



Universidad de Las Américas

Maestría en Derecho Penal con Mención en Criminalidad Compleja

- Ensayo Académico -

Prueba de oficio en la investigación y juzgamiento delitos relacionados con de delincuencia
organizada y criminalidad compleja

Byron Leonardo Uzcátegui Arregui

Quito, julio de 2024

Resumen:

El estudio analiza la actividad probatoria en el proceso judicial penal, enfocándose en el vedado poder procesal de ordenar prueba de oficio por parte del juez en materias penales que si bien puede encontrar justificación en delincuencia común, cuando se trata de criminalidad compleja, genera espacios de impunidad e incluso puede acarrear responsabilidad internacional del Estado.

A lo largo de la investigación se analizan los principios que rigen el proceso y el procedimiento desde la teoría unitaria del Derecho Procesal, para concluir que dados los fines y naturaleza del objeto del proceso en materias penales con énfasis en delitos de criminalidad compleja, no sólo es constitucional sino que necesario.

Palabras clave: principios del proceso, disponibilidad del objeto del proceso, principio dispositivo, poderes procesales, actividad probatoria.

Abstract:

The study analyzes the probatory activity in criminal cases, focusing on the prohibition of the Court to order evidence on its own, which, although it may be fair in common crime cases, when it comes to complex crime, it generates spaces of impunity.

Throughout the investigation, the principles that govern the process and procedure are analyzed from the unitary theory of Procedural Law, to conclude that given the purposes and nature of the object of the process in criminal matters with emphasis on crimes of complex criminality, not only it is constitutional but necessary.

Key words: procedural principles, adversary system, probatory activity.

Tabla de contenido

<u>Resumen</u>	2
<u>Introducción ¿Discusión estéril?:</u>	11
<u>MÉTODO</u>	13
<u>DISCUSIÓN</u>	13
<u>El Proceso Judicial, el Procedimiento Judicial, la Prueba y la Actividad Probatoria:</u>	13
<u>Proceso judicial y procedimiento judicial</u>	13
<u>Principios del proceso:</u>	15
<u>Principios connaturales:</u>	16
<u>Principios jurídico-técnicos:</u>	16
<u>Principio dispositivo</u>	17
<u>Principio de oficialidad</u>	18
<u>Principio de aportación de parte</u>	22
<u>Principio de cuasioficialidad</u>	24
<u>Sistema inquisitivo, sistema acusatorio, sistemas acusatorios mixtos y sistema acusatorio adversarial</u>	25
<u>La reconstrucción histórica de los hechos dentro del proceso:</u>	27
<u>La Convicción judicial y la Verdad Como Fin Del Proceso.</u>	29

<u>La Certeza</u>	30
<u>Prueba, Actividad Probatoria y Prueba de Oficio</u>	31
<u>Aparente conflicto con la imparcialidad del juez:</u>	38
<u>Aparente conflicto con el Non Reformatio In Peius e Indubio pro reo:</u>	40
<u>Legislación ecuatoriana:</u>	41
<u>Finalidad del proceso judicial ecuatoriano.</u>	42
<u>Naturaleza del objeto del proceso:</u>	43
<u>Distribución de poderes procesales:</u>	43
<u>Código Orgánico General de Procesos:</u>	43
<u>Código Orgánico Integral Penal:</u>	44
<u>Regulación histórica ecuatoriana de la prueba de oficio en materias penales</u>	44
<u>Necesidad de la prueba de oficio en delitos relacionados con delincuencia organizada</u>	45
<u>Unidad Especializada para el Juzgamiento de Delitos Relacionados Con Corrupción y Crimen Organizado de Ecuador.</u>	48
<u>Derecho a la Verdad, Control de convencionalidad y cosa juzgada fraudulenta</u>	49
<u>Conclusiones:</u>	54
<u>Recomendaciones:</u>	56
<u>Referencias:</u>	56

Introducción ¿Discusión estéril?:

Dado que en Ecuador existe una prohibición expresa en el Código Orgánico Integral Penal (en lo posterior COIP) desde una perspectiva legalista parecería no tener sentido cuestionar la viabilidad o no de *la prueba de oficio* en materia penal, siendo así en efecto resulta estéril el planteamiento. Sin embargo, ampliando el horizonte de análisis, teniendo como ejes adicionales los fines del proceso judicial, los requisitos de legitimación del poder punitivo, la responsabilidad estatal internacional por deficiencias investigativas, el derecho comparado y las nuevas formas de criminalidad organizada, se puede encontrar argumentos que permiten al menos cuestionar su necesidad como una herramienta procesal útil, y aún vigente en el derecho procesal penal comparado.

El segundo planteamiento trae consigo algunas resistencias conceptuales tales como aquella tensión entre el superado sistema procesal inquisitivo que podría encontrar vetas para pretender resurgir y el sistema adversarial cuyo pilar fundamental es la imparcialidad del juzgador y la división de roles.

Esta investigación toma como punto de partida un ensayo previo del autor sobre la actividad probatoria y el rol de los sujetos procesales y juez en el proceso penal en general en casos de delincuencia común. Esta investigación se adentra en la problemática específica y lagunas de impunidad que se generan en el procesamiento de fenómenos criminales complejos, que a partir del 9 de diciembre de 2022 se tramitan en la novísima unidad especializada para el juzgamiento de delitos relacionados con la corrupción y el crimen organizado de Ecuador (en lo posterior UEJDRCCO).

Planteada así la cuestión, la presente investigación busca contestar las siguientes interrogantes: ¿es aplicable el principio dispositivo en materia penal? ¿la criminalidad

compleja debe juzgarse con las mismas reglas de juego que la criminalidad común? ¿la UEJDRCCO necesita normas procesales específicas a fin de no generar lagunas de impunidad? ¿La proscripción de la prueba de oficio en material penal, puede acarrear responsabilidad internacional del Estado? La hipótesis que se pretende comprobar es que existe un error conceptual en el COIP mismo que limita la participación del juzgador dentro del proceso penal.

Se culminará, tomando partido por la prueba de oficio, postura, dejando eso sí, que cada lector, concluya libremente su adhesión o rechazo a la misma.

MÉTODO:

Se utilizará el método descriptivo, por lo cual luego de la revisión de las fuentes bibliográficas y normativas se abordará desde una perspectiva divergente y crítica fundada en la teoría general del proceso, el sistema procesal penal adversarial, para así profundizar en la naturaleza del objeto del proceso penal, el verdadero alcance del principio acusatorio y el rol de los sujetos de la relación procesal. Pretenderá corroborar si la actual prohibición establecida en el COIP genera espacios de impunidad e incluso la posibilidad de responsabilidad estatal internacional a fin de proponer establecer si es necesaria o no una reforma legal. Para el efecto se hará uso de la doctrina procesal penal, así como del derecho comparado español.

DISCUSIÓN:

El Proceso Judicial, el Procedimiento Judicial, la Prueba y la Actividad Probatoria:

Proceso judicial y procedimiento judicial

Dado que la actividad probatoria no se ejecuta en un cuarto aislado dentro de un laboratorio, sino en el decurso de un proceso judicial resulta imperativo de entrada tener una noción previa de este para poder comprender aquel. Si se busca la noción de proceso en los procesalistas clásicos (Echandía, 1997, p. 39) se encontrará que ante la imposibilidad de concebir una sociedad sin conflictos de intereses y de derechos, surge el proceso judicial como un método de solución heterocompositivo regulado por las normas del derecho procesal creado como herramienta que establece las normas las normas y procesos a que se atenderá el primero permitiendo así su actuación efectiva (Cabrera, 1996, pp. 41-42)

El proceso a través de la resolución de los conflictos busca además otro fin mediato como anota Zavala Baquerizo la realización del derecho que fuera anteriormente vulnerado y que a su vez dio origen al conflicto en primer lugar, pero también en materias penales procura un fin inmediato que es la imposición de una pena a consecuencia del delito que se ha cometido. (2004, p. 11)

En otras palabras, como bien anota Mejía el concepto de proceso se lo puede enfocar desde varios ángulos y por tanto definírsele de manera por demás diversa no sólo atendiendo a su contenido formal (como un conjunto de actos para alcanzar una sentencia o pronunciamiento judicial), sino también a uno material conformado por los derechos y actos “a través de los cuales se concreta la previsión abstracta del derecho de acción y contradicción” (2018, p. 20)

En esta concepción material del proceso, en palabras de Gimeno implica que el proceso se defina como:

El conjunto de derechos constitucionales de incidencia procesal, posibilidades, obligaciones y cargas que asisten a los sujetos procesales como consecuencia del ejercicio del derecho de acción y de la interposición de la pretensión cuya realización a través de los oportunos actos procesales origina la aparición de situaciones desde las que en un estado de contradicción examinan las partes sus expectativas de una sentencia favorable y con ella la satisfacción definitiva de sus respectivas pretensiones y resistencias. (2015, p. 304)

Por otro lado, debemos zanjar una clara distinción entre el concepto de proceso judicial y procedimiento, Mejía por ejemplo remarca que la noción de proceso desde su perspectiva material (conjunto de derechos) se aleja completamente del concepto de trámite. Pues “mientras que el procedimiento indica el aspecto exterior del fenómeno

procesal, la forma que han de adoptar los actos procesales el proceso apunta a la composición del litigio y no a coordinación de actos procesales que son solamente una parte de este”. (2018, p. 44)

Así Mejía propone la siguiente distinción:

El proceso es el instituto concebido para el ejercicio de la acción del actor de la contradicción del demandado y jurisdicción del órgano público, mientras que el procedimiento es la forma en que tal instituto se organiza y opera secuencialmente en la práctica, esto es su trámite”. (2018, p. 45)

De las distinciones y definiciones anotadas queda en evidencia que tanto proceso como procedimiento judicial están sujetos a principios y alcances diferentes, por lo que a continuación realizaremos un desarrollo de ellos.

Principios del proceso:

En materia procesal, de manera sumamente dispersa existen un sinnúmero de principios y subprincipios, además no en pocas ocasiones se confunde principios del derecho procesal, con principios del proceso o con principios del procedimiento. Así por ejemplo Cabrera (1996, pp. 63-65) apunta como principios del proceso exclusividad y obligatoriedad, independencia de la función judicial, imparcialidad de los jueces, igualdad de las partes, necesidad de escuchar al sindicado, publicidad del proceso mientras que como principios del procedimiento anota: obligatoriedad de los procedimientos establecidos en la norma, principio inquisitivo y dispositivo, impulso procesal, economía procesal, preclusión, concentración, intermediación, oralidad, escritura, verdad procesal, cosa juzgada, interés procesal, impugnación, doble instancia, carga de la prueba.

En palabras de Vescovi (1999, p. 44) “el estudio histórico de los diferentes procesos nos ha mostrado cómo los diversos principios han sido sucesivamente admitidos, rechazados y vueltos a instaurar en una suerte de *corsi e ricorsi*”

Es por esta dispersión conceptual que se estima conveniente para los fines de este trabajo utilizar la clasificación de Montero Aroca (Mejía, 2018, pp. 25-26-42) que dentro del proceso judicial distingue entre principios connaturales al proceso, y aquellos jurídicos técnicos.

Principios connaturales:

Para Mejía (2018, pp. 26-42) se cuentan en este grupo aquellos principios atemporales y de forzosa observancia por el legislador al momento de diseñar cualquier proceso judicial sin importar la materia pues constituyen pilares fundamentales comunes y guardan una intrínseca relación con la dignidad de las personas.

Aquí se tienen los principios de igualdad y contradicción, seguro no se podrá encontrar algún proceso judicial en que no se incorporen los mismos, esto es, debido a que tienen una estricta relación tanto con derechos fundamentales, como la propia igualdad y no discriminación, tanto como con la tutela judicial efectiva que, dentro de su componente, *debido proceso*, contempla entre otros a la proscripción de la indefensión y contradicción. (Mejía, 2018, p. 32). Sobre estos principios no se ahondará dado que se estima que la prueba de oficio encuentra su fundamento en la siguiente categoría.

Principios jurídico-técnicos:

Para Mejía (2018, p. 32) aquí se encuentran, aquellos principios que atienden a la eficaz adecuación de la relación medio fin que pretende la administración de justicia por tanto el legislador puede decidir la manera de incorporarlos o no a determinado

proceso pudiendo modular sus alcances de manera distinta conforme la materia, la naturaleza del objeto del proceso, la finalidad del mismo, e incluso el tipo de verdad que se busque, es así como en referencia a esto último, se procederá a distribuir los poderes procesales, entre los sujetos de la relación procesal, *incluido el juez*.

Estos principios, serían, el dispositivo, el de oficialidad, el de cuasi oficialidad y el de aportación de parte. (Mejía, 2018. P. 32).

Principio dispositivo

Autores clásicos como Vescovi lo definen como aquel que:

Asigna a las partes y no al juez la iniciativa del proceso, el ejercicio y el poder de renunciar a los actos del mismo. Notas comunes de este principio son a) comienzo del proceso por iniciativa de parte, nunca de oficio, b) las partes fijan el objeto del proceso, c) las partes son quienes impulsan y deciden el desarrollo del proceso por tanto cabe el abandono, desistimiento, allanamiento o transacción, e incluso deciden si apelan o no d) los efectos de la sentencia son inter-partes y siempre ceñidos a lo propuesto por las partes a fin de guardar congruencia. (1999, p. 44)

Esta forma de conceptualizar el principio dispositivo, basada únicamente en la distribución de roles y poderes procesales dentro del proceso judicial, y no en la naturaleza del objeto y derechos del proceso, lleva a equívocos e imprecisiones bastante profundas, pues al negar que no todos los procesos atienden asuntos privados y renunciables permite afirmar que incluso cuando los derechos en juego son de naturaleza pública, los sujetos procesales pueden disponer de los mismos lo cual es plenamente incongruente.

Una muestra de aquello es la frecuente asimilación de este principio con el sistema acusatorio, asimilando al agente fiscal con el actor de un proceso civil, yerro

en que incluso el gran maestro Vescovi (1999, p. 48) incurrió al indicar que el proceso penal en sus etapas primitivas era una suerte de combate entre el actor quien llevaba a la fuerza al ofensor frente al tribunal de manera similar a lo que ocurre en el sistema dispositivo, que posteriormente al predominar el monopolio estatal se pasó al sistema inquisitivo siendo reivindicado el proceso acusatorio luego de la revolución francesa.

Es por eso que siguiendo a Mejía (2018, p. 32) la disposición a la que hace referencia el principio, es tal si dentro del proceso en que se aplica lo que se discute son derechos subjetivos disponibles y renunciables para sus titulares, pues de ser así los intereses en juego son de orden privado primando ese interés inmediato por sobre el mediato de la sociedad en la resolución de la causa y en tal virtud hace sentido que se acentúe fuertemente el *principio de aportación de parte* que sustente los hechos alegados. Por lo tanto, la actividad procesal de *incorporación* de la prueba no podría ser entregada al juez. Correlativamente, resulta coherente que, bajo esta lógica, el juez tenga un rol mucho más pasivo e inerte, ya que el resultado final del proceso es relevante para el interesado en el mismo y no para la sociedad. (Zavala, 2004, pp. 32-37).

Conceptualizado así este principio se empieza a observar que una cosa es el poder procesal de dar inicio al proceso, que en efecto el agente fiscal posee en materias penales, y otra muy diferente que este funcionario sea el titular de los derechos subjetivos que están en juego y que por tanto pueda disponer de los mismos.

Principio de oficialidad

Para poder entender este principio el lector debe ubicarse }en el territorio ya no de los derechos subjetivos privados y disponibles, sino por el contrario en los supuestos cuando el objeto de un proceso está dado por derechos que son *públicos*, de los cuales,

como refiere Rifá Soler no se puede predicar un titular particular, pues la sociedad y cada uno de sus miembros, es *cotitular* de los mismos (2006, pp. 49-51), al no existir *derechos subjetivos* que se ejerzan o motiven el inicio del proceso ni permitan exigir como parte de la *tutela judicial efectiva* una resolución *de fondo*, el objeto del proceso, no se encuentra, *ni podría estar*, sujeto a *disposición* de la parte procesal (Mejía, 2018, pp. 37-39).

Zavala Baquerizo (2004, p. 48) anotó que la diferencia principal entre el proceso civil y el penal viene dada por cuanto aquel tiene por objeto la declaración de la existencia o no de un derecho o la reparación de un daño particular lo cual es de interés privado, en tanto que este tiene por objeto la pesquisa de un delito individualizar a su autor y la aplicación de la pena, lo cual interesa al derecho público.

El Tribunal Constitucional Español en fallo 354/1991 de 25 de noviembre de manera por demás acertada razonó sobre la distinción entre principio de oficialidad y dispositivo, así indicó:

El principio dispositivo, característico del proceso civil, que se opone al principio de oficialidad, entraña un poder de disposición sobre el ejercicio de la acción y el objeto del proceso. Ello supone, además de un poder de disposición de las partes sobre el derecho material -con excepción de aquellos procesos en que predomina un interés público- y de un paralelo poder de disposición sobre la pretensión de las partes fijadas en los escritos de demanda y contestación, que el fallo de la Sentencia no otorgue más de lo pedido por el actor, menos de lo resistido por el demandado, omita pronunciarse sobre una de las pretensiones formuladas u otorgue cosa distinta de lo pedido.

Es por esta razón que en los procesos regulados por este principio es imperativo que el momento en que se produce una situación o conflicto que involucra el interés público, sin que la voluntad de las partes tenga relevancia alguna el proceso iniciará inmediatamente, de la misma manera a diferencia de los procesos con intereses renunciables, los hechos y argumentos relevantes para la causa no se limitan a aquellos que las partes deseen proponer sino que se extienden a aquellos que el ordenamiento jurídico como tal considere relevantes sin que puedan ser excluidos por las partes.

En palabras de Armenta (2015, p. 34) “frente a la disponibilidad del Derecho Privado (tanto fuera como dentro del proceso) hay que destacar que el ius puniendi es irrenunciable e indisponible. De ahí que en el proceso penal impere mayoritariamente el principio de oficialidad frente al dispositivo, así como el de investigación de oficio frente al de aportación de parte”.

Es por esto que no es coincidencia entonces que las notas que hemos enunciado reflejen de manera perfecta algunos principios propios del proceso penal como el de oficialidad, necesidad, legalidad, de hecho si bien el maestro Véscovi asimila principio dispositivo con acusatorio aún así es capaz de reconocer que el principio dispositivo sufre fuertes modificaciones así por ejemplo sobre el principio de necesidad apunta que “aquí no cabe la cuestión de oportunidad, esto es la evaluación de si conviene o no promover la pretensión como sucede en el proceso civil” e incluso de manera contradictoria el gran maestro apuntó “otra consecuencia del principio de oficialidad es la indisponibilidad contrariamente a lo que afirmamos en el civil el proceso penal es indisponible en principio por las partes procesales penales tanto acusador como acusado” (1999, pp. 50,51).

El principio de necesidad, consecuencia del de oficialidad implica que distinto a lo que ocurre en el caso de los derechos particulares y por tanto disponibles en que el inicio del proceso puede ser una opción para resolver el conflicto, cuando lo que está en juego son derechos públicos e indisponibles el proceso es imperativo ya que no existe otro mecanismo de solución del conflicto, en palabras de Armenta:

[...]frente a la realización del Derecho Privado que no precisa inexcusablemente de la intervención jurisdiccional, hemos señalado la vigencia del principio de necesidad de intervención de la Jurisdicción en la realización del Derecho Penal (público) en materia de Derecho Privado, no habrá necesariamente un proceso siempre que exista un conflicto entre particulares, sino únicamente en caso de que alguno de ellos decida acudir a los Tribunales, en cambio en materia penal, siempre que se tenga noticia de la existencia de un hecho aparentemente delictivo debe incoarse el correspondiente proceso penal. (2015, p. 33).

Otro principio estrechamente relacionado con la indisponibilidad del proceso, que se refleja en las materias penales es el llamado de investigación integral, mismo que en palabras de Zavala Baquerizo (2004, pp. 124-125) implica la obligación del fiscal y del juez de llevar al proceso la verdad histórica investigando integralmente las circunstancias anteriores, concomitantes y posteriores a la comisión del delito, obligando que estos funcionarios lleven al proceso la verdad integral, total, imparcial e indiscriminada de aquello que ha sucedido, el tratadista incluso va más allá y considera que:

el juez no queda supeditado a conocer la verdad que las partes le quieran hacer conocer que es lo que se llama verdad formal, sino que está capacitado para que de manera independiente sin estímulo de las partes procesales y aún en contra de la

voluntad de estas busque seriamente la verdad sin tomar en consideración si la verdad favorece o desfavorece a alguno de los sujetos procesales. (2004, pp. 124-125).

Principio de aportación de parte

Este principio de manera frecuente es confundido como parte del principio dispositivo, pues en esencia propugna conforme recoge Mejía (2018, p. 34) que la actividad probatoria, proposición y entrega de material fáctico para sustentar las pretensiones o excepciones planteadas recae bajo la responsabilidad de la parte procesal interesada. Actualmente se entiende clara la diferenciación entre disponer del objeto del proceso y la introducción y la prueba de los hechos dentro del mismo.

El Tribunal Constitucional español fallo 354/1991 de 25 de noviembre al respecto con acierto ha afirmado:

Estrechamente relacionado con el principio anterior, se encuentra el principio de aportación de parte, también aplicable al proceso civil, una de cuyas manifestaciones consiste en que la actividad probatoria ha de recaer exclusivamente sobre los hechos afirmados por las partes, y cuya consecuencia es que ninguna prueba es necesaria, ni el Juez puede tomarla en consideración, cuando recaiga sobre hechos que no hayan sido afirmados por las partes en sus alegaciones o que no hayan sido discutidos por las mismas (admisión de hechos).

De lo anteriormente dicho, se desprende que si la demanda es el camino formal a través del cual se ejercita la acción, la contestación determina de forma definitiva el objeto del proceso, es decir, el objeto sobre el cual se debe pronunciar el órgano judicial ([art. 540 L.E.C.](#)); y, en consecuencia, sólo sobre los hechos que constituyen el objeto del proceso alegados en los escritos de demanda y contestación puede versar el material probatorio que acude al proceso civil.

Sobre este principio Armenta (2015, p. 45) también lo pone en relación paralela con el principio dispositivo contrario al de investigación integral que corre de manera paralela con el principio de oficialidad. Así considera que: “conforme a los principios dispositivo y de aportación estas inician y delimitan el objeto del proceso pero además a ellas corresponde introducir los hechos corren con la carga de probarlos y pueden/deben solicitar la práctica de aquellos medios probatorios que estimen necesarios a tales efectos”. (2015, p. 45).

En tanto que el principio de investigación integral implica que (Armenta, 2015, p. 45) “[...] es el juez y el MF quien introduce los hechos delimita el objeto del proceso y determina los medios probatorios y su práctica [...] en la fase de juicio oral la vigencia del principio acusatorio impone la aportación de parte [...]”

Parecería que la autora llega a una conclusión contradictoria cuando inicialmente afirma que en etapa de juicio en materias penales opera el principio de aportación de parte. Sobre esta última reflexión se considera que en materias penales lo que opera en realidad es la presunción de inocencia en su faceta procesal, misma que obliga al Estado a proporcionar los medios de prueba necesarios a fin de sustentar su pretensión punitiva, sumado a que en juicio despliega en su totalidad el principio acusatorio por tanto podría decirse de manera cauta que de cierta manera puede entenderse que existe una suerte de asimilación principio de aportación de parte como sostiene la autora, pero no de manera aislada sino a consecuencia de la aplicación de principios propios del proceso penal. De hecho, en otra obra la autora deja más clara su postura al indicar que en el proceso penal convive tanto el principio de aportación de parte como el de investigación integral, así indicó:

En España, con arreglo al Art. 728 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en lo posterior LECrim), no podrán practicarse más diligencias de prueba que las propuestas por las partes ni ser examinados otros testigos que los comprendidos en las listas presentadas, tal propuesta [...] parece trasunto en el proceso penal del principio de aportación de parte. Sin embargo, la apariencia no se corresponde a la realidad. Debe observarse que en la medida que la actividad probatoria se dirige a la fijación de la verdad [...] en el proceso penal conviven los principios de aportación de parte y de investigación de oficio. (Armenta, 2012, p. 96)

En el sistema interamericano de derechos humanos conforme recoge Abreu (1999, pp.113-125):

El principio de libertad no sólo atañe a las partes, conforme al principio dispositivo, sino también al juez, quien tiene la obligación de averiguar la verdad real, principio inquisitivo. El artículo 44 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dispone que, en cualquier estado de la causa podrá la Corte procurar de oficio toda prueba que considere útil.

La práctica en dicho Tribunal demuestra que además de los medios específicos señalados en el Reglamento, la Corte ha admitido la presentación de un video, la declaración de un perito testigo, el "afidávit", la declaración de la víctima, entre otro

Principio de cuasioficialidad

No todos los conflictos sociales giran en torno a derechos privados o derechos públicos, pues existen casos en que los derechos a tratarse tienen una mixtura de características que no permite encasillarlos en una u otra categoría, y por ende el aplicar únicamente el principio dispositivo o el de oficialidad devendría en insuficiente, es el caso de aquellos derechos de interés social (nótese que no hablamos de titularidad

pública, sino que por su naturaleza los efectos de la resolución del caso concreto trascienden el mero interés de las partes sin que por eso sean derechos públicos).

Los típicos casos en que esto sucede son las materias laborales, familiares, contencioso administrativas o contencioso tributarias, como recoge Mejía (2018, pp. 40,41) son procesos que por ejemplo pueden iniciar a petición de parte, los efectos de ciertos actos de disponibilidad deben ser evaluados por el juzgador ya que por ejemplo una renuncia de derechos laborales podría afectar gravemente a otros trabajadores, o el hecho de que si bien el administrado fija los hechos objeto de análisis y por tanto la parte deberá aportar las pruebas que sean necesarias, también al mismo tiempo se faculta al juzgador la práctica de otras pruebas que considere necesarias.

Hasta aquí se ha esbozado desde una perspectiva general los principios jurídico-técnicos del proceso cuya observancia debiera ser seguida por parte del legislador, es menester adentrarse en los sistemas procesales en materia penal que sobre la base de los principios indicados se pueden construir para reglamentar el proceso judicial que corresponda.

Sistema inquisitivo, sistema acusatorio, sistemas acusatorios mixtos y sistema acusatorio adversarial:

En un primer momento histórico no existía mayor diferencia entre el proceso penal y el no penal, es por esta razón que en esta fase el primer sistema en aparecer fue el acusatorio, como anota Armenta (2015, p. 35) el sistema acusatorio obedecía a una casi total asimilación entre Derecho Penal y Derecho Civil, la autora (Armenta, 2012, p. 22) apunta que esto se debía a que la *compositio* era un derecho subjetivo del afectado y que ocupaba el lugar de la pena.

Como notas esenciales de este sistema Zavala Baquerizo (2004, p. 92) apunta:

a) la capacidad de acusación residía en el particular pudiendo en algunos casos ser incluso cualquier persona, b) la decisión recaía en el juez, c) el proceso no iniciaba ex officio, d) el juez no tenía capacidad de investigación, e) proceso de instancia única y oral.

Este sistema evidenció algunos defectos en su concepción inicial tales como inhabilidad de equiparar las desigualdades cuando las partes pertenecían a estamentos diferentes, la inicial falta de distanciamiento entre el derecho civil y el penal, y la falta de realización de un derecho penal que cada vez se iba monopolizando por el Estado, lo cual motivó que una vez delimitadas ambas ramas del derecho los principios que regían cambiaron dando paso al sistema inquisitivo.

Instruido de manera pura por el principio de oficialidad, el sistema que en rigor se correspondería a la perfección con todos los subprincipios derivados, sería el inquisitivo, mismo que por ejemplo Echandía lo encasilla como (1997, p. 60) aquel que:

le da al juez la función de investigar por todos los medios legales a su alcance sin que la inactividad de las partes lo obligue ni lo limite a decidir únicamente sobre los medios que ellas le lleven o pidan, y por otro aspecto lo faculta para iniciar de oficio el proceso y para dirigirlo con las iniciativas personales. (Echandía, 1997, p.60)

El tratadista explica que la adopción de este sistema en materias penales se debió a que se consideraba que la comisión de delitos atentaba contra el orden social cuestión que no tiene el proceso civil (Echandía, 1997, p. 61). Fue por esto que conforme anota Armenta (2012, 23) paulatinamente el juez fue asumiendo la función acusadora, e incorporándose nuevas facultades procesales.

Zavala Baquerizo (2004, p. 93) apunta como notas esenciales de este sistema en las que serían pertinentes con este trabajo¹: a) que el juez es acusador y juzgador pudiendo iniciar el proceso ex officio, b) la actividad de las partes queda reducida a muy contados casos, c) el juzgador investiga e incluso puede introducir prueba, d) el proceso es secreto y escrito.

Lo que se procuró en definitiva fue reforzar progresivamente el poder público a través de la separación del derecho privado, y si bien la sociedad no se desentendía de la persecución delictiva esta ya no dependía de su iniciativa utilizando la pena como una forma de consolidación de su autoridad y el proceso penal como una forma de control social. (Armenta, 2012, p. 24)

Con la influencia de las ideas de la Ilustración, se procuró aprovechar las ventajas de ambos sistemas desechando simultáneamente sus defectos, surgiendo una suerte de sistema equilibrador (Zavala, 2004, p. 93) pues “por un lado parte del principio de oficialidad al considerar la investigación y persecución de los delitos como una función pública, pero al mismo tiempo se entendió como adecuada la separación de roles entre acusador y juzgador”.

Por otro lado, existe una confusión entre sistema acusatorio y sistema adversativo usados comúnmente como sinónimos. Armenta (2015, p. 37) indica que en realidad son sistemas que operan en planos distintos, ya que aquel en defensa de la imparcialidad asigna la acusación a un funcionario distinto al juez y la convierte a su vez en presupuesto indispensable para el juicio en tanto que el sistema adversarial opera en la audiencia exigiendo que tanto acusación como defensa en planos de igualdad

¹ Pues el autor desde luego que no se limita a las apuntadas, anotando por ejemplo también la participación limitada de la defensa, la prisión preventiva como regla desde las fases más tempranas del proceso, la procedencia del tormento como método de investigación (Zavala, 2004, 93).

puedan sostener sus pretensiones y resistencias frente al juez. Es por eso que en la práctica de lo que se habla es de un sistema acusatorio adversarial que puede tener dos vertientes la del modelo anglosajón y la del modelo de Estados Unidos (Armenta, 2012, pp. 26-32).

Se puede indicar que mientras que dado que el término adversarial hace referencia a la confrontación entre las partes, de cierta manera se acopla a la lógica de un sistema acusatorio, lo cual sin ser sinónimos comparten la característica de que ambos sistemas se oponen al inquisitivo pero con un grado de intensidad diferente.

Valga en esta latitud del trabajo cerrar la idea con la concepción de Joan Picó I Juno y para quien el planteamiento del principio acusatorio no excluye la posibilidad de que el juez penal pueda tener cierta iniciativa probatoria, así por ejemplo el jurista considera que:

[...] el órgano jurisdiccional penal cuando decide llevar a cabo dicha iniciativa no se decanta ni a favor ni en contra de la acusación o la defensa, infringiendo de esta manera su deber de imparcialidad pues antes de practicar la prueba no sabe a que parte puede beneficiar o perjudicar sino que su único objetivo es el de cumplir eficazmente la función jurisdiccional que la Constitución le asigna [...] (Picó, 2007, p. 149)

Otros sistemas procesales

Autores como Ferrer citando a Damaska replican que los sistemas procesales pueden también clasificarse desde otra perspectiva, según estén diseñados para la resolución de conflictos o bien para la implementación de políticas públicas mediante la aplicación del derecho previamente establecido por el órgano legislativo. Así sobre el primer sistema la autora ha referido que:

El primero de ellos El primero de ellos tiende hacia un ideal de justicia procedimental, en el que la persona juzgadora juega un papel de árbitro de una contienda de la que es espectador necesariamente pasivo, y en la que son las partes quienes gobiernan el proceso [...] determinando el resultado del proceso mediante su actuar procesal, especialmente en la práctica de las pruebas. Además, claro está, aunque no es incompatible con ella, resolver el conflicto no requiere como finalidad la búsqueda de la verdad sobre los hechos ocurridos. (Ferrer, 2022. P.83)

Sí se sigue esta concepción alternativa, se puede observar entonces que este tipo de procesos, conforme se ha anotado estarían gobernados por el principio dispositivo conforme se ha apuntado en líneas superiores.

Sin embargo, para aquellos procesos con objetos indisponibles, siguiendo a la misma autora Damaska, se tendría que:

En cambio, si se pone en el centro de la mesa un modelo de proceso gobernado por el objetivo de la correcta aplicación de las consecuencias jurídicas previstas en la legislación sustantiva —sea esta civil, penal, laboral, etcétera—, esto exige de la institución probatoria que se dirija a la averiguación [...] Pero entonces la persona juzgadora ya no puede ser espectador pasivo de una competición entre las partes, de la que le sería indiferente quien gane. A la jueza o al juez le tiene que importar que gane el proceso quien deba ganarlo, de acuerdo con la regulación vigente y con los hechos acaecidos en el mundo.⁸ En otros términos, la imparcialidad exige 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 [...] (Ferrer, 2022. pp.83-84)

En tanto que sobre el segundo modelo de proceso la autora Damaska ha dicho:

La reconstrucción histórica de los hechos dentro del proceso:

El proceso judicial pretende, la *reconstrucción histórica* de sucesos que han ocurrido con no poca frecuencia, en un espacio de tiempo bastante dilatado al momento en que se los va a juzgar, en ese sentido, podríamos decir que el proceso de reconstrucción en su mayoría está constituido por penumbras, siendo que a través de la investigación de los hechos y la aportación de pruebas se procura aportar algo de claridad sobre lo acontecido.

Como indicó Carnelutti (Jauchen 2006, p. 14) “las pruebas debieran ser como faros que iluminan su camino en la oscuridad del pasado. Pero frecuentemente ese camino queda en sombras o por lo menos en penumbras”.

Jamás se logrará despejar la totalidad de la oscuridad, pero dado que el juez obligatoriamente debe pronunciarse sobre el fondo del asunto, el proceso está diseñado para dotarle de la cantidad de luz suficiente a fin de alumbrar de la mejor manera posible la mayor cantidad de la escena, para que forme un estado psicológico que le permita resolver con certeza.

La porción de la escena que debe ser despejada con claridad para que el juez pueda pronunciarse en favor de una u otra pretensión, varía de un proceso a otro, así en materias *no penales*, bastará la *probabilidad prevaleciente*, es decir la consideración de que una hipótesis es más probable que su negación, en tanto que en materias *penales*, se exige un estándar de *certeza más allá de toda duda* razonable (Arazi, 2008, p.19).

Mientras que la escena se ilumina paulatinamente conforme el avance del proceso, permitiendo que los hechos se aclaren históricamente, dicha progresión se da también en la esfera psicológica del juez, pues la oscuridad total de la escena provoca que el juez tenga *absoluta ignorancia al desconocer los hechos*, punto desde el cual a

través del desarrollo de las investigaciones podrá transitar hacia el un nivel inicial conocimiento, que le permita generar ya una posible *sospecha*, la duda en este punto aparece y abarcará la gran mayoría del estado psicológico, para posteriormente avanzar hacia la *probabilidad* en que la duda cederá paulatinamente terreno, en favor de razones más fuertes que permitan ir acreditando los hechos, y finalmente deberá culminar con la *certeza*. (Arazi, 2008 19)

Esta progresión psicológica no sólo está presente en cuanto a la resolución del fondo de la controversia, sino también respecto de autos intermedios y resoluciones provisionales, en las cuales basta que el juez tenga por acreditada la probabilidad o la sospecha del hecho. Por ejemplo, aquellos autos que resuelven la imposición o no de medidas cautelares, pues de no contar con razones que sustenten ese grado del conocimiento, como bien indica Devis (2000, pp. 300-301) la decisión se volvería arbitraria.

En esa línea es presupuesto de las medidas cautelares el *Fumus Boni Iuris* o apariencia de buen derecho que básicamente requiere indicios racionales de la existencia del derecho reclamado, asegurando que lo resuelto no se convierta en un prejuzgamiento del fondo de la causa. (Ortíz Pradillo 2020, pp. 1515-1529) “[...] el juicio hipotético sobre el que se basará la resolución judicial otorgante de la tutela cautelar pretendida tendrá un grado de convicción distinto y menor al que se requiere para el dictado de la sentencia [...]”

La Convicción judicial y la Verdad Como Fin Del Proceso.

En lo que refiere a la verdad, como objetivo del proceso, Cervantes Valarezo (2022, p. 54) refiere que primero habrá que responder la pregunta ¿el proceso busca encontrar la verdad? o ¿arbitrar una disputa entre privados? De la respuesta que se

obtenga entonces se derivará también el rol y poderes procesales que se otorguen al juez dentro del proceso.

Sin embargo, en este punto cabe cuestionarse ¿qué es la verdad? al respecto como bien recoge Cervantes Valarezo (2022, pp. 57- 58) existen varias teorías: la de verdad como coherencia, la de verdad como consenso, la verdad como un absoluto, la verdad como correspondencia, incluso la verdad como desvelamiento (Manco, 2012, p. 190).

En cuanto a la verdad por correspondencia tenemos que conforme refiere Cervantes Valarezo (2022, p. 57) un enunciado será verdadero o falso según se pueda comprobar empíricamente. Esto tiene su fundamento en que el sistema penal garantista se encuentra construido sobre la verificación y determinación de hechos como presupuesto del establecimiento de la existencia o no de la responsabilidad penal del sujeto, y en virtud de la persecución de personas de manera descontrolada (Manco 2012, pp. 200-201).

Ahora bien, esta determinación de los hechos puede ser ilimitada, es decir puede perseguirse fuera de cualquier límite o aportación de las partes dentro del proceso, en procura de una correspondencia perfecta con el hecho enunciado; o moderada, es decir limitada a lo que haya existido en el proceso sin que sea necesaria esta perfecta correspondencia entre los hechos y lo que realmente consta en el proceso. Se conoce a la primera como verdad material mientras que la segunda como verdad formal o semántica.

En palabras de Manco (2012, p. 201) “La verdad de la teoría semántica se establece a través de la verificabilidad de las proposiciones fácticas y jurídicas frente a los hechos, la verdad es el predicado de una proposición”.

La Certeza.

En materias penales, corresponde al estado psicológico o nivel de convicción interna respecto de la materialidad y responsabilidad a la que se espera que arribe el juez para poder emitir una sentencia condenatoria (Vaca, 2015, pp. 42- 43).

Hay quienes atribuyen a la certeza un carácter puramente subjetivo, que no puede asimilarse con la posesión de la verdad, “[...] la verdad es, la certeza se tiene [...]” siendo entonces, que el juez al tener *absoluta certeza* cree que su conocimiento coincide con la verdad. (Cabrera, 1996, 350).

Razón por la cual en la actualidad se han propuesto mecanismos que eliminen lo más posible dicha subjetividad otorgando parámetros racionales de control de las decisiones judiciales, así tenemos por ejemplo que frente a la convencional valoración de la prueba por convicción judicial se propugna la prueba sin convicción o valoración racional.

Al respecto por ejemplo Ferrer sobre la prueba de oficio ha indicado que: “Atribuir una dirección exclusiva del proceso a las partes supondría, entonces, empobrecer el acervo probatorio y, con ello, disminuir la probabilidad de acierto en la decisión probatoria y, consecuentemente, de adoptar una decisión jurídica correcta” (2022, p.93).

Esto tiene su explicación en la calidad de información que se permite que ingrese al proceso, y por tanto los insumos que el juzgador finalmente tendrá para resolver, así en palabras del mismo Ferrer:

[...] Por otro lado, la participación de las partes en la práctica en contradictorio de las pruebas —que no excluye tampoco necesariamente la participación de la jueza o juez— es también un mecanismo cognoscitivo de gran valor para mejorar el conjunto

de elementos de juicio del proceso, tanto cuantitativamente —mediante la presentación de pruebas sobre la prueba, por ejemplo— como cualitativamente —aportando información sobre la fiabilidad de pruebas ya incorporadas al expediente—[...]. (Ferrer, 2022, p92.)

Prueba, Actividad Probatoria y Prueba de Oficio

Quedó asentado que desde un punto de vista teleológico el contenido del proceso judicial y sobre todo su diseño e implementación por parte del legislador debe siempre enfocarse en la solución efectiva del conflicto social, sin embargo aquello no pasaría de ser una declaración lírica pues para la resolución de este conflicto por parte del juez será menester que cuente con las razones suficientes para dar la razón a las pretensiones de una de las partes y correlativamente desechar las resistencias de la otra. Estas razones son lo que conocemos como pruebas y la actividad procesal para su recolección, anuncio, admisión, práctica y valoración se conocen como actividad probatoria.

Al igual que sucede con la definición de proceso judicial, el término prueba es policéfalo, y ambiguo, así por ejemplo Cabrera (1996, p. 347) indica que se la puede usar para referirse a los medios de prueba, a la actividad probatoria como tal, o incluso el nivel de convencimiento que se ha generado en el interior de juez. En el mismo sentido Echandía (2000, p. 13) “La noción de prueba está presente en todas las manifestaciones de la vida humana”

Por otro lado, el maestro Devis Echandía (1997, p. 415), considera que la *actividad probatoria*, “es aquel conjunto de actos procesales que engloba la petición, presentación, anuncio, admisión, decreto y práctica de los medios de prueba”.

Dado que el proceso penal se puede distinguir una primera fase de investigación informal llevada a cabo especialmente por las agencias policiales y el Ministerio Público en la que la participación del juez es excepcional, seguida de una fase posterior con que la investigación continúa de manera más formal pero con la supervisión directa del juez, seguida de otra fase de evaluación de las actuaciones del Ministerio Público y finalmente el juzgamiento donde se practica la prueba ante el juez, hay autores (Armenta, 2015, p. 273) que diferencian entre la *actividad probatoria* y *actos de instrucción*, reservando a los primeros, a la audiencia de juicio, mientras que como *actos de investigación* o instrucción a aquellos que se practican, bien sea por el juez o el fiscal, según el sistema procesal así lo permita, a fin de ir instruyendo el proceso previo al juicio.

Ahora bien, estos actos procesales según el diseño que el legislador decida pueden ser asignados, bien a las partes de manera exclusiva, al juez, o de manera compartida, aquí es donde situamos a la actividad probatoria de oficio o prueba para mejor resolver. Este poder procesal como bien anota Alvarado Velloso (2022, pp. 21-22) en muchos ordenamientos jurídicos ha pasado de ser una facultad procesal del juez a mal entenderse como una obligación de este frente al proceso.

La decisión legislativa de otorgar mayor o menor capacidad probatoria al juez no está libre de polémica, pues aunque en materias no disponibles parecería coherente acentuar dicha capacidad del juez en cumplimiento de los principios de oficialidad, investigación integral y búsqueda de la verdad material en tanto que lo opuesto parecería lógico en materias disponibles, lo cierto es que a partir de la década de los ochenta del siglo pasado el proceso penal ha sufrido una suerte de disolución de los límites y diferencias entre Derecho Penal y Derecho Civil, lo cual como recoge Armenta (2015, p. 35) ha derivado en una tendencia actual de posicionar al juez en una

posición de tercero imparcial privado de toda iniciativa procesal convirtiendo al proceso penal en uno que empieza a perfilarse más como uno de corte civil dispositivo, mientras que en contravía en los procesos civiles se posiciona al juez como una figura con más capacidades de intervención en cuestiones relativas a la prueba.

Esta incoherencia, al menos en Hispanoamérica ha sido también impulsada por una sistemática e incuestionada adopción del sistema acusatorio adversarial de Estados Unidos, pese a tener sus raíces en el *common law* y ser cultural y jurídicamente ajeno a nuestra tradición jurídica tributaria del *civil law* en sus versiones española e italiana.

Críticas al sistema norteamericano se pueden encontrar hurgando un poco en sus propias estadísticas, así por ejemplo Armenta (2012, p. 29) recoge que: “sobre el modelo se debe partir de un hecho que los propios autores reconocen: se aplica en realidad a menos de 2 por 100 de la criminalidad de EE. UU., lo que significa que la mirada hacia el paradigma adversativo se centra en poco más que una ilusión en su propio país de origen”. Partiendo de esa realidad el sistema norteamericano sustenta su calidad de adversativo en primer lugar en la posición pasiva del juez y del jurado dotando a las partes del poder de plantear a libertad las cuestiones de hecho y derecho a ser debatidas de ahí que tanto acusado como acusador puedan realizar investigaciones separadas hasta la etapa de *disclosure*, en segundo lugar el abandono de la búsqueda de la verdad como finalidad del proceso y en tercer lugar el contraexamen como garantía y contrapeso para que la información que se practique en juicio sea lo más fidedigna posible.

Bajo el entendido que los poderes procesales de los sujetos de la relación procesal, se pueden presentar como *derechos, obligaciones, deberes, cargas, o facultades*, según sean; derechos públicos exigibles al juez; su inobservancia pueda dar

origen a reclamaciones o costas e incluso a su cumplimiento vía coerción, su inobservancia genere una sanción procesal al interesado, o en el caso de las facultades, no se puedan exigir coerciblemente y sean opcionales (Echandía, 2000, p. 30) La prueba de oficio, se enmarca entonces como una *facultad procesal* (Echandía, 2000, p. 41) que el legislador permite al *juez* realizar *actividad probatoria*.

Dentro de los poderes procesales que pueden en mayor o menor medida asignarse al juzgador, están el de introducir pruebas (prueba de oficio), pero además existen otros que si bien no son prueba de oficio propiamente, sí tienen directa incidencia en las fases de la actividad probatoria, como recoge Ferrer (2022, p. 95) estos poderes son:

a) el admisión o inadmisión probatoria, b) indicación a las partes respecto de los hechos a probar o pruebas a aportar, c) admisión o inadmisión de acuerdos probatorios, d) rechazar una prueba admitida antes de su práctica, e) designar un perito, f) invertir las cargas de la prueba de los sujetos procesales, g) facultad de imponer deberes probatorios a las partes.

El estudio de estos otros poderes adicionales al de ordenar prueba de oficio, desborda los alcances de este trabajo, bastará dejar asentado que el ordenamiento jurídico muchas veces guarda profundas incongruencias pues el punto focal se ha centrado en si el juez puede o ordenar prueba de oficio.

Incluso cuando dicha posibilidad se proscribe expresamente como se verá ut infra sucede en el caso ecuatoriano, simultáneamente se permite que el juez pueda inadmitir medios de prueba (artículo Art. 604.4 letra d) del COIP), pueda aprobar o no acuerdos probatorios (Art. 604.4 letra d) del COIP), fijar puntos de debate que se tratarán en juicio (Art. 601 del COIP), realizar preguntas aclaratorias (Art. 615.7 del

COIP) lo cual es aceptado de manera acrítica. Lo cual deja en evidencia que parecería que lo que motiva la proscripción del tema apunta más a dar una apariencia de sistema acusatorio adversarial antes que reamente comprender las necesidades y objetivos del proceso penal.

Volviendo entonces a los procesos cuyo objeto lo constituyen cuestiones y derechos indisponibles, al menos en el *civil law* los sistemas mixtos, es normal que los juzgadores en mayor o menor medida mantengan cierto margen de actuación probatoria así por ejemplo el caso español tenemos que en la fase investigatoria conforme la LECrim el juez dirige la actividad instructora, así la dicha LECrim a diciembre de 2023 manda:

[...] La formación del sumario ya empiece de oficio, ya a instancia de parte, corresponderá a los Jueces de instrucción por los delitos que se cometan dentro de su partido o demarcación respectiva y, en su defecto, a los demás de la misma ciudad o población, cuando en ella hubiere más de uno, y a prevención con ellos o por su delegación, a los Jueces municipales. [...]

[...] Conforme a lo dispuesto en el capítulo anterior, los Jueces de instrucción formarán los sumarios de los delitos públicos bajo la inspección directa del Fiscal del Tribunal competente. (LECrím, 301.1-306) En cambio en la etapa de juicio la LECrim prevé:

“[...] **Artículo 728.** No podrán practicarse otras diligencias de prueba que las propuestas por las partes, ni ser examinados otros testigos que los comprendidos en las listas presentadas.

Artículo 729. Se exceptúan de lo dispuesto en el artículo anterior: [...] 2.º Las diligencias de prueba no propuestas por ninguna de las partes, que el Tribunal considere

necesarias para la comprobación de cualquiera de los hechos que hayan sido objeto de los escritos de calificación [...]” (LECrím, 728 -729.2)

Sobre esta facultad probatoria, se existen tres posturas diversas, la que por un extremo considera constitucional dicha facultad procesal, pues como recoge Armenta (2012, p.96) en materias penales en atención a al *ius puniendi* así como a la búsqueda de la verdad material como finalidad del proceso, como garantía del interés público se atempera el principio de aportación de parte, la segunda postura que por el otro extremo la considera inconstitucional partiendo de una asimilación del principio dispositivo con el sistema acusatorio, rechazando el carácter de indisponible del Derecho Penal, y una *integradora* que condiciona la validez de dicha facultad, en tanto se encamine no a probar la existencia de los hechos sino a *contrastar* o *verificar* la prueba sobre ellos. (Armenta, 2015, p. 46).

Armenta recoge algunos ejemplos similares en Europa continental, así (Armenta 2012, p. 97) En Alemania por ejemplo el artículo 238 de la StPO encomienda la dirección del proceso al presidente del tribunal facultándole incluso el interrogatorio del acusado, así como el artículo 244,2 extiende la facultad de practicar prueba a todos los hechos relevantes. El artículo 328 del Código de Procedimiento Penal francés reserva una facultad similar al presidente del tribunal en tanto que el artículo 310 faculta a decretar de oficio cualquier actividad probatoria que se considere necesaria para arribar a la verdad. Igual situación prevé el artículo 349.1 y 507 del Código de Procedimiento Penal portugués.

Tampoco es del todo cierto que, en el sistema acusatorio adversarial de Estados Unidos, los tribunales carezcan de dicha facultad, así la regla federal de evidencia 614 manda:

[...] (a) **Calling.** The court may call a witness on its own or at a party's request. Each party is entitled to cross-examine the witness. (b) **Examining.** The court may examine a witness regardless of who calls the witness. (c) **Objections.** A party may object to the court's calling or examining a witness either at that time or at the next opportunity when the jury is not present. [...]

Traducido² implicaría; a) la corte puede convocar a un testigo de oficio o a petición de parte. Pudiendo las partes conainterrogar al testigo; b) la corte puede interrogar al testigo independientemente de quien haya solicitado su comparecencia; c) la parte puede objetar la convocatoria de la corte o el interrogatorio en ese momento o el momento en que no esté presente el jurado.

Esta posibilidad incluso está permitida a nivel del sistema regional de protección de derechos humanos se permite la prueba de oficio así el artículo 44 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos manda:

[...] En cualquier estado de la causa la Corte podrá:

1. Procurar de oficio toda prueba que considere útil. En particular, podrá oír en calidad de testigo, perito o por otro título, a cualquier persona cuyo testimonio, declaración u opinión estime pertinente.
2. Requerir de las partes el suministro de alguna prueba que esté a su alcance o de cualquier explicación o declaración que, a su juicio, pueda ser útil.
3. Solicitar a cualquier entidad, oficina, órgano o autoridad de su elección, que obtenga información, que exprese una opinión o que haga un informe o dictamen sobre un punto determinado. Mientras la Corte no lo autorice, lo documentos

² Es una traducción propia.

respectivos no serán publicados. 4. Comisionar a uno o varios de sus miembros para que realicen cualquier medida de instrucción. [...]

Se observa que para la Corte Idh máximo garante de los derechos humanos a nivel regional, dicho poder procesal tampoco entra en colisión con el derecho a la defensa, ni vulnera derechos de las partes procesales.

Acreditado entonces que, aunque la tendencia parecería ser anular del todo la capacidad del juez de tener iniciativa probatoria en procesos penales ésta aún persiste, se debe dotar de ciertas notas esenciales a dicho poder procesal.

Según Manuel Miranda Estrampes (2013, YouTube 10m14s), dicha actividad reúne las siguientes características: a) aquella que no fue incorporada por las partes en el momento procesal oportuno; b) en consecuencia, es incorporada por iniciativa del órgano de juzgamiento; c) se introduce únicamente en audiencia de juicio, antes de la fase de valoración probatoria; d) únicamente puede tener como finalidad el esclarecimiento de los hechos ya aportados por las partes.

De la definición aportada por Estrampés, se desprenden características; excepcionalidad, interés público en la resolución del conflicto, y actividad probatoria previa de las partes. Queda excluida de la definición de prueba de oficio toda aquella actividad procesal realizada por el resto de sujetos de la relación procesal que no sea el juez, o aquella que es tendiente a la recopilación de elementos de prueba, que en materias penales se conoce como *actos de investigación*, entregada en un sistema procesal inspirado por el principio acusatorio con diversos matices según cada legislación, *generalmente al Fiscal*, así como a toda aquella actividad procesal que se realice fuera de la etapa de juzgamiento, que tenga por objeto suplir la inactividad

probatoria de las partes procesales y que pretenda introducir hechos distintos a los aportados por las mismas.

A similar conclusión llega Armenta (2015, p. 98) al indicar que, si bien podría pensarse que la prueba de oficio otorga un gran margen al juez en detrimento de la perspectiva adversativa, esto se desvanece por cuanto está limitada a los hechos alegados por las partes así como el impedir que las partes manipulen o imposibiliten la determinación real de los hechos.

Para Picó la prueba de oficio debería cumplir las siguientes condiciones:

[...] a) Limitarse a los hechos controvertidos, b) que consten dentro del proceso las fuentes de prueba sobre las cuales tiene lugar la posterior actividad probatoria del juez, c) respeto absoluto del principio de contradicción [...] (Picó, 2007, pp.117-118)

Aparente conflicto con la imparcialidad del juez:

La imparcialidad es un derecho de las partes procesales respecto del juez que conoce su causa, se presenta en dos ámbitos respecto de los *sujetos del proceso*, y respecto del *objeto del proceso*.

En el primer escenario se habla de la esfera *subjetiva*, se refiere a la ausencia de circunstancias que otorguen al juez un favoritismo respecto de alguna de las *partes* procesales. En el segundo escenario, se entiende la esfera *objetiva*, la cual implica que el juez no resolverá aplicando su conocimiento privado, preconcepciones o prejuicios, sino en virtud de las *pruebas* o *razones*, que ha obtenido de los *medios de prueba* que han sido practicados.

Quienes se oponen a la prueba de oficio, centran su análisis y crítica en la imparcialidad objetiva pues entienden que el momento que el juez incorpora prueba, justamente está intentando justificar su preconcepción sobre los hechos.

Sobre el rol del juez en el proceso penal la Corte Constitucional ecuatoriana ha indicado en sentencia N° 004-10-SCN-CC:

[...] Se ha señalado que el fiscal ejerce la titularidad de la acción penal en condición de sujeto procesal, es decir su función es la de investigar y si es del caso iniciar ya sea ex officio o por denuncia los procesos penales cuya acción es pública, mientras que la función del juez de garantías penales es ejercer la jurisdicción entendida como la facultad de juzgar y hacer ejecutar lo resuelto, de tal suerte que los roles de titular de la acción penal y de titular de la jurisdicción penal deben quedar absolutamente diferenciados siendo esta característica fundamental para distinguir al sistema procesal acusatorio adversarial del inquisitivo [...]

Se puede observar como la jurisprudencia de nuestra Corte Constitucional apunta a distinguir claramente los roles de cada actor del sistema acusatorio, donde parecería no dejar sitio alguno para que el juez pueda tener más protagonismo que aquel de resolver en base a lo aportado.

De todas formas, la propia Corte Constitucional de manera simultánea empodera el rol del juez en el sistema acusatorio al indicar en la misma sentencia N° 004-10-SCN-CC que:

[...] En razón de que el proceso penal además de ser acusatorio es adversarial lo que precisamente convierte al Fiscal en un sujeto procesal que actúa en representación de la sociedad, implica que al ser parte activa y necesaria del proceso tiene interés en los resultados finales del mismo, lo cual demanda que en su actuación tanto en las

normas como los jueces de garantías penales propendan a la existencia de la denominada igualdad de armas, tanto para el ejercicio de la acción penal cuanto para el adecuado ejercicio del derecho a la defensa [...]

Como se puede apreciar, la postura de la Corte Constitucional también reconoce que el ente acusador tiene una pretensión e interés propio, por tanto se puede entrever una laguna a través de la cual puede causarse impunidad, pues bastará un agente fiscal sesgado, con intereses particulares distintos a la investigación integral y ejercicio del *ius puniendi*, o simplemente negligente para que las causas puedan quedar en impunidad, haciéndose más evidente la necesidad de que eventualmente el juez compense aquello con miras a un fin superior, sin que por eso vea minada su imparcialidad.

En cuanto a la imparcialidad la Corte Constitucional del Ecuador en sentencia N°. 502-17-EP/22 ha indicado:

[...] 28. Respecto a la imparcialidad, esta Corte ha señalado que su finalidad [...] es que la persona juzgada pueda tener el rol de ser un garante de los derechos de las partes en conflicto y de ahí que las normas y las prácticas procesales estén diseñadas de tal manera que le permitan al juzgador conservar ese rol garantista”. Además, según los Principios de Bangalore sobre Conducta Judicial²⁵ la imparcialidad “[...] es esencial para el desempeño correcto de las funciones jurisdiccionales. La imparcialidad se refiere no sólo a la decisión en sí misma, sino también al proceso mediante el cual se toma esa decisión [...]

Autores como Picó sostienen que no existe ninguna tensión con el principio de imparcialidad del juzgador y para fundamentar aquello por ejemplo indica:

[...] postular la protección de la imparcialidad como fundamento de la inactividad probatoria del juez penal y otorgar a la vez iniciativa probatoria a jueces y tribunales de otros órdenes jurisdiccionales especialmente a los de orden contencioso administrativo, laboral y civil significa reconocer y legitimar que estos jueces pueden ser parciales si proceden de oficio a practicar prueba [...] (Picó, 2007, p. 150)

Estos insumos llevan a concluir que, el momento que al momento de regular la prueba de oficio, y simultáneamente prohibirse al juez introducir hechos distintos a los aportados por las partes, se garantiza la imparcialidad objetiva, pues la actividad del juzgador en nada modifica las proposiciones fácticas de las partes procesales, sino que está orientada hacia la corroboración de las mismas, enalteciendo su importantísimo rol dentro del proceso penal y siendo el verdadero garante del proceso en el cual el fiscal y el acusado no son más que partes procesales.

No parecería tampoco que la facultad procesal de incorporar prueba de oficio, se contraponga al principio acusatorio, esto debido a que, en materias *no penales*, como se indicó anteriormente, este principio inspira la separación de funciones entre *acusador* y *juzgador*, jamás implicará mutación alguna respecto del *objeto del proceso*, que en estos casos se mantiene *indisponible*, en razón del *interés público* es legítimo entonces y con las *excepcionalidades* anotadas, compatible con el principio en referencia.

Aparente conflicto con el Non Reformatio In Peius e Indubio pro reo:

Otra crítica a la prueba de oficio en *materias penales* viene dada a la aparente oposición con un principio básico, como lo es el *indubio pro reo*, con la búsqueda de la verdad material por parte del juez a través de la prueba de oficio.

Se considera que, si bien existe una línea bastante fina, si es compatible con la prueba de oficio pues, la *duda*, como estado psicológico, surge una vez que se han valorado *todos* los elementos de prueba aportados, es decir en la fase probatoria final, en ese sentido el límite temporal de la prueba de oficio, como bien refiere Armenta (2015, p. 289) lo será siempre la fase anterior es decir una vez practicada la prueba de las partes, en la cual el juez aun ni valora ni ha formado criterio.

Por otro lado, conforme se analizó anteriormente, la prueba de oficio *únicamente* es viable si su finalidad no es otra que la de *contrastar o verificar* los *elementos de prueba* ya practicados sobre los hechos previamente aportados, por lo tanto, no implica que el juez se convierta en un investigador.

Adicionalmente se puede indicar que la finalidad del *in dubio pro reo*, es sustituir el principio de *carga de la prueba* que rige en procesos con objetos disponibles, debido a que en estos, la incertidumbre del juez, perjudicará a quien pese a tener interés en ello, no probó suficientemente los hechos, mientras que en materias penales dicho concepto no puede ser extrapolado, pues existe un interés *público*, que impide considerar al castigo al culpable o absolución del inocente como intereses particulares, por lo cual ante falta de prueba o su insuficiencia, se debe siempre absolver, jamás pudiendo asignarle dicha carga al encausado.

En lo que refiere al *non reformatio in peius*, partiendo de que el componente fáctico de la acusación (hechos) es imposible su modificación, parecería ser más un conflicto entre los alcances que el legislador quiera otorgar a la acusación en su componente jurídico correlativamente limitando el ámbito de valoración que el juez pueda tener sobre los mismos, por lo cual no parecería que la prueba de oficio pueda tensionar dicho principio, salvo que estuviese orientada a acreditar hechos nuevos.

Legislación ecuatoriana:

Ahora bien, es sumamente importante el analizar como los principios que se han anotado han sido recogidos a nivel nacional. Para facilitar el entendimiento se propone las siguientes tres figuras de producción propia que se explicarán posteriormente:

Figura 1

Figura 2

Cuadro comparativo a nivel constitucional *Cuadro comparativo a nivel legal*

El proceso judicial ecuatoriano		Legislación procesal	
Constitución 2008	Constitución 1998	Código Orgánico Integral Penal	Código Orgánico General de procesos:
<ul style="list-style-type: none"> • Principio dispositivo para todas las materias. • Finalidad del proceso: • Función pública. • Realización de la justicia. • Tutela de derechos. • Esclarecimiento de la verdad material. (materia penal) 	<ul style="list-style-type: none"> • Sustanciación de los procesos de acuerdo al principio dispositivo. • Finalidad del proceso: • La realización de la justicia (desde la constitución de 1945) 	<ul style="list-style-type: none"> • Impulso del proceso corresponde a las partes conforme al sistema dispositivo. • En ningún caso el juzgador podrá decretar pruebas de oficio. 	<ul style="list-style-type: none"> • Impulso del proceso corresponde a las partes conforme al sistema dispositivo • Juez, excepcionalmente, puede ordenar de oficio la práctica de la prueba que juzgue necesaria para el esclarecimiento de los hechos controvertidos. • Pericia para mejor resolver.

Nota. Figuras 1 y 2 son de producción

propia

Finalidad del proceso judicial ecuatoriano.

A nivel constitucional no fue sino a partir de la constitución de 1945 en el que constituyente decidió empezar a incorporar principios procesales a nivel constitucional, dicha tendencia se ha mantenido hasta la constitución actual promulgada en 2008, en cuanto al fin que nuestro legislador constituyente ha otorgado al proceso, en el periodo de tiempo mencionado, ha sido el de la realización de la justicia.

Evidentemente, la fuerza normativa de todas las constituciones anteriores era más que todo declarativa, en contraste con la actual que es de inmediata y directa aplicación. Por lo cual se puede concluir que actualmente dicho principio que se orienta en el *valor superior justicia*, debe ser observado en todas y cada una de las materias.

Siendo así, aparece en el artículo 78 de la constitución de 2008 la incorporación de los derechos de la víctima de infracciones penales, dentro de los cuales se incluye el de la reparación integral y como componente de la misma el derecho a *la verdad*.

Esto lleva a la conclusión que parecería que para todas las materias antes que la mera obtención de *verdad procesal* el legislador ha optado por la *verdad material*, haciendo un énfasis mayor en materias *penales* al incorporar expresamente la verdad como un *derecho* exigible a los administradores de justicia en esta materia.

Naturaleza del objeto del proceso:

En cuanto a la naturaleza de los derechos que se ventilarán en los procesos, se puede observar que nuestro constituyente a partir de 1998 decidió *constitucionalizar* un principio que es de categoría legal, además que ha optado por considerar que *principio dispositivo* y *principio acusatorio* son idénticos, pues ordena que el primero informe *todos los procesos en todas las materias*, sin distinción de los intereses particulares o públicos que pueden estar en juego, aquello parece poco técnico.

Distribución de poderes procesales:

En esta parte, a nivel de legislación ordinaria, se observa que en cumplimiento de los principios constitucionales, el Código Orgánico de la Función judicial (en lo posterior COFJ), *aplicable a todas las materias, en su artículo 19* contiene normas que introducen el principio dispositivo, como la *atribución de las partes de definir el objeto* del proceso limitando al juez a resolver sobre el mismo, marcando fuertemente el principio de aportación de parte al indicar que “los *jueces resolverán únicamente en atención a los elementos aportados* por las partes, la prohibición de *non liquet*, principio *iura novit curia*, y finalmente respecto a la prueba de oficio la permite, con las salvedades señaladas en la ley”.

Código Orgánico General de Procesos:

En materias no penales, pese al *interés particular* y a la naturaleza *disponible* del objeto del proceso, el artículo 168 permite al juez la introducción de prueba de oficio, siendo que los únicos parámetros que el legislador le impuso fueron, la *excepcionalidad*, la *constancia* de las razones por las cual la ordena, y la finalidad de *esclarecer los hechos*.

Aquella no es una regulación muy feliz, si se toma en cuenta que ni siquiera se exige una motivación reforzada, no se especifica el momento procesal oportuno en que puede hacerlo, no especifica el tipo de medio de prueba que puede disponer, y tampoco hace mención a la posibilidad de impugnar dicha facultad procesal.

Código Orgánico Integral Penal:

Incoherentemente y en franca contradicción con, la finalidad constitucional del proceso y el derecho a la verdad, pese al interés público e indisponibilidad del objeto del proceso penal, nuestro legislador orienta estos procesos con el principio *dispositivo* al mismo tiempo prohíbe de manera expresa al juez el decreto de prueba de oficio en materias penales.

Es interesante que la norma en mención se encuentra incorporada dentro de la audiencia preparatoria de juicio, similar en naturaleza a la audiencia preliminar o primera parte de la audiencia única en materias no penales, quedaría pendiente un análisis de si por esta curiosa ubicación, la intención del legislador fue prohibirla únicamente en esta etapa del proceso penal, o si por el contrario dicha prohibición abarca también a la audiencia de juicio.

Un punto aparte merecerá la facultad de solicitar *aclaración* a los testimonios rendidos en audiencia de juicio, basta por el momento indicar que por su mediocre regulación,

se constituye muchas veces en práctica de interrogatorio, contrainterrogatorio, preguntas capciosas, sugestivas, por parte del propio juez, atentando de frente con la imparcialidad, de peor manera que lo haría una buena regulación de la prueba de oficio.

Regulación histórica ecuatoriana de la prueba de oficio en materias penales

Pese a lo polémico del tema, no se puede dejar de mencionar que en Ecuador, en materias penales, lo tradicional ha sido facultar a los jueces la introducción de prueba de oficio, entendible en un sistema inquisitivo, como el que Ecuador tuvo hasta 2001, lo que sí llama la atención que es aquello se consideró conforme a la Constitución de 1998 que como se vio, recoge esencialmente en la parte procesal lo mismo que la actual, y no fue sino hasta marzo de 2009 en que se derogó expresamente dicha facultad de los presidentes de tribunales penales. La presente figura permite graficar lo pertinente:

Figura 3

Cuadro comparativo de la legislación procesal penal ecuatoriana hasta 2014

Código de procedimiento penal (1983-2001)	Código de procedimiento penal (2001-2014)
<ul style="list-style-type: none"> • Art. 62.- Los jueces deben intervenir personal y directamente en la práctica de los actos procesales de prueba, y cuidarán que se realicen con observancia de las normas legales. • Art. 63.- El Juez debe investigar en el sumario los antecedentes personales del sindicado, así como los factores inmediatos y mediatos desencadenantes del delito. Igualmente debe investigar, de manera prolija, la conducta del inculpaado anterior a la comisión de la infracción. • Art. 272.- Si el Fiscal que intervino en el sumario se hubiera abstenido de acusar, el Presidente nombrará otro para la sustanciación de la etapa del plenario • Art. 306.- Concluida la declaración del testigo, el Presidente y los miembros del Tribunal podrán interrogarle para que amplie o aclare puntos especiales de su declaración. • Art. 308.- El Presidente, por sí o a pedido de las partes, podrá ordenar que los testigos que ya hubiesen declarado se presenten para ampliar sus declaraciones. • Art. 313.- El Presidente tendrá la facultad de llamar a cualquier persona para interrogarla y de ordenar que se exhiban ante el Tribunal los objetos o documentos que considere necesarios para esclarecer el hecho o alguna circunstancia alegada por las partes 	<ul style="list-style-type: none"> • Art. 10.- Impulso oficial.- El proceso penal será impulsado por el Fiscal y el juez, sin perjuicio de gestión de parte. • Art. 295.- Declaración del acusado.- Al rendir su testimonio el acusado indicará sus nombres, apellidos, edad, nacionalidad, domicilio residencia, estado civil, oficio u ocupación. El presidente dispondrá que el acusado haga una exposición completa sobre el hecho que motiva su presencia en el tribunal y le hará las preguntas conducentes, cuidando en todo caso que, las preguntas sean directas acerca de la infracción e indirectas respecto del acusado y, en ningún caso, capciosas, sugestivas o que tiendan a incriminarle. <p>Luego de su declaración, pueden interrogarlo los demás jueces del tribunal, el Fiscal, el acusador particular y su propio defensor, en ese orden. En cualquier momento, el acusado puede consultar con su defensor antes de responder una pregunta o puede negarse a contestar las preguntas que se le formulen. El presidente calificará la procedencia de las preguntas</p> <ul style="list-style-type: none"> • Art. 301.- Otras pruebas.- El presidente tendrá la facultad de llamar a cualquier persona para interrogarla y de ordenar que se exhiban ante el tribunal los objetos o documentos que considere necesarios para esclarecer el hecho o alguna circunstancia alegada por las partes • En reformas de marzo de 2009 se eliminó prueba de oficio en tribunales.

Nota. Figura 3 es de producción propia.

Necesidad de la prueba de oficio en delitos relacionados con delincuencia organizada

Como refiere Dagdug (2006, pp. 3-23) es un fenómeno mutable, polifacético y evolutivo del cual no es posible encontrar un punto histórico en que se haya originado, pero que pudo haberse originado en lugares rurales en los que la presencia estatal no se hacía sentir, hasta llegar al día de hoy que tiene escala y magnitudes transnacionales, destacando como representantes la mafia siciliana, la cosa nostra, la camorra napolitana, la ndrangheta de Calabria, las triadas chinas, los Yakusas japoneses, los cárteles de la droga, hasta llegar a abarcar en la actualidad a los grupos terroristas.

Como refiere Muñoz Conde (2013, p. 829) es preciso diferenciar entre los meros grupos criminales o las asociaciones ilícitas con las organizaciones criminales. Es así como estas últimas tienen las siguientes notas esenciales, más de dos personas, permanencia en el tiempo, coordinación y repartición de roles, finalidad delictiva, en tanto que las primeras, serían aquellas que si bien implican la reunión de dos o más personas no reúnen las notas de permanencia, coordinación, repartición de roles o finalidad delictiva. También es importante diferenciarlas de las meras conspiraciones (Muñoz, 2013, p. 830) ya que estas pueden ser meramente actos preparatorios.

A nivel nacional el artículo 369 del COIP con la última reforma del 12 de julio de 2024 tipifica la delincuencia organizada de la siguiente manera.

[...] La persona que mediante acuerdo o concertación forme un grupo estructurado de tres o más personas que, de manera permanente o reiterada, financien de cualquier forma, ejerzan el mando o dirección o planifiquen las actividades de una organización delictiva, con el propósito de cometer uno o más delitos sancionados con pena privativa de libertad de más de cinco años, que tenga como objetivo final la

obtención de beneficios económicos u otros de orden material, será sancionada con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años. Los demás colaboradores serán sancionados con pena privativa de libertad de diez a trece años.

Esta definición está acorde con la establecida en el Protocolo de Palermo que en su artículo 2 indica: “[...] Por “grupo delictivo organizado” se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material [...]”

De lo expuesto se puede entender diáfananamente que este tipo de delitos, difieren de la delincuencia común, por su evidente complejidad, peligrosidad y sobre todo la relevancia que a nivel internacional se ha otorgado a la prevención, investigación y sanción de dichas conductas.

En cuanto a las estrategias jurídico procesales disponibles para enfrentar este fenómeno, se acepta que pueden formularse por varias vías, yendo desde cuestiones meramente procesales, como modificaciones de las reglas de competencia, plazos procesales, pasando por la implementación de técnicas especiales para su investigación, medidas de protección tanto para los participantes como para los jueces y funcionarios a cargo. Sin que lo anotado sea exhaustivo pero sí que todas y cada una de ellas tienen como objetivo el correcto funcionamiento procesal (Dagdug, 2006, pp. 69-71).

Es dentro de estas medidas procesales que la implementación de la prueba de oficio en materia penal, en favor de los jueces anticorrupción del país, puede convertirse en una fuerte herramienta capaz de coadyuvar en la correcta conformación de la verdad material dentro del proceso con miras a que la imposición de una pena, cuando

corresponda, esté sustentada en que se ha corroborado de la mejor manera posible los hechos, no conformándose con la versión de la verdad que las partes procesales decidan traer.

Unidad Especializada para el Juzgamiento de Delitos Relacionados Con Corrupción y Crimen Organizado de Ecuador.

Ecuador implementó a partir del 9 de diciembre de 2022 la UEJDRCCO, como una herramienta tendiente a dotar al Estado de justicia especializada en esta materia. Las competencias de esta unidad se encuentran recogidas en el Código Orgánico de la Función Judicial, resoluciones 190-2021, 061-2022, 173-2023 del pleno del Consejo de la Judicatura, así como la Resolución N° 2023-07 de la Corte Nacional de Justicia.

Por su lado la Corte Constitucional también emitió sentencia N° 9-22-IN/22 ratificando la constitucionalidad de esa unidad especializada. Sin embargo ni el COIP ni el resto de normativa citada recoge previsión alguna que dote de herramientas procesales sustancialmente distintas a las que manejan los jueces ordinarios para el juzgamiento de delitos comunes, es por esto que pese a la gravedad de conductas que dicha unidad conoce, en la práctica deben aplicar normativa que no se compadece con los fenómenos delictivos complejos en los que es justificable considerar que existe una relación de desigualdad y ventaja a favor del Estado.

Desborda el objeto del presente trabajo realizar un análisis de derecho comparado sobre este último punto, bastará indicar que México, Argentina, Costa Rica, España, Estados Unidos, Australia, Austria, Canadá, Chile cuentan con leyes procesales especiales para abordar esta problemática. (Dagdug, 2006, pp. 66-69)

Derecho a la Verdad, Control de convencionalidad y cosa juzgada fraudulenta o aparente

Otra arista desde la que se puede analizar el rol del juez dentro del proceso penal lo proporciona el Sistema Regional de Derechos Humanos. Así se tiene que, dentro de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, recoge garantías judiciales y de acceso a la justicia en sus artículos 8 y 25³.

El contenido de estas garantías ha sido desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en lo posterior Corte Idh) en diversos fallos, pero en lo pertinente para el presente trabajo sobre el derecho a la verdad y su relación con el proceso judicial en sentencia del Caso Almonacid Arellano Vs. Chile la Corte Idh indicó

[...] 148. La Corte ha establecido con anterioridad que el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención [...]

[...] 150. No obstante, sin desconocer lo anterior, la Corte considera pertinente precisar que la “verdad histórica” contenida en los informes de las citadas Comisiones no puede sustituir la obligación del Estado de lograr la verdad a través de los procesos judiciales. En tal sentido, los artículos 1.1, 8 y 25 de la Convención protegen la verdad en su conjunto, por lo que Chile tiene el deber de investigar judicialmente los hechos referentes a la muerte del señor Almonacid Arellano, atribuir responsabilidades y sancionar a todos quienes resulten partícipes [...]

Se desprende de los párrafos transcritos que para la Corte Idh el derecho a la verdad es consustancial en materia penal por cuanto es la única manera en que la

víctima podrá de alguna manera percibir que el proceso realmente sirvió para esclarecer los hechos, es también relevante la distinción entre verdad histórica de aquella que se logre en el proceso judicial.

Por otro lado, en cuanto a eventuales antinomias entre la normativa interna y aquella internacional a la cual un Estado haya decidido someterse se ha consolidado lo que actualmente se conoce como el control de convencionalidad, al respecto en sentencia del caso *Almonacid Arrellano Vs. Chile* la Corte IDH indicó:

[...] 124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana [...]

Es importante el énfasis que hace la Corte Idh en posicionar a los jueces como los garantes internos del sistema regional de derechos humanos, lo cual implica también que omisiones en dichos aspectos puedan ser imputables al Estado.

A nivel interno el artículo 424 de la CRE lo recoge de la siguiente manera:

[...] Art. 424.- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.

La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público [...]

Por lo que claramente se puede establecer que el derecho a la verdad por su íntimo vínculo con la dignidad humana tiene profundas implicaciones dentro del proceso judicial y su no obtención puede entonces vulnerar los artículos 8 y 25 de la CIDH.

La Corte Constitucional sobre el derecho a la verdad en sentencia N° 114-14-SEP-CC ha indicado:

[...] Nuestra Constitución en cuanto al reconocimiento de los derechos de las víctimas se encuentra a la vanguardia con el derecho internacional de los derechos humanos, pues tal y como se mencionó en líneas precedentes la Constitución expresamente lo reconoce en el artículo 78 [...] Es así que el Estado a través de sus distintas funciones deberá implementar todas las medidas necesarias que conlleven a evitar la impunidad de las infracciones penales lo cual le genera una serie de obligaciones entre las cuales podemos citar “la de investigar y sancionar las violaciones a derechos humanos” entre otras [...]

Por si quedaba algún margen de duda, sobre la regulación a nivel interno del derecho a la verdad, del párrafo transcrito se observa como la Corte Constitucional replica los razonamientos ya expuestos por parte de la Corte Idh, para posteriormente

enlazarlo con las obligaciones estatales de debida diligencia , así Posteriormente en la misma sentencia consta “[...] la falta de una investigación seria promueve la existencia de niveles de impunidad por lo que corresponde al Estado en virtud del derecho a la verdad evitar la impunidad dentro de los procesos judiciales para cumplir con su rol de garante de la justicia lo cual puede ser concretizado mediante la estricta observancia del debido proceso constitucional y legal [...]”

Tal es la relevancia de la investigación integral de los hechos en materia penal, que se deja expresamente claro que la negligencia en la misma atenta de frente contra el derecho a la verdad, así la Corte razonó

[...] Entre las irregularidades efectuadas en la fase de investigación y que no fueron consideradas por los operadores de justicia se encuentran la inapropiada preservación del lugar del hallazgo, la no adopción de medidas necesarias para que la escena del crimen no fuera contaminada, el procesamiento no exhaustivo de las evidencias recabadas, y la no realización de diligencias periciales sobre indicios probatorios, **estas circunstancias no han sido observadas por los jueces al momento de emitir su resolución** [...]

Ahora bien, otra línea argumentativa que nuestra Corte Constitucional ha manejado, es la de enlazar al derecho a la verdad como parte del abanico de derechos procesales que tiene la víctima dentro de las materias penales ha sido reiterado de manera reciente por la Corte Constitucional en sentencia N° 768-15-EP/20 en que se indicó que:

[...] **23.** Las personas tienen cuatro derechos específicos cuando son víctimas: verdad, justicia, reparación y no revictimización. La verdad y la justicia se logran con una sentencia judicial en la que se haya demostrado los hechos violatorios a los derechos; la reparación integral se logra con las medidas adecuadas al daño sufrido por

la violación de los derechos o el delito; la no revictimización se logra, entre otras medidas, con la prohibición de que la persona pueda volver a experimentar la vivencia o las consecuencias del delito o la violación de derechos. [...]

Una investigación y juzgamiento deficiente no sólo atenta contra el derecho a la verdad de las víctimas, sino que incluso procesalmente puede dar origen a lo que en el derecho internacional de los derechos humanos se conoce como la cosa juzgada fraudulenta, así por ejemplo en el caso *Carpio Nicole Vs. Guatemala* de 22 de noviembre de 2004 indicó:

[...]131. El desarrollo de la legislación y de la jurisprudencia internacionales ha permitido el examen de la llamada “cosa juzgada fraudulenta” que resulta de un juicio en el que no se han respetado las reglas del debido proceso, o cuando los jueces no obraron con independencia e imparcialidad.

132. Ha quedado plenamente demostrado (supra párr. 76.23 a 76.61) que el juicio del presente caso, ante los tribunales nacionales, estuvo contaminado por tales graves vicios. Por tanto, no podría invocar el Estado, como eximente de su obligación de investigar y sancionar, las sentencias emanadas en procesos que no cumplieron los estándares de la Convención Americana. La regla básica de interpretación contenida en el artículo 29 de dicha Convención disipa toda duda que se tenga al respecto [...]

De los párrafos transcritos se desprende que no basta que el Estado investigue y sancione, pues para el estándar interamericano la investigación y el juzgamiento no sólo deben ser formales sino materiales es decir, desde su inicio orientados a los fines de la administración de justicia y no a un juzgamiento que en el fondo lo que buscó es cumplir una formalidad o dar la apariencia de efectividad. Lo cual es muchísimo más grave que no haber investigado y juzgado en primer lugar.

Así se tiene que reiterando esta postura jurisprudencial en el caso Almonacid Arellano Vs. Chile, la Corte Idh indicó:

[...] 154. En lo que toca al principio *ne bis in idem*, aún cuando es un derecho humano reconocido en el artículo 8.4 de la Convención Americana, no es un derecho absoluto y, por tanto, no resulta aplicable cuando: i) la actuación del tribunal que conoció el caso y decidió sobreseer o absolver al responsable de una violación a los derechos humanos o al derecho internacional obedeció al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal; ii) el procedimiento no fue instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales, o iii) no hubo la intención real de someter al responsable a la acción de la justicia¹⁶². Una sentencia pronunciada en las circunstancias indicadas produce una cosa juzgada “aparente” o “fraudulenta” [...]

De lo expuesto quedará claro para el lector que el hecho de que el ordenamiento jurídico nacional proscriba la posibilidad de que los jueces penales ordenen prueba de oficio, no sólo atenta contra el principio de oficialidad e investigación integral, sino que incluso va en contra de aquello que el propio sistema regional de derechos humanos sí permite dentro de sus procesos, además esta omisión puede derivar en responsabilidad internacional por cuanto investigaciones negligentes atentan contra el derecho a la verdad como componente de las garantías judiciales y acceso a la justicia reconocidos internacionalmente además que en el fondo ese tipo de sentencias podrían generar cosa juzgada fraudulenta por deficientes juzgamientos, agravando la situación el hecho de que ni si quiera en delitos relacionados con criminalidad organizada se permita esta herramienta procesal lo cual sin duda ata de manos a los jueces integrantes de la unidad especializada en este tipo de delitos.

Conclusiones:

1. El proceso probatorio, implica una reconstrucción histórica de hechos a fin de proporcionar al juzgador las razones suficientes que le permitan sustentar su decisión de fondo dentro de la causa puesta en su conocimiento.
2. Esta reconstrucción histórica puede estar definida por una corroboración limitada a lo aportado por las partes, o una corroboración amplia en la que no sólo las partes la construyen, según la naturaleza del proceso.
3. Existen profundas diferencias entre los procesos penales y no penales, que justifican la creación de principios diferentes y no asimilables, pues tanto el objeto del proceso, la naturaleza de los derechos en juego y los resultados que traigan son diametralmente opuestos ya que los primeros implican el interés de la sociedad en tanto que los segundos simplemente buscan la satisfacción de intereses particulares.
4. El proceso penal, al tener fines distintos, justifica la actuación más vigorosa del Estado y sus instituciones, en aras de cumplir con los principios de oficialidad, investigación integral ex officio, y respetando la naturaleza indisponible del ius puniendi.
5. La prueba de oficio siempre ha estado presente en aquellos sistemas informados por el principio de oficialidad ya que no implica jamás que el juez sustituya a las partes procesales, su actuación tiene límites fijados por la excepcionalidad, la motivación, la corroboración, la oportunidad.
6. No es cierto que la prueba de oficio vulnere el principio de imparcialidad objetiva, el *indubio pro reo* ni el *non reformatio in peius*. Tampoco es cierto que sea incompatible con la naturaleza de un proceso adversarial.
7. En Ecuador el Derecho a la verdad es también un eje transversal fijado por el constituyente dentro de los procesos penales, tanto como un derecho de las víctimas.

8. La delincuencia organizada es un fenómeno sumamente complejo por lo que los Estados han ensayado varias herramientas a fin de combatirla, entre las que están las procesales que podrían incluir a la prueba de oficio.
9. Se puede generar responsabilidad estatal internacional por investigaciones negligentes, que atentan contra la verdad a la que tienen derecho las víctimas.

El hecho de que exista una sentencia tampoco es garantía de que el Estado no pueda ser sancionado pues la misma debe responder a la búsqueda real de la verdad y la intención verificable de sancionar a los responsables, caso contrario aunque exista una resolución judicial la misma es fraudulenta.

Recomendaciones:

1. La recomendación obvia sería que el legislador retome la temática y evalúe la posibilidad de modular la regla que actualmente prohíbe la práctica de prueba de oficio por parte del juez. Mientras tanto, podría aplicarse una interpretación garantista con los derechos de la víctima del artículo 604.4 b) del COIP en el sentido de que sí bien están prohibidas las pruebas de oficio, aquello aplica para la audiencia de juicio, por tanto en etapa intermedia el juez podría tener una ventana para en la audiencia preparatoria y a fin de corroborar lo expuesto por los sujetos procesales disponer la práctica de diligencias, que si bien no serían en estricto sentido pruebas, a la larga podrían llegar a serlo de practicarse en tribunales.

Referencias:

Arazi, R. (2008). *Prueba ilícita y prueba científica*. Rubinzal.

Armenta Deu, T. (2012) *Sistemas procesales penales*. Marcial Pons.

Armenta Deu, T. (2015) *Lecciones de Derecho procesal penal*. Marcial Pons.

Cabrera, Benigno. (1996). *Teoría General del Proceso y de la prueba*. Ibáñez.

Cancado, A., Pachecho, M., Salgado, H., Jackman, O., Abreu, A., García, S., Nikken, P., Buergenthal, T., et. Al. (1999) *Memorias del seminario el sistema interamericano de protección de derechos humanos en el umbral del siglo XXI*. Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Cervantes, A., Alvaro, A., Ferrer, J., Uzcátegui, B., Cando, S., Renedo, M., Polo, E., Barraqueta, L., Aguirre, V. (2022) *La actividad probatoria en el proceso I*. Librería Cevallos. pp. 53-91.

Devis, H. (2000). *Compendio de la prueba judicial*. Rubinzal.

Devis, H. (1997). *Teoría General del Proceso*. Editorial Universidad S.L.R.

Ferrer, J. K (2022). *Manual de razonamiento probatorio*. Suprema Corte de Justicia de la Nación México.

Gimeno Sendra, V. (2015) *Introducción al derecho procesal*. Castillo de Luna

Jauchen, E. M. (2006). *Tratado de prueba en materia penal*. Rubinzal.

Manco, Y. (2012). *La Verdad y la Justicia premial en el proceso penal Colombiano*. Universidad de Panamá. 199-210

<https://revistas.udea.edu.co/index.php/red/article/view/14146/12506>

Mejía Salazar, A. (2018). *La oralidad y los principios del procedimiento*. Ius et Historiae.

Miranda Estrampes, M. “Conversatorio, la prueba de oficio en el proceso penal acusatorio - Dr. Manuel miranda estrampes”, video de YouTube a partir de una

ponencia presentada en la unidad de Postgrado de Derecho de la Universidad Nacional Mayer San Marcos, 2013, 10:14, <https://www.youtube.com/watch?v=F5EXtde1w6A>

Muñoz Conde, F. (2013). *Derecho Penal Parte Especial*. Tirant Lo Blanch.

Navas Tapia, O. (2019). *Teoría General del Proceso*. Corporación de Estudios y Publicaciones.

Ortíz Pradillo, J. (2020). *Acreditación del fumus boni iuris y prejuzgamiento en el proceso civil: el caso del secuestro judicial del libro Fariña*. Castillo de Luna, 1515-1529.

<https://hdl.handle.net/20.500.14352/8798>

Picó, J. (2007). *EL juez y la prueba*. Bosch Editores.

Rifá Soler, J.M. (2006). *Derecho Procesal Penal*. Gobierno de Navarra.

Vaca Andrade, R. (2015). *Derecho Procesal Penal Ecuatoriano*. Ediciones Legales.

Zavala Baquerizo, J. (2004). *Tratado de derecho procesal penal*. Edino.

Normas y otras fuentes legales

Ecuador, *Constitución de la República*. Registro Oficial 449, 29 de julio de 2008, art. 78 y 424.

Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, art. 5.14 y 15, 604.4 b)

Ecuador, *Código Orgánico General de Procesos*, Registro Oficial 506, Suplemento, 22 de mayo de 2015, art. 168.

Ecuador, *Código Orgánico de la Función Judicial*, Registro Oficial 544, Suplemento, 09 de marzo de 2009, art. 19,22,23,27, 130.10, 140.

Ecuador, Resolución N° 190-2021. *Por medio del cual se creó la unidad judicial de garantías penales y tribunal de garantías penales especializados en el juzgamiento de delitos relacionados con corrupción y crimen organizado*, Registro Oficial, Suplemento 585, 25 de noviembre de 2021.

Ecuador, Resolución N° 173-2023. *Por medio del cual se reformó las resoluciones 190-2021 y 061-2022*, Registro Oficial, Tercer Suplemento 385, 30 de agosto de 2023.

Ecuador, Corte Constitucional sentencia 004-10-SCN-CC caso 0025-09-CN; 25 de febrero de 2010.

Ecuador, Corte Constitucional sentencia 502-17-EP/22 caso 502-17-EP; 05 de mayo de 2022.

Ecuador, Corte Constitucional sentencia N° 9-22-IN/22; 19 de septiembre de 2022.

España, Tribunal Constitucional <https://vlex.es/vid/58123410> fallo 354 de 25 de noviembre de 1991.

Estados Unidos, *Federal rules of evidence*, a 12 de noviembre de 2020, <https://www.rulesofevidence.org/article-vi/rule-614/>

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano. Parágrafo 124 y 148-150 (26 de de septiembre de 2006)

Convención Americana de Derechos Humanos. Artículos 8 y 25. 22 de noviembre de 1969.

Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional. Artículo 2. 12 de diciembre de 2000.

Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, artículo 44. 24
de noviembre de 2000.