perspectiva preventiva* ante la parcialidad, esto es, la estructura y diseño de reglas procesales que disminuyan las situaciones que den ocasión a la parcialidad. Esto es de especial importancia por los *sesgos y prejuicios*¹¹⁵ que de manera inconsciente genera la parcialidad y, por supuesto, son muy complicados de

¹¹² Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008, Serie C, No. 182, párr. 56; Caso V.R.P., V.P.C. y otros Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018, Serie C, No. 350, párr. 239; Caso Álvarez Ramos vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2019, Serie C, No. 380, párr. 150; Caso Urrutia Laubreaux Vs. Chile, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 2020, Serie C, No. 409, párr. 118.

¹¹³ Ibid.

¹¹⁴ Eduardo Ferrer Mac Gregor y Manuel Ventura, "El Derecho a un juez o tribunal imparcial: Análisis del artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (a la luz del caso del Pueblo Indígena Mapuche Vs. Chile)", en *IFDP: Revista del Instituto Federal de Defensa Pública* (2014), 299-300. <http://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/r33505.pdf>

¹¹⁵ Un buen análisis sobre los sesgos en la imparcialidad, la encontramos en Osornio, “Los poderes probatorios del juez de amparo”, 200-6.

soslayar por parte del juzgador en el caso concreto. Se sabe que la parcialidad es un estado mental. Por eso, la interrogante que surge es si esta facultad sospechosa aumenta el riesgo de parcialidad o definitivamente hay que prescindir de aquella¹¹⁶.

Si la labor probatoria de las partes fuera la adecuada, no tendríamos la necesidad de utilizar esta facultad. Sería un ejercicio residual. Sin embargo, su uso deliberado o abusivo puede generar *decisiones judiciales parciales*¹¹⁷, sobre todo, esa parcialidad que parece incontrolable porque es inconsciente, esto es, la posición que puede asumir el juez como la de un investigador, que dote de un peso importante a las pruebas convenientes a su *hipótesis investigadora* en relación a aquellas que la contradigan; de ahí la trascendencia de erigir criterios legales apropiados para minimizar el riesgo de parcialidad inconsciente. De esta forma se propone, v.gr., que quien tome la decisión sobre admisibilidad de la prueba, no sea el mismo que la valore. Esta idea tiene su implicancia en la prueba de oficio, ya que no se aboga por su prohibición, sino que se encuentre sometida a límites claros para prevenir los riesgos señalados. Picó i Junoy¹¹⁸, como veremos más adelante, propone 3 condiciones para esta facultad probatoria.

Vimos líneas arriba que el juzgador en materias no penales en el Ecuador podría “tomar partido” en cualquier estado del proceso al tener diversos “poderes de instrucción”, lo que no significa afectación a su imparcialidad. Hay poderes probatorios del juzgador tan intensos que, nadie pensaría que por esta razón pierde la imparcialidad, entonces, no se entiende, por un lado, esa férrea oposición a la adquisición de prueba de oficio y, por el otro, la apatía a los amplios poderes de instrucción en materia de prueba. De hecho, descarto la idea de que el juez asuma el papel de “ayudar a la parte más débil” para buscar la igualdad. Primero, porque no es su función. Segundo, porque cometería, inclusive, delito de prevaricato. Tercero, es complicado asumir que el operador de justicia se incline a ordenar pruebas que tengan un resultado probatorio a favor de una de las partes, sencillamente, porque no puede “augurar o hipotizar” el resultado del medio de prueba, por lo tanto, no sabría con “certeza” a qué parte ayuda o perjudica.¹¹⁹

De igual manera, pensar en un ejercicio abusivo o arbitrario por el uso de poderes probatorios de oficio, es una opción, lo que no se justifica como opción es prohibir su uso. Ferrer señala tres parámetros¹²⁰ para evaluar el fundamento epistémico de esta facultad probatoria “sospechosa” que, sin duda, aumenta la riqueza del acervo probatorio del proceso judicial.

2.3. El propósito epistemológico de la prueba de oficio en nuestro ordenamiento jurídico.

Hemos elegido un modelo de proceso que resuelve los conflictos mediante la adopción de decisiones justas¹²¹, o sea que aplica el derecho al caso concreto. Esto conlleva que las *consecuencias normativas* sean dispuestas, siempre y cuando, el *supuesto de hecho* previsto en el *antecedente de la norma* haya ocurrido¹²². Además, que esté orientado a la

¹¹⁶ Ferrer, “Manual de Razonamiento Probatorio”, 120-8.

¹¹⁷ Ibid., 125.

¹¹⁸ Picó i Junoy, “El juez y la prueba”, 110-4.

¹¹⁹ Ferrer, “Manual de Razonamiento Probatorio”, 126.

¹²⁰ Ibid., 123.

¹²¹ Michele Taruffo, *Páginas sobre justicia civil* (Madrid: Marcial Pons, 2010), 413.

¹²² Daniela Accatino, “Teoría de la prueba: ¿somos todos racionalistas ahora?”, *en Revus*, No. 39, (2019), 90, doi: 10.4000/revus.5559

búsqueda de la verdad. Y, este tipo de modelo se enlaza a la *función epistémica de la prueba* como un instrumento de conocimiento. Lo señalado abarca lo que defendemos: *la concepción racionalista de la prueba*. No solo nos fijamos en la regulación concreta de la prueba jurídica en las normas procesales, sino que atendemos a sus circunstancias, condiciones y problemas en tanto “empresa epistémica” orientada al conocimiento de los hechos¹²³.

Bajo esos lineamientos, la *prueba de oficio* ni es una prueba que le pertenece al juez ni cumple una función distinta a las pruebas aportadas por las partes. Es una *iniciativa probatoria* reconocida por el ordenamiento jurídico, como instrumento epistemológico que le provee al juez de información que requiere para confirmar los enunciados sobre los hechos, superando la insuficiencia probatoria, y con el objetivo de alcanzar la verdad del proceso. Este es el *sentido funcional* de la prueba de oficio¹²⁴. Además, su disposición por parte del juez trae evidentes beneficios epistémicos, debido a que *enriquece el acervo probatorio* incorporando pruebas relevantes que no fueron presentadas por las partes¹²⁵.

A diferencia del Código de Procedimiento Civil¹²⁶ ecuatoriano (CPC) que data de 1953 y que estuvo vigente hasta el año 2015, con la promulgación del COGEP, se evidencian cambios significativos, siendo uno de ellos el traspaso de un sistema predominantemente escrito a uno que adopta *la oralidad* a través del proceso por audiencias. Este cambio, repercutió en la estructura de la configuración del proceso y en las reglas procesales sobre la prueba¹²⁷.

Es necesario indicar que la *prueba de oficio* siempre estuvo presente en el ámbito procesal civil (art.118 CPC) y jamás se declaró su inconstitucionalidad. De la lectura de dicho artículo, se observaban al menos 3 particularidades: **i)** se ordenaba la prueba de oficio para *esclarecer la verdad* y en cualquier estado de la causa hasta antes de dictar sentencia o auto definitivo, **ii)** se descartaba la posibilidad de ordenar de oficio una *declaración testimonial*, es decir, no podía incorporarse el testimonio de un nuevo testigo que no haya sido solicitado con anticipación por las partes procesales, y **iii)** se podía ejercerla en cualquier instancia y tipo de proceso, sin importar su naturaleza, según esté regulado por el CPC.

Por su parte, el artículo 168 del COGEP trae consigo ciertos “vacíos”. Para empezar, **i)** no discrimina en qué casos el juez puede ordenar pruebas de oficio y **ii)** cuáles serían sus prohibiciones. Esto envuelve la problemática de la “*excepcionalidad*” de su uso, pues, si no se indican los casos específicos, mal se podría disponer que la prueba de oficio sea “excepcional”. Asimismo, **iii)** no se indican los momentos procesales en los que resulta oportuno disponer la prueba de oficio, y **iv)** si cabe aplicar dicha facultad en cualquier clase de procesos previstos en el COGEP.

¹²³ Ibid., 85-102.

¹²⁴ Luis Alfaro, “La motivación y la prueba de oficio: racionalidad de la iniciativa probatoria del juez”, *Revista de la Maestría en Derecho Procesal de la PUCP*, Vol. 6 (1) (2016): 78. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/article/view/58-92/15612>

¹²⁵ Ferrer, “Manual de Razonamiento Probatorio”, 125.

¹²⁶ Ecuador. *Código de Procedimiento Civil*. Registro Oficial No. 133, Suplemento, 7 de febrero de 1953. Disponible en: https://drive.google.com/drive/folders/1OkqOkWYgXyuviXJEUbrTrq-GieDzXbWD?usp=drive_link

¹²⁷ Para un mayor estudio de nuestro sistema procesal en relación a la prueba: Jorge Luis Mazón, *Ensayos críticos sobre el COGEP*, T.I (Quito: Legal Group Ediciones, 2018), 77-141; y, Alfredo Cuadros Añazco, *Reflexiones prácticas sobre litigación oral y escrita* (Quito: CEP, 2022), 21-74.

Las ventajas que el COGEP acoge: **i)** el uso de la forma verbal “podrá” determina que se trata de una “facultad” y no un “deber”, que debe ser usada de manera “excepcional”; y, **ii)** en caso de utilizar dicha iniciativa, el juzgador tiene la obligación de *motivar*, i.e., dejar expresa constancia de las razones de su decisión. Esto no estaba previsto en el derogado CPC.

2.3.1. El término “excepcionalidad” en el COGEP.

La expresión “*excepcional*” parece ser generalizada en los ordenamientos jurídicos que reconocen la iniciativa probatoria de oficio, así tenemos, por ejemplo, el artículo 194 del Código Procesal Civil peruano. Si se sostiene que el *onus probandi* corresponde a las partes y asumimos que la prueba de oficio es un instrumento racional y epistemológico que le faculta al juzgador averiguar la verdad de los hechos en el proceso, entonces, deducimos que está comprometido a contribuir con la actividad probatoria, y por allí pasa la justificación de la utilización “excepcional” de la prueba de oficio¹²⁸. Además, este término conlleva a argüir que la iniciativa probatoria *ex officio* es una facultad complementaria y supletoria a la labor probatoria de las partes, de ahí que su uso es excepcional. Sin embargo, si la actividad probatoria de las partes fuera la apropiada, disminuirían las razones para hacer uso de esta facultad¹²⁹.

2.4. Principal función de la garantía de motivación.

2.4.1. ¿En qué consiste motivar?

2.4.1.1. La motivación de la “excepcionalidad” de la prueba para mejor resolver en el COGEP.

El COGEP no prescribe *criterios* para determinar cuando el uso de la iniciativa probatoria de oficio está justificado (art. 168 *ibidem*). De hecho, el artículo 164 *ibidem* manda que la “valoración de la prueba”, en todo caso, debe ser apreciada en conjunto y de acuerdo con las reglas de la “sana crítica”, cuestión que *prima facie* se podría asumir como un “criterio discrecional”, empero, la garantía de motivación va mucho más allá, pues, en una amplia sentencia¹³⁰, la Corte Constitucional ha desarrollado el alcance de esta garantía que se encuentra reconocida en el **artículo 76 numeral 7 literal I)** de la CRE, principalmente, indicando que la motivación de “un acto” que proviene de una autoridad pública debe contener un *razonamiento* a través del cual se lo justifique. De ahí que, debe contar con una *motivación correcta*, dado que este es un ideal que pertenece al Estado constitucional con miras a la realización de la justicia por medio del Derecho.

Bajo la tesis señalada en el párrafo anterior *in fine*, y dado que la CRE declara en el artículo *ibidem* que las “(...) resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos”, entonces, se entiende que la garantía de motivación inquiriere, bajo sanción de nulidad, que la motivación reúna ciertos *elementos argumentativos mínimos*. Esto significa que, por sí sola la motivación no asegura una decisión *correcta* conforme a Derecho o los hechos, sino que tenga una *motivación*

¹²⁸ Luis Alfaro Valverde, “Reforma de los poderes probatorios del juez. Hacia una mejor comprensión de las pruebas de oficio”, *Gaceta Civil & Procesal Civil* (Lima), No. 23 (mayo-2015): 259-260. Disponible en: file:///C:/Users/User/Downloads/Reforma_de_los_poderes_probatorios_del_j.pdf

¹²⁹ Ferrer, “Manual de Razonamiento Probatorio”, 125.

¹³⁰ Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia”, en *Caso No. 1158-17-EP*, 20 de octubre de 2021. Disponible en: http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBldGE6J3RyYW1pdGUnLC_B1dWlkOidkYjI2NzM0NS05MjE2LTQ1ZDMtOGF5Ny03YTg2ZTAyMmYwYmYucGRmJ30=?fbclid=IwAR1ArJVS3zV7Q-WA4PsQ_BzRVA6wx9DEbmPHuxiWGjvVGH6nodJ3dit9hk

suficiente para que las partes en uso de su derecho constitucional a la defensa en la garantía de *recurrir*; puedan interponer los medios de impugnación de los que se crean asistidos, en aras de corregir -dejar sin efecto- los *fallos o resoluciones* de las autoridades públicas -jueces- que han sido afectados en su validez¹³¹.

Por eso, la *función principal* de la motivación es realizar un control *ex post* sobre las razones que el juzgador, en uso de sus facultades constitucionales, presentó como fundamentos de su decisión, principalmente, sobre los elementos que componen la premisa normativa y fáctica. El *quid* del asunto es posibilitar el control sobre la racionalidad de la propia decisión¹³². Lo señalado nos permite sostener que, *motivar* consiste en elaborar una justificación de los actos, construida sobre la base de argumentos jurídicos y racionalmente fundamentados (legitimidad material de la decisión), permitiendo un “control intersubjetivo” por parte de quienes reciben la decisión judicial.¹³³

Lo dicho, responde a ese “vínculo inescindible entre motivación e impugnación”¹³⁴, toda vez que sería inconcebible un ordenamiento jurídico que prescriba el deber de motivar las decisiones judiciales y a la par no establezca mecanismos de impugnación de los actos procesales. Por eso, la motivación asumiría una función esencial que se materializa en la exigencia de control *a posteriori* sobre una específica decisión judicial, por ejemplo, cuando de manera discrecional e inmotivada a través de un *auto interlocutorio* se haya dispuesto “prueba para mejor resolver”, sin embargo, el problema en nuestro ordenamiento procesal es que únicamente se conceden los recursos previstos en la ley - art. 250 COGEP-, no siendo el caso del *auto interlocutorio* que de manera verbal dispone el juez en audiencia para la práctica de la prueba de oficio.

Dentro de ese orden de ideas, dos cuestiones merecen atención. **i)** Está claro que la motivación de las “resoluciones públicas” contienen un *deber*; por lo tanto, la práctica de la prueba para mejor resolver, ordenada mediante “auto interlocutorio”, tiene que satisfacer aquellos elementos mínimos que contiene el **artículo 76 numeral 7 literal I)** de la CRE. En otras palabras, hay que erigir razones suficientes para justificar la “excepcionalidad” del uso de la iniciativa probatoria de oficio. **ii)** Es bastante criticable la regulación procesal que no permite la interposición de recursos, sobre todo, verticales, como el de apelación, al auto que dispone la prueba de oficio, que es opuesta a la función que ejerce la motivación, lo cual deviene en una grave afectación a las posibilidades de *control intersubjetivo* sobre esta decisión judicial en particular, que además es contraria a los preceptos constitucionales y la jurisprudencia.

Por estas razones, si bien se cumple parcialmente el contenido esencial de la garantía de motivación reconocida en nuestra Constitución y que ha sido desarrollada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, no es menos cierto que esta se encuentra limitada por la imposibilidad procesal de interponer recursos como el de apelación. No obstante, como veremos más adelante, la doctrina trae una serie de *criterios justificativos* para que proceda la decisión de disponer la prueba de oficio que bien podrían ser acogidos en nuestro diseño procesal e impliquen una reforma legislativa al artículo 168 del COGEP o incluso la Corte Nacional de Justicia ejerciendo sus facultades de aclarar dudas u oscuridad de la ley, podría expedir una *resolución con fuerza de ley* para desarrollar de mejor manera esta iniciativa probatoria del juez -art. 180 COFJ-.

¹³¹ Ibid., párr., 21-29.

¹³² Taruffo, “La prueba de los hechos”, 435.

¹³³ Alfaro, “La motivación y la prueba de oficio”, 78.

¹³⁴ Ibid., 88.

2.5. Presupuestos de actuación de la iniciativa probatoria de oficio.

En razón del modelo de proceso que hemos defendido a lo largo de este ensayo, y comprendiendo que en nuestro diseño procesal la facultad probatoria de oficio no es de fuente exclusiva del operador de justicia, sino *complementaria y supletoria* a la actividad probatoria de las partes, nos permitimos analizar en qué casos se admitiría el ejercicio de este poder probatorio.

2.5.1. Límites a la prueba de oficio. Respondiendo a las preguntas: ¿Qué no se puede disponer como prueba para mejor resolver? y ¿Cuándo decretar la prueba para mejor resolver?

Lo primero que debe quedar en claro es que la iniciativa probatoria *ex officio iudicis* no es ilimitada, toda vez que podría entrar en conflicto con derechos constitucionales. En ese sentido, Cervantes ha mencionado que existen “límites axiológicos” que se incardinan al ejercicio judicial, tales como: la independencia e imparcialidad¹³⁵.

Picó i Junoy ha mencionado al menos tres límites necesarios a toda iniciativa probatoria *ex officio iudicis*. Primero, la inviabilidad de introducir por esta vía, hechos que no fueron alegados por las partes, en razón del principio dispositivo, pues, esta iniciativa se restringe a los hechos controvertidos y anunciados por las partes. Recordemos que el juzgador no puede agregar hechos que no fueron alegados por las partes, ni tampoco usar su “conocimiento privado” sobre los hechos controvertidos, esto so pena de caer en los vicios de incongruencia. Segundo, la imposibilidad de utilizar *fuentes probatorias* distintas a las constantes en el proceso y sobre las cuales tendrá lugar la actividad probatoria. Y, en tercer lugar, la obligación de garantizar el derecho a la defensa y contradicción de las partes, dejándolos participar en toda la actividad probatoria.¹³⁶

De esta manera, aunque el COGEP, como vimos, no establece un detalle pormenorizado sobre los medios de prueba que no pueden ser dispuestos oficiosamente, habría algunos que, de ser ordenados, desnaturalizarían la función del juez y evidentemente vulnerarían los principios constitucionales como límites axiológicos antes expuestos. Entonces, bajo la atenta lectura del artículo 168 del COGEP que prescribe la prueba para mejor resolver, y en razón de los criterios expuesto por Junoy i Picó, el operador de justicia no podría bajo ninguna circunstancia racional:

a) Suplir la negligencia probatoria de alguna de las partes, en razón del principio de aportación de parte, y, por supuesto, tomando en consideración que debe motivar la excepcionalidad del auto interlocutorio que dispone la prueba oficiosa, cuyo propósito es el esclarecimiento de los hechos.

b) No puede allegarse o investigar hechos nuevos que no han sido alegados por las partes, porque existe prohibición expresa de utilizar como prueba su conocimiento particular sobre los hechos controvertidos. Por ejemplo, en cuanto a las pruebas personales, estaría proscrita la posibilidad de incorporar testigos que no fueron anunciados por las partes procesales, así como, por otros testigos o mediante otras fuentes de prueba distintas a las usadas en el proceso; sin embargo, sostengo, porque no hay prohibición expresa, que el juzgador sí podría ordenar prueba de oficio cuando de un medio de prueba documental o testimonial se infiera la referencia a una persona que puede aportar información relevante

¹³⁵ Cervantes, “Los límites a la prueba de oficio”, 75-6.

¹³⁶ Xavier Abel Lluch y Joan Picó i Junoy, ed., *Los poderes del juez civil en materia probatoria* (Barcelona: J.M. BOSCH EDITOR, 2008), 156-7.

para cumplir con el objetivo de averiguar la verdad de los hechos del proceso, entonces, sería válido que solicite de oficio el testimonio de dicha persona.

c) Bajo ninguna circunstancia racional, y a pesar de que no existe prohibición legal, no podría objetivamente disponer como prueba de oficio la declaración de parte (art. 187 COGEP), el juramento deferido (art. 185 COGEP) o el juramento decisorio (art. 184 COGEP), sencillamente, porque deja de ser imparcial y se convierte en parte procesal. Hay que aclarar que el derogado CPC en su artículo 118, sí exceptuaba ordenar de oficio la prueba de testigos.

Ahora bien, en nuestro sistema procesal, el presupuesto principal de actuación de la potestad probatoria *ex officio iudicis* es la “**insuficiencia probatoria**”. Sin embargo, vale la pena aclarar que ni el COGEP ni la jurisprudencia prevén la facultad al juez para que indique a las partes la posibilidad de que puedan colmar “**lagunas probatorias**”. Existen ordenamientos jurídicos que, bajo el principio de dirección del proceso, atribuyen a los jueces la facultad de realizar indicaciones a las partes sobre **i)** los hechos a probar o **ii)** las pruebas a aportar¹³⁷. El concepto de laguna probatoria describe la ausencia de pruebas relevantes que *no han sido incorporadas* por las partes y que deberían constar en el acervo probatorio. Este es el caso del artículo 429.1.II de la Ley de Enjuiciamiento Civil española que tiene como objetivo aumentar el peso probatorio con la finalidad de maximizar las probabilidades de acierto en la decisión probatoria. Este poder probatorio influye en la fuerza persuasiva hacia las partes, dado que es menos intenso que ordenar pruebas de oficio de manera directa¹³⁸.

Siguiendo la línea antes expuesta, en nuestro sistema se permite la actuación de la prueba de oficio por insuficiencia probatoria, dada la presencia de un explosivo cóctel procesal para el juzgador: incoherencias o discrepancias en los informes periciales aportados por las partes al proceso. Por ejemplo, el artículo 226 del COGEP, esto es, el “*informe pericial para mejor resolver*”. Dada la existencia de dos informes periciales presentados por las partes que se han invalidado mutuamente por contradictorios o divergentes, lo que conlleva a un empate entre los elementos de juicio que pretendían acreditar las respectivas hipótesis, entonces, el juzgador en un primer momento, puede ordenar en la audiencia un careo entre peritos y, si persisten las *dudas* sobre las conclusiones, el juez puede ordenar un nuevo peritaje dirimente. Se observa que, sigue presente la excepcionalidad de su práctica. Así mismo, se puede utilizar esta iniciativa probatoria para “evitar fraudes procesales”, por ejemplo, prueba de oficio para ordenar una “inspección judicial” (art.228 COGEP) para esclarecer los hechos o materia del proceso u ordenar prueba de oficio para corroborar documentos que podrían a criterio del juez encontrarse alterados.

3. Conclusiones.

Para introducir a debate tanto los poderes probatorios del juez como de las partes, es indispensable referirnos a los modelos de procesos configurados en la doctrina. Aquí se ha defendido el *modelo publicista del proceso*, el cual posee un excelente mecanismo de aplicación de las consecuencias jurídicas que se extraen del derecho sustantivo, empero, para que funcione dicho propósito, la prueba debe estar dirigida a la averiguación de la verdad de los hechos.

Descartamos la posibilidad de concebir un modelo de proceso concentrado absolutamente en “resolver conflictos”, donde importan únicamente los “intereses privados”; por dos razones: **i)** la concepción publicista del proceso ha superado dicha posición y ha tomado

¹³⁷ Ferrer, “Manual de Razonamiento Probatorio”, 100.

¹³⁸ *Ibid.*, 100-103.

forma en los modernos ordenamientos procesales, y **ii)** porque al concebir a la jurisdicción como una “función pública”, el “proceso” ya no pertenece a las partes; razón por la cual, hay que dotarle a los jueces de herramientas suficientes para que cumplan la función de administrar justicia, o sea de poderes probatorios para que satisfagan el interés público donde se tutelan derechos privados y se abandone la imagen absoluta del juez como un “espectador pasivo”.

Si el modelo de proceso que impulsamos tiene como eje central la consecución de la verdad de los enunciados fácticos a través de la actividad probatoria, entonces, concluimos que se viabiliza a través de la asunción de la *verdad por correspondencia*. A esto se suma que la *función epistémica* de la prueba es el conocimiento de la verdad de los hechos como resultado de la actividad probatoria, y está orientado a resolver controversias mediante decisiones justas, sobre todo, convirtiéndose la búsqueda o determinación de la verdad en una condición necesaria para la *corrección jurídica* - legalidad- de la decisión judicial en el proceso. Adoptamos una de las premisas de la concepción racionalista de la prueba.

Observamos que los extremos ideológicos presentes en la oposición a los poderes probatorios del juez, han mermado la capacidad de un análisis más amplio y enriquecedor, y lo que han hecho ha sido *polarizar* el debate de manera superficial.

En el marco constitucional, jurisprudencial y doctrinal que hemos revisado, podemos concluir que nuestro ordenamiento jurídico adopta un modelo de proceso comprometido con la búsqueda de la verdad y tiene en la “prueba para mejor resolver” un instrumento epistémico que se usa de manera *supletoria y complementaria* a la actividad probatoria de las partes, con la finalidad de maximizar las probabilidades de acierto en la decisión, pues, coloca al juzgador como un garante de la corrección epistémica de los hechos a través del otorgamiento de este poder probatorio, incorporando prueba no aportada por las partes.

Nuestro ordenamiento jurídico ha prescrito límites a la actuación probatoria *ex officio*, pues, es un poder probatorio que se lo dispone de manera “excepcional”. A pesar de que no existe un detalle pormenorizado de los casos en los que se puede desplegar la incorporación oficiosa de prueba, hemos tratado de identificar los casos en que procedería, siendo el principal presupuesto de su actuación la “insuficiencia probatoria”. Descartamos en nuestro sistema procesal, el uso para colmar “lagunas probatorias”.

De otro lado, observamos que la motivación al ser una garantía constitucional de las resoluciones públicas, se convierte en un *deber* para los jueces cuando disponen la prueba para mejor resolver mediante “auto interlocutorio”; en consecuencia, para que el juez puede allegarse de pruebas no aportadas por las partes deben señalar razones suficientes y racionales para justificar la “excepcionalidad” de su uso. Sin embargo, criticamos la ausencia legal de un recurso vertical sobre el auto interlocutorio que dispone la prueba de oficio, ya que impediría un control “intersubjetivo” y *ex post* de las partes en el proceso, dada la posibilidad de corrección.

Por último, el sentido racional que se ha pretendido dar a “la prueba para mejor resolver” en nuestro sistema procesal, pasa por concebir que existen límites para su utilización, a pesar de que nuestro ordenamiento procesal no ha establecido taxativamente “criterios de justificación”, como si lo ha hecho la doctrina. Asimismo, si bien existe un beneficio epistémico en la facultad judicial de ordenar pruebas de oficio, debido a que permite mejorar el acervo probatorio del proceso judicial, incorporando pruebas que no fueron

aportadas por las partes, no es menos cierto que su uso disminuiría notablemente con un ejercicio “adecuado” de la actividad probatoria de las partes.

4. Bibliografía:

Accatino, Daniela. "Teoría de la prueba: ¿somos todos racionalistas ahora?". *Revus*, No. 39, (2019), 90. doi: 10.4000/revus.5559

Abel Lluch, Xavier y Picó i Junoy, Joan, ed. *Los poderes del juez civil en materia probatoria*. Barcelona: J.M. BOSCH EDITOR, 2008.

Alfaro Valverde, Luis. “Reforma de los poderes probatorios del juez. Hacia una mejor comprensión de las pruebas de oficio”. *Gaceta Civil & Procesal Civil* (Lima), No. 23 (mayo-2015): 258. Disponible en: [file:///C:/Users/User/Downloads/Reforma de los poderes probatorios del j.pdf](file:///C:/Users/User/Downloads/Reforma%20de%20los%20poderes%20probatorios%20del%20j.pdf). “La motivación y la prueba de oficio: racionalidad de la iniciativa probatoria del juez”. *Revista de la Maestría en Derecho Procesal de la PUCP*, Vol. 6 (1) (2016): 70-4. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/article/view/58-92/15612>

Cervantes Valarezo, Andrés. *Los límites a la prueba de oficio en el COGEP*. Quito: Instituto Ecuatoriano de Derecho Procesal, 2022.

Cuadros Añazco, Alfredo. *Reflexiones prácticas sobre litigación oral y escrita*. Quito: CEP, 2022.

Cortés Domínguez, Valentín. “La Constitución española y los principios rectores del proceso civil”. *Principios constitucionales en el proceso civil. Cuadernos de Derecho Judicial*, edit. Madrid: C.G.P.J, 1993.

Damaška, Mirjan. *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000.

Ecuador. *Código Orgánico General de Procesos*, Registro Oficial No. 506, Suplemento, 22 de mayo de 2015.

_____. *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.

_____. *Código Orgánico de la Función Judicial*. Registro Oficial No. 544, Suplemento, 9 de marzo de 2009.

_____. *Código de Procedimiento Civil*. Registro Oficial No. 133, Suplemento, 7 de febrero de 1953.

Fiss, Owen, *The Law as it Could Be*. New York and London: New York University Press, 2003.

Ferrer, Jordi. *Prueba y verdad en el Derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2005.

_____. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

_____. *Prueba y racionalidad de las decisiones judiciales*. Pachuca de Soto: Editorial CEJI, 2019.

_____. “Sobre el deber de motivación de las decisiones probatorias y el juicio por jurados. La sentencia V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua de la Corteidh”. *Quaestio facti*.

Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio, Vol. 1 (2020): 369-370. doi: 10.33115/udg_bib/qf.i0.22381

_____. *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*. Madrid: Marcial Pons, 2021.

_____. *Manual de Razonamiento probatorio*. Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022. <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/Publicaciones/archivos/2022-05/Manual%20de%20razonamiento%20probatorio.pdf>

Ferrer Mac Gregor, Eduardo y Ventura, Manuel. "El Derecho a un juez o tribunal imparcial: Análisis del artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (a la luz del caso del Pueblo Indígena Mapuche Vs. Chile)". *IFDP: Revista del Instituto Federal de Defensa Pública* (2014), 299-300. <http://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/r33505.pdf>

Gill Reuschlein, Harold. "Roscoe Pound-The Judge". *University of Pennsylvania Law Review*, January, 1942. Disponible en: https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=9228&context=penn_law_review

Haack, Susan. "On Logic in the Law: Something, but not All". *Ratio Juris*, volume 20, (2007): 30. doi:10.1111/j.1467-9337.2007.00330.x Disponible en: file:///C:/Users/User/Downloads/On_Logic_in_the_Law_Something_but_not_All_2007.pdf

Lind, E. Allan -Tyler, Tom R., *The Social Psychology of Procedural Justice*. New York: Springer New York, NY, 1988.

Mazón, Jorge Luis. *Ensayos críticos sobre el COGEP*, T.I. Quito: Legal Group Ediciones, 2018.

Montero Aroca, Juan. "La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española y la oralidad". *Revista de Derecho de la PUCP*, N.º 53 (diciembre-2000): 646-650. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.200001.017>.

_____. *El proceso civil llamado "social" como instrumento de "justicia" autoritaria*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006.

Nieva Fenoll, Jordi. "El mal nombre del principio inquisitivo". *Justicia. Revista de derecho procesal*, No. 1 (2014): 138-9.

Osornio, Verónica. "Los poderes probatorios del juez de amparo. Un garante de la corrección epistémica de los hechos". *Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, No. 3 (2022): 178. doi: 10.33115/udg_bib/qf.i3. qf.i3.22727

Picó i Junoy, Joan. *El juez y la prueba. Estudio de la errónea recepción del brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam y su repercusión actual*. Barcelona: Bosch, 2007.

_____. "El juez civil y la prueba: una historia mal contada". *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, No. 150 (2011): 329. Disponible en: https://acienpol.abcdonline.info/bases/biblo/texto/boletin/2011/BolACPS_2011_150_293-332.pdf

_____. “El Derecho Procesal entre el Garantismo y la Eficacia: Un Debate Mal Planteado”. *Revista Derecho & Sociedad*, Núm. 38 (2012): 275. Disponible en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/issue/view/1152>

Portugal. Diário Da República. *Código de Processo Civil*. Lei N° 41/2013. Disponible en: <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/lei/2013-34580575>

Pound, Roscoe. “*The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*”, 1906. Disponible en: <https://law.unl.edu/RoscoePound.pdf>

République française. Légifrance. *Code de procédure civile*. Disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGIARTI000034747739/2017-05-11/>

Taruffo, Michele. “Il diritto alla prova nel processo civile”. *Rivista di diritto processuale* No. IV (1984), 90.

_____. *La prueba de los hechos*. Madrid: Editorial Trotta, 2002.

_____. “Poderes Probatorios de las partes y del juez en Europa”. *Doxa. Cuadernos De Filosofía Del Derecho*, No. 29 (noviembre-2006): 264. doi: <https://doi.org/10.14198/DOXA2006.29.13>

_____. *La prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2008.

_____. *Páginas sobre justicia civil*. Madrid: Marcial Pons, 2010.

_____. *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*. Madrid: Marcial Pons, 2010.

United Kingdom. Ministry Of Justice. *Civil Procedure Rules*. Disponible en: <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules>