

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría Profesional en Derecho Constitucional

La prueba en la acción de protección

Elementos para una teoría de la prueba

Raúl Mauro Atancuri Niquinga

Tutor: Juan Francisco Guerrero del Pozo

Quito, 2021



Cláusula de cesión de derecho de publicación

Yo, Raúl Mauro Atancuri Niquinga, autor de la tesis intitulada “La prueba en la acción de protección: elementos para una teoría de la prueba”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en la maestría de Derecho Constitucional en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Junio de 2021

Raúl Mauro Atancuri Niquinga

Resumen

A fin de identificar los elementos que podrían constituir una teoría de la prueba en la acción de protección, en la presente investigación se tratará, en el capítulo primero, sobre las características del estado constitucional de derechos frente al estado de derecho legal, para llegar a identificar los derechos constitucionales como objeto de protección de esta garantía jurisdiccional. Se analizará a la acción de protección como aquella garantía que constituye el mecanismo idóneo y eficaz para la protección de derechos constitucionales y sus características establecidas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

En el capítulo segundo, se tratará sobre la prueba en la acción de protección. Al efecto se responderán las siguientes preguntas: ¿qué es probar?, ¿qué se prueba?, ¿qué es la prueba judicial?, se verificará las concepciones sobre la prueba, los principios aplicables a la producción o práctica de la prueba, se determinará que se entiende por carga de la prueba y por carga dinámica de la prueba, cuál es el objeto de prueba dentro de un proceso, las etapas de la actividad probatoria en la acción de protección, los sistemas de valoración de la prueba y estándar de prueba.

En el capítulo tercero, a fin de identificar los elementos para una teoría de la prueba a la acción de protección, se responderán preguntas como ¿qué se debe probar en la acción de protección?, ¿Qué facultades tienen los jueces para decretar prueba de oficio en la acción de protección?, ¿a quién le corresponde probar en la acción de protección? Se las reglas de carga de la prueba en la acción de protección, sus limitaciones, la prueba del daño, la valoración de la prueba en la acción de protección, la motivación de las resoluciones y las facultad de los órganos de justicia para revisar la valoración de la prueba dentro de la motivación de las decisiones judiciales

En lo medular se analizará los criterios doctrinales y jurisprudenciales que permitan identificar los elementos de la teoría de la prueba en la acción de protección, a fin de contestar las siguientes preguntas: ¿qué es probar?, ¿qué se prueba?, ¿quién prueba? y, ¿cómo se valora la prueba?

A mi familia, Jeanneth, Yajaira y Alejandro, por su amor, cuidado y compañía
constantes.

A mi madre, Rosita, por su amor y enseñanzas de vida.

Agradecimiento

Al maestro Juan Francisco Guerrero del Pozo, por su paciencia en la revisión de este trabajo y sus aportes importantes.

Tabla de contenidos

Introducción.....	17
Capítulo primero: Los derechos constitucionales y la acción de protección.....	21
1. Características del estado constitucional de derechos y justicia.....	21
2. Los derechos.....	23
3. Derechos ¿humanos, fundamentales o constitucionales?.....	25
4. Las fuentes de los derechos en la Constitución ecuatoriana.....	27
5. Las garantías.....	28
6. La acción de protección.....	30
7. Objeto y naturaleza de la acción de protección.....	31
8. Características principales de la acción de protección.....	32
9. Legitimación.....	33
9.1. Legitimación activa.....	33
9.2. Legitimación pasiva.....	34
9.2.1. Autoridad pública no judicial.....	35
9.2.2. Una persona particular.....	35
10. Competencia.....	37
11. Procedimiento.....	37
12. Plazo para la interposición de la acción de protección.....	39
13. Derechos tutelados por la acción de protección.....	40
14. Criterios aplicables para el análisis de la vulneración de derechos.....	42
Capítulo segundo: La prueba en la acción de protección.....	49
1. Noción general de prueba: ¿Qué es probar?.....	49
2. Los hechos como objeto de prueba: ¿qué se prueba?.....	50
3. Definición de prueba judicial: ¿qué es la prueba judicial?.....	53
4. Concepciones sobre la prueba.....	54
5. El derecho a la prueba.....	55
6. Principios aplicables a la producción o práctica de la prueba.....	57
6.1. Principio de necesidad de la prueba.....	58
6.2. Principio de igualdad de oportunidad de la prueba.....	61
6.3. Principio de publicidad de la prueba.....	61
6.4. Principios de pertinencia, idoneidad o conducencia y utilidad de la prueba.....	62

6.5. Principio de inmediación y dirección del juez.....	62
6.6. Principio de contradicción de la prueba	64
6.7. Principio de exclusión de la prueba.....	64
6.8. Principio de legalidad de la prueba	65
6.9. Principio de formalidad condicionada.....	66
6.10. Principio de la originalidad de la prueba	67
6.11. Principio de comunidad o unidad de la prueba.....	67
6.12. Principio de la libertad de la prueba	68
6.13. Principio de la carga de la prueba.....	68
7. Carga dinámica de la prueba	72
8. Objeto de prueba.....	77
9. Etapas de la actividad probatoria.....	79
9.1. La recopilación	79
9.2. El anuncio	80
9.3. La admisibilidad	80
9.4. La práctica de la prueba.....	83
9.5 Prueba en apelación	85
10. Valoración de la prueba.....	86
11. Sistemas de valoración de la prueba.....	88
11.1. El sistema de prueba legal	88
11.2. El sistema de íntima convicción	90
11.3. El sistema sana crítica racional.....	90
14. Estándar de prueba.....	94
Capítulo tercero: Elementos para una teoría de la prueba a la acción de protección	99
1. ¿Qué se debe probar en la acción de protección?.....	99
2. Violación de un derecho constitucional.....	102
3. Sobre el nivel de afectación del derecho	104
4. Sobre el acto u omisión	108
5. Sobre los efectos del acto u omisión: que se haya provocado daño	110
6. ¿Qué facultades tienen los jueces para decretar prueba de oficio en la acción de protección?.....	112
7. La carga de la prueba en la acción de protección: ¿a quién le corresponde probar en la acción de protección?	118

7.1. Regla de carga de la prueba cuando la accionada en la acción de protección es una autoridad pública no judicial	118
7.2. Reglas de carga de la prueba en los casos de la acción de protección en contra de particulares.....	121
7.3. Aplicación de las reglas de la carga de prueba	123
8. Limitaciones de la carga de la prueba	125
9. La prueba del daño	126
10. Valoración de la prueba en la acción de protección	127
11. La motivación de las resoluciones.....	128
12. Facultad de los órganos de justicia para revisar la valoración de la prueba dentro de la motivación de las decisiones judiciales	131
Conclusiones.....	133
Bibliografía.....	137

[...] Es difícil prever si la progresiva extensión de los derechos fundamentales y de sus garantías a la totalidad del género humano llegará a tiempo para prevenir y desactivar los violentos conflictos que su violación produce tanto fuera como dentro de nuestros ricos países; si, en otras palabras, la presión de quienes se encuentran excluidos de los privilegios de nuestro mundo alcanzará formas de violencia explosiva -guerras, criminalidad endémica, terrorismo- o por el contrario nos obligará, poco importa si por idealismo o por realismo, a atajar de una vez por todas sus causas: anulando la deuda externa de los países pobres, poniendo en marcha una efectiva política de desarrollo, ampliando gradualmente el derecho de asilo hasta anularlo junto con el privilegio de la ciudadanía, poniendo siempre en discusión nuestro tenor de vida y nuestra visión eurocéntrica del mundo.¹

¹ Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías: la ley del más débil*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, 7. ed, Colección Estructuras y procesos Serie Derecho (Madrid: Trotta, 2010), 157.

Introducción

El artículo 1 de la Constitución de la República² (CRE) caracteriza al Ecuador como un estado constitucional de derechos y justicia, donde toda la estructura estatal tiene como fin primordial la consagración y tutela de los derechos constitucionales de las personas a fin de alcanzar los fines que la sociedad considera trascendentes para su permanencia y desarrollo. Las garantías jurisdiccionales constituyen las vías procesales que tienen como fin fundamental la protección de los derechos, dentro de las cuales la actividad probatoria se redimensiona, constituyéndose en el medio que permite verificar la materialización de los derechos.

Las garantías jurisdiccionales, en especial la acción de protección, plasman el derecho a la protección judicial reconocido en el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, por la cual se reconoce:

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.
2. Los Estados Partes se comprometen:
 - a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
 - b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
 - c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

La acción de protección se instituye como una garantía jurisdiccional que tiene por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos, es decir, como un mecanismo a disposición de las personas para la protección de sus derechos fundamentales o humanos frente al poder del Estado e incluso frente al poder de particulares.

Para alcanzar tal protección es necesario que dentro del proceso se compruebe la vulneración de derechos constitucionales y el daño causado, observando el principio de carga de la prueba.

Cuando hablamos de la prueba dentro de la acción de protección, se plantean algunos problemas. El cuerpo procesal que regula el procedimiento de las acciones

² Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 1. (En adelante Constitución del Ecuador).

jurisdiccionales, esto es, la Ley Orgánica de Garantías jurisdiccionales y Control Constitucional³ (LOGJCC), no prevé una regulación exhaustiva sobre la prueba. Para cubrir los vacíos existentes se cuenta con las normas procesales que regulan los procesos en materias no penales y penales, aplicables de manera supletoria; sin embargo, los principios que les son aplicables no se adecuan del todo a la protección efectiva de los derechos constitucionales debido a que son en extremo formales, pensados desde el derecho subjetivo.

En las referidas materias, se ha desarrollado una teoría de la prueba que les permite el auxilio suficiente en la aplicación normativa probatoria en los diferentes procesos, mas esta teoría es insuficiente e incluso no puede aplicarse totalmente a las garantías jurisdiccionales debido a que estas operan bajo otros principios procesales.

Por otro lado, la indeterminación de los derechos reconocidos en las normas constitucionales genera un problema adicional en cuanto a la delimitación del objeto de prueba. Los derechos son reconocidos en la Constitución o en instrumentos internacionales de DDHH de forma general, es decir sin especificar la medida exacta de la prestación o abstención que debe observar el estado. La determinación de los derechos está dada por la ley, en esta se establece la forma como el estado ha de brindar sus prestaciones y como ejercerá las potestades. De esta manera, el legislador determina el alcance de los derechos constitucionales, estableciendo las obligaciones del estado. La indeterminación aparece cuando se cruzan estos umbrales de protección y corresponde llenarlos a los jueces en los casos concretos. Será el juez en los casos puntuales quien determine qué es lo que se debe probar dentro de una acción de protección en relación a la alegación de los derechos vulnerados, partiendo de la identificación del contenido del derecho, constitucionalmente protegido.

Por tanto, es necesario determinar qué son los derechos constitucionales como objeto de protección de la acción de protección, identificar a esta garantía jurisdiccional como mecanismo idóneo para la protección de derechos constitucionales y, analizar la prueba dentro de estos procesos una vez accionados.

De esta manera, se puede identificar a los derechos constitucionales como el elemento sustantivo que serán objeto de protección a través de la acción de protección. La acción de protección como el medio idóneo y eficaz para su protección. En el centro,

³ Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, Registro Oficial 52, Segundo Suplemento, 22 de octubre de 2009. (En adelante LOGJCC)

el elemento nuclear de todo proceso, la prueba y los elementos que podrían constituir una teoría de la prueba.

Para tal cometido, se analizará la dogmática sobre la prueba, y las sentencias dictadas por la Corte Constitucional desde el año 2011 hasta 2020 sobre la temática planteada, incluidas algunas del año 2021, para identificar las características del tema probatorio dentro de la acción de protección.

Capítulo primero

Los derechos constitucionales y la acción de protección

1. Características del estado constitucional de derechos y justicia

El artículo 1 de la Constitución de la República caracteriza al Ecuador como un estado constitucional de derechos y justicia. Esta determinación constituye un cambio cualitativo en relación al estado de derecho legal. Se caracteriza por su constitución democrática que establece auténticos límites jurídicos al poder para la garantía de los derechos.

La legitimidad de la constitución procede de su origen, el poder constituyente (poder con legitimidad cualificada), es jerárquicamente superior dentro del ordenamiento jurídico y por tanto sirve de parámetro de validez de la ley y demás normas infraconstitucionales, “el Estado constitucional postula la supremacía política de la constitución y, derivadamente, su supremacía jurídica o suprallegalidad”.⁴

Ramiro Ávila establece como uno de los criterios para el análisis de las Constituciones, el modelo de estado en función del valor de sus normas, que permite clasificarlos en: “estado legal y estado constitucional”. Caracterizando a este último porque:

[...] la constitución determina el contenido de la ley, el acceso y el ejercicio de la autoridad y la estructura de poder. La constitución es material, orgánica y procedimental. Material porque tiene derechos que serán protegidos con particular importancia que, a su vez, serán el fin del estado; orgánica porque determina los órganos que forman parte del estado y que son los llamados a garantizar los derechos; procedimental porque se establecen mecanismos de participación que procuran que los debates públicos sean informados y reglados, tanto para la toma de decisiones como para la elaboración de normas jurídicas. En suma, en el constitucionalismo se conjugan estado como estructura, derechos como fin y democracia como medio. Los derechos de las personas son, a la vez, límites del poder y vínculos. Límites porque ningún poder los puede violentar, aún si proviene de mayorías parlamentarias, y lo que se pretende es minimizar la posibilidad de violación de derechos; y vínculos porque los poderes de los estados están obligados a efectivizarlos, y lo que se procura es la maximización del ejercicio de los derechos.⁵

⁴ Marina Gascón Abellán y Alfonso García Figueroa, *Interpretación y argumentación jurídica* (San Salvador, El Salvador: Programa de Apoyo a la Reforma del Sistema de Justicia, 2004), 10.

⁵ Ramiro Ávila Santamaría, *El neoconstitucionalismo transformador: el estado y el derecho en la Constitución de 2008*, ed. Alberto Acosta y Esperanza Martínez, Primera edición (Quito: Abya-Yala, Universidad Politécnica Salesiana: Universidad Andina Simón Bolívar, 2011), 111.

El reconocimiento del estado como de derechos y justicia se constituye en el eje transversal “en todas y cada una de las instituciones reconocidas y reguladas por esta Carta Política”,⁶ determina a los derechos como límite y vínculo del poder con la sociedad, se caracteriza por una constitución rígida y, la presencia de principios como el de directa aplicabilidad. La constitución es una auténtica norma jurídica con eficacia directa sobre el conjunto del ordenamiento jurídico, esto es, *tiene carácter normativo*.⁷

Para César Landa,⁸ la fuerza normativa de la Constitución identifica como sus elementos centrales a las dos funciones del estado democrático constitucional. El primero, garantizar la supremacía jurídica de la Constitución y, el segundo, proteger los derechos fundamentales de las personas.

La fuerza normativa se sustenta en la eficacia directa de la Constitución, así como, en el bloque de constitucionalidad, desplazando de esta manera a la ley como fuente principal del derecho, irradia a todo el sistema jurídico interno, permitiendo su constante desarrollo a través de la jurisprudencia constitucional que interpreta las normas constitucionales (principios y reglas).

Para la Corte Constitucional, la consecuencia principal de ser un estado constitucional de derechos y justicia:

[...] encuentra su fundamento en el respeto y tutela de los derechos constitucionales, considerados normas directamente aplicables por y ante cualquier servidora o servidor público, lo que implica el sometimiento de toda autoridad, función, ley, o acto a la Constitución de la República así como la obligación de los jueces de administrar justicia con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley. Por lo tanto, los jueces y juezas encargados de la administración de justicia ordinaria también cumplen un rol fundamental como mecanismo de garantía jurisdiccional de los derechos de todas las personas.⁹

⁶ Ávila Santamaría, “*El neoconstitucionalismo transformador*”, 104.

⁷ Ecuador Corte Constitucional, sentencia No. 1116-13-EP/20, 18 de noviembre de 2020. (En adelante Corte Constitucional del Ecuador). Voto concurrente juez Hernán Salgado: “[...] 17. El principio de aplicación directa de la Constitución, consecuencia de la evolución del constitucionalismo, pretende superar aquella concepción y otorgar eficacia normativa a las prescripciones constitucionales. Entonces, a partir de este importante postulado, la ausencia de desarrollo legislativo secundario no constituye un motivo para que no se aplique la Constitución. Así, no cabe que se deje de aplicar una norma constitucional invocando la falta de una ley, reglamento o cualquier disposición de rango inferior”.

⁸ César Landa, "Justicia constitucional y derechos fundamentales: fuerza normativa de la constitución: 2010", en *La fuerza normativa de la Constitución*, ed. Claudio Nash y Víctor Bazán (Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos : Fundación Konrad Adenauer), 17-42, accedido 26 de marzo de 2021, <http://libros.uchile.cl/381>.

⁹ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 1679-12-EP/20, 15 de enero de 2020.

La Constitución es el cuerpo normativo de aplicación obligatoria y directa por parte de todo funcionario o servidor público. Los jueces actúan como los garantes de los derechos a través de las garantías jurisdiccionales.

2. Los derechos

Jorge Benavides,¹⁰ al responder la pregunta ¿Qué se entiende por derechos fundamentales?, establece que a pesar de que este término fuera utilizado por primera vez en la Constitución de 1848 aprobada en Frankfurt, su significado actual, es posterior a la Segunda Guerra Mundial. Citando a Pedro Cruz Villalón, establece que los derechos fundamentales nacen con la Constitución moderna, esto es, con las *constituciones decimonónicas*, formando parte de dicha regulación los Tratados Internacionales de protección de los derechos humanos.

Javier Pérez Royo infiere que el punto de partida de los denominados derechos fundamentales, lo constituyen las Declaraciones americana y francesa de 1776 y 1789, respectivamente, puesto que “son los documentos a través de los cuales los derechos se presentan en sociedad”, y definen el elemento personal de la nueva forma de organización política, “la población del Estado”; este reconocimiento de los derechos “es lo que convierte al individuo en ciudadano”.¹¹ Identifica como punto de partida para la concepción actual de derechos a la teoría contractualista que se caracteriza por implantar dos nociones claras: 1. Los derechos del individuo son naturales. 2. El estado es artificial. La conformación del estado constituye el precio que los individuos tienen que pagar para poder disfrutar pacíficamente de sus derechos naturales.¹²

Para el autor, el paso de los derechos naturales a derechos constitucionales se da el momento que son incluidos en la Constitución Federal de los Estado Unidos de América a través de las diez enmiendas, estableciendo que no son derechos naturales sino derechos constitucionales, en la medida en que formaban parte de una Constitución basada en la soberanía popular. Se tornan en derechos indisponibles para el poder constituido como el legislativo, deben ser protegidos frente a los actos de este último por

¹⁰ Jorge Benavides Ordóñez, «Un repaso a la teoría general de los derechos fundamentales», en *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, ed. Jorge Benavides Ordóñez y Jhoel Escudero Soliz (Quito: Corte Constitucional del Ecuador, Centro de estudios y difusión, 2013), 73-98, 75.

¹¹ Javier Pérez Royo, *Curso de derecho constitucional*, 7. ed, Manuales universitarios (Madrid: M. Pons, 2000), 252.

¹² *Ibíd*, 252.

el poder judicial, en virtud de su eficacia directa, es decir, la facultad para ser alegados ante los tribunales de justicia.

El principio de soberanía parlamentaria que habían heredado las colonias, pasó a constituirse en el principio de soberanía popular, donde la voluntad del pueblo [poder constituyente] es autónoma de la voluntad del parlamento [poder constituido], afirmando de esta manera el principio de constitucionalidad que hacía posible el control de los actos del legislador.¹³

En sentido contrario, en Europa, si bien, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano se fundamentó en la soberanía nacional, en este continente se consolidó la soberanía parlamentaria, imposibilitando así la implantación del principio de constitucionalidad, “Esta ausencia de límites para la manifestación de voluntad del legislador afecta también a los derechos. Los derechos no son derechos de configuración constitucional, sino de configuración legal”.¹⁴

Este fenómeno duró hasta después de la Primera Guerra Mundial cuando varios países, como Alemania y España, entre otros, iniciaron procesos de constitucionalización de derechos, marcando un hito la Constitución de Weimar, cuyo debate versó sobre la inclusión de derechos en la Constitución como fundamento del estado democrático, proceso que se consolidó al final de la Segunda Guerra Mundial con la inclusión de la doctrina de la naturaleza de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn.

Posteriormente, a través de la jurisprudencia, la doctrina y la interpretación de la segunda parte de esta Constitución, se incorporaron elementos caracterizadores de los derechos fundamentales, tales como: 1. Eficacia directa; 2. Vinculación de los poderes públicos; 3. Indisponibilidad para el legislador; 4. Contenido esencial; y, 5. Control judicial.¹⁵

La Ley Fundamental de Bonn es un paradigma en la medida que establece de forma expresa la transición de los derechos naturales a derechos constitucionales, su artículo 1, en sus dos primeros numerales, trata a los derechos como naturales y, a partir del tercero, como derechos fundamentales o constitucionales,¹⁶ siendo su fundamento la

¹³ *Ibíd.*, 257.

¹⁴ *Ibíd.*, 260.

¹⁵ *Ibíd.*, 264.

¹⁶ “Ley Fundamental De Bonn”, Accedido 28 de marzo de 2020, <https://Personal.Us.Es/Juanbonilla/Contenido/Fayue/Materiales/Ley%20fundamental%20de%20bonn.Pdf>. Artículo 1.0. **1.** La dignidad del hombre es sagrada y constituye deber de todas las autoridades del Estado su respeto y protección. **2.** El pueblo alemán reconoce, en consecuencia, los derechos inviolables e

dignidad del ser humano, así como sus características como inviolables e inalienables, constituyéndose como límite absoluto para la reforma constitucional. Los derechos naturales incorporados en la Constitución se convierten en derechos constitucionales y como normas jurídicas que van acompañados de garantías constitucionales para su efectividad a través de mecanismos que permiten su protección.¹⁷

3. Derechos ¿humanos, fundamentales o constitucionales?

Farith Simon critica a la Corte Constitucional de Transición, por la diversidad de términos que incorporó en sus sentencias para referirse a los derechos, utilizando como concepto general el de “derechos fundamentales” y como sus sinónimos los de “derechos humanos” o “derechos constitucionales”.¹⁸

Para Ramiro Ávila, “en la Constitución de 2008, todos los derechos humanos tienen una doble dimensión: la individual y la colectiva, y se denomina doctrinariamente como derechos fundamentales (no subjetivo)”,¹⁹ asumiendo así, la doctrina alemana de los derechos fundamentales como derechos públicos subjetivos.²⁰ De esta manera el autor identifica a los derechos contenidos en nuestra Constitución como derechos humanos, y a estos como sinónimos de derechos fundamentales.

A decir de Antonio Pérez Luño, los derechos humanos son “un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”, mientras que los derechos fundamentales “son aquellos derechos humanos garantizados por el

inalienables del hombre como fundamento (Grundlage) de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo. 3. Los derechos fundamentales que se enuncian a continuación vinculan al Poder Legislativo, al Poder Ejecutivo y a los tribunales a título de derecho directamente aplicable.

¹⁷ Pérez Royo, “Curso de Derecho Constitucional”, 266.

¹⁸ Farith Simon Campaña, “La noción derechos fundamentales”, en *la jurisprudencia de la autodenominada Corte Constitucional ecuatoriana, Iuris Dictio* 9, No. 13, 01 de septiembre de 2010), <https://doi.org/10.18272/iu.v9i13.690>, 11.

¹⁹ Ramiro Ávila Santamaría, *Los derechos y sus garantías: ensayos críticos* (Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012), 68.

²⁰ Peter Häberle, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la ley fundamental de Bonn*, (Madrid: Dykinson, 2003), 13. Para Häberle, “Los derechos fundamentales son garantizados no sólo para el logro de un resultado colectivo, sino que también se garantizan en los singulares sectores de la vida a favor del desarrollo de la personalidad individual”.

orden jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada”.²¹

Esta visión reconoce a los derechos como naturales, por tanto, inmanentes al ser humano. Previa a su positivización, serían derechos humanos en la medida que devienen de la dignidad humana; una vez positivizados, se los denominará como derechos fundamentales, marcando su diferencia principal en su positivización, sin que este sea un óbice para su reconocimiento y tutela.

Ricardo Garzón sostiene que el origen de la denominación de derechos fundamentales deviene de una equivocada traducción a nuestro idioma castellano, siendo lo correcto hablar de derechos constitucionales:

Es usual que el término “fundamental” connote en los intérpretes la idea de que se trata de derechos esenciales o importantísimos, pero, aunque así lo sea en la mayoría de las situaciones, realmente debemos entender estos como “constitucionales”, en el sentido de “propios de la Constitución”. Posiblemente la confusión tiene una razón filológica, la traducción de los términos teóricos de la cultura alemana. La Constitución de 1949 se llama Ley Fundamental (Grundgesetz) de Bonn, por lo que, en dicha cultura suele llamarse a los derechos constitucionales como Grundrechte, que en una traducción literal al español se ha dado en llamar Derechos Fundamentales. La traducción correcta sería Derechos Constitucionales, pero la traducción literal ha quedado instalada de manera irremediable en nuestro vocabulario jurídico iberoamericano.²²

Para Jorge Benavides, se entiende por derechos fundamentales:

[...] aquellos derechos subjetivos que le son propios a la persona en cuanto tal, que por la importancia de los bienes jurídicos que representan, tienen reconocimiento constitucional, de ahí que de dicho reconocimiento se derivan consecuencias de tipo jurídico, tales como la tutela judicial efectiva y el contenido esencial.²³

Para Ferrajoli:

[S]on «derechos fundamentales» todos aquellos *derechos subjetivos* que corresponden universalmente a «todos» los seres humanos en cuanto dotados del *status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar*; entendiéndose por «derecho subjetivo» cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por «status» la condición de un sujeto, prevista

²¹ Antonio Enrique Pérez Luño, *La tercera generación de derechos humanos*, 1. ed, (Navarra: Thomson/Aranzadi, 2006), 235-236.

²² Ricardo Garzón Cárdenas, "Ponderación y Derechos Fundamentales (I parte): dos aproximaciones conceptuales a los derechos fundamentales", *Sílex Centro de Formación* (blog), acceso 22 de diciembre de 2020, <https://www.si-lex.es/ponderacion-y-derechos-fundamentales-i-parte>.

²³ Jorge Benavides Ordóñez, "Un repaso a la teoría general de los derechos fundamentales", en *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, ed. Jorge Benavides Ordóñez y Jhoel Escudero Soliz (Quito: Corte Constitucional del Ecuador, Centro de estudios y difusión, 2013), 73-98, 75.

asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.²⁴

Los autores coinciden en que los derechos denominados fundamentales son derechos naturales (inmanentes al ser humano) positivizados en la Constitución.

La Constitución vigente reconoce a los derechos garantizados en la Constitución, en los tratados internacionales de Derechos Humanos y aquellos que devienen de la dignidad humana, por lo que bien valdría referirse de manera general como derechos constitucionales, debido a que no existe diferencia sustancial en la terminología señalada.

4. Las fuentes de los derechos en la Constitución ecuatoriana

El profesor Juan Francisco Guerrero, identifica tres fuentes de los derechos. A los derechos contenidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, se suman aquellos “derivados de la dignidad humana, que no consten en la Constitución ni en los instrumentos de derechos humanos”²⁵ y que serán incluidos en virtud de la cláusula abierta reconocida en el artículo 11 numeral 7 de la Constitución.²⁶

En cuanto a los derechos contenidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, nos remite al catálogo de derechos contenido en nuestra Constitución, en la Convención Americana de Derechos Humanos, y demás tratados de DDHH.

En cuanto a los derechos derivados de la dignidad humana, su reconocimiento será a través de las decisiones judiciales, principalmente la jurisprudencia constitucional. La dignidad humana es un estatus jurídico reconocido a todos los seres humanos. En virtud de la titularidad universal de derechos mínimos, todos los seres humanos gozan de aquellos derechos que les permiten ser identificados como tales. La dignidad humana implica una actuación, tanto del estado como de particulares, que respete el núcleo esencial de los derechos de libertad del ser humano, con las limitaciones establecidas válidamente. El respeto a la dignidad humana sirve de criterio objetivo para la protección de derechos contra actuaciones ilegítimas.

²⁴ *Ibíd.*, 37.

²⁵ Juan Francisco Guerrero Del Pozo, *Las Garantías Jurisdiccionales Constitucionales en el Ecuador*, (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2020), 3.

²⁶ *Ibíd.*, 5.

El reconocimiento de derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, implica un análisis que permita identificar, a partir de las situaciones concretas, aquel reconocimiento a favor de las personas, plasmado en prohibiciones a ciertas actuaciones del poder o en obligaciones prestacionales, identificados como derechos que son necesarios para su pleno desenvolvimiento.

Para la Corte Constitucional²⁷ la noción de derechos se origina en la dignidad de las personas, por tanto, reconoce que su titularidad recae en los individuos o colectivos, mas no en el Estado. Temas como el matrimonio igualitario, la eutanasia o la despenalización del aborto son temas que para una solución se fundamentan en el análisis de la dignidad humana. A partir de la concepción de lo que la sociedad considera digno para el ser humano, cada sociedad resolverá estos temas que generan gran debate por las diferentes posiciones adoptadas por la comunidad.

5. Las garantías

Para Ferrajoli, el garantismo no es más que la otra cara del constitucionalismo, aquella que trata de asegurar su cumplimiento mediante la introducción y la actuación de las garantías de los derechos constitucionalmente establecidos. Las garantías son las técnicas con las que se tutelan y satisfacen los derechos, clasificándolas en garantías primarias y secundarias. Las garantías primarias constituidas por las expectativas de no lesión de los derechos por parte del estado (prohibiciones) y, las expectativas positivas de prestación, asistencia del estado para el reconocimiento de los derechos (obligaciones); y, las garantías secundarias, que consisten en la intervención de los jueces a fin de reparar o sancionar la violación de las garantías primarias.²⁸

La Constitución vigente²⁹ reconoce como garantías constitucionales a las garantías normativas, las políticas públicas, servicios públicos y participación ciudadana y, las garantías jurisdiccionales.

²⁷ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 282-13-JP/19, 04 de septiembre de 2019.

²⁸ Luigi Ferrajoli y Mauro Barberis, *Los derechos y sus garantías: conversación con Mauro Barberis* (Madrid: Trotta, 2016), 14.

²⁹ Constitución del Ecuador, arts. 84, 85 y 86.

Para Claudia Storini,³⁰ las garantías de derechos son mecanismos de diversa índole que pueden agruparse en dos grandes grupos:

a) Las garantías genéricas, abstractas o normativas

Constituyen aquellos mecanismos que permiten evitar que la actuación de los poderes públicos desconozca, vulnere o afecte el contenido mínimo de los derechos fundamentales. Estos mecanismos evitan que las normas infraconstitucionales despojen a los derechos de su contenido; están dirigidas a la Administración con facultad legislativa y no al individuo de forma directa.

b) Las garantías jurisdiccionales o procesales específicas

Son mecanismos jurisdiccionales a disposición de las personas para que el estado tutele sus derechos frente a su vulneración y para exigir su restablecimiento o preservación.

Las garantías jurisdiccionales de derechos son mecanismos que permiten a las personas exigir directamente a los jueces la adopción de decisiones que protejan sus derechos vulnerados o en riesgo de afectación y que no pueden ser tutelados a través de los mecanismos ordinarios. La acción de protección es una garantía de derechos por excelencia, constituye el mecanismo idóneo y eficaz para su protección.

Para la Corte Constitucional, las garantías jurisdiccionales son acciones a disposición de la sociedad que permiten obtener la tutela frente a la vulneración de derechos y garantizan el pleno restablecimiento del goce del derecho conculcado,³¹ haciendo posible que los derechos prevalezcan ante amenazas o vulneraciones y permiten su goce efectivo en las realidades concretas.³²

Las garantías jurisdiccionales se diferencian de los procesos de justicia ordinaria en las pretensiones que se pueden formular, en el tipo de procedimiento aplicable, en los jueces que las conocen y las obligaciones que aquellos tienen dentro de cada proceso para desplegar sus facultades oficiosas.

³⁰ Claudia Storini, "Las garantías de los derechos en las constituciones de Bolivia y Ecuador", *Foro, Revista de Derecho*, No. 14 (2010), 103-38.

³¹ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 147-12-SEP-CC, 17 de abril de 2012.

³² Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 16-16-JC/20, 30 de septiembre de 2020.

Para la Corte Constitucional,³³ las garantías jurisdiccionales tienen como objeto central, la tutela y reparación integral de derechos de manera sumaria y expedita, mientras que los procesos de justicia ordinaria, si bien tutelan derechos, lo hacen a partir del control de legalidad. La reparación integral permite concretar la característica del estado ecuatoriano como estado constitucional de derechos y justicia. La Corte Constitucional ha reconocido a la reparación integral como un verdadero derecho constitucional y como un principio orientador que permite la protección integral de los derechos.³⁴

6. La acción de protección

Es la garantía jurisdiccional que tutela los derechos constitucionales de manera general, excluye únicamente aquellos derechos para los cuales la Constitución reconoce garantías específicas de protección.

La acción de protección se encuentra instituida en el artículo 88 de la Constitución de la República del Ecuador y desarrollada a partir del artículo 39 de la LOGJCC.

Su objeto es el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución ante su vulneración, por acciones u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial, incluye la protección contra políticas públicas que impliquen la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales, así como, los casos en que se provoque a la víctima daño grave por parte de los particulares, o que éstos presten servicios públicos impropios, actúen por delegación o concesión o que se encuentra en relación de aquellos, en estado de subordinación, indefensión o discriminación.

La acción de protección permite a las personas, grupos de atención prioritaria, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos, requerir el amparo de un juez constitucional cuando han sido vulnerados sus derechos por parte de las autoridades u órganos de la función pública o los particulares en determinados casos.

La acción de protección es el mecanismo que garantiza el derecho a la protección judicial, reconocido en el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos. La jurisprudencia de la Corte IDH, sobre el tema ha establecido la siguiente obligación estatal:

³³ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 020-14-SIS-CC, 07 de octubre de 2014.

³⁴ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 004-13-SAN-CC, 13 de junio de 2013.

260. La Corte ha considerado que el Estado está en la obligación de proveer recursos judiciales efectivos a las personas que aleguen ser víctimas de violaciones de derechos humanos (artículo 25), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (artículo 8.1), todo ello dentro de la obligación general, a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (artículo 1.1).³⁵

Frente a la acción de protección, el juez constitucional determinará si la acción u omisión de autoridad pública no judicial o de los particulares en los casos establecidos, ha vulnerado derechos constitucionales, en cuyo caso, dispondrá la reparación integral a la víctima.

7. Objeto y naturaleza de la acción de protección

El objeto de la acción de protección³⁶ es el amparo directo y eficaz de los derechos constitucionales. El artículo 88 de la Constitución de la República señala que la acción de protección tiene por objeto el amparo directo y eficaz a los derechos constitucionales vulnerados por acción u omisión de cualquier autoridad pública, no judicial.

La acción de protección se puede interponer cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, en casos determinados, como se analizará al momento de tratar sobre la legitimación pasiva.

La acción de protección se trata de una acción tutelar, entendida como un derecho de las personas para reclamar del estado la protección judicial y reparación de sus derechos. Este reconocimiento deviene de la característica del estado ecuatoriano como un estado constitucional de justicia.

La acción de protección no es una acción declarativa de derechos, los derechos constitucionales que se tutelan son preexistentes, a través de esta garantía se declara su vulneración y su reparación integral. Es una acción de conocimiento que persigue la declaración de la vulneración de un derecho, donde el juez está obligado a resolver sobre el fondo del caso concreto.

³⁵ Corte IDH, "Sentencia de 27 de junio de 2012 (Fondo y Reparaciones)", *Caso pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, 27 de junio de 2012, párr. 260, https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf.

³⁶ Constitución del Ecuador, art. 88.

8. Características principales de la acción de protección

Uno de los temas dilucidados por la Corte Constitucional fue la de zanjar de forma definitiva a qué tipo de acción corresponde esta garantía jurisdiccional. La confusión surgía por lo dispuesto en la LOGJCC, artículo 40, numeral 3, que establece como requisito la “Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado”; y, el artículo 42, numeral 4, que establece como causal de improcedencia “Cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz”. De ahí que se debatía si la acción de protección era una acción subsidiaria o residual.

La subsidiaridad está relacionada con la posibilidad de plantear la acción cuando no interfiera con otra acción existente en la vía ordinaria; y, la residualidad, cuando, se habilitaba la posibilidad de plantear la acción después de agotar todos los mecanismos de defensa establecidos en la justicia ordinaria.

La Corte Constitucional definió que la acción de protección no es una acción subsidiaria ni residual, al contrario, se trata de una acción directa e independiente, es decir autónoma de cualquier otra existente en la vía ordinaria o constitucional:

31. Ahora bien, respecto a una presunta incompetencia en razón de que la acción de protección sería de carácter supletorio y residual, es menester dejar en claro que la acción de protección tiene por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución; por consiguiente, es una acción directa e independiente, que bajo ningún concepto puede ser residual y exigir el agotamiento de otras vías o recursos para poder ser ejercida.³⁷

Sin embargo, el juez constitucional, doctor Ramiro Ávila, en voto salvado, sostiene que la acción de protección es residual:

14. Por otro lado, la sentencia afirma que la acción de protección “es una acción directa e independiente, que bajo ningún concepto puede ser considerada como residual y exigir el agotamiento de otras vías o recursos para poder ser ejercida”. No concuerdo con esta afirmación. La LOGJCC establece que la acción de protección se podrá presentar cuando, entre otros requisitos, no exista “otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado”. Es decir, cuando existan otros mecanismos jurisdiccionales (ordinarios u otra garantía constitucional distinta a la acción de protección), y se demuestre que no son eficaces para resolver el caso concreto, entonces

³⁷ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 1754-13-EP/19, 19 de noviembre de 2019.

también procedería la acción de protección. En este sentido, entonces, la acción de protección sí podría ser residual.³⁸

Como se verá más adelante, la Corte Constitucional ha determinado que no constituye requisito para la procedencia de la acción de protección la existencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz, en la justicia ordinaria, para proteger el derecho violado, por lo cual este criterio no puede ser considerado para determinar que la acción de protección resulte residual frente a la existencia de dichos mecanismos. Además, tratarse de un voto salvado, prima el criterio de mayoría sobre que la acción de protección es una acción directa e independiente.

9. Legitimación

La legitimación procesal identifica quienes pueden actuar en el proceso constitucional como accionantes. La legitimación es activa en relación al accionante y pasiva en relación al accionado.

9.1. Legitimación activa

La legitimación activa se relaciona con quienes pueden iniciar la acción de protección a través de la presentación de la demanda. En el caso ecuatoriano, la legitimación activa para presentar la demanda es amplia, la puede plantearla cualquier persona, comunidad, pueblo, nacionalidad o colectivo, directamente o a nombre de otra y sin que sea requisito un poder o autorización. La Constitución de Ecuador establece que cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en la Constitución.³⁹

Es menester diferenciar entre la legitimación activa y la titularidad del derecho. Normalmente en el derecho ordinario se conjugan la legitimación y la titularidad del derecho, esto es, la capacidad de actuar legítimamente como parte en un proceso (legitimidad) y, la titularidad del derecho o de un interés legítimo. En materia de garantías

³⁸ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 708-16-EP/2021, 27 de enero de 2021, voto salvado juez Ramiro Ávila.

³⁹ Constitución del Ecuador, art. 86 numeral 1.

jurisdiccionales se da la separación entre la titularidad del derecho de acción y del derecho constitucional a tutelar.⁴⁰

El derecho de acción de garantías es abierto, reconocido a cualquier persona, comunidad, pueblo, nacionalidad o colectivo, es decir que cualquiera de aquellas puede ejercer el derecho de acción y activar una garantía jurisdiccional.

En cuanto a la titularidad de los derechos, estos corresponden a las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos, quienes gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de DDHH. La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución.⁴¹ Tanto la titularidad del derecho de acción como la titularidad del derecho constitucional pueden conjugarse o no en la misma persona que plantea la acción de protección.

Sobre la legitimación activa de las garantías jurisdiccionales, la Corte Constitucional ha establecido:

39. Cuando la Constitución y la ley establece que las puede interponer cualquier persona esto significa que es irrelevante si se trata de una persona natural por sus propios intereses o un servidor público en ejercicio de sus funciones y representación institucional.⁴²

38. El hecho de que el Estado no sea titular de derechos no implica que algunos de sus organismos estén impedidos de presentar acciones de protección. Tan es así que la Defensoría del Pueblo tiene no sólo la posibilidad, sino el deber de activar garantías jurisdiccionales para la protección de los derechos de las personas y de la naturaleza. Se vuelve necesario entonces analizar, con independencia de la titularidad de los derechos, los requisitos de legitimación activa y legitimación pasiva de la acción de protección. Para ello, resulta pertinente recordar la necesaria distinción entre los conceptos "legitimación activa" y "titularidad del derecho", que consiste "[...] en la separación entre el derecho de acción y el derecho sustantivo, objeto de la pretensión".⁴³

9.2. Legitimación pasiva

La legitimación pasiva hace relación a la parte en contra de quien se puede dirigir la acción o en contra de quien va dirigida la demanda. La identificación será posible a través de identificar a quien, por acción u omisión, se alega ha vulnerado un derecho constitucional, en el caso del ente público o en los casos específicos señalados en contra de los particulares. Esta determinación es importante en virtud de que, de declararse la vulneración de derechos constitucionales, será la parte a la que se le condene a la reparación integral.

⁴⁰ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 126-14-SEP-CC, 14 de agosto de 2014.

⁴¹ Constitución del Ecuador, art. 10.

⁴² Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 66-15-JC/19, 10 de septiembre de 2019.

⁴³ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 282-13-JP/19, 04 de septiembre de 2019.

9.2.1. Autoridad pública no judicial

La Constitución ecuatoriana establece que la acción de protección podrá interponerse por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial. Se excluye a las decisiones jurisdiccionales, es decir las resoluciones y providencias judiciales dictadas por jueces en ejercicio de su jurisdicción y competencia. En el Ecuador se reconoce jurisdicción y competencia en justicia ordinaria, constitucional y electoral. Cualquier autoridad pública que, por acto u omisión, que no se trate de una decisión jurisdiccional, puede ser accionada en una acción de protección. En esta categoría se encuentran también los responsables de ejecutar políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales.

9.2.2. Una persona particular

La Constitución⁴⁴ y la LOGJCC,⁴⁵ establecen que para que un particular pueda ser accionado en una acción de protección y esta proceda, se debe cumplir ciertos requisitos. Sin embargo, es necesario señalar que este no constituye un requisito de admisibilidad, en todo caso, lo será de procedencia, por tanto, frente a una acción de protección en contra de un particular, el juez se verá obligado a tramitarla y dictar sentencia de fondo.

Características de la persona particular frente a la acción de protección:

1. La violación del derecho provoque daño grave

La Corte Constitucional al conocer sobre la acción extraordinaria de protección, analiza su facultad para revisar lo decidido en un proceso de garantía jurisdiccional, refiriendo el criterio de gravedad del daño, estableciendo entre sus características principales “[...] que el daño causado pueda tornarse en irreparable. Lo grave del caso puede estar dado por la condición del sujeto, el grado de invasión en la esfera de protección del derecho u otras particularidades que puedan ser advertidas por la Corte”.⁴⁶

2. Prestación de servicios públicos impropios

Para Fernández Ruiz,⁴⁷ el servicio público impropio corresponde a una actividad técnica destinada al público para satisfacer una necesidad de carácter general cuando no

⁴⁴ Constitución del Ecuador, art. 88.

⁴⁵ LOGJCC, art. 41, numeral 4.

⁴⁶ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 176-14-EP/19, 16 de octubre de 2019.

⁴⁷ Jorge Fernández Ruiz, *Derecho administrativo*. Primera edición. Biblioteca Constitucional. Serie grandes temas constitucionales (Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2016), 227.

está considerada por la ley como servicio público y puede ser desarrollada directamente por particulares y deriva de un permiso, de una licencia o autorización de carácter administrativo que destraba el ejercicio de un derecho individual limitado, de realizar una actividad privada que obliga a su titular a prestar el servicio a quienquiera que lo requiera y en el orden en que se presente, con apego a una regulación jurídica especial que puede incluir la fijación de una tarifa obligatoria.

3. Que actúe por delegación o concesión

La Constitución de Ecuador establece que “El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos”.⁴⁸ El legitimado pasivo será el particular que por delegación o concesión preste un servicio público.

4. La persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.

La subordinación implica la existencia de una relación jurídica en la que una parte estará supeditada a otra, en virtud de un contrato o de una norma jurídica, generando la posibilidad que la parte en desventaja deba asumir una decisión arbitraria o que, al ejecutar un acuerdo, se produzca vulneración de sus derechos constitucionales. La indefensión constituye una situación generada fácticamente al no poder contrarrestar en igualdad de condiciones el poder que producto de las circunstancias y no necesariamente de normas, vulnera derechos, mediante arbitrariedades que no son controladas eficazmente por las autoridades competentes. La acción de protección frente a particulares se sustenta en los principios de supremacía constitucional, pro homine y de igualdad material, obligando también a los particulares a respetar los derechos constitucionales, la eficacia directa de los derechos contra los particulares es el reconocimiento de la Constitución como norma suprema de convivencia de la sociedad, lo cual tiene como finalidad frenar la arbitrariedad en determinadas situaciones en las que se pretenda la vulneración de derechos.⁴⁹

Sobre este tema, la Corte Constitucional ha señalado que:

⁴⁸ Constitución del Ecuador, art. 11, numeral 9.

⁴⁹ Corte Constitucional, sentencia No. 354 17-SEP-CC, 27 de octubre de 2017.

[...] de la lectura integral de los supuestos contemplados en el artículo 88 de la Constitución es claro que para que proceda una acción de protección presentada contra un particular la persona afectada por la supuesta vulneración debe encontrarse en una situación de desequilibrio respecto del particular. En otras palabras, el particular como parte accionada debe encontrarse en una posición de poder frente a la parte accionante, capaz de lesionar sus derechos.⁵⁰

10. Competencia

Para conocer y resolver las garantías jurisdiccionales, son competentes los jueces del lugar en el que se origina el acto o la omisión o donde se producen sus efectos.⁵¹ En cuanto a la acción de protección, la Corte ha agregado que, si el acto impugnado tiene efectos de carácter nacional, es competente cualquier juez constitucional. Si los efectos del acto son inherentes a la persona que lo impugna, es competente el juez del lugar donde se encuentre la persona.⁵²

Frente a las frecuentes excepciones de incompetencia en razón de la materia, alegada por los accionados en acciones de protección, sosteniendo que por tratarse de asuntos de mera legalidad y no de constitucionalidad, los asuntos planteados deben conocerse por jueces ordinarios, la Corte Constitucional, ha señalado:

30. Así, la cuestión consistente en dilucidar si el asunto puesto en conocimiento de los jueces constitucionales es efectivamente una vulneración de derechos o no, no está relacionada con la competencia en razón de la materia. Ello porque, cuando el legitimado activo alega la presunta vulneración de sus derechos, el juez competente para resolver si tal vulneración existió o no siempre será el juez constitucional. Esto no quiere decir necesariamente que dichas vulneraciones efectivamente existan en todos los casos puestos en su conocimiento, pues ese es precisamente el objeto del pronunciamiento en sentencia de acción de protección.⁵³

De esta manera, para conocer la acción de protección siempre será competente el juez constitucional de primera instancia. La competencia no tiene que ver con la forma en la que se resuelva la acción, es decir, sobre la aceptación de las alegaciones o excepciones planteadas. El juez constitucional en virtud de su competencia por la materia, está obligado a verificar si la alegación de vulneración de derechos existió.

11. Procedimiento

⁵⁰ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 282-13-JP/19, 04 de septiembre de 2019.

⁵¹ Constitución del Ecuador, art. 86 numeral 2.

⁵² Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 845-15-EP/20, 12 de agosto de 2020.

⁵³ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 1068-13-EP/20, 22 de julio de 2020.

El procedimiento para tramitar las garantías jurisdiccionales debe ser sencillo, rápido y eficaz, oral en todas sus fases e instancias.⁵⁴ A diferencia de los procedimientos ordinarios, el procedimiento para garantías jurisdiccionales no debe ser formalista ni rígido, se debe caracterizar por su sencillez y rapidez, buscando brindar una respuesta eficaz frente a la vulneración de derechos.

La eficacia se relaciona con una respuesta real y oportuna del estado frente a la alegación de vulneración de derechos, así como, la ejecución oportuna de la resolución en caso de declaratoria de vulneración de derechos. No basta con el reconocimiento formal de la garantía jurisdiccional, sino que esta debe ser el medio que permita una real tutela de derechos, garantizando la tutela judicial efectiva. Sobre este tema, la Corte IDH ha señalado:

261. Por otro lado, la Corte ha señalado que el artículo 25.1 de la Convención establece, en términos generales, la obligación de los Estados de garantizar un recurso judicial efectivo contra actos que violen derechos fundamentales. Al interpretar el texto del artículo 25 de la Convención, la Corte ha sostenido, en otras oportunidades, que la obligación del Estado de proporcionar un recurso judicial no se reduce simplemente a la mera existencia de los tribunales o procedimientos formales o aún a la posibilidad de recurrir a los tribunales. Más bien, el Estado tiene el deber de adoptar medidas positivas para garantizar que los recursos que proporciona a través del sistema judicial son "verdaderamente efectivos para establecer si ha habido o no una violación a los derechos humanos y para proporcionar una reparación". De este modo, el Tribunal ha declarado que "la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar".

262. Asimismo, la Corte ha reiterado que el derecho de toda persona a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales "constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención".

263. Este Tribunal ha afirmado, asimismo, que para que el Estado cumpla con lo dispuesto en el citado artículo no basta con que los recursos existan formalmente, sino que los mismos deben tener efectividad. En ese sentido, en los términos del artículo 25 de la Convención, es posible identificar dos responsabilidades concretas del Estado. La primera, consagrar normativamente y asegurar la debida aplicación de recursos efectivos ante las autoridades competentes, que amparen a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven a la determinación de los derechos y obligaciones de éstas. La segunda, garantizar los medios para ejecutar las respectivas decisiones y sentencias definitivas emitidas por tales autoridades competentes, de manera que se protejan efectivamente los derechos declarados o reconocidos.⁵⁵

⁵⁴ Constitución del Ecuador, art. 86, numeral 2, literal a).

⁵⁵ Corte IDH, "Sentencia de 27 de junio de 2012 (Fondo y Reparaciones)", *caso Pueblo Indígena Kichwa De Sarayaku vs. Ecuador*, párr. 261 -3, https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf.

De esta manera, la jurisprudencia de la Corte IDH establece la obligación de los estados de incorporar mecanismos efectivos de garantía de derecho; aquello implica asegurar la debida aplicación de los mismos por parte de las autoridades. Los estados deben garantizar una protección de derechos material y no formal.

El estado debe brindar un remedio constitucional inmediato del derecho afectado; esto implica que debe proporcionar una respuesta urgente frente a la violación del derecho constitucional vulnerado.⁵⁶

A fin de lograr la eficacia de las garantías, se incorporan otras disposiciones procesales que disponen que serán hábiles todos los días y horas; podrán ser propuestas oralmente o por escrito, sin formalidades, y sin necesidad de citar la norma infringida; no será indispensable el patrocinio de un abogado para proponer la acción; las notificaciones se efectuarán por los medios más eficaces que estén al alcance del juzgador, del legitimado activo y del órgano responsable del acto u omisión; y, no serán aplicables las normas procesales que tiendan a retardar su ágil despacho.⁵⁷

12. Plazo para la interposición de la acción de protección

Sobre la temporalidad para presentar una acción de protección, la Corte Constitucional se ha pronunciado de manera expresa. Debido a que no existe en la Constitución ni en la LOGJCC, un límite de tiempo, ni se prevén figuras como la caducidad o la prescripción que limiten el derecho de acción para presentar esta garantía jurisdiccional, la Corte Constitucional ha establecido que, en la acción de protección, no procede la excepción de prescripción; al efecto ha señalado:

29. Conforme ha quedado señalado, los operadores de justicia rechazaron el recurso de apelación y, por tanto, la acción de protección porque consideraron, entre otros argumentos, que ésta no se presentó inmediatamente; sin embargo, este requisito no está establecido en la Constitución, en la ley ni en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.
30. De lo anterior, se desprende que, dentro de los requisitos para proponer una acción de protección, no existe uno relacionado con la temporalidad de su presentación; sino que ésta, de manera general, procederá frente a violaciones a derechos constitucionales en función de cada caso, conforme lo establece la Constitución, la LOGJCC y la jurisprudencia de este Organismo.⁵⁸

⁵⁶ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 115-14-SEP-CC, 06 de agosto de 2014.

⁵⁷ Constitución del Ecuador, art. 86 numeral 2, cc. LOGJCC, art. 8.

⁵⁸ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 179-13-EP/20, 04 de marzo de 2020.

Este organismo ha realizado varias puntualizaciones sobre los derechos tutelables a través de la acción de protección, criterios que permitirán identificar los derechos que por ser posible su vulneración, son tutelables a través de la acción de protección:

13. Derechos tutelados por la acción de protección

La Corte Constitucional, sobre los derechos que son objeto de tutela a través de la acción de protección, ha establecido como regla que:

Los derechos constitucionales que la acción de protección tutela son "todos" los derechos determinados en la Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, que no se encuentran protegidos por otra garantía jurisdiccional, sin dejar de lado los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento, conforme lo determinado en el artículo 11 numeral 7 de la Constitución.⁵⁹

Este organismo,⁶⁰ ha señalado que los derechos protegidos por el estado ecuatoriano, no se limitan a aquellos establecidos en la Constitución, su alcance incluye a los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos. La cláusula abierta⁶¹ de la Constitución permite incluir cualquier derecho no establecido expresamente y que derive de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.

Para la Corte Constitucional, “Todos los derechos reconocidos en instrumentos internacionales forman parte del sistema jurídico ecuatoriano”,⁶² sin que sea trascendente la diferenciación doctrinal entre tratados y otros instrumentos internacionales. Al efecto, este organismo estableció:

⁵⁹ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 146-14-SEP-CC, 01 de octubre de 2014.

⁶⁰ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 11-18-CN/19, 12 de junio de 2019.

⁶¹ *Ibíd.*, la Corte Constitucional, al referirse a este tema, establece: “[...] 144. Estas normas, que establecen derechos innominados, se las conoce como cláusulas abiertas. Las cláusulas abiertas permiten la evolución de los derechos y la adaptación del sistema jurídico de protección de derechos a las nuevas realidades y a los retos que no pudieron ser previstos por las personas que ejercieron el poder constituyente”. Su reconocimiento en la CRE, está dada por: Art. 417: “[...] En el caso de los tratados y *otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución*”; Art. 426: “[...] Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente. Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. [...]”.

⁶² *Ibíd.*

71. El sistema normativo que regula los derechos humanos, de acuerdo al artículo 11 (7) de la Constitución, está conformado por los derechos establecidos en la Constitución, en los instrumentos internacionales de derechos humanos y en los derivados de la dignidad de las personas y los pueblos. Esta complejidad de fuentes de los derechos imposibilita observar de forma exclusiva y aislada los derechos establecidos en la Constitución.

[...] 138. Del texto constitucional se desprende que **i)** los derechos se encuentran en el texto de la Constitución; **ii)** los derechos se encuentran, además en los instrumentos internacionales de los derechos humanos; y, **iii)** los derechos se encuentran fuera del texto constitucional y de los instrumentos internacionales. A estos últimos se los conoce como derechos innominados.

139. La comprensión de que la Constitución tiene más derechos que los expresamente reconocidos en su texto, o que los derechos y el contenido de los derechos constitucionales se desarrollan en instrumentos ajenos a su texto, es lo que se ha conocido como el bloque de constitucionalidad.⁶³

Dicha inclusión no se debe limitar a una interpretación formalista del derecho, pues de ser así sería excluyente, es necesaria una interpretación axiológica, a este respecto la Corte sostiene:

131. Por la jerarquía axiológica, si una norma de diferente jerarquía establece derechos más favorables, entonces pasa a tener rango constitucional y prevalece sobre otras normas o interpretaciones. En la jerarquía normativa se aprecia simplemente el lugar de la norma en la prelación constitucional. La Constitución está sobre los instrumentos internacionales de derechos humanos. En cambio, en la jerarquía axiológica, se aprecia el contenido de la norma. Si la norma más favorable a los derechos está en el instrumento internacional, entonces prevalece al derecho reconocido por la Constitución y se incorpora a su texto.⁶⁴

La inclusión de derechos hecha de esta manera, constituyen el denominado bloque de constitucionalidad. Son tres las fuentes de los derechos constitucionales en el caso ecuatoriano: la primera, los derechos reconocidos expresamente en la Constitución; la segunda, los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales de los derechos humanos; y, la tercera, los derechos que devienen de la dignidad de las personas y de los pueblos que no se encuentran positivizados, denominados derechos innominados.

La incorporación de los derechos a través de cualquiera de sus fuentes les otorga la misma jerarquía normativa que cualquier otro derecho constitucional, por tanto, se constituyen en parámetros que permiten analizar la constitucionalidad de normas inferiores.⁶⁵

⁶³ *Ibíd.*

⁶⁴ *Ibíd.*

⁶⁵ *Ibíd.* Un aspecto importante que fue objeto de análisis y controversia en este caso, fue sobre la calificación del estatus jurídico sobre la Opinión Consultiva OC24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), la mayoría, se planteó el siguiente problema jurídico: “¿La Opinión Consultiva OC 24/17 es un instrumento internacional de derechos humanos, conforme reconoce la

Para la Corte Constitucional,⁶⁶ la Constitución de 2008 eliminó la categorización de derechos e implantó su igualdad jerárquica,⁶⁷ así como su aplicación directa, por tanto, todos los derechos poseen el mismo valor y son justiciables, independientemente de la fuente de la que provengan. Establece que son inalienables, derechos constitucionales que no pueden ser negados a ninguna persona; irrenunciables, no pueden ser privados, ni su titular puede renunciar a ellos; indivisibles, derechos que no pueden ser disgregados de los demás derechos, deben actuar todos de forma interdependiente, relacionados unos con otros, ya que son la base en la que se asienta el aparato estatal.⁶⁸

Esta igualdad que en un primer momento es formal y permite eliminar criterios de exclusión general, se torna material en el ámbito de protección de derechos a través de las garantías jurisdiccionales, obligando al juez a analizar en todos los casos la alegación de vulneración de derechos constitucionales.

14. Criterios aplicables para el análisis de la vulneración de derechos:

a) Interdependencia de los derechos

La Corte Constitucional⁶⁹ incluye otra característica de los derechos constitucionales. Al tratar sobre el derecho a la propiedad, establece que es un derecho

Constitución, y directa e inmediatamente aplicable en Ecuador? Al respecto, la Corte Constitucional concluyó:

“38. De todo lo dicho, se desprende que las opiniones consultivas son una interpretación con autoridad por parte de un órgano supranacional: la Corte IDH, cuya competencia nace de un tratado internacional del que el Ecuador es parte, y que Ecuador tiene la obligación de cumplir de buena fe, sin que se pueda "invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado". Los derechos y las garantías que se derivan de la interpretación auténtica de la Corte IDH a la CADH, que constan en las opiniones consultivas, son parte del sistema jurídico ecuatoriano, y tienen que ser observados en Ecuador por toda autoridad pública en el ámbito de su competencia.

39. En consecuencia, los derechos y las garantías reconocidos en la Opinión Consultiva OC24/17, que interpreta con autoridad la CADH, forman parte de lo que se ha conocido como bloque de constitucionalidad, o, como lo denomina la Corte IDH, son parte del corpus iuris, y esto quiere decir que tienen la misma jerarquía normativa constitucional y son directa e inmediatamente aplicables en el sistema jurídico ecuatoriano”.

Este criterio no fue compartido por el voto de minoría de la Corte Constitucional, al considerar que una opinión consultiva no constituye un instrumento internacional, por tanto, no son obligatorias para los estados parte del CADH, ni constituye un criterio vinculante en la identificación de los derechos tutelados por el estado ecuatoriano.

⁶⁶ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 146-14-SEP-CC, 01 de octubre de 2014.

⁶⁷ Constitución del Ecuador, art. 11 numeral 6: “todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía”.

⁶⁸ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 146-14-SEP-CC, 01 de octubre de 2014.

⁶⁹ *Ibíd.*

“integrante de los derechos de libertad, directamente vinculado con derechos relacionados con la dignidad humana, como son los derechos del buen vivir”, siendo interdependiente, “en el sentido de que existe una relación íntima entre unos y otros que requieren un análisis integral y no aislado de su contenido”; por lo que, la vulneración del derecho a la propiedad, en los casos de expropiación sin declaratoria de utilidad pública, aviso previo o trámite determinado en la ley, lesiona además el derecho a la vivienda adecuada y digna, estableciéndose así el criterio de interdependencia de derechos, donde la afectación de uno podría incidir en la afectación a otros derechos relacionados.

Este criterio se torna de observancia obligatoria por los jueces constitucionales, independiente de la alegación de vulneración de derechos demandada, deberá determinar si se afectó a otros derechos constitucionales.

b) Progresividad de los derechos

Para la Corte Constitucional,⁷⁰ el principio de progresividad se constituye en un mecanismo de promoción de los derechos; el estado está obligado a dar o hacer más de lo que ha hecho.

[S]e debe considerar que la progresividad de los derechos supone, en concreto, que el Estado no puede implementar medidas que tengan como finalidad o como efecto, la disminución del nivel de reconocimiento y cumplimiento de los derechos contenidos en la Constitución y en los Instrumentos de Derechos Humanos. Este principio constitucional conlleva la responsabilidad del Estado de velar por el respeto y la garantía de los derechos constitucionales, los cuales deben ser garantizados a favor de todas las personas. Así, según el principio de progresividad, los derechos constitucionales tienen tal importancia que una vez que han sido establecidos o consagrados en la Constitución o los Instrumentos Internacionales, no podrán ser disminuidos, desmejorados ni eliminados.

De este modo, la progresividad de los derechos constituye un mandato para los poderes públicos, en virtud del cual, ninguna ley, política pública, ni la jurisprudencia, podrán menoscabar un derecho previamente reconocido, ni privar a las personas de condiciones de protección adquiridas o colocarlas en condiciones de marginalidad y/o vulnerabilidad...⁷¹

Sobre la progresividad de los derechos, Ferrajoli ha señalado:

Los derechos de libertad imponen pues al Estado un paso atrás, esto es, prohibiciones de intervenir en la esfera de las libertades en garantía de la autodeterminación individual. Los derechos sociales exigen en cambio al Estado un paso adelante, esto es, la obligación

⁷⁰ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 008-13-SIN-CC, 13 de junio de 2013.

⁷¹ *Ibíd.*

a intervenir en la vida de los ciudadanos para garantizar las correspondientes prestaciones sociales. [...] a los derechos de libertad le corresponden prohibiciones para el Estado: ninguna mayoría, por aplastante que esta sea, puede decidir que una persona sea condenada a muerte o privada de la libertad personal sin un proceso, o que se le limiten las demás libertades fundamentales. A los derechos sociales les corresponden, en cambio, por parte de la esfera pública, obligaciones de prestación, como la educación, la sanidad o la previsión social: ninguna mayoría, sea de derechas o de izquierdas, puede decidir no proporcionar a alguien los cuidados sanitarios o la educación elemental.⁷²

El principio de progresividad prohíbe al estado inobservar el reconocimiento y avance de los derechos; lo que ayer fue el límite, se convierte en la base sobre la que ha de partir cualquier reconocimiento o tutela de los derechos. Este es un criterio de aplicación práctica en las acciones de protección, permite verificar en los casos en concreto la vulneración de derechos por regresividad en la prestación estatal de servicios.

c) Derechos no tutelados por la acción de protección

1. Los derechos que se excluyen del objeto de protección de esta garantía son aquellos derechos amparados por acciones específicas como el hábeas corpus, acceso a la información pública, hábeas data, por incumplimiento, de incumplimiento, extraordinaria de protección y extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena, así lo establece la LOGJCC.⁷³ Además existen otros derechos constitucionales excluidos de la protección de esta garantía a través de la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

2. Protección de derechos del estado y personas jurídicas. Conforme se señaló, el nacimiento de los derechos constitucionales constituye la positivización de los derechos naturales, a través de su inclusión y reconocimiento en las Constituciones modernas. Los derechos naturales son entendidos como aquellos que se desprenden de la condición misma de la persona y su dignidad, por tanto, son anteriores e independientes del estado.

La Corte Constitucional reitera este criterio, establece que los derechos son atributos esenciales e inherentes a las personas, afirmación que se desprende de la Constitución al establecer que las personas, pueblos, comunidades, nacionalidades y colectivos son titulares de los derechos establecidos en ella y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, por tanto, con excepción de los derechos de la

⁷² Ferrajoli y Barberis, "Los derechos y sus garantías", 14.

⁷³ LOGJCC, art. 39.

naturaleza, los titulares de derechos son los seres humanos, sea en su dimensión individual o colectiva.⁷⁴

Este organismo reconoce el origen iusnaturalista de los derechos al establecer que existe “una íntima conexión entre los derechos y la dignidad, al punto que los derechos son preexistentes al Estado y su validez no depende de su reconocimiento escrito”, constituyéndose como límites al poder del estado, que por su parte está obligado a respetarlos y protegerlos.

Sobre este punto, la Corte Constitucional concluye:

31. Toda vez que el fundamento de la noción de derechos es la dignidad de las personas, es claro para esta Corte Constitucional que la titularidad de los derechos recae en los individuos o colectivos, mas no en el Estado y sus distintos órganos, que son los llamados a respetar, proteger y garantizar tales derechos.⁷⁵

Así, la titularidad de todos los derechos reconocidos en la Constitución del Ecuador y en los instrumentos internacionales de derechos humanos reconocidos por el país, corresponden a las personas en tanto seres humanos, con excepción de los derechos de la naturaleza, más no al estado, ni a las personas jurídicas públicas, a estas se les reconoce los derechos procesales, “en la medida en que existen ámbitos jurídicos protegidos por disposiciones constitucionales que no se vinculan directamente con la dignidad”.⁷⁶ Este criterio sería extensible a las personas jurídicas privadas, en cierta medida, considerando que a aquellas si se les reconoce otros derechos más allá de los meramente procesales, tales como, el derecho al buen nombre, el derecho a la propiedad y, el derecho a la libertad de contratación.

3. Derechos en abstracto. La Corte Constitucional de Ecuador, al tratar de las medidas cautelares ha agregado que “La gravedad y la inminencia de violación de derechos no pueden ser alegadas para precautelar derechos en abstracto, por ejemplo, para proteger el interés general, el bien común, la seguridad pública, ciudadana o jurídica. En estos casos los jueces y juezas deberán rechazar de plano la garantía jurisdiccional”.⁷⁷

Esta exclusión se relaciona con el criterio que liga el amparo de derechos constitucionales, a través de la acción de protección, a los derechos como atributos

⁷⁴ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 282-13-JP/19, 04 de septiembre de 2019.

⁷⁵ *Ibíd.*

⁷⁶ *Ibíd.*

⁷⁷ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 66-15-JC/19, 10 de septiembre de 2019.

esenciales e inherentes a las personas. Los derechos en abstracto no devienen de ese atributo de las personas por lo cual no podrán tutelarse a través de esta garantía.

4. La afectación de los derechos debe ser en el ámbito constitucional y no legal. La Corte Constitucional ecuatoriana, al analizar sobre la procedencia de la acción de protección, ha señalado lo siguiente:

Dentro de estos conceptos, tenemos que los primeros -actos de procedimiento se encuentran establecidos en leyes procesales y reglamentos administrativos, constituyen pasos consecutivos que debe seguir la administración pública para llegar a un objetivo; cuando estos no se han cumplido adecuadamente o como ordena el procedimiento legal, provocan nulidad, también provocan la ilegalidad del acto, razón por la cual en estos casos la persona afectada debe concurrir a la jurisdicción administrativa para revertir estas situaciones, mientras que la violación del segundo -debido proceso constitucional- se da cuando por acción u omisión se ha impedido el ejercicio de uno o varios derechos constitucionales, tales como: la defensa, el debido proceso, la igualdad, la libertad, entre otros, en la fase administrativa o judicial, en estos casos el afectado debe recurrir a la jurisdicción constitucional.

Desde esta perspectiva, la Corte Constitucional tiene la certeza jurídica de que esta parte del conflicto debió ser solucionada por la justicia contenciosa administrativa, porque efectivamente la controversia propuesta es respecto de un asunto de legalidad, sin relevancia constitucional, pues se trata de dilucidar si el administrado se encontraba incurso o no en una de las causales de destitución que preveía la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, vigente a la fecha.

[...] La falta de consistencia en esta parte de las sentencias impugnadas y que se examinan produce un efecto irradiación de la acción de protección a ámbitos puramente administrativos, provocando un desgaste y mal uso de la jurisdicción constitucional, habiéndose afectado los derechos constitucionales a la motivación y a la seguridad jurídica constantes en los artículos 76 numeral 7, literal 1 y 82 de la Carta Magna. Finalmente, cabe destacar que nuestro sistema de protección de derechos descansa en la jurisdicción ordinaria y que solamente los asuntos que revisten relevancia constitucional pueden ser conocidos por esta jurisdicción.⁷⁸

En esta sentencia se verifica una diferenciación entre el procedimiento regulado por la ley, cuya vulneración es tutelable por la justicia ordinaria, frente a la vulneración del debido proceso constitucional, tutelado por la justicia constitucional. Dado que entre las dos existe relación directa, para que la violación al procedimiento legal sea conocido por la justicia constitucional, esta debe tener relevancia constitucional.

Este límite no está tan claro como parece, la vulneración a nivel legal debe ser de tal trascendencia como para anular el derecho, habilitándose de esta manera la posibilidad de reclamar ante la justicia constitucional, caso contrario deberá impugnarse ante la justicia ordinaria. Sin embargo, se deja abierta la posibilidad de plantear acciones por las dos vías dependiendo de la afectación legal y constitucional de los derechos.

⁷⁸ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 53-11-SEP-CC, 15 de diciembre de 2011.

La Corte Constitucional ha afirmado que: “la acción de protección se desnaturaliza tanto cuando se la utiliza para el planteo de cualquier litis, como cuando se la rechaza de manera automática, argumentando la existencia de otras vías judiciales para el caso”.⁷⁹ En tal sentido, es necesario el análisis de las particularidades de cada caso para determinar si existió la vulneración de derechos constitucionales.

Ahondando en este tema, la entidad ha señalado que, en los casos de impugnación de la resolución de visto bueno, el ordenamiento jurídico interno reconoce mecanismos de impugnación judicial específicos que son idóneos y efectivos para resarcir violaciones de derechos. En el caso analizado, un trabajador atacó un acto administrativo mediante el cual se terminó su relación laboral mediante visto bueno, a través de una acción de protección, alegando la vulneración de sus derechos al debido proceso en la garantía de motivación y a la seguridad jurídica, por cuanto el inspector de trabajo consideró probadas las causales legales previstas en el artículo 172 del Código de Trabajo.

La Corte considera que este tipo de controversias es de naturaleza eminentemente laboral, puesto que la impugnación del visto bueno se encuentra expresamente reconocidas en la ley;⁸⁰ siendo competentes los jueces del trabajo, por así disponerlo el Código Orgánico de la Función Judicial [COFJ] y de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

La Corte Constitucional, a manera de ejemplo, establece que los casos de conflictos laborales, tales como aquellos relacionados a la fecha de inicio o final de la relación laboral, la duración de dicha relación, la remuneración que percibía el trabajador, las circunstancias en la cual fue separada una persona, si se configuraron o no las causales de terminación de la relación de trabajo por visto bueno, el pago de remuneraciones adeudadas u otro tipo de haberes laborales, la verificación de las causales de procedencia del visto bueno u otras alegaciones respecto a la terminación de la relación laboral como despido intempestivo y, en general, conflictos cuya pretensión sea el reconocimiento de haberes laborales, corresponden a la justicia ordinaria.

Frente a estos casos existen otros, originados en conflictos laborales, en los que media una resolución de visto bueno que pueden afectar otro tipo de derechos diferentes de los laborales, tales son los casos de discriminación, esclavitud o trabajo forzado,

⁷⁹ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 1679-12-EP/20, 15 de enero de 2020.

⁸⁰ El artículo 183 del Código de Trabajo prevé que esta pueda impugnarse ante el juez de trabajo, donde la resolución tendrá el valor de informe que se lo apreciará con criterio judicial, en relación con las pruebas rendidas en el juicio.

afectaciones al derecho a la integridad personal de los trabajadores y, la afectación de otros derechos más allá de los derechos laborales de los accionantes. Es decir, cuando las pretensiones escapen de la mera determinación de haberes patrimoniales. También se pueden suscitar situaciones específicas de las personas que tornen a la vía laboral ordinaria en ineficaz. Frente a la situación de grave riesgo de los derechos de una persona, el caso se tornaría de atención urgente por lo que se debe atender por vía de la justicia constitucional.

Capítulo segundo

La prueba en la acción de protección

1. Noción general de prueba: ¿qué es probar?

Los casos que llegan a los diferentes juzgados del país se relacionan con hechos pasados. Las partes que intervienen en el proceso judicial deben probar los fundamentos fácticos que sustentan sus pretensiones o excepciones, para lo cual deberán trasladar la información sobre los hechos al proceso judicial para el conocimiento del juez y que este pueda adoptar una decisión.

Probar es acreditar hechos, justificar o verificar la existencia de un suceso pasado. La prueba es en principio una noción extrajurídica en la medida que se origina en el mundo real donde se desarrolla la interacción social, es aplicable a la mayor cantidad de actividades humanas, tanto en el ámbito científico como en el ámbito cotidiano donde se realizan actividades reconstructivas de hechos pasados.⁸¹

La noción jurídica de la prueba surge a partir de la necesidad de resolver los conflictos sociales a través de los procesos judiciales o administrativos. La prueba como fundamento de la decisión judicial debe ser trasladada al proceso judicial a través de los diferentes medios de prueba y bajo la observancia de las reglas probatorias establecidas en el ordenamiento jurídico.

En el ámbito del derecho, la prueba puede vincularse a diferentes aspectos o actividades: investigativas, académicas, laborales, etc. Para este trabajo la prueba que se considera es la prueba judicial, aquella que es aportada al proceso judicial con observancia de las normas aplicables y que tienen como finalidad que el juez las valore y emita una decisión que resuelva el conflicto planteado.

Los medios de prueba son aquellos elementos que recogen o se impregnan de la información sobre los hechos y permiten su posterior acreditación o confirmación a través de su reconstrucción. Los receptores de esta información se los conoce como fuente de

⁸¹ José Pablo Pacheco Samayoa, *Introducción al derecho probatorio*, primera edición, Cuaderno de estudio 142 (Guatemala: Universidad Rafael Landívar. Instituto de Investigación y Estudios Superiores en Ciencias Jurídicas y Sociales (IIJ/URL), 2017), 15. Según el autor: “El método reconstructivo es muy compuesto y busca la verdad a través de silogismos, tales como los del método deductivo de composición o construcción, teniendo en cuenta siempre que todas estas acciones van encaminadas a encontrar las causas que han podido producir un efecto complejo”.

prueba, la información que estos brindan constituye el medio de prueba. Por ejemplo, la persona que presencia determinados hechos será la fuente de prueba y su testimonio el medio de prueba. Los medios de prueba pueden ser de diferente índole, la ley procesal es la encargada de regularlos. En materia de garantías jurisdiccionales no existe ninguna limitación respecto a los medios de prueba, por tanto, puede hacerse uso de cualquiera.

En el ámbito procesal, la prueba se torna como el elemento central de la resolución judicial, sin prueba no será posible una sentencia de mérito que solucione el conflicto social. Para Echandía, “procesalmente probar es la demostración legal de un hecho”.⁸² Al decir que es la demostración legal nos reconduce a la ley. Los presupuestos que se deben probar son los hechos que la norma jurídica describe de manera general, pues son aquellos los que tienen relevancia jurídica y demarcan la pertinencia y relevancia de los medios de prueba.

La prueba judicial permite al juez verificar, confirmar o desvirtuar determinado hecho, conducta, efecto, pasados, afirmados por las partes procesales, permitiéndole llegar a la convicción o certeza de su realización o no y, a la adopción de una decisión sobre la controversia planteada. La determinación de los hechos a su vez permitirá delimitar las normas jurídicas aplicables a cada caso.

2. Los hechos como objeto de prueba: ¿qué se prueba?

Los conflictos sociales que el derecho está llamado a solucionar son hechos, son los que están sujetos a prueba. En el proceso judicial se reconstruyen los hechos a través de los diferentes medios de prueba, entendidos como “el medio o la forma en que un elemento de prueba es incorporado al proceso”.⁸³

Se practica prueba porque el juez desconoce cómo se han sucedido los hechos. Para resolver, el juez debe conocer cómo se han acaecido los hechos, conocer su realidad:

Esa es la situación en un juicio jurisdiccional, y no difiere en absoluto de la situación con la que nos enfrentamos cuando realizamos un experimento científico. También queremos conocer la realidad. Pocas veces accedemos a ella de modo completamente acabado, pero nos vamos acercando cada vez más, porque es lo único que nos es útil. Si la prueba no tiene esa finalidad, el proceso sería en realidad una pantomima de enfrentamiento ante un espectador forzado: el juez. Devendría un completo sinsentido, porque para que dos litigantes batallen no necesitan para nada, en realidad, a un juez. Si el juez está ahí es

⁸² Hernando Devis Echandía, *Teoría General de la Prueba Judicial*, tomo I, (Bogotá: Editorial Temis S.A., 2002), 22.

⁸³ *Ibíd.*, 17.

porque se ha percibido la necesidad de que alguien imparcial determine cuál es la realidad de los hechos que produjo la discusión, y basándose en la misma llegue a una resolución.⁸⁴

El hecho como objeto de prueba “es todo lo que se sabe o supone que pertenece a la realidad. Comprende estados de cosas o cambios en estados de cosas; pueden distinguirse, así, dos tipos básicos de hechos: estados de cosas -situaciones- y cambios en estados de cosas -eventos, acontecimientos o acaecimientos-, que pueden ser sucesos y procesos”.⁸⁵ Los hechos, además de referirse a las cosas y los cambios que se pueden realizar, incluyen a la actividad que las personas desarrollan, como acciones u omisiones.

La prueba versa sobre los hechos, por tanto, no existe diferencia entre la verdad extra proceso de la intra proceso. La verdad es una sola, a lo sumo, dentro del proceso se deben observar aquellas normas procesales que obligan la determinación de esa verdad para que el juez cuente con elementos suficientes para su decisión y la argumentación de su resolución. Es posible que no toda la información relativa a la verdad extraprocesal pueda ser incorporada al proceso, sea por limitaciones o efectos que establecen las reglas procesales, incluso, debido a posibles actuaciones ilegítimas de las partes procesales.

Las reglas procesales determinan los aspectos específicos sobre la prueba, por tanto, resultan determinantes para lograr la verdad. Son de trascendental importancia figuras como la preclusión, que delimitan la temporalidad para el anuncio y práctica de la prueba, si se inobservan los plazos no se aceptan al proceso nuevos medios de prueba, salvo los casos de prueba nueva que son excepcionales; la admisibilidad, que excluye prueba que no fuese practicada conforme con la Constitución y la ley, incluso si tratase de información trascendental, si vulnera derechos o no observa la ley, será excluida; los recursos, que limitan la valoración probatoria de los jueces de instancia superior a la practicada por el juez de primera instancia con inmediatez o, la acción extraordinaria de protección que excluyen esta posibilidad. Así también, la cosa juzgada material y la ausencia del recurso de revisión. Estas normas influirán en diferente medida en la incorporación de medios de prueba al proceso judicial, determinando la convicción o certeza del juez sobre la declaración de los hechos probados y, la posibilidad de que la verdad extraprocesal sea o no reflejada en el proceso judicial.

La declaración sobre la certeza o convicción del juez sobre los hechos no puede ser subjetiva, está ligada a un control posterior sobre cómo valoró los medios de prueba,

⁸⁴ Jordi Nieva Fenoll, *La valoración de la prueba*, (Madrid: Marcial Pons, 2010), 149.

⁸⁵ Jairo Iván Peña Ayazo, *Prueba judicial: análisis y valoración*, primera edición (Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2008), 18.

debiendo explicarlo lógicamente, posibilitando la revisión de los criterios utilizados, lo contrario sería una concepción subjetiva y arbitraria de la determinación de los hechos. Existirá certeza cuando, luego de observar las normas procesales aplicables y el contexto de cada caso en específico, exista prueba suficiente sobre los hechos afirmados por las partes que le permitan al juez valorarlos y determinar su efectiva realización, declarándolos como hechos probados en su resolución.

La suficiencia de la prueba no se relaciona con la cantidad de medios de prueba aportados al proceso, hace relación con el nivel de información que puedan aportar. Por ejemplo, frente una infinidad de prueba testimonial o documental que afirme lo contrario, la prueba de ADN es suficiente para determinar la pertenencia de material biológico de una persona. Frente a la insuficiencia de prueba, el juez no podrá declarar probados los hechos, independientemente de que extraprocesalmente se hayan sucedido, pues no tendría certeza ni convicción al respecto.

Al tratar de la verdad al menos se debe verificar que los medios de prueba guarden identidad y no sean contradictorios con los hechos alegados, de esta manera el juez tendrá certeza o convicción sobre aquellos. Pueden existir un sinnúmero de factores que afecten el traslado de la verdad extraprocesal al proceso judicial, a fin de reducir el margen de error, en el proceso se incorporan ciertos mecanismos como la contradicción de la prueba, la intermediación, la prueba de oficio, las reglas de carga de la prueba, que permiten acercarse de la mejor manera posible a esa única verdad sobre los hechos; sin embargo de lo cual, luego de aplicar aquellos mecanismos, lo que declare el juez probado en el proceso será lo que surta las consecuencias jurídicas previstas en la ley respecto de las partes procesales.

Sobre la prueba de los hechos, Jordi Ferrer⁸⁶ señala que los hechos no pueden ser probados en sí mismos, puesto que no puede probarse una mesa ni un contrato, lo único que puede probarse son los enunciados que afirman su existencia. En esta línea, el objeto de la prueba está constituido por los enunciados sobre los hechos formulados por las partes, por tanto, la certeza o convicción del juez se referirá a esos enunciados. En tal sentido, “la finalidad de la prueba como institución jurídica es la de permitir alcanzar el conocimiento acerca de la verdad de los enunciados fácticos del caso”.⁸⁷

Para Jordi Ferrer “Está probado que *P*” debe ser entendido como “Hay elementos de juicio suficientes (en el expediente judicial) a favor de *p*”. [...] en el caso de la prueba

⁸⁶ Jordi Ferrer Beltrán, *Prueba y verdad en el Derecho*, (Madrid: Marcial Pons, 2005), 70.

⁸⁷ *Ibíd.*, 74.

judicial, será el juez o tribunal (o, en ocasiones el jurado) quien tenga que tomar una decisión acerca de la existencia o inexistencia de elementos de juicio suficientes para aceptar *p* como verdadera”.⁸⁸ Pese a la decisión adoptada, “la verdad del enunciado probatorio depende exclusivamente de su correspondencia con el mundo”,⁸⁹ resaltando la importancia de la suficiencia de elementos de juicio que permitan aceptar una proposición como verdadera.

3. Definición de prueba judicial: ¿qué es la prueba judicial?

Una definición de prueba apropiada, considerando el sinnúmero de acepciones existentes, es la que brinda José Pacheco Samayoa, para quien la prueba es:

[...] aquel conjunto de circunstancias que vienen siendo huellas, vestigios y rastros dejados por la realización de un hecho, que se materializan y se recolectan mediante la investigación y averiguación, para luego convertirse en medios y formas que legalmente sean incorporadas a una actuación judicial o no, y así formar una tesis de los hechos que se reconstruyen a través de tal actuación, tesis que el encargado de dicha actuación, ya sea el juez o árbitro, estudie, valore y posteriormente le dé la calidad de certera.⁹⁰

Para Taruffo, se puede definir a la prueba como:

[...] cualquier instrumento, método, persona, cosa o circunstancia que pueda proporcionar informaciones útiles para resolver esta incertidumbre. [...] En este contexto suele decirse que la función de la prueba es la de proporcionar al juez elementos para establecer si un determinado enunciado, relativo a un hecho, es verdadero o falso. Correlativamente, suele decirse que un enunciado fáctico es verdadero si cuenta con la confirmación que las pruebas le proporcionan y es falso si las pruebas disponibles confirman su falsedad, y que no está probado si en el proceso no han sido aportadas pruebas suficientes para demostrar su verdad o falsedad. Dependiendo de que se produzca la primera, la segunda o la tercera de estas posibilidades, el juez decidirá en un sentido o en otro y obtendrá diferentes consecuencias jurídicas.⁹¹

La Corte Constitucional ha señalado que la prueba judicial es entendida como “aquella que no solo sirve para el conocimiento del hecho, sino también como la certeza o convicción que aquella proporciona, siendo en sentido amplio, un equivalente sensible

⁸⁸ *Ibíd.*, 77.

⁸⁹ *Ibíd.*, 78.

⁹⁰ Jairo Iván Peña Ayazo, “Prueba judicial: análisis y valoración”, 13.

⁹¹ Michele Taruffo, “Consideraciones sobre prueba y verdad”, *Universidad Carlos III de Madrid. Instituto Bartolomé de las Casas: Boletín Oficial del Estado*, 2002, <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/1523>, 114.

del hecho que habrá de valorarse”.⁹² Lo que se valora son los medios de prueba aportados al proceso judicial, luego de este proceso, el juez tendrá convicción o no sobre los hechos enunciados por las partes, declarándolos probados o no.

Para Jordi Ferrer, la prueba “debe ser considerada como el medio a través del cual el derecho pretende determinar la verdad de las proposiciones en el marco del proceso judicial. Ahora bien, dadas las limitaciones (o imperfecciones, si se prefiere) de ese medio, la presencia del medio (la prueba) no garantiza la obtención del fin (la verdad)”.⁹³

Desde esta perspectiva se podría afirmar que prueba es todo elemento o ser que recepta información sobre un hecho y que puede ser trasladado al proceso judicial a través de un medio legalmente establecido, cuya finalidad es llevar al juez a la convicción o certeza sobre la afirmación o negación de la ocurrencia de un hecho [enunciado] que, luego de su valoración, servirá como fundamento para la decisión del conflicto planteado.

4. Concepciones sobre la prueba

Taruffo identifica al menos dos concepciones principales sobre la prueba:

Para la primera concepción, la prueba es esencialmente un instrumento de conocimiento. La prueba, en efecto, proporciona informaciones relativas a hechos que deben ser comprobados en el proceso. [...] se puede decir que la prueba es un instrumento que proporciona informaciones sobre el contenido de un enunciado y da a conocer la circunstancia de que se ocupa el enunciado, con la consecuencia de que el enunciado mismo podrá ser considerado como verdadero o falso sobre la base de la prueba o de las pruebas que se refieren a él. Correlativamente, se puede decir que el hecho es conocido sobre la base de las pruebas que demuestran la verdad del enunciado que se refiere a él. [...] Para la segunda concepción la prueba no sería nada más que un instrumento de persuasión que, en cuanto tal, no tendría nada que ver con el conocimiento de los hechos. La prueba no serviría por tanto para establecer la verdad o falsedad de enunciado alguno, y por tanto para proporcionar conocimiento de algo, sino que tendría como única finalidad persuadir al juez, convencerlo para que crea en la plausibilidad o implausibilidad de un enunciado fáctico. La prueba, en esta segunda concepción, no proporciona informaciones sino elementos de persuasión.⁹⁴

La primera concepción, la prueba como instrumento de conocimiento, es una concepción objetiva, mientras que la segunda, la prueba como instrumento de persuasión, es una concepción subjetiva. La primera se basa sobre información verificable; mientras que, la segunda, depende de los aspectos subjetivos que primen en el juez, estos serán los

⁹² Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 116-13-SEP-CC, 11 de diciembre de 2013.

⁹³ Ferrer, “Prueba y verdad en el Derecho”, 31.

⁹⁴ Taruffo, “Consideraciones sobre prueba y verdad”, 116.

determinantes para la toma de la decisión, bastará persuadirlo, independientemente de la existencia de elementos objetivos sobre los hechos, por tanto, la decisión podría caer fácilmente en la arbitrariedad.

La concepción objetiva de la prueba es la que se identifica con el sistema de sana crítica racional que reconoce nuestro ordenamiento jurídico, puesto que permitirá que los medios probatorios incorporados válidamente al proceso, sean sometidos a un análisis bajo reglas del pensamiento lógico, posibilitando el control posterior por parte de los órganos jurisdiccionales de impugnación o de revisión o por parte de cualquier persona interesada en la corrección de la valoración probatoria.

Cuando la ley habla de convicción no la trata en el sentido de la segunda concepción señalada, el juez llega a la convicción a través de la prueba válidamente actuada en el proceso y que luego debe explicar, a través de un proceso lógico, las razones por las cuales dicha prueba le llevo a tal o cual convicción.

5. El derecho a la prueba

La Constitución de Ecuador⁹⁵ reconoce como parte del derecho a la defensa, “presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra”, de esta manera se reconoce como derecho constitucional el derecho de las partes a la prueba. Para la Corte Constitucional, este derecho implica “iguales condiciones y oportunidades de las partes involucradas en el proceso para ser debidamente escuchados (en actuaciones tales como presentar y analizar pruebas, e interponer recursos dentro de plazos o términos)”.⁹⁶

Echandía identifica el derecho a la prueba como un derecho subjetivo procesal que permite probar los hechos alegados por las partes; tiene por objeto concreto que el juez acepte y practique las pruebas que le solicitan las partes y que las considere en su decisión.⁹⁷

El derecho a la prueba permite que se garantice el derecho de defensa, que las partes puedan aportar los medios de prueba necesarios para justificar sus alegaciones en cualquier proceso en el que se determinen sus derechos u obligaciones. El derecho a la prueba es parte esencial del derecho a la defensa que a su vez conforma el debido proceso, relacionándose además con el derecho a la tutela judicial efectiva. La Corte

⁹⁵ Constitución del Ecuador, art. 76, num. 7, lit. h).

⁹⁶ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 1266-16-EP/21 de 21 de julio de 2021.

⁹⁷ Echandía, "Teoría general de la prueba judicial", 26 - 27.

Constitucional ha identificado tres momentos que constituyen el derecho a la tutela judicial. Al referirse al segundo momento, establece: “cuando se garantiza que el proceso sea sustanciado de forma efectiva, imparcial y expedita, asegurando el ejercicio del derecho a la defensa y que como producto de este se obtenga una decisión que resuelva sobre el fondo del asunto de manera motivada”.⁹⁸ La relación del derecho a la tutela judicial efectiva con el derecho a la prueba deviene de que este último es parte del derecho de defensa y es elemento indispensable para formar la decisión judicial.

El derecho a la prueba permite que el derecho a la tutela judicial efectiva sea real. Si se afecta de alguna manera el derecho a la prueba, se afecta el derecho de defensa, a la vez, la posibilidad de contar con una decisión que aborde adecuadamente los hechos y resuelva de forma efectiva el conflicto planteado, esto, debido a que los hechos son aportados o incorporados al proceso a través de la prueba.

La profesora Carmen Vásquez, determina ciertas etapas que conformarían el derecho a la prueba:

- a) La admisión de todos los medios de prueba relevantes para demostrar la verdad de las afirmaciones sobre los hechos.
- b) La práctica de los elementos de prueba admitidos, pues de poco o nada serviría que se admitan si luego no serán de alguna manera escuchados.
- c) Y, finalmente, que los elementos admitidos y practicados sean valorados racionalmente por el juzgador en cuestión.⁹⁹

En el mismo sentido, el maestro Jordi Ferrer Beltrán, identifica como elementos del derecho a la prueba, los siguientes:

- 1) El primer elemento es el derecho a utilizar todas las pruebas de que se dispone para demostrar la verdad de los hechos que fundamentan la pretensión [...]
- 2) El segundo elemento que integra el derecho a la prueba es el derecho a que las pruebas sean practicadas en el proceso. [...].
- 3) El tercer elemento definitorio del derecho a la prueba es el derecho a una valoración racional de las pruebas practicadas. [...].
- 4) Finalmente, el último elemento que permite dotar del alcance debido al derecho a la prueba es la obligación de motivar las decisiones judiciales.¹⁰⁰

⁹⁸ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 621-12-EP/20, 11 de marzo de 2020.

⁹⁹ Carmen Vásquez Rojas, *De la prueba científica a la prueba pericial*, (Madrid: Marcial Pons, 2015), 28.

¹⁰⁰ Jordi Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, (Madrid: Marcial Pons, 2007), 54-57.

Dentro del primer elemento que faculta a la parte a anunciar los medios de prueba que considere para justificar sus alegaciones, incluye la obligación del juez de auxiliar a la parte que lo requiera en el acceso a la misma.

El tercer elemento resulta trascendental. Para que no se afecte el derecho a la prueba, es necesario que su valoración sea racional, tornándose necesario que el sistema de valoración aplicable sea el de sana crítica racional.

En cuanto a la práctica de la prueba, el requisito de validez será la contradicción.

Cabe resaltar que la valoración de la prueba es anterior a la motivación, pero forma parte de aquella. La valoración permitirá establecer qué hechos han sido probados, delimitación necesaria para la motivación de la decisión.

Los elementos del derecho a la prueba estarían constituidos por: a) el anuncio y admisión de medios de prueba relevantes; b) la práctica de la prueba con contradicción; c) la valoración racional; y, d) la motivación de la decisión.

6. Principios aplicables a la producción o práctica de la prueba

Por mandato del COFJ, los jueces, al interpretar la ley procesal, están obligados a cubrir cualquier vacío en las disposiciones de las leyes procesales, con las normas que regulen casos análogos, y a falta de éstas, con los principios constitucionales y generales del derecho procesal.¹⁰¹

Por aplicación de la Disposición Final de la LOGJCC, son normas de aplicación suplementaria en materia constitucional, las del Código Civil, Código Orgánico General de Procesos [COGEP], Código Orgánico Integral Penal [COIP] y Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, en lo que fueren aplicables y compatibles con aquel. De ahí que se podrá utilizar normas procesales de estos cuerpos normativos que permitan llenar vacíos en los procesos de garantías jurisdiccionales, siempre que sean compatibles con el Derecho Constitucional lo que genera la obligación de su adecuación a la efectiva garantía de derechos. La Constitución de la República prevé principios sobre la prueba que son aplicables a todos los procesos. En cuanto a normas infraconstitucionales, los únicos cuerpos normativos que regulan la práctica de la prueba son el COGEP y el COIP. A continuación, se revisarán los principios procesales aplicables a la prueba, previstos en

¹⁰¹ Ecuador, *Código Orgánico de la Función Judicial*, Registro Oficial 544, Suplemento, 09 de marzo de 2009, art. 29. (En adelante COFJ)

los cuerpos normativos referidos, a fin de verificar si son aplicables en la acción de protección.

6.1. Principio de necesidad de la prueba

Para Echandía, este principio se refiere a la “necesidad de que los hechos sobre los cuales debe fundarse la decisión judicial, estén demostrados con pruebas aportadas al proceso por cualquiera de los interesados o por el juez [...] sin que dicho funcionario pueda suplirlas con el conocimiento personal o privado que tenga sobre ellos”.¹⁰²

El COGEP, al tratar sobre la necesidad de la prueba, establece que deben probarse todos los hechos alegados por las partes, salvo los que no lo requieran, prohibiendo al juzgador, aplicar como prueba su conocimiento propio sobre los hechos o circunstancias controvertidos.¹⁰³

Este principio es aplicable a la acción de protección en la medida que de existir una alegación de vulneración de derechos constitucionales el juez se ve obligado a verificar tal aseveración, surgiendo la necesidad de prueba, permitiéndole adoptar una decisión motivada sobre los hechos probados, es la única manera de cumplir con la visión del estado constitucional de derechos y justicia, justicia material y no formal.

La Constitución vigente establece la obligación que las resoluciones de los poderes públicos sean motivadas; para tal fin, la resolución debe: a) enunciar las normas o principios jurídicos en que se funda; y, b) explicar la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. La aplicación de la norma jurídica se ve ligada a los antecedentes de hecho probados, de ahí surge la necesidad de la prueba. Los hechos probados constituirán la premisa menor, las normas jurídicas la premisa mayor, si falta la primera no será posible arribar a una decisión que solucione el conflicto planteado.

Por otro lado, las posiciones contrapuestas entre accionante y accionado, tornan imperante la necesidad de probar sus afirmaciones, de esta manera, el juez se ve obligado a contar con la prueba suficiente que le permita llegar a la certeza o convicción sobre los planteamientos de los hechos.

¹⁰² Echandía, “Teoría General de la Prueba Judicial”, 107 – 108.

¹⁰³ Ecuador, Código Orgánico General de Procesos, COGEP, Registro Oficial 506, Suplemento, 22 de mayo de 2015, art. 162. (En adelante COGEP).

La LOGJCC¹⁰⁴ establece que la audiencia de acción de protección terminará sólo cuando el juez se forme criterio sobre la violación de los derechos, esto implica que se debe actuar la prueba necesaria para determinar si hubo o no vulneración de derechos constitucionales, sea mediante prueba aportada por las partes o dispuesta por el juez de oficio. De esta manera se configura el principio de necesidad de prueba dentro de la acción de protección.

En materias no penales, no existe necesidad de prueba respecto de aquellos hechos que no requieren ser probados, como aquellos irrelevantes o impertinentes; ni el juez puede aplicar como prueba su conocimiento personal sobre los hechos, obtenido de forma extraprocesal, pues desequilibraría el proceso afectando el derecho a la igualdad, su deber de imparcialidad, principalmente el derecho a la contradicción de la prueba y el derecho de defensa de las partes procesales.

El COGEP,¹⁰⁵ establece que no requieren ser probados:

1. Los hechos afirmados por una de las partes y admitidos por la parte contraria.

Esta regla probatoria es aplicable a la acción de protección, salvo que la misma se refiera a hechos imposibles.

La Corte Constitucional aplicó esta regla al conocer de una acción extraordinaria de protección sobre un hábeas data, en lo pertinente, señaló: “162. De lo anterior se puede concluir que tanto la parte demandante, como la demandada, coinciden en: (i) [...]; (ii) [...]; (iii) [...]; y, (iv) [...]”,¹⁰⁶ por lo cual declaró probados aquellos hechos que fueron afirmados y admitidos por las partes procesales.

2. Los hechos imposibles.

Estos se relacionan con aquellos hechos que en razón de las leyes naturales o que, según el conocimiento de expertos, son de imposible realización.

3. Los hechos notorios o públicamente evidentes.

Sobre este tema, el COFJ establece que “No se exigirá prueba de los hechos públicos y notorios, debiendo la jueza o juez declararlos en el proceso cuando los tome en cuenta para fundamentar su resolución”.¹⁰⁷

Los hechos notorios tienen como característica su publicidad y conocimiento por la generalidad de la sociedad o de una comunidad, se trata de información de acceso

¹⁰⁴ LOGJCC, art. 14.

¹⁰⁵ COGEP, art. 163.

¹⁰⁶ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia 2064-14-EP/21, 27 de enero de 2021.

¹⁰⁷ COFJ, art. 27.

general, fiable y contrastable. La información de las instituciones públicas sobre lo que es materia de su facultad o potestad puede considerarse hechos públicamente evidentes y podrían tomarse en cuenta para la adopción de una decisión judicial, tal es el caso de información de las estadísticas sobre acceso a servicios básicos, de salud, de educación, etc. (actualmente consta en la página web del Sistema Nacional de Información en el enlace: <https://sni.gob.ec/inicio>).

4. Los hechos que la ley presume de derecho.

Son las conocidas presunciones de derecho. El Código Civil del Ecuador establece que se llama presunción a la consecuencia que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas. “Si estos antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por la ley, la presunción se llama legal. Se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley; a menos que la ley rechace expresamente esta prueba, supuestos los antecedentes o circunstancias. Si una cosa, según la expresión de la ley, se presume de derecho, se entiende que es inadmisibles la prueba contraria, supuestos los antecedentes o circunstancias”.¹⁰⁸

Cuando la regla de prueba legal es absoluta, la presunción deberá entenderse del tipo *iuris et de iure* y, cuando es relativa, la presunción deberá entenderse como *iuris tantum*. En el primer caso, la presencia del hecho base de la presunción dará lugar al hecho presumido sin posibilidad de prueba en contrario debido a que el legislador lo considera un elemento de juicio suficiente y concluyente a favor del hecho presumido. En el segundo caso, la regla de prueba legal atribuye un resultado probatorio parcial al medio de prueba y lo presume *iuris tantum* como resultado conjunto de la actividad probatoria, admitiendo que medios de prueba adicionales desvirtúen ese resultado.¹⁰⁹

Al tratar de la carga de la prueba veremos como en la acción de protección se aplica una presunción legal por la cual se presumen ciertos los hechos alegados por el accionante cuando la entidad pública demanda no pruebe la no vulneración de derechos constitucionales.

¹⁰⁸ Ecuador, *Código Civil (Codificación)*, Registro Oficial 46, Suplemento, 24 de junio de 2005, art. 32.

¹⁰⁹ Ferrer, “Prueba y verdad en el Derecho”, 47.

6.2. Principio de igualdad de oportunidad de la prueba

La Constitución reconoce como parte del derecho de defensa de las personas a “Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones”.¹¹⁰ Este principio se encuentra desarrollado en materia penal donde se establece que “Se deberá garantizar la efectiva igualdad material y formal de los intervinientes en el desarrollo de la actuación procesal”.¹¹¹

El derecho a la igualdad se incorpora así en todos los procesos, reconoce la posibilidad de que las partes procesales actúen en un plano de igualdad material para requerir la prueba necesaria dentro de los procesos judiciales; obligando al juez a que adopte las medidas necesarias a fin de garantizar el derecho a la prueba de las partes en igualdad de condiciones. Por tratarse de un derecho procesal constitucional, integrante del derecho de defensa, el principio de igualdad se torna de aplicación obligatoria en todos los procesos judiciales, incluida la acción de protección.

6.3. Principio de publicidad de la prueba

Este principio se sustenta en el principio constitucional de publicidad procesal,¹¹² posibilita que el proceso y la prueba sean conocidos por el público, constituyéndose como mecanismo para el control social del proceso. Consagra además el principio de igualdad, facultando a las partes a conocer oportunamente los medios probatorios aportados por las partes procesales o dispuestas de oficio por el juez y que posteriormente sustentarán la decisión judicial.

Es un principio limitable. Cuando la publicidad pueda afectar derechos de las personas, el juez está obligado a establecer la reserva necesaria, limitando así la publicidad del proceso. Esta limitación no afecta a las partes procesales, pues de ser así afectaría su derecho de defensa, lo hace respecto de la sociedad en general que normalmente puede acceder a la información pública de los procesos.

¹¹⁰ Constitución del Ecuador, art. 76, numeral 7, literal c).

¹¹¹ Ecuador, Asamblea Nacional, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, art. 454, numeral 7. (En adelante COIP)

¹¹² Constitución del Ecuador, art. 76, numeral 7, literal d) “d) Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento”.

6.4. Principios de pertinencia, idoneidad o conducencia y utilidad de la prueba

En el COGEP¹¹³ se determina que la pertinencia consiste en la relación directa o indirecta de la prueba con los hechos o circunstancias controvertidos, sea confirmándolos o desvirtuándolos. De esta manera se evita el desgaste innecesario de recursos, permitiendo mejorar la calidad del debate probatorio y la resolución. La prueba impertinente no permitirá probar los hechos que se sujetan a prueba, por tanto, nada aportará para la adopción de la resolución judicial, debiendo ser inadmitida o rechazada.

La pertinencia en la acción de protección relaciona de manera directa o indirecta los medios de prueba con los derechos cuya vulneración se analiza, así como el daño producido a efectos de determinar la reparación integral. La prueba pertinente es prueba relevante y útil. Si la prueba ofrecida por las partes procesales o dispuesta por el juez de oficio se relaciona directa o indirectamente con las alegaciones sobre vulneración de derechos y el daño sufrido, además de prueba pertinente, es relevante y útil para la decisión del caso.

La utilidad de la prueba está relacionada con la necesidad y trascendencia para justificar convincentemente un hecho determinado. La conducencia o idoneidad de la prueba se refiere a la aptitud del contenido intrínseco y particular para demostrar los hechos que se alegan en cada caso, es decir, que la prueba sea adecuada y apropiada para demostrar determinado hecho.¹¹⁴

La LOGJCC,¹¹⁵ limita el debate y análisis de admisibilidad y práctica de la prueba a los aspectos de pertinencia y constitucionalidad, dejando por fuera características como la idoneidad o conducencia y utilidad de la prueba, sin embargo, son aspectos íntimamente ligados que conformarían el principio de pertinencia. La prueba que cumpla las características de pertinencia será conducente y relevante dentro de la acción de protección.

6.5. Principio de inmediación y dirección del juez

¹¹³ COGEP, art. 161.

¹¹⁴ COGEP, art. 161.

¹¹⁵ LOGJCC, art. 16. “[...] la jueza o juez sólo podrá negarla cuando la haya calificado de inconstitucional o impertinente”.

Dentro de los derechos de Protección,¹¹⁶ se reconoce el derecho de las personas al acceso gratuito a la justicia y a la tutela judicial efectiva, con sujeción a los principios procesales de inmediación y celeridad, sin que en ningún caso las personas queden en un estado de indefensión. De esta manera, por mandato constitucional, el principio de inmediación es aplicable a todos los procesos, por ende, aplicable a la acción de protección.

En el COGEP se establece que, bajo el principio de inmediación, el juzgador “celebrará las audiencias en conjunto con las partes procesales que deberán estar presentes para la evacuación de la prueba y demás actos procesales que estructuran de manera fundamental el proceso”.¹¹⁷ Por la inmediación, se torna obligatoria la presencia del juez con las partes procesales en las audiencias donde se decida sobre sus derechos y en general en toda audiencia, principalmente en aquella donde se practique la prueba, permitiendo así, el conocimiento directo del juez sobre las pruebas aportadas al proceso.

De manera general, es posible que los jueces puedan delegar la práctica de ciertas diligencias a otros jueces cuando las mismas deben realizarse fuera del ámbito de su competencia territorial. En materia constitucional se establece la facultad del juez para designar comisiones para recabar prueba. La LOGJCC¹¹⁸ dispone: “La comisión para recabar pruebas podrá ser unipersonal o pluripersonal, para que realice una visita al lugar de los hechos, recoja versiones sobre los hechos y las evidencias pertinentes y elabore un informe que tendrá el valor de prueba practicada”. La prueba practicada es aquella que se sometió a la contradicción de las partes, en este supuesto, si bien lo que se evita es un desgaste innecesario de recursos, propendiendo a la celeridad procesal, de ninguna manera se pueden afectar principios procesales constitucionales como los de inmediación y contradicción.

Si bien la ley procesal permite delegar la práctica de diligencias o designar comisiones para recabarla, la prueba así obtenida, para su validez deberá practicarse ante el juez que deba resolver, esto significa, que los informes presentados deberán someterse a contradicción de las partes procesales y con presencia del juez que ha de resolver, pues es obligatorio que la recepción de pruebas se haga únicamente en audiencia.¹¹⁹

¹¹⁶ Constitución del Ecuador, art. 75.

¹¹⁷ COGEP, art. 6.

¹¹⁸ LOGJCC, art. 16

¹¹⁹ *Ibíd.*

El juez está facultado para dirigir el proceso según el procedimiento aplicable, principalmente dirigir las audiencias que se verifiquen. Dentro de las facultades de dirección puede establecer los tiempos de exposición, el respeto de las partes a principios de buena fe y lealtad procesal, sancionar actuaciones ilegítimas de las partes procesales, organizar los temas a debatir, incluida la facultad para disponer prueba de oficio, facultad que se analizará con mayor detalle en el próximo capítulo.

6.6. Principio de contradicción de la prueba

La Constitución de la República, dentro del debido proceso, como parte del derecho de defensa, reconoce el derecho de las partes a “presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra”,¹²⁰ la contradicción de la prueba permite “obtener la debida reflexión del juez, que es quien tiene que decidir quién gana y quién pierde”.¹²¹ El principio de contradicción, al ser de rango constitucional, no establecer excepción alguna para su aplicación, ser parte integrante del derecho constitucional de defensa, su inobservancia o vulneración afectaría de manera directa el derecho de defensa y el debido proceso, tornándose su aplicación obligatoria en la acción de protección.

El COGEP establece que el derecho de contradicción de la prueba consiste en el derecho de las partes “a conocer oportunamente las pruebas que se van a practicar, oponerse de manera fundamentada y contradecirla”.¹²² Este principio permite que las partes conozcan oportunamente los medios de prueba de los que se pretenda valer la contraparte, incluso los medios de prueba dispuestos de oficio por el juez, permitiéndoles ofrecer medios de prueba que los contradigan, realizar las alegaciones necesarias sobre sus diferentes aspectos, tales como la originalidad, legalidad, pertinencia, constitucionalidad, etc. La prueba actuada sin oportunidad de contradecir afectaría directamente el derecho de defensa, por lo cual, el juez se ve impedido de asignarle valor el momento de valorar los medios de prueba.

6.7. Principio de exclusión de la prueba

¹²⁰ Constitución del Ecuador, art. 76.7, h).

¹²¹ Nieva, “La valoración de la prueba”, 127.

¹²² COGEP, art. 165.

Las normas procesales establecen ciertos límites o prohibiciones para que la prueba sea incorporada, admitida o valorada en el proceso y esta sea eficaz. Estas limitaciones o prohibiciones están relacionadas con la protección de derechos y con la aplicación de principios éticos en los procesos judiciales. La LOGJCC al tratar sobre la prueba, dispone que el juez “sólo podrá negarla cuando la haya calificado de inconstitucional o impertinente”. Es una regla de exclusión absoluta, no prevé excepciones. Si, por ejemplo, se obtiene información vulnerando el derecho a la inviolabilidad y al secreto de la correspondencia física y virtual, su resultado será su exclusión, sin importar que el medio contenga información directa sobre los hechos.

El COFJ Judicial establece que en todos los procesos judiciales se observará el principio de buena fe y lealtad procesal, sancionando “especialmente la prueba deformada, todo modo de abuso del derecho, el empleo de artimañas y procedimientos de mala fe para retardar indebidamente el progreso de la Litis”.¹²³ Se excluirá la prueba impertinente e inconstitucional, así como, prueba obtenida por medio de simulación, dolo, fuerza física, fuerza moral o soborno, contraría los principios éticos de buena fe y lealtad procesal, además, por ser prueba ilegal, bajo determinados supuestos podría constituir una infracción penal, por lo cual los jueces deberían rechazar (excluir) estos medios de prueba dentro de la acción de protección.

6.8. Principio de legalidad de la prueba

El principio de exclusión se relaciona con el principio de legalidad de la prueba. Permite que, en la aportación de la prueba, desde su recolección hasta su práctica, se observe lo que dispone la Constitución y la ley, dotándola de eficacia para que surta los efectos jurídicos previstos. Sin embargo, se ha de considerar el principio de formalidad condicionada. Tanto el COGEP como el COIP, establecen ciertas formalidades para evacuar prueba pericial, testimonial y documental, estas formalidades serán aplicables en la acción de protección, en la medida que permitan la garantía de derechos.

Por ejemplo, los jueces podrían valorar grabaciones de video sin necesidad de que ingresen en cadena de custodia, o que se le realice una pericia; podría apreciar informes periciales o de otra índole, sin necesidad de convocar al perito, podrían escuchar

¹²³ COFJ, art. 26.

testimonios de referencia, valorar fuentes de información no convencionales. El límite de estas actuaciones será no vulnerar derechos y principios constitucionales.

6.9. Principio de formalidad condicionada

El principio de formalidad condicionada es un principio procesal que permea todo el procedimiento de garantías, prevé la obligación del juez para adecuar las formalidades previstas en el sistema jurídico al logro de los fines de los procesos constitucionales. No podrá sacrificar la justicia constitucional por la mera omisión de formalidades.¹²⁴

La Corte IDH ha señalado:

[...] las formalidades características de ciertas ramas del derecho interno no rigen en el derecho internacional de los derechos humanos, cuyo principal y determinante cuidado es la debida y completa protección de esos derechos.¹²⁵

La aplicación de este principio libera de formalidades a la actuación de los diferentes medios de prueba, permitiendo que información que normalmente no ingresaría a un proceso ordinario, se incorpore a los procesos de garantías jurisdiccionales obligando a los jueces constitucionales a su admisión y valoración. Los procesos ordinarios son rígidos en cuanto a determinar los medios de prueba y sus requisitos de validez. Por ejemplo, sobre prueba documental, documentos públicos o privados, prueba pericial, los cuerpos procesales determinan sus requisitos de validez, por ejemplo, el testimonio del perito que no puede ser reemplazado por su informe, salvo para el caso de contravenciones de violencia intrafamiliar.¹²⁶

En la acción de protección se permite la flexibilidad en la práctica de los medios de prueba, sin limitarlos a las exigencias establecidas para procedimientos de justicia ordinaria. Este principio ha sido reconocido expresamente por la Corte Constitucional:

91. La prueba en los procesos de garantías jurisdiccionales, a diferencia de los procesos civiles, penales, labores, entre otros, se rige por principios y reglas que le son propias y los caracteriza. Por su naturaleza jurídica se admite mayor flexibilidad en la forma de actuar los medios probatorios, que no son comunes en los procedimientos de justicia ordinaria. Esto debido a que el procedimiento en el que se conoce vulneraciones de

¹²⁴ LOGJCC, art. 4, numeral 7.

¹²⁵ Corte IDH, "Sentencia de 30 de mayo de 1999 (Fondo, Reparaciones y Costas)", *Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú*, 30 de mayo de 1999, párr. 77, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_52_esp.pdf.

¹²⁶ COIP, art. 643.15

derechos debe ser “sencillo, rápido y eficaz”, pues tales vulneraciones son de tal magnitud que para su verificación debe bastar con una actividad probatoria razonablemente flexible. Por el contrario, los litigios que demandan una actividad probatoria más compleja, son propios de la jurisdicción ordinaria. Por esta razón, por ejemplo, es admisible copias simples de documentos públicos, recortes de prensa, declaraciones de funcionarios públicos en medios de comunicación, y se aceptan categorías probatorias e instituciones flexibles, como la carga probatoria dinámica, la inversión de la carga de la prueba, la formación de comisiones para recabar la prueba, o las presunciones cuando el elemento probatorio está en manos del presunto responsable por la vulneración de derechos.¹²⁷

6.10. Principio de la originalidad de la prueba

Se lo conoce también como principio de inmaculación. Se entiende como la prohibición de manipulación de los elementos de prueba, por tanto, se debe garantizar su originalidad. El avance tecnológico y científico permiten una mayor certeza de la originalidad de la prueba.

Si bien por el principio de formalidad condicionada se flexibilizan la forma de practicar los medios de prueba en los procesos de garantías jurisdiccionales, esto no implica que no se garantice la originalidad de la prueba, tampoco, que se permita incorporar al proceso información falsa, por lo cual el juez deberá tomar las medidas necesarias para contar con información verdadera, independientemente que el medio cumpla con formalidades excesivas para este tipo de garantías jurisdiccionales.

Debido a la pandemia que ha sufrido el mundo, en el caso de Ecuador, el sistema de administración de justicia se vio obligado a habilitar plataformas tecnológicas para sustanciar las acciones constitucionales, permitiendo presentar prueba digital, cuya autenticidad y originalidad se somete a lo dispuesto en el Ley de Comercio Electrónico, su reglamento de aplicación y al COFJ, considerando siempre el principio de formalidad condicionada.

6.11. Principio de comunidad o unidad de la prueba

La solución de un conflicto social no es de exclusivo interés particular de las partes procesales, el proceso judicial es de interés público, es un asunto que interesa a la sociedad en su conjunto. El proceso judicial es un medio para alcanzar la justicia garantizando derechos, en este contexto, la prueba se torna de interés general. El rol de la

¹²⁷ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 639-19-JP/20, 21 de octubre de 2020.

prueba dentro de procesos de garantías de derechos se constituye en el elemento esencial que garantiza la tutela judicial y el debido proceso, es el instrumento necesario de su garantía y pleno ejercicio. Permite el paso de una justicia formal a una justicia material que viabiliza la garantía de los derechos de las personas.

A través de la aplicación de este principio, no importa quien aporte un medio de prueba, una vez incorporado, le pertenece al proceso, ya no es disponible a las partes procesales o a quien aportó la información, no pueden extraerla de aquel. La prueba aportada al proceso conforma una unidad y como tal debe ser valorada por el juez, sin que para el efecto sea trascendente la parte que la aportó. Este principio es aplicable a todos los procesos, incluida la acción de protección.

6.12. Principio de la libertad de la prueba

Conocido también como principio de libertad probatoria, permite que se prueben los hechos a través de cualquier medio de prueba. Este principio cobra relevancia en la acción de protección debido a que permite que se practique prueba contenida en cualquier medio, sin restringirse a los medios reconocidos en el COGEP o en el COIP.

6.13. Principio de la carga de la prueba

Es obligación de la parte actora probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en la demanda y que ha negado la parte demandada en su contestación. Corresponde a quien ejerza la acusación la carga de la prueba, pues se presume la inocencia del procesado. Son reglas generales de la carga de la prueba bien conocidas, en materias no penales y penales, asumidas tanto por la doctrina como por nuestra legislación, sin embargo, la legislación establece ciertas excepciones a estas reglas en determinados casos.

La carga de la prueba responde la pregunta ¿quién debe probar?, es conocida por la locución latina *onus probandi* y se encuentra determinada en las leyes procesales que regulan los diferentes procedimientos. Nuestra legislación incorpora las reglas del *onus probandi*. En materias no penales,¹²⁸ se reconocen las siguientes reglas:

¹²⁸ COGEP, art. 169.

1. Es obligación de la parte actora probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en la demanda y que ha negado la parte demandada en su contestación.
2. La parte demandada no está obligada a producir pruebas si su contestación ha sido simple o absolutamente negativa; pero sí deberá hacerlo si su contestación contiene afirmaciones explícitas o implícitas sobre el hecho, el derecho o la calidad de la cosa litigada.
3. En materia de familia, la prueba de los ingresos del obligado por alimentos recaerá en el demandado, conforme con lo dispuesto en la ley sobre el cálculo de la pensión alimenticia mínima.
4. En materia ambiental, la carga de la prueba sobre la inexistencia de daño potencial o real recaerá sobre el gestor de la actividad o la o el demandado.¹²⁹

En materia penal, la regla de carga de la prueba corresponde a quien ejerza la acusación, esta regla deriva del derecho de presunción de inocencia y de la prohibición de autoincriminación reconocidas en nuestra Constitución. La presunción de inocencia [conocida como *in dubio pro reo*] “no aparece siempre como una regla de carga de la prueba, sino que normalmente se comporta como si fuera una regla legal de valoración, dado que toda ausencia o insuficiencia de prueba debe interpretarse a favor de reo”.¹³⁰

En materia de garantías jurisdiccionales, las reglas de la carga de la prueba previstas en la Constitución, están desarrolladas en el artículo 16 de la LOGJCC, reconoce la regla general para materias no penales, invirtiendo la carga de la prueba frente a ciertos supuestos, conforme se analizará a detalle en el próximo capítulo.

La carga de la prueba es “una noción procesal que consiste en una regla de juicio, que les indica a las partes la autorresponsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las normas jurídicas cuya aplicación reclaman aparezcan demostrados y que, además, le indica al juez cómo debe fallar cuando no aparezcan probados tales hechos”.¹³¹ La carga de la prueba determina la parte procesal que ha de asumir las consecuencias jurídicas negativas (decisión en su contra) por no probar los hechos que alega, cuando la ley le asigna esta carga. Este principio determina la obligación de las

¹²⁹ Constitución del Ecuador, art. 397 numeral 1.

¹³⁰ Nieva, “La valoración de la prueba”, 139.

¹³¹ Jairo Parra Quijano, Manual de derecho probatorio (Bogotá: Librería Ediciones del Profesional, 2007) 249.

partes, en virtud del principio dispositivo, de aportar medios probatorios para probar sus pretensiones, alegaciones, afirmaciones sobre los hechos, dentro del proceso.

Para Aner Uriarte Codón:

La doctrina de la carga de la prueba se articula con la finalidad de ofrecer una solución al Juzgador cuando todos o parte de los hechos controvertidos, y que forman parte del objeto del proceso, no se acreditan. De esta forma, sólo en el caso de falta de prueba (pues en caso contrario las normas en estudio no entran en funcionamiento), el Juez, quien debe resolver la litis en todo caso, atribuirá la carga al demandante o demandado, y resolverá en consecuencia.¹³²

En este sentido, la doctrina de la carga de la prueba, se articula con la finalidad de impedir que el juez deje irresuelta la litis cuando no se acreditan los hechos que conforman el objeto de la prueba.¹³³ La carga de la prueba tiene dos sentidos, objetivo y subjetivo.¹³⁴

Desde su sentido objetivo responde a la pregunta ¿quién pierde si no hay prueba suficiente?, operando, así como regla de juicio final aplicable a los casos donde los elementos de prueba aportados no superan los estándares de prueba previstos, es decir, frente al fracaso de la actividad probatoria de las partes para acreditar los hechos, por tanto, es una institución residual o subsidiaria que permite que los casos sean resueltos. Desde esta visión, la carga de la prueba no se dirige a las partes sino al juez, imponiéndole la obligación de resolver en determinado sentido frente a la falta de prueba en el proceso; en cuanto a las partes, a lo sumo, las incentiva a aportar las pruebas necesarias a fin de evitar que sus pretensiones sean rechazadas por falta de prueba.

Desde su sentido subjetivo, responde a la pregunta qué parte debe aportar prueba al procedimiento. La visión subjetiva de la carga de la prueba ha quedado superada debido a que la decisión judicial no dependerá únicamente de la prueba aportada por quien tenía la carga de hacerlo, sino que dependerá de la prueba obrante en el proceso, independientemente de quien la haya aportado, incluso si fue dispuesta por el juez de oficio, y de la aplicación de principios como los de comunidad y valoración conjunta de la prueba.

¹³² Aner Uriarte Codón, "La inversión de la carga de la prueba", en *Objeto y carga de la prueba civil*, ed. Xavier Abel Lluch y Joan Picó i Junoy (Barcelona: Bosch, 2007), 101-128.

¹³³ *Ibid.*, 108.

¹³⁴ Jordi Nieva Fenoll, Jordi Ferrer Beltrán y Leandro Giannini, *Contra la carga de la Prueba*, (Madrid: Marcial Pons, 2019), 57 - 69.

La carga de la prueba desde su visión objetiva es una regla de juicio dirigida al juez frente a la falta de prueba suficiente sobre los hechos, aplicable de forma subsidiaria el momento de la resolución, mientras que, la carga de la prueba desde su visión subjetiva, va dirigida a las partes procesales, indicándoles los hechos que deberá probar si espera obtener un fallo favorable a sus pretensiones o excepciones.

Para Jordi Nieva Fenoll:

En los casos de inversión de carga de la prueba lo que sucede habitualmente es que al demandante le basta con alegar lo que afirme, siendo el demandado quien tiene que descartar la presencia del hecho constitutivo. Es decir, lo que sucede en estos supuestos es que el demandante es relevado de prueba. Se supone que de esta forma se favorece su posición en el proceso, que se presume débil, haciendo de ese modo que se materialice el principio de igualdad de partes.¹³⁵

El principio de carga de la prueba se relaciona con el de comunidad de la prueba en tanto, independientemente de quien aportó la prueba o de sus resultados, una vez incorporado, es común a las partes y no pueden sustraerla de aquel. Esta relación es recogida expresamente en materia de garantías jurisdiccionales. El artículo 16 de la LOGJCC establece: “[...] Se presumirán ciertos los hechos de la demanda cuando la entidad pública accionada no demuestre lo contrario o no suministre la información solicitada, siempre que de otros elementos de convicción no resulte una conclusión contraria”. (Resaltado fuera del texto original). Esta norma determina de forma expresa la subsidiariedad del onus probandi en materia de garantías jurisdiccionales.

Se debe considerar que el principio de carga de la prueba se relaciona con el principio de valoración conjunta de la prueba que deviene del sistema de valoración de la prueba de la sana crítica racional que obliga al juzgador a realizar un análisis individual y conjunto de la prueba.

Por estas razones, la regla de carga de la prueba:

[...] está sometida al principio de subsidiariedad, de forma que las normas de atribución probatoria sólo entran en juego cuando alguno de los hechos objeto de la prueba resultan inciertos o no acreditados. En el supuesto de que aquellos elementos fácticos que fundamenten las pretensiones ejercitadas se hayan probado (independientemente de cual de las partes haya desplegado la iniciativa probatoria), no será necesario acudir a la doctrina que nos ocupa, y el Juez procederá a aplicar, a partir de los mismos, el derecho, y estimar o desestimar la demanda correspondiente.¹³⁶

¹³⁵ *Ibid.*, 46.

¹³⁶ *Ibid.*, 104.

Los jueces en la motivación de sus decisiones no pueden aplicar directamente la regla de carga de la prueba determinada en el artículo 16 de la LOGJCC, sino que están obligados a valorar toda la prueba existente, incluso si la parte demandada no aportó medio alguno de prueba, para así determinar si existió o no vulneración de derechos, en caso de falta de prueba, de forma subsidiaria deberán aplicar la regla de reversión de la carga de la prueba por la cual se presumirán ciertos los hechos de la demanda, sin que esto implique la aceptación de la demanda como se analizará en el capítulo siguiente.

7. Carga dinámica de la prueba

Es necesario incorporar este tema en la medida que la Corte Constitucional¹³⁷ en una de sus sentencias, sin establecer mayores detalles, afirmó que en garantías jurisdiccionales es aplicable la carga dinámica de la prueba.

Esta teoría vincula la carga de la prueba y los mecanismos para impulsar a las partes a presentar pruebas relevantes que estén a su disposición, estableciendo cargas dinámicas que dependerán la accesibilidad a los medios de prueba y no de las reglas de carga de la prueba clásicas, el fin que se busca es lograr la verdad y una decisión justa. Esta teoría considera insuficientes, para los fines del proceso, la aplicación de las reglas clásicas de carga de la prueba, porque:

- 1) Hay casos en los que la parte a quien se atribuye la carga de la prueba tiene muchas más dificultades para producirla y aportarla que la parte contraria o, incluso, le resulta imposible, puesto que es esta última quien dispone de ella. En esos casos, sin embargo, la parte que dispone de la prueba o la tiene más accesible no tiene incentivo alguno para aportarla al proceso puesto que la ausencia de prueba suficiente le beneficiaría (por efecto de la carga de la prueba como regla de juicio).
- 2) Cualquier regla general de atribución de la carga de la prueba se enfrentará a casos como los mencionados, en los que la regla general no resulta ser la forma más eficiente de asignar la carga de la prueba para maximizar las pruebas relevantes que se aportan al procedimiento.¹³⁸

¹³⁷ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 639-19-JP/20, 21 de octubre de 2020. En esta sentencia la Corte expresó: “Por el contrario, los litigios que demandan una actividad probatoria más compleja, son propios de la jurisdicción ordinaria. Por esta razón, por ejemplo, es admisible copias simples de documentos públicos, recortes de prensa, declaraciones de funcionarios públicos en medios de comunicación, y se aceptan categorías probatorias e instituciones flexibles, como la carga probatoria dinámica, la inversión de la carga de la prueba, la formación de comisiones para recabar la prueba, o las presunciones cuando el elemento probatorio está en manos del presunto responsable por la vulneración de derechos”.

¹³⁸ Jordi Nieva Fenoll, Jordi Ferrer Beltrán y Leandro Giannini, “Contra la carga de la prueba”, 64 – 65.

La teoría de la carga dinámica de la prueba se fundamenta en la flexibilización de las reglas de atribución de la carga de la prueba, atendiendo a criterios de facilidad y disponibilidad de acceso a los medios de prueba, frente a las consecuencias injustas que se podrían suscitar en casos concretos donde la prueba esté a disposición de la parte que no tiene la carga de probar, por tanto, no le es exigible su presentación, beneficiándose de esta situación, por las consecuencias jurídicas de no cumplir con la carga asignada a la parte contraria, según las reglas clásicas. A fin de lograr una decisión justa y frente al sinfín de supuestos que se pueden dar en la práctica, la determinación de las reglas de atribución de la carga de la prueba estaría en manos de los jueces quienes las activarían frente a las circunstancias específicas del caso, de forma excepcional.¹³⁹

Jordi Ferrer identifica algunas inconsistencias de esta teoría. Los casos donde las dos partes cuenten con prueba relevante para el proceso y beneficie a su contraparte, resulta imposible una doble inversión de la carga de la prueba. Cuando, por el deber de colaboración procesal, se le dispusiera, a la parte que no tiene la carga de la prueba, aporte prueba al proceso y, cumpliendo este mandato, la prueba resulte insuficiente, de invertirse además la carga de la prueba, sería quien, pese a cumplir con el mandato, sufra indebidamente las consecuencias procesales por la insuficiencia probatoria. Invertir la carga de la prueba modifica el supuesto de hecho de la norma sustantiva, abocando a una desconfiguración de la norma, su desconocimiento e inseguridad jurídica. Por tanto, esta doctrina “no produce una mayor justicia en la aplicación del Derecho sino su indeterminación”.¹⁴⁰

Esta teoría se fundamenta en la colaboración procesal que vedaría la posibilidad de que una parte obtenga ventaja por efecto de la aplicación de una regla de la prueba frente a su deslealtad y su falta de colaboración para aportar prueba que tiene a su alcance, frente a lo cual, el juez podría establecer el deber de que los medios de prueba que estén o deban estar en su poder sean aportados al proceso. Sin embargo, no hay que confundir la teoría de la carga dinámica de la prueba con la aplicación del principio de colaboración procesal. La primera establece una regla de juicio desfavorable para quien tiene la carga de la prueba, en escenarios de insuficiencia probatoria; mientras que la segunda, puede generar sanciones procesales que devienen de la falta de colaboración, pero no resultan

¹³⁹ *Ibid.*, 54-55.

¹⁴⁰ *Ibid.*, 68

necesariamente en una decisión en contra como efecto de la aplicación de una modificación de las reglas de la carga de la prueba.

Una diferencia notable es que mientras la carga dinámica es aplicable a las partes procesales, el principio de colaboración procesal puede vincular no sólo a las partes, sino también a terceros que no son partes del proceso judicial, con diferentes efectos en caso de incumplimiento.

Algo que debe quedar claro es que la carga dinámica de la prueba no es parte de la facultad del juez para disponer prueba de oficio. La carga dinámica de la prueba se trata de la facultad otorgada al juez, por la ley o la jurisprudencia, para determinar a la parte procesal a la que le corresponde la carga de la prueba de determinado hecho previsto en la norma, dependiendo de su posibilidad y facilidad de acceso al medio de prueba, con la consecuencia de negar su pretensión o excepción en caso de no hacerlo e incluso frente a la insuficiencia de prueba.

Salvo la sentencia de la Corte Constitucional que ha referido que es aplicable en nuestro medio la aplicación de la carga dinámica de la prueba, esta no se reconoce en la Constitución ni en ningún cuerpo procesal, tampoco de forma expresa en la jurisprudencia constitucional, lo que si se reconoce es la aplicación del principio de colaboración procesal, que como se refirió, no se limita a las partes procesales, sino que trasciende a terceros que no son partes en el proceso.

El principio de colaboración procesal faculta al juez para requerir a las partes procesales o a terceros, que aporten información al proceso judicial, deviene de la perspectiva objetiva del proceso judicial y de las responsabilidades de todos los ecuatorianos. La Constitución establece que “El sistema procesal es un medio para la realización de la Justicia”¹⁴¹ estableciendo de esta manera un fin colectivo social o general más allá del interés particular de quienes intervienen en los diferentes procesos judiciales; establece también, que son deberes y responsabilidades de los ecuatorianos “Colaborar en el mantenimiento de la paz y de la seguridad”. De esta manera, el principio de colaboración procesal se ve plasmando en ciertas obligaciones dirigido a determinadas personas, facultando al juez a aplicar mecanismos para exigir su cumplimiento.

Nuestra Constitución prevé ciertas obligaciones de colaboración que corresponde cumplir a terceros ajenos al proceso judicial. Los peritos y testigos están obligados a

¹⁴¹ Constitución del Ecuador, art. 169

comparecer a un proceso judicial cuando sean requeridos.¹⁴² En los casos de información generada por entidades públicas, o por las privadas que manejen fondos del estado o realicen funciones públicas, se garantiza el acceso libre a esa información, salvo los casos de reserva de ley; sin embargo, cuando se trate de casos sobre violación de DDHH,¹⁴³ es obligación de la entidad entregar la información requerida.

El COGEP establece otros presupuestos, dirigidos a las partes procesales y terceros. Cuando las partes no tiene acceso a las pruebas documentales o periciales, deberán describir su contenido en la demanda o en su contestación, con indicaciones precisas sobre el lugar en que se encuentran y la solicitud de medidas pertinentes para su práctica.¹⁴⁴ De manera más amplia, cuando a las partes les sea imposible acceder a la prueba, evento en el cual deberá ser anunciada en sus actos de proposición o defensa.¹⁴⁵ La parte que requiera un documento privado que se encuentre en poder de la contraparte, podrá pedir al juzgador que ordene su presentación hasta la audiencia. Si el que se presume tenedor del documento confiesa que se halla en su poder, estará obligado a presentarlo. De no cumplirse la orden judicial o demostrar que el documento no existe o no está en su poder, el juzgador sancionará la mala fe y deslealtad procesal de quien incurra en ella.¹⁴⁶

Para el cumplimiento de las obligaciones de colaboración procesal dispuestas por el juez, la legislación establece la aplicación de apremios personales o reales por parte del juez, para lo cual podrá aplicar “cualquier medida que estime conducente al cumplimiento de una resolución judicial, siempre que a ello haya antecedido la correspondiente prevención legal”,¹⁴⁷ podrán ejecutarse cuando el juzgador constate que se ha incumplido la orden dentro del término en el cual debió realizarse.¹⁴⁸

En esta línea, el juez está facultado para disponer la comparecencia de las partes procesales, testigos y peritos, cuya presencia sea necesaria en el juicio, por medio de la Policía Nacional, medida que no podrá superar las veinticuatro horas, pero podrá reiterarse cuantas veces sea necesario hasta que se dé la comparecencia, sin perjuicio de que el juez imponga la multa de dos salarios básicos unificados del trabajador en general,

¹⁴² Constitución del Ecuador, art. 76 numeral 7, literal j). Esta disposición señala: “Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo”.

¹⁴³ *Ibíd.*, art. 18.

¹⁴⁴ COGEP, 142.7

¹⁴⁵ *Ibíd.*, art. 159.

¹⁴⁶ *Ibíd.*, art. 220

¹⁴⁷ *Ibíd.*, art. 135.

¹⁴⁸ *Ibíd.*, art. 136

salvo caso fortuito o fuerza mayor.¹⁴⁹ El juez podrá imponer multa compulsiva y progresiva diaria, de entre una quinta parte de una remuneración básica unificada, y una remuneración básica unificada diaria, sin que en ningún caso exceda de veinticinco remuneraciones básicas unificadas, destinada a que la parte o quien corresponda, cumpla sus mandatos con arreglo al contenido de su decisión, sin perjuicio de las consecuencias legales que, al momento de la resolución de las causas, produce la contumacia de la parte procesal. La multa será establecida discrecionalmente por el juzgador dentro de los límites señalados, pudiendo ser reajustada o dejada sin efecto si se considera que la desobediencia ha tenido o tiene justificación.¹⁵⁰

La Corte Constitucional ha señalado que en un proceso de garantías jurisdiccionales se podría practicar cualquier medio de prueba documental sin sujetarse a las formalidades establecidas para los procedimientos ordinarios, postura que se sustenta en principios como la lealtad y buena fe procesal. Esta posición es correcta si se considera que, por aplicación del principio de contradicción, la contraparte contra quien se pretenda valer está información podrá realizar las alegaciones que considere necesarias. Tratándose de información falsa o nula, el COGEP prevé que “La parte que alegue la falsedad material o ideológica o la nulidad de un documento público o privado, presentado por la contraparte, deberá hacerlo en las oportunidades señaladas en este Código. El incidente deberá resolverse en la audiencia de juicio o única”.¹⁵¹ Además, cuando las alegaciones de falsedad se decidan en contra de quien la propuso, el juzgador sancionará la mala fe y deslealtad procesal. Igual sanción se aplicará a la parte que presentó la prueba, cuando en el proceso se ha justificado la falsedad.¹⁵²

En este escenario y en aquellos en los que la parte procesal o un tercero actúan dolosamente con el fin de inducir a engaño al juez oculte instrumentos o pruebas, cambie el estado de las cosas, lugares o personas, incurriría en el delito de fraude procesal,¹⁵³ frente a lo cual el juez estará obligado a comunicar a la Fiscalía General del Estado¹⁵⁴ para que inicie la investigación del caso.

Todos estos mecanismos plasman el deber de colaboración procesal. Si bien, en materia de violación de derechos constitucionales se determina una escenario de

¹⁴⁹ COFJ, art. 130

¹⁵⁰ *Ibid.*, art. 132.

¹⁵¹ COGEP, art. 198.

¹⁵² *Ibid.*, art. 173.

¹⁵³ COIP, art. 272

¹⁵⁴ COFJ, art. 129 numeral 10

desigualdad material entre la persona que los vulnera, en situación de poder, y la víctima, ubicada en desventaja, por lo cual se flexibilizan ciertas figuras procesales, no es menos cierto que los jueces deben circunscribir sus actuaciones a las facultades que les han sido reconocidas en la Constitución y la ley, observando siempre el debido proceso, lo que implica aplicar las normas procesales constitucionales y legales y no exceder sus competencias. La falta de colaboración procesal es, en último caso, sancionado por el juez con multas, en caso de que verifique una actuación dolosa debe comunicar del particular a la Fiscalía para que inicie la investigación por un delito, más las normas procesales que regulan los procesos de garantías jurisdiccionales, no facultan a los jueces para que apliquen los efectos del incumplimiento de la carga de la prueba. Diferenciación que nuestro ordenamiento jurídico mantiene expresamente por lo cual no se vislumbra la posibilidad de aplicar la carga dinámica de la prueba con los efectos del incumplimiento de la carga procesal.

8. Objeto de prueba

El efecto de la declaración de vulneración de derechos constitucionales es la reparación integral de los derechos afectados. Si una persona pretende beneficiarse de este efecto, un juez debe declarar previamente que sus derechos han sido vulnerados, por tanto, en la acción de protección, el objeto de la prueba será la determinación de los hechos alegados como vulneradores de derechos constitucionales y las consecuencias que estos generan en las personas.

Para Taruffo:

El objeto de la decisión es el hecho que la norma define y califica como relevante, es decir, como punto de referencia de los efectos que la norma misma prevé. Es la norma, en otros términos, la que funciona como criterio de selección, en el sentido de individualizar entre los infinitos sucesos del mundo real aquellos que asumen relevancia específica para su aplicación.¹⁵⁵

En la sentencia de acción de protección se debe determinar la relación de los hechos probados relevantes para la resolución, por lo cual entre el objeto de la decisión y el objeto de prueba existe un nexo directo. El objeto de prueba está determinado por el objeto de la decisión.

¹⁵⁵ Michele Taruffo, *La prueba de los hechos*, trad. Jordi Ferrer Beltrán (Madrid: Trotta, 2011), 97.

Las normas jurídicas que regulan la procedencia de la acción de protección y sus efectos son reglas que incluyen presupuestos de hecho abstractos que generan consecuencias jurídicas como la declaración del derecho vulnerado y la reparación integral a la víctima. De probarse dichos presupuestos se aplican las consecuencias jurídicas normadas, por tanto, el objeto de prueba está ligado al presupuesto normativo aplicable a los casos a resolver.

La vulneración de derechos constitucionales implica una afectación ilegítima sobre una persona, generando cambios radicales en su vida. Los factores determinantes de estos cambios pueden ser acciones u omisiones de cualquier autoridad pública, no judicial, y en ciertos casos de particulares, que impliquen vulneración de derechos.

En este sentido, serán objeto de prueba, los requisitos para la procedencia de la acción de protección establecidas en la ley,¹⁵⁶ puesto que a través de la prueba de aquellos se determinará la vulneración de derechos constitucionales y como consecuencia la reparación integral por el daño material e inmaterial.¹⁵⁷

Además, será objeto de prueba el daño causado. Es requisito de la sentencia la determinación del daño,¹⁵⁸ sin prueba que lo determine es imposible establecer las medidas de reparación apropiadas. La LOGJCC establece que “La audiencia comenzará con la intervención de la persona accionante o afectada y demostrará, de ser posible, el daño y los fundamentos de la acción [...] Si la presencia de la persona afectada no es indispensable para probar el daño, la audiencia se llevará a cabo con la presencia del accionante”,¹⁵⁹ determinando así la necesidad de probar el daño dentro de los procesos de garantías jurisdiccionales.

De esta manera, será objeto de prueba en la acción de protección la existencia de un acto u omisión de autoridad pública no judicial, o de particulares en los casos previstos en la ley, que el acto u omisión vulnere derechos constitucionales¹⁶⁰ y, el daño causado como su consecuencia.

¹⁵⁶ LOGJCC, art. 40. Requisitos.- La acción de protección se podrá presentar cuando concurren los siguientes requisitos:

1. Violación de un derecho constitucional;
2. Acción u omisión de autoridad pública o de un particular de conformidad con el artículo siguiente; y,
3. Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado.

¹⁵⁷ LOGJCC, art. 18

¹⁵⁸ LOGJCC, art. 17 numeral 4

¹⁵⁹ LOGJCC, art. 14.

¹⁶⁰ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 085-12-SEP-CC, 29 de marzo de 2012.

El objeto de la prueba determina los parámetros de relevancia y pertinencia de la prueba. Los hechos determinantes de la vulneración de derechos y sus efectos, son los que cumplen con estos parámetros, se relacionan directamente o indirectamente con la afirmación de vulneración de derechos y son relevantes para la adopción de la decisión.

9. Etapas de la actividad probatoria

El maestro Guerrero Del Pozo, establece que las etapas que componen la actividad probatoria son cinco, a saber: “(i) la recopilación; (ii) el anuncio; (iii) la admisibilidad; (iv) la práctica; y, (v) la valoración de la prueba”.¹⁶¹ La identificación de estas etapas nos permitirá contestar la pregunta ¿cuándo probar?, referida de manera directa al aspecto temporal en el cual se construye la prueba dentro del proceso judicial.

9.1. La recopilación

Esta etapa está constituida por todas las actividades tendientes a obtener medios de prueba que posteriormente serán presentados al juez. Debido que para la presentación de la acción de protección no es necesario el patrocinio de un abogado,¹⁶² será muy probable que esta etapa no cuente con ningún control respecto de la legalidad de los medios recopilados, trasladando el control al proceso judicial.

Si bien se reconoce el derecho de toda persona a acceder libremente a la información generada por instituciones públicas, y de privadas que manejen recursos públicos o realicen funciones públicas, más cuando se trata de violación de derechos humanos, frente a lo cual ninguna entidad pública puede negar la información que le sea requerida,¹⁶³ habrá casos en los que quien pretenda recopilar un medio de prueba, no pueda acceder a la misma, para lo cual podría solicitar auxilio judicial.

La fase de recopilación de la prueba es importante, va ligada a una actuación responsable de que quien pretenda plantear una acción. Los medios recopilados permitirán analizar si efectivamente existe vulneración de derechos constitucionales; además, permitirán que los medios recopilados se acompañen a la demanda desde el inicio y posibiliten una resolución oportuna.

¹⁶¹ Guerrero Del Pozo, “Las Garantías Jurisdiccionales en el Ecuador”, 51.

¹⁶² Constitución del Ecuador, art. 86 numeral 2, literal c)

¹⁶³ *Ibíd.*, art. 18 numeral 2

9.2. El anuncio

De manera general, el anuncio de la prueba está determinado o delimitado por el principio de oportunidad o preclusión. La ley procesal establece momentos debidamente delimitados para que se anuncie y presente la prueba, estableciendo como consecuencia de su inobservancia la inadmisión de la prueba, excepto los casos de prueba nueva. En Ecuador, la preclusión está claramente establecida para materias no penales y penales.

En materia constitucional el principio de informalidad ha permeado a todos los principios de la prueba, de tal manera, la LOGJCC faculta el anuncio y la presentación de prueba en la acción de protección, con la demanda,¹⁶⁴ en la calificación de la demanda,¹⁶⁵ dentro de la audiencia misma, facultándole al juez a requerirla de oficio¹⁶⁶, para lo cual se establece un plazo adicional de hasta ocho días, excepto los casos de complejidad de las pruebas donde puede extenderse motivadamente.

La LOGJCC¹⁶⁷ reconoce la facultad de los jueces para disponer prueba, por tanto, el juez podrá “decretar de oficio todas las pruebas que estime conveniente para la formación de su convicción sobre los hechos, es decir, para verificar si corresponde o no a la realidad”.¹⁶⁸

La Constitución es más amplia sobre este tema al establecer que el juez “en cualquier momento del proceso podrá ordenar la práctica de pruebas y designar comisiones para recabarlas”.¹⁶⁹ Esta facultad incluye la posibilidad de practicar prueba cuando se ventile el recurso de apelación, como se analizará más adelante.

9.3. La admisibilidad

¹⁶⁴ LOGJCC, art. 10, numeral 8. La demanda debe contener “Los elementos probatorios que demuestren la existencia de un acto u omisión que tenga como resultado la violación de derechos constitucionales...”.

¹⁶⁵ *Ibíd.*, art. 13, numeral 4, en la calificación de la demanda, el juez dispondrá “que las partes presenten los elementos probatorios para determinar los hechos en la audiencia...”

¹⁶⁶ *Ibíd.*, art. 14, en la audiencia “La jueza o juez, si lo creyere necesario para la práctica de pruebas, podrá suspender la audiencia y señalar una nueva fecha y hora para continuarla”.

¹⁶⁷ *Ibíd.*, art. 16. En la calificación de la demanda o en la audiencia, la jueza o juez podrá ordenar la práctica de pruebas y designar comisiones para recabarlas, sin que por ello se afecte el debido proceso o se dilate sin justificación la resolución del caso.

¹⁶⁸ Echandía, “Teoría General del Proceso”, 416.

¹⁶⁹ Constitución del Ecuador, art. 86 numeral 3.

El COGEP establece que el juzgador rechazará de oficio o a petición de parte la prueba impertinente, inútil e inconducente; que declarará improcedente la prueba obtenida con violación de la Constitución o la ley.¹⁷⁰ Este control difiere del dispuesto por la LOGJCC. El artículo 16 *ibíd.*, al tratar sobre la prueba, establece de forma expresa que “la jueza o juez sólo podrá negarla cuando la haya calificado de inconstitucional o impertinente”, limitando el análisis de admisibilidad a estos dos aspectos.

La Corte Constitucional¹⁷¹ ha señalado que las cuestiones relativas a la admisión de la prueba (por ejemplo, ¿es válido este medio de prueba?), se debe argumentar si la producción de un medio de prueba ha observado o no las normas que regulan dicha producción para que sean válidos. Al analizar un caso concreto, refirió:

36. En el caso sub iudice, se observa que la copia del video y del peritaje del mismo, aportado por el accionante, no fueron calificados ni de inconstitucionales ni de impertinentes por parte de la Sala, por lo que se reputaban admitidos al proceso, quedando esta última obligada a pronunciarse respecto a su valoración en la decisión, cuestión que no sucedió. En esta parte, es pertinente aclarar que dicha obligación de pronunciamiento, no apareja necesariamente la valoración positiva de los elementos probatorios, sino únicamente el pronunciamiento motivado por parte de la autoridad judicial en relación a los hechos y disposiciones normativas del caso.¹⁷²

Por tanto, en la acción de protección se admitirá medios de prueba pertinentes para el caso, por tanto, el juez deberá analizar si se cumple con tal característica. El control de la pertinencia de la prueba por parte del juez, permitirá evitar un desgaste innecesario de recursos en el proceso, de los cuales carecen las garantías jurisdiccionales. Si el juez nada dice respecto de la admisibilidad, estará obligado a valorar todos los medios de prueba aportados al proceso.

Se inadmitirán aquellas pruebas obtenidas a través de la vulneración de derechos constitucionales. La Constitución de la República, dispone que “Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria”.¹⁷³

La Corte Constitucional, sobre este tema, ha señalado:

92. Las pruebas que no deben ser valoradas en un proceso de garantías son las que se obtuvieron contra la Constitución, que son impertinentes o que impiden el principio de contradicción.

¹⁷⁰ COGEP, art. 160.

¹⁷¹ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 687-13-EP/20, 30 de septiembre de 2020.

¹⁷² Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 1266-16-EP/21, 21 de julio de 2021.

¹⁷³ Constitución del Ecuador, art. 76 numeral 4.

93. Por ejemplo, en el caso, la jueza o el juez podría apreciar las grabaciones de video del ECU 911 en las que se constata la presencia de un grupo de personas, sin necesidad de designar peritos o de identificar con precisión a cada una de las víctimas en el caso; de igual modo, se puede apreciar las fotos, grabaciones o entrevistas realizadas por la Defensoría del Pueblo. En la presente causa por los derechos que se discuten, son impertinentes las pruebas sobre antecedentes penales de las personas en situación de movilidad porque no tienen nada que ver con los derechos en discusión. En ese sentido, se debe señalar que el hecho de que la prueba tenga mayor flexibilidad y características que le son propias, en ningún caso podría significar que estas actuaciones podrían realizarse contraviniendo derechos y principios contenidos en la Constitución.¹⁷⁴

Si bien, en esta sentencia la Corte Constitucional hace relación a la prohibición de valorar prueba impertinente o inconstitucional, este control es posible en la admisibilidad de la prueba. La admisibilidad de la prueba es la fase previa a la práctica, constituye un filtro para evitar una deslegitimación del proceso facultando actuar prueba ilegal que podrían incluso afectar el derecho de defensa.

Como se ha manifestado, la prueba impertinente no aportará ninguna información sobre los hechos en conflicto, entonces no tiene sentido que se desgaste recursos para su obtención o práctica. En la misma línea, o peor aún, se ubica la prueba inconstitucional, no tiene sentido que prueba que afecta derechos constitucionales sea admitida, peor practicada o valorada.

De tal manera, por imperativo legal, el juez está obligado a realizar un análisis sobre la admisibilidad de la prueba ofrecida o solicitada por las partes en la acción de protección a fin de determinar su pertinencia con el caso planteada y que la misma no vulnere derechos constitucionales.

Debido a que el anuncio y la presentación de prueba en la acción de protección tiene varios momentos, el estudio de admisibilidad se vinculará a estos. El estudio de admisibilidad corresponde al juez y radica sobre las pruebas anunciadas o aportadas por las partes procesales, sería absurdo un control de este tipo sobre la prueba de oficio debido a que el juez está obligado a observar también los parámetros de admisibilidad. Por tanto, el juez para resolver sobre la admisibilidad de la prueba no tiene necesidad de escuchar a la contraparte sobre este aspecto.

De esta manera, el juez podrá realizar el análisis de admisibilidad al calificar la demanda o dentro de la audiencia misma, luego de que las partes anuncien sus medios de prueba y previo a que sean practicadas.

¹⁷⁴ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 639-19-JP/20, 21 de octubre de 2020.

9.4. La práctica de la prueba

Por regla general, la práctica de la prueba se da en la audiencia de juicio previa contradicción de las partes. La LOGJCC reconoce esta regla al disponer que “La recepción de pruebas se hará únicamente en audiencia”,¹⁷⁵ incorporando así los principios de inmediación y contradicción de la prueba, puesto que la audiencia se verifica en conjunto con las partes procesales y el juez.

Al tratar sobre el principio de contradicción de la prueba se estableció que se trata de un principio procesal constitucional de aplicación obligatoria en los procesos de garantías jurisdiccionales cuya omisión afectaría el derecho de defensa. Este principio implica que las partes conozcan oportunamente los medios de prueba de los que se pretenda valer la contraparte, incluso los medios de prueba dispuestos por el juez de oficio, permitiéndole ofrecer medios de prueba que los contradigan o realizar las alegaciones necesarias sobre sus diferentes aspectos para su validez.

La LOGJCC,¹⁷⁶ regula la forma como se han de verificar las audiencias de garantías jurisdiccionales donde se ha de practicar la prueba, estableciendo las siguientes reglas:

1. La audiencia comenzará con la intervención de la persona accionante o afectada y demostrará, de ser posible, el daño y los fundamentos de la acción.

La aplicación de esta regla dependerá de si a la audiencia comparece el accionante o la persona afectada. La LOGJCC dispone que “Cuando la acción haya sido presentada por interpuesta persona, la jueza o juez deberá notificar a la persona afectada. Ésta podrá comparecer en cualquier momento, modificar la demanda, desistir de la acción o deducir los recursos de ley aunque no haya comparecido antes”.¹⁷⁷

En tal caso, tenemos los siguientes escenarios posibles:

Que la persona accionante sea la afectada en sus derechos constitucionales, al plantear su demanda debió anunciar sus medios de prueba, el juez al calificar la demanda, debe calificar la admisibilidad de la prueba, al disponer la notificación con la demanda, posibilita que la contraparte conozca sobre los medios de prueba anunciados y admitidos, por lo que en audiencia de juicio se las practicará con observancia de los principios de inmediación y contradicción.

¹⁷⁵ LOGJCC, art. 16.

¹⁷⁶ *Ibíd.*, art. 14.

¹⁷⁷ *Ibíd.*, art. 11.

Que la persona afectada no sea la misma que presentó la demanda, al ser notificada con la acción comparece a la audiencia en la cual anuncia sus medios de prueba. En este escenario el juez deberá analizar su admisibilidad y permitir que la contraparte pueda ofrecer prueba para contradecirla, de ser el caso suspender la audiencia si existe la necesidad de recabar prueba admisible solicitada por la persona afectada y aquella que el demandado requiera para contradecirla.

2. Posteriormente intervendrá la persona o entidad accionada, que deberá contestar exclusivamente los fundamentos de la acción.

Si bien la LOGJCC establece que deberá constar por escrito “¹⁷⁸La contestación a la demanda”, en el procedimiento no se reconoce un plazo para su presentación por lo que, en virtud de esta regla, la contestación escrita de la demanda normalmente se la presenta en audiencia. Debido a que, en la contestación, el accionado ofrece su prueba, el juez debe posibilitar que el accionante o persona afectada puedan ofrecer medios de prueba para contradecirlas, garantizando el derecho de contradicción de la prueba, escenario que habilita la suspensión de la audiencia.

Es menester recalcar que, si bien se trata de un procedimiento rápido, el juez está obligado a realizar el control de admisibilidad de pertinencia y constitucionalidad, garantizar el derecho de contradicción de la prueba, cuya observancia constituye requisito de validez. La Corte Constitucional ha sido clara al establecer que “Las pruebas que no deben ser valoradas en un proceso de garantías son las que se obtuvieron contra la Constitución, que son impertinentes o que impiden el principio de contradicción”.¹⁷⁹

3. La audiencia terminará sólo cuando el juez se forme criterio sobre la violación de los derechos y dictará sentencia en forma verbal en la misma audiencia, expresando exclusivamente su decisión sobre el caso.

Si bien la LOGJCC establece el tiempo de duración de las intervenciones de las partes en audiencia, “El accionante y la persona afectada tendrán hasta veinte minutos para intervenir y diez minutos para replicar”,¹⁸⁰ esta regla no restringe el tiempo de las partes para el debate probatorio, al establecer que la audiencia terminará sólo cuando el juez se forme criterio sobre la violación de los derechos, habilita la posibilidad que el juez conceda tiempo adicional y suficiente a las partes para la práctica de la prueba.

¹⁷⁸ *Ibíd.*, art. 8 numeral 2, literal c)

¹⁷⁹ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 639-19-JP/20, 21 de octubre de 2020.

¹⁸⁰ LOGJCC, art. 14.

4. El juez, si lo creyere necesario para la práctica de pruebas, podrá suspender la audiencia y señalar una nueva fecha y hora para continuarla.

Dada la trascendencia e importancia de la prueba en procesos de garantías jurisdiccionales, la ley faculta al juez a suspender la audiencia para la práctica de la prueba. Puede tratar de los escenarios antes analizados o los casos cuando el juez disponga prueba de oficio.

En cualquiera caso, de suspenderse la audiencia para la práctica de prueba, el juez está obligado a señalar nueva fecha para la continuación de la diligencia, dentro de la cual deberá garantizar que la prueba sea sujeta de contradicción de las partes, previo a su valoración.

En todos los casos, se ha de considerar que para la práctica de la prueba es necesaria la actuación o colaboración de las partes, “lo cual no conlleva solamente presentar la solicitud dentro del término oportuno, sino también deben coadyuvar a que sean practicadas, ya que es de su interés el efecto positivo que ellas puedan producir dentro del proceso”.¹⁸¹

9.5 Prueba en apelación

Conforme se señaló, la LOGJCC dispone que la recepción de las pruebas se hará únicamente en audiencia. La sentencia de primera instancia o de segunda instancia deben cumplir los mismos requisitos, por tanto, deben establecer “La relación de los hechos probados relevantes para la resolución [...] La declaración de violación de derechos, con determinación de las normas constitucionales violadas y del daño”.

La LOGJCC al reglar el procedimiento de apelación, prevé: “La Corte Provincial avocará conocimiento y resolverá por el mérito del expediente en el término de ocho días. De considerarlo necesario, la jueza o juez podrá ordenar la práctica de elementos probatorios y convocar a audiencia, que deberá realizarse dentro de los siguientes ocho días hábiles; en estos casos, el término se suspende y corre a partir de la audiencia”.¹⁸²

En este sentido, los jueces constitucionales al resolver sobre el recurso de apelación de una acción de protección tienen dos alternativas. La primera, resolver sobre el mérito del expediente, sin que sea necesario convocar a las partes a audiencia. La segunda, cuando verifiquen la necesidad de que se practique prueba, obligatoriamente

¹⁸¹ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 505-16-EP/21, 17 de marzo de 2021.

¹⁸² LOGJCC, art. 24.

deberán convocar a una audiencia para que la prueba se practique válidamente. En este segundo evento, los jueces están obligados a verificar la admisibilidad de la prueba y, que en la práctica probatoria se observen los principios de contradicción e inmediación.

Sin embargo, es de considerar la posibilidad de que las partes requieran prueba en apelación y esta no se limite a la voluntad de los jueces. El COGEP al reglar el procedimiento del recurso de apelación prevé lo siguiente:

Tanto en la fundamentación como en la contestación, las partes anunciarán la prueba que se practicará en la audiencia de segunda instancia, exclusivamente si se trata de acreditar hechos nuevos.

También podrá solicitarse en las correspondientes fundamentación o contestación la práctica de prueba que, versando sobre los mismos hechos, sólo haya sido posible obtenerla con posterioridad a la sentencia.¹⁸³

Los supuestos de prueba nueva y de prueba cuya obtención ha sido posible luego de la sentencia de primera instancia es plenamente aplicable a las garantías jurisdiccionales, permite que los jueces cuenten con prueba suficiente para la decisión, consagra el derecho de las partes a la prueba y a la tutela judicial efectiva, por lo cual, en la apelación, la aplicación de esta disposición se adecua a la garantía de los derechos constitucionales. En la acción de protección las partes podrán valerse de estas disposiciones de aplicación supletoria que coadyuva con los fines del proceso de garantías.

10. Valoración de la prueba

La valoración de la prueba es el análisis lógico que realiza el juez sobre el conjunto de medios de prueba aportados válidamente al proceso y que le permiten la declaración sobre los hechos o de los enunciados realizados por las partes, “con la valoración probatoria no se busca la certidumbre absoluta, sino que sólo se persigue una reducción al mínimo de la incertidumbre”.¹⁸⁴ La valoración de la prueba es “la actividad de percepción por parte del juez de los resultados de la actividad probatoria que se realiza en un proceso [...] No es solamente buscar «aquello que normalmente sucede», sino que consiste también en buscar elementos para corroborar la conclusión probatoria”.¹⁸⁵

¹⁸³ COGEP, art. 258.

¹⁸⁴ Nieva, “La valoración de la prueba”, 106.

¹⁸⁵ *Ibíd.*, 34, 93.

Para la Corte Constitucional,¹⁸⁶ el razonamiento judicial de las cuestiones concernientes a la valoración de la prueba (por ejemplo, ¿qué hechos se infieren a partir de este medio de prueba?), se debe argumentar acerca de qué hechos cabe o no dar por probados a partir de los medios de prueba jurídicamente admisibles, es decir, válidos.

Xavier Abel Lluch¹⁸⁷ hace una aclaración importante sobre la aplicación de las expresiones estándar de prueba y la valoración de la prueba. Parte señalando que la expresión estándar de prueba es propia del common law y que esta expresión no tiene un equivalente en el derecho continental. El autor establece que la expresión estándar de prueba es ajena a la tradición de los sistemas continentales debido a que a diferencia del sistema del common law, donde existen jurados encargados de establecer o declarar probados los hechos, en el sistema del civil law (sistema romano germánico), quien resuelve sobre los hechos es un juez profesional encargado de la valoración de la prueba, cuya validez se sujeta a la motivación de la sentencia.

El autor establece las siguientes razones por las que la noción de estándar de prueba no encaja en el derecho continental:

Primera, porque no siempre hay correspondencia entre los conceptos jurídicos pertenecientes a diferentes sistemas o tradiciones jurídicas, como son los del common law y del civil law.

Segunda, porque las reglas de valoración de la prueba se refieren a la eficacia o ponderación de los medios de prueba, mientras que el estándar de prueba probablemente alude a un momento posterior, al grado o dosis de prueba que precisa el juez después de aplicar las reglas de valoración de la prueba.

Y tercera, porque en el sistema del common law se pueden aplicar simultáneamente ambos conceptos, el de estándar de la prueba y el de la valoración de la prueba, que es lo que hace el jurado cuando decide sobre el estándar del “más allá de cualquier duda razonable” –aplica el estándar– sobre la base de un sistema de la libre valoración de la prueba –aplica una regla de valoración de la prueba–, mientras que en el sistema del civil law no hay, en principio, estándares de prueba preestablecidos.¹⁸⁸

Otra diferencia que es importante mencionar, es la señalada por Jordi Ferrer.¹⁸⁹ Establece que en el sistema del common law, debido a la falta de exigencia de motivación de las decisiones del jurado, se incluyen reglas de exclusión de prueba dirigidas a evitar que información poco fiable tome peso en la decisión del jurado, constituyéndose en

¹⁸⁶ Corte Constitucional, Sentencia No. 687-13-EP/20, 30 de septiembre de 2020.

¹⁸⁷ Xavier Abel Lluch, "Estándares de Prueba y Reglas de la Sana Crítica", en *Derecho procesal y perspectiva científica de la prueba* (Barranquilla: Ediciones Universidad Simón Bolívar, 2015), 89-120, 101, <https://bonga.unisimon.edu.co/handle/20.500.12442/1137>.

¹⁸⁸ *Ibid.*, 102.

¹⁸⁹ Ferrer, "La valoración racional de la prueba", 44.

garantías de control de racionalidad de la decisión, anterior a que sean adoptadas. Lo contrario ocurre en el sistema del civil law, debido a la exigencia jurídica de motivación, el control de la racionalidad de las decisiones, en cuanto a los hechos declarados probados, es posterior.

11. Sistemas de valoración de la prueba

Los sistemas de valoración de prueba constituyen métodos a través de los cuales se determina el peso de los medios de prueba que permitan declarar probado un enunciado, son aquellas “facultades que se le confieren al juez para valorar la prueba producida”,¹⁹⁰ permiten al juez la justificación del enunciado fáctico dentro de su decisión; es decir, aquel procedimiento que permite señalar que algo está probado.

Dei Vecchi¹⁹¹ refiere que los sistemas de valoración de prueba se pueden reducir a los de prueba legal, íntima convicción y sana crítica racional.

11.1. El sistema de prueba legal

Desde un punto de vista histórico, cuando la facultad de juzgar es delegada a un tercero, sin que se prevean normas jurídicas que determinen la forma cómo ha de valorar la prueba, el juzgador se ve obligado a fallar utilizando su razón personal, “es decir, su leal saber y entender, atribuyendo credibilidad a quien más le convenciera de las partes a través de sus argumentos o de los medios de prueba que le presentara. Por tanto, por pura lógica y a falta de cualquier otra posibilidad alternativa, el primer sistema de valoración de la prueba tuvo que ser, con absoluta seguridad, el libre”.¹⁹²

Frente a la falta de reglas sobre la valoración de la prueba, se presentaron excesos por parte de los juzgadores al momento de resolver, por lo cual el legislador pretendió limitar la excesiva arbitrariedad a través de normas de prueba legal que limiten la discrecionalidad judicial, pretendiendo fomentar “la seguridad jurídica, intentando que se descubriera mejor la verdad de los hechos. Por ello se empezaron a positivizar exigencias

¹⁹⁰ Rikell Vargas Meléndez, *LA PRUEBA PENAL: Estándares, razonabilidad y valoración*, Primera edición (Lima: Instituto Pacífico, 2019), 150.

¹⁹¹ Diego Dei Vecchi, "Acerca de la fuerza de los enunciados probatorios: el salto constitutivo", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 0, No. 37 (15 de noviembre de 2014): 237-61, <https://doi.org/10.14198/DOXA2014.37.13>, 245-247.

¹⁹² Nieva, “La valoración de la prueba”, 39.

en la convicción de los jueces, que a buen seguro derivaron de la práctica jurisprudencial, como se hace especialmente notorio en las primeras reglas de valoración legal”.¹⁹³

En el sistema de prueba legal se establecieron las pautas que el juez debía observar obligatoriamente al valorar los medios de prueba, “le hicieron dejar de lado prácticamente por completo su racionalidad, al margen de la mínima dosis necesaria de la misma para conseguir el seguimiento de la pauta”.¹⁹⁴ Este sistema se formuló a fin de evitar la arbitrariedad del juez, sus aspectos negativos se reflejan en normas que ahora serían vistas como discriminatorias y en la limitación del raciocinio judicial. Sus orígenes se sustentaron en criterios de racionalidad:

Cuando las leyes decían que el juez escuchara a más de un testigo, lo hacían porque es menos probable corromper a dos testigos que a uno solo. Y en la época también es posible que se pensara que existiendo una pluralidad de testigos, era más fácil que apareciera una persona creyente que no quebrantara su juramento. A su vez, cuando se le dio valor legal a la confesión se partió de la base de que nadie desea perjudicarse con su propia declaración, por lo que si el litigante alega algo en su perjuicio es porque debe ser cierto. Por otra parte, en el momento en que se estableció el valor tasado de la prueba documental, muy pocas personas sabían leer y escribir, por lo que podía confiarse, en general, en la buena fe de los escribanos, así como en las enormes dificultades de modificar el escrito por parte de un iletrado.¹⁹⁵

En el sistema de la prueba legal, los criterios de valoración utilizados por el legislador no constituían reglas de la experiencia, fosilizaban la regla de la experiencia recogida por la norma, que con el transcurrir del tiempo perdía su significación probatoria por obsolescencia. El juez acabó convirtiéndose en un autómatas, limitado a trasladar el valor probatorio predeterminado en la norma jurídica. En este sistema, el legislador prevé las reglas jurídicas que determinan cuánto peso tiene cada elemento de juicio y, cuándo un conjunto de elementos de juicio es suficiente para tener por probado un enunciado fáctico.¹⁹⁶

Este sistema, a su vez, podría dividirse en:

a.1) Un sistema taxativo clásico

¹⁹³ *Ibid.*, 47.

¹⁹⁴ *Ibid.*, 96.

¹⁹⁵ *Ibid.*

¹⁹⁶ P.e., el artículo 208 del COGEP, que establece: “Alcance probatorio. El instrumento público hace fe, aun contra terceros, de su otorgamiento, fecha y declaraciones que en ellos haga la o el servidor público que los autoriza [...]”.

Donde el legislador fija exactamente qué medios probatorios prueban qué enunciados fácticos, careciendo el juez de toda injerencia en el razonamiento probatorio; y,

a.2) Un sistema estandarizado

Donde el legislador no dice qué medios de prueba acreditan qué enunciados fácticos, sino que deja librado el razonamiento probatorio al juez de acuerdo a la epistemología general, estableciendo diversos estándares de suficiencia probatoria.

11.2. El sistema de íntima convicción

Con el transcurso del tiempo, el sistema de prueba legal impuesto por el legislador se tornó irracional, su aplicación generó injusticia por lo que surgió la necesidad de desarrollar un sistema que rompiera la ligazón impuesta por el legislador, un sistema de libre valoración que se caracterizara por la ausencia de normas legales de valoración de la prueba. A tal fin, se introdujeron en la legislación disposiciones como la aplicación de las máximas de experiencia por parte del juez.

Como su nombre lo indica, la íntima convicción depende del estado subjetivo (íntimo) de convicción al que arribe el juzgador sobre los elementos de juicio para declarar probado un enunciado fáctico; debido a que este sistema depende del estado subjetivo del juzgador y a los diversos factores que le pueden afectar (creencias, sesgos, estados de ánimo), no requieren de motivación por lo que se torna en un sistema arbitrario. Significó la libertad total del juzgador para apreciar la prueba sin necesidad de que motive su decisión sobre los hechos, todo dependía de su conciencia, por lo que la valoración era según su convicción subjetiva sobre los hechos.

Esta concepción subjetivista en muchos casos se tornó irracional dando paso a la arbitrariedad judicial debido a la ausencia de reglas jurídicas sobre la valoración de la prueba y la ausencia de la obligación de motivación fáctica, lo que generaba la imposibilidad de control a través de los recursos, era imposible controlar la conciencia con la que valoraban la prueba los jueces de instancia. Este sistema se basó, no en el análisis objetivo y lógico de los medios de prueba, sino en cómo se lograba la convicción subjetiva del juez sobre los hechos, lo fundamental era convencer al juez, sin que importe su vinculación con la prueba actuada en el proceso, este resultaba irrelevante.

11.3. El sistema sana crítica racional

A diferencia de los anteriores, este sistema establece como única regla jurídica relevante que la valoración de la prueba ha de justificarse de acuerdo a las reglas de la sana crítica racional, esto es, las de la epistemología en general. Sin embargo, este sistema de valoración “es compatible con diversos estándares de prueba para diversos tipos de decisión con sensibilidad más que mínima, es impotente por sí misma para determinar los umbrales de suficiencia epistémica de cualquiera de ellos. Por tanto, si se pretende satisfacer una «sensibilidad más que mínima al riesgo de error», esa distribución habrá de buscarse en otro sitio”,¹⁹⁷ siendo estos los estándares de prueba “que distribuyen «más que mínimamente» el riesgo de error en ciertos enunciados jurídicos”.¹⁹⁸

El sistema de la sana crítica no es ajeno a la realidad ecuatoriana, la ex Corte Suprema de Justicia analizó sus elementos. El maestro Santiago Andrade Ubidia, citando la sentencia No. 253 de 13 de junio de 20020, dictada por la Primera Sala de dicho organismo, estableció:

La motivación de la sentencia es la fuente principal de control sobre el modo de ejercer los jueces su poder jurisdiccional. Su finalidad es suministrar garantía y excluir lo arbitrario. La sentencia, enseña FLORIAN, no ha de ser un acto de fe, sino un acto de convicción razonada. Por ello, la libertad de convencimiento no puede generar en un arbitrio ilimitado, y en la estimación de la prueba no puede imperar la anarquía, toda vez que la ley no autoriza jamás juicios caprichosos. Por eso, agrega VÉLEZ MARICONDE, un juez técnico no puede proceder como un jurado popular para limitarse a dar mero testimonio de su conciencia. La certeza moral debe derivar de los hechos examinados, y no sólo de elementos psicológicos del juez, como bien afirma MANZINI. [...] El Tribunal de casación realiza bajo este aspecto un examen sobre la aplicación del sistema probatorio establecido por la ley a fin de custodiar la aplicación de las reglas de la sana crítica en la fundamentación de la sentencia, verificando si en la fundamentación se han observado las reglas fundamentales de la lógica, la psicología y la experiencia. La motivación es una operación lógica fundada en la certeza y el juez debe observar los principios lógicos supremos o leyes supremas del pensamiento que gobiernan la elaboración de los juicios y dan base cierta para determinar cuáles son, necesariamente, verdaderos o falsos. Las leyes del pensamiento son leyes a priori que, independientemente de la experiencia, se presentan a nuestro raciocinio como evidentes, necesarias e indiscutibles cuando analizamos nuestros propios pensamientos. Estas leyes están constituidas por las leyes fundamentales de la coherencia y la derivación, y por los principios lógicos de identidad, contradicción, tercero excluido y razón suficiente. Esto es de elemental conocimiento. Se entiende por coherencia de los pensamientos la concordancia o conveniencia entre sus elementos, y por derivación el que cada pensamiento provenga de otro con el cual está relacionado, salvo que se trate de un principio, es decir de un juicio que no es derivado sino el punto de partida para otros. De la ley fundamental de coherencia se deducen los principios formales del pensamiento, a saber: a) identidad: cuando en un juicio el concepto – sujeto es idéntico -total o parcialmente- al concepto – predicado, el juicio es

¹⁹⁷ Vecchi, "Acerca de la fuerza de los enunciados probatorios", 251.

¹⁹⁸ *Ibid.*

necesariamente verdadero; b) de contradicción: dos juicios opuestos entre sí contradictoriamente, no pueden ser ambos verdaderos; c) del tercero excluido: dos juicios opuestos entre sí contradictoriamente no pueden ser ambos falsos, es decir uno de ellos es verdadero, y ninguno otro es posible. A su vez, de la ley de derivación, se extrae el principio lógico de razón suficiente, por el cual todo juicio, para ser realmente verdadero, necesita de una razón suficiente, que justifique lo que en juicio se afirma o niega, con la pretensión de que sea verdad. A estas reglas lógicas está sometido el juicio del Tribunal de mérito; si ellas resultan violadas, el razonamiento no existe; la fundamentación de la sentencia, aunque aparecerá como acto escrito, no tendrá vida como pensamiento [...].¹⁹⁹

Xavier Abel Lluch, define a la sana crítica como “las reglas derivadas de la lógica, la experiencia y la ciencia. Y con un poco mayor de extensión, precisaremos que son las reglas derivadas de la lógica, la experiencia y la ciencia que sirven para fundar la valoración razonada de la prueba y permiten su control posterior por otro órgano”.²⁰⁰ Considera que existe una íntima relación entre la lógica y la argumentación judicial, en un doble sentido. En el primer sentido, la lógica se constituye en elemento necesario, pero no suficiente de la argumentación judicial, si bien la lógica debe integrar el razonamiento judicial, esta no es suficiente, se deben incorporar las reglas de la experiencia, conocidas como máximas de experiencia, las reglas de la ciencia, incluso otros aspectos como la intuición o el sentido de justicia. En el segundo sentido, la argumentación judicial debe respetar siempre los principios de la lógica,²⁰¹ estos son:

a) de identidad, pues una cosa solo puede ser igual a sí misma; b) de contradicción, pues una cosa no puede ser explicada por dos proposiciones distintas entre sí, o en otras palabras, “ninguna proposición puede ser verdadera y falsa al mismo tiempo”; c) de razón suficiente, pues las cosas existen y son conocidas por una causa capaz de justificar su existencia; y d) de tercero excluido, pues si una cosa únicamente puede ser explicada dentro de una de dos proposiciones alternativas, su causa no puede residir en una tercera proposición ajena a las dos precedentes.²⁰²

Sin embargo, la lógica se constituye en elemento necesario, pero no suficiente de la argumentación judicial, por lo que se deben incorporar las reglas de la experiencia, conocidas como máximas de experiencia, las reglas de la ciencia, incluso otros aspectos como la intuición o el sentido de justicia. Lluch, citando a Stein, establece que las máximas de la experiencia “son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligadas de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero

¹⁹⁹ Santiago Andrade Ubidia, *La casación civil en el Ecuador: doctrina, análisis de la Ley, su aplicación por las salas de lo civil y mercantil de la Corte Suprema de justicia, posibles reformas*, 1ra. ed (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar: Andrade & Asociados, Fondo Editorial, 2005), 138-139.

²⁰⁰ Lluch, "Estándares de Prueba y Reglas de la Sana Crítica", 104.

²⁰¹ *Ibid.*, 106.

²⁰² *Ibid.*, 107.

independientes de los casos particulares de cuya observación se han deducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros".²⁰³

Para una correcta utilización de las máximas de experiencia se formulan cuatro reglas de uso, de la siguiente manera:

1ª regla: no atribuir carácter general a una máxima de experiencia que no lo tiene (ej. decir que <usualmente> o <a veces> sucede X, no equivale a decir que <siempre> sucede X);

2ª regla: la validez de una máxima de experiencia formulada con carácter general puede resultar desvirtuada por un ejemplo contrario (ej. la existencia de un solo cisne negro es suficiente para contradecir la máxima general según la cual todos los cisnes son blancos);

3ª regla: no resulta válida la máxima de experiencia que resulta desvirtuada por los conocimientos científicos generales (ej. aun cuando una mayoría pensara que el Sol gira alrededor de la Tierra, la ciencia ha demostrado lo contrario); y

4ª regla: no es válida una máxima de experiencia que resulta contradicha por otra máxima.²⁰⁴

En la misma línea, Katherine Ricaurte, al referir a criterios o fuentes que doten de solidez a la inferencia probatoria, frente a la ausencia de pruebas científicas, establece que son las llamadas máximas de experiencia o nociones de la experiencia común, las que las proporcionarán. Al efecto, establece cuatro circunstancias sobre su aplicación:

Primera. Que la máxima de experiencia corresponda en realidad a ley científica, o sea a una regla general. La inferencia que se formula a partir de ella sigue el modelo nomológico-deductivo descrito por Hempel, con lo cual esta inferencia puede atribuir certeza deductiva a su conclusión.

Segunda. Que la máxima de experiencia corresponda a generalizaciones no universales, pero que posea un alto grado de probabilidad, confirmada por una elevada frecuencia estadística (digamos en el 98 por 100 de los casos), la inferencia, en estos casos, seguiría un modelo cuasi nomológico-deductivo, de tal forma que la conclusión que se deriva de ella es altamente probable y entonces puede considerarse dotada de certeza práctica.

Tercera. Que las máximas de experiencia se funden en meras generalizaciones que expresan normalidad en determinados acontecimientos o conductas, en cuyo caso la inferencia que se puede extraer no tiene carácter deductivo ni cuasi deductivo, produciendo conclusiones que poseen un modesto grado de confirmación.

Cuarta. Que las máximas de experiencia correspondan a generalizaciones espurias, es decir a prejuicios de diversa naturaleza (género, raza, condición social, religión, etc.), tratándose entonces de pseudoreglas que carecen de fundamento. Por tanto, ninguna inferencia que tenga la pretensión de alcanzar conclusiones fiables, puede fundarse en esta clase de generalizaciones.²⁰⁵

²⁰³ Lluch, "Estándares de Prueba y Reglas de la Sana Crítica", 109.

²⁰⁴ *Ibid.*, 109.

²⁰⁵ Alí Lozada Prado y Catherine Ricaurte Herrera, "Argumentación en materia de hechos", en *Manual de Argumentación Constitucional, propuesta de un método*, 1ª ed, Cuadernos de Trabajo 5 (Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2015), 69-90.

Las máximas de la experiencia son conocimientos previos y objetivos por parte del juez que le permiten analizar las hipótesis planteadas por las partes en relación con los medios de prueba incorporados al proceso. Este conocimiento le permite al juez descartar hipótesis que le pretendan confundir. Sin embargo, la aplicación de las máximas de experiencia no son posibles sin elementos de prueba. Su aplicación se relaciona con la suficiencia probatoria, mientras más y mejor prueba, menor será la necesidad de utilizar las máximas de la experiencia debido a la certeza que generará la prueba, lo contrario ocurrirá si los medios de prueba no permiten dicha certeza. Las máximas de la experiencia deberán tener un grado de certeza similar al aplicado para los presupuestos de hecho que generan la aplicación de las presunciones legales, de otro modo su aplicación podría tornarse en contraria a los parámetros señalados para su validez.

El sistema de la sana crítica implica que el juzgador ha de observar en la decisión judicial las leyes universales del pensamiento, constituidas por las leyes fundamentales de la coherencia y la derivación, y por los principios lógicos de identidad, contradicción, tercero excluido y razón suficiente. Además, para la solidez de la inferencia probatoria, debe incorporar las reglas de la experiencia, conocidas como máximas de experiencia. La aplicación de este sistema le permitirá descartar hipótesis infundadas o contradictorias, escenarios donde sesgos de diferente índole pretendan influir en la decisión judicial, así como falta de imparcialidad, todos quedarán expuestos sea por ausencia de elementos probatorios que permitan conclusiones lógicas o que, a la aplicación de reglas de la lógica, las contradigan.

Debido a que el juez no cuenta con conocimientos en todas las áreas existentes, deberá apoyarse en peritos o expertos. Por ejemplo, a un juez le resultará difícil la comprensión de la cosmovisión indígena de forma general, más cuando existen varias nacionalidades con costumbres culturales distintas, como las de la Amazonía y las de la sierra central. Frente a estos escenarios las máximas de la experiencia que podría aplicar en otros casos no serán válidas, debiendo requerir el auxilio necesario que le permite sobrellevar este tipo de situaciones.

14. Estándar de prueba

Su origen es el derecho anglosajón donde los juicios son con jurados, ante la imposibilidad de instruirles en materia probatoria para cada juicio, “decidieron crear los llamados «estándares de prueba», que no son sino frases o expresiones elegantes, que,

como ya dije, pretenden ser muy esclarecedoras para un lego de cuál es su misión”.²⁰⁶ Se define el estándar de prueba como “la medida del grado de certeza o probabilidad que la prueba debe generar en el tribunal de los hechos y también como el umbral mínimo para afirmar que una hipótesis ha sido probada”.²⁰⁷ En el derecho anglosajón se reconoce exclusivamente dos estándares de prueba, *beyond any reasonable doubt* [prueba más allá de toda duda razonable] (en el proceso penal) y *preponderance of evidence* [probabilidad prevaleciente]²⁰⁸ (en el proceso civil), distinción que aparece formulada por el juez Denning en el caso *Miller vs. Minister of Pensions*, en los siguientes términos:

La prueba más allá de toda duda razonable no significa la prueba más allá de la sombra de la duda. La ley no protegería a la comunidad si admitiera posibilidades caprichosas de desviar el curso de la justicia. Si existe una prueba tan concluyente contra una persona para dejarle solo una remota posibilidad en su favor, y dicha posibilidad podría ser descartada con la frase «por supuesto que es posible pero no es probable» el caso ha sido probado más allá de una duda razonable, pero nada menos que esto no sería bastante.

Y, con respecto al proceso civil, en la misma sentencia se añade:

La dosis está bien establecida. Es necesario una dosis razonable de probabilidad, aun cuando no tan elevada como la requerida en el proceso penal. Si la prueba es de tal entidad que el tribunal puede decir: «es más probable que no», la dosis de prueba se ha satisfecho, pero cuando las probabilidades son iguales, la dosis de la prueba no se ha satisfecho.²⁰⁹

Diego Dei Vecchi, establece que entre el sistema de valoración de la prueba y el estándar de prueba existe interdependencia, al efecto, señala:

Esta interdependencia entre estándar y sistema de valoración se da porque, por un lado, si bien el sistema de valoración determina qué es lo que cuenta para la decisión, y cómo ello ha de medirse, nada dice en relación a qué medida de aquello que cuenta es suficiente para la adopción de una tal decisión; para esto, se requiere de un estándar de prueba. Pero por el otro lado, la efectiva operatividad del sistema de valoración de la prueba depende de que el estándar de suficiencia se formule en términos de correspondencia con él, esto es, de que determine la decisión probatoria sobre la base de lo que el sistema de valoración establece como determinante.²¹⁰

²⁰⁶ Nieva, “La valoración de la prueba”, 90.

²⁰⁷ Xavier Abel Lluch, “La dosis de prueba: entre el common law y el civil law”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 35 (15 de noviembre de 2012): 173, <https://doi.org/10.14198/DOXA2012.35.08>.

²⁰⁸ *Ibíd.*, sobre este tema, el autor señala: “El estándar probatorio más habitual es el de la «probabilidad prevalenciente», que corresponde al estándar anglosajón de la *preponderance of evidence* (o también *preponderance of probability*; *balance of probabilities* o *greater weight of evidence*), también conocido como criterio del más probable que no. Todas las formulaciones del estándar legal tienen un mismo fundamento: que la pretensión del demandante no tiene que ser muy probable, pero debe ser más probable que su negación”.

²⁰⁹ *Ibíd.*

²¹⁰ Vecchi, “Acerca de la fuerza de los enunciados probatorios”.

Esta interrelación entre valoración de prueba y estándar de prueba se vislumbra de mejor manera por Jordi Ferrer, quien identifica tres momentos de la actividad probatoria en el derecho: “a) la conformación del conjunto de elementos de juicio sobre cuya base se adoptará la decisión; b) la valoración de esos elementos; y c) propiamente, la adopción de la decisión”.²¹¹

El primer momento: está relacionado con el anuncio y admisión de pruebas. Para que la prueba haya sido admitida al proceso deberá pasar los filtros de pertinencia y relevancia, así como observar los plazos (preclusión), no incurrir en causales de improcedencia o exclusión de prueba.

El segundo momento: corresponde al de valoración de la prueba. Al efecto se observarán los sistemas de valoración de prueba, legal o sana crítica racional. En el primero, la valoración está guiada por el derecho, en el segundo, la valoración obliga al juzgador a utilizar criterios generales de la lógica y racionalidad. La valoración de la prueba permitirá un grado de confirmación sobre las hipótesis de los hechos en conflicto.

El tercer momento: corresponde a la adopción de la decisión. Para este momento es necesaria la aplicación de un estándar de prueba.

Sin embargo, volviendo al estándar de “prueba más allá de toda duda razonable”, este está dirigido a los jurados que deben decidir sobre la culpabilidad de una persona, en base a la prueba que se haya presentado en el juicio. El jurado está constituido por personas no profesionales en el derecho, los jueces les instruyen sobre la aplicación de dicho estándar para la adopción de la decisión. En el sistema del common law, los jurados deciden sobre los hechos y el juez aplica el derecho correspondiente. El estándar no significa tener la certeza de culpabilidad, sino, no tener duda razonable sobre la misma, lo que ha sido motivo de interpretaciones.

Un primer problema sobre la aplicación de este estándar es sobre su falta de definición que lo precise, se trata de un concepto jurídico indeterminado. En el caso del sistema anglosajón, el jurado no está obligado a motivar sus decisiones por lo cual no se puede identificar en un momento posterior las razones por las que consideró que determinada prueba fue o no suficiente para llegar a su decisión, contrario con lo que pasa en el sistema del civil law, donde el juez profesional que decide, debe motivar su resolución.

²¹¹ Ferrer, "La valoración racional de la prueba", 41.

Lo mismo sucede con el estándar en materia civil, su aplicación implica “sopesar las probabilidades, de manera que el jurado debe concluir que la versión del vencedor en el proceso, apreciando conjuntamente la prueba, aparece como más probablemente verdadera que falsa.”²¹²

Sobre este tema, Dei Vecchi ha señalado que la búsqueda de estándares de prueba tiene por finalidad distribuir el riesgo de error en la decisión judicial. Sin embargo, estándares como el “más allá de toda duda razonable”, se tornan redundantes por remitir circularmente a la valoración racional de la prueba, puesto que carecen de contenido preciso, parece basarse en la valoración de preferencia de la absolución a un culpable sobre la condena a un inocente, significando a fin de cuentas, preferir la mejor explicación para satisfacer una sensibilidad mínima al riesgo de error, por lo que dicho enunciado no expresaría ningún estándar de prueba como se pretende.²¹³

En el COGEP se incorpora tanto el sistema de prueba legal²¹⁴ como el sistema de sana crítica racional, el segundo, expresamente reconocido cuando se señala que “La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica”.²¹⁵

En el COIP se establece que “El juzgador, para dictar sentencia condenatoria, debe tener el convencimiento de la culpabilidad penal de la persona procesada, más allá de toda duda razonable”.²¹⁶ En materia penal se incorpora el sistema de valoración de sana crítica racional cuando se obliga al juez a tener el convencimiento de la culpabilidad. Además, se incorpora el estándar de prueba más allá de toda duda razonable, el cual nos reconduce al nuevamente al sistema de sana crítica racional que debe observar el juez en su decisión, conforme se ha señalado.

²¹² Nieva, “La valoración de la prueba”, 91.

²¹³ *Ibid.*

²¹⁴ COGEP, art. 208. Establece este sistema en el caso de los instrumentos públicos.

²¹⁵ *Ibid.*, art. 164.

²¹⁶ COIP, art. 5, numeral 3.

Capítulo tercero

Elementos para una teoría de la prueba a la acción de protección

En este capítulo se tratará de identificar los elementos que constituirían la teoría de la prueba aplicables a la acción de protección. Para tal cometido se analizarán las sentencias dictadas por la Corte Constitucional que nos permitirán establecer el criterio actual de este organismo en relación con la temática propuesta. Para el análisis de las sentencias se utilizó el método sistemático con dos criterios de selección: a) sentencias de AEP sobre la acción de protección; y, b) sentencias de AEP que incluyeron en su temática a la prueba. La selección se realizó a través de los libros de jurisprudencia publicados por la Corte Constitucional y de una base propia sobre los boletines mensuales publicados por este organismo. El periodo de revisión fue desde el 2011 hasta el 2020, incluyendo algunas sentencias del 2021, debido a su trascendencia.

1. ¿Qué se debe probar en la acción de protección?

En el capítulo anterior se estableció el objeto de prueba en la acción de protección es la existencia de un acto u omisión de autoridad pública no judicial, o de particulares en los casos previstos en la ley, que vulnere derechos constitucionales y el daño causado como su consecuencia.

Frente al accionar de los jueces constitucionales que inadmitían acciones de protección fundamentados en causales de procedencia, la Corte Constitucional emitió jurisprudencia obligatoria²¹⁷ que diferenció las causales de admisión y procedencia. Estableció que mientras la admisión se refiere a la simple verificación de la existencia de requisitos formales para iniciar la sustanciación de un procedimiento y da paso a las siguientes etapas procesales; la procedencia, implica la verificación material sobre la existencia de la razón o fundamento para la obtención de un pronunciamiento de fondo. Entonces la procedencia implica verificar si el acto u omisión de autoridad pública no judicial, o de particulares en los casos previstos en la ley, vulnera derechos constitucionales y de ser el caso, el daño provocado.

²¹⁷ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 102-13-SEP-CC, 04 de diciembre de 2013.

A fin de determinar la procedencia de la acción de protección, los jueces están obligados a “efectuar un análisis minucioso y pormenorizado de los hechos del caso y de las pruebas aportadas por las partes, para que con base a ello determinen si ha ocurrido o no una vulneración de derechos constitucionales”;²¹⁸ “con lo cual, le corresponde al juez verificar y argumentar si existe o no la vulneración de un derecho constitucional”.²¹⁹

El artículo 86 numeral de la Constitución de la República establece que “La jueza o juez resolverá la causa mediante sentencia, y en caso de constatarse la vulneración de derechos, deberá declararla...”. En tal razón, el presupuesto de procedencia de las garantías jurisdiccionales es la vulneración de derechos. El diccionario de la lengua española, prevé que el significado de vulnerar es transgredir, quebrantar, violar una ley o precepto, dañar, perjudicar.

En esta línea, la Corte Constitucional estableció que los requisitos previstos en el artículo 40 de la LOGJCC, constituyen cuestiones que implican un análisis de fondo del asunto controvertido en la acción de protección, por lo tanto, podrán ser invocados por el juzgador únicamente a través de sentencia motivada; al efecto refirió:

El momento procesal para la determinación de la existencia de las causales de inadmisión previstas en los numerales 6 y 7 del artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, será el de calificar la demanda y se pronunciará mediante auto. En tanto que las causales de improcedencia de la acción de protección contenidas en los numerales 1, 2, 3, 4 y 5 del artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, deberán ser declaradas mediante sentencia motivada, en los términos exigidos por la Constitución de la República y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.²²⁰

Además, estableció que en el estudio de admisibilidad de la acción de protección el juez constitucional debe analizar de forma exhaustiva cada caso y adoptar una posición siempre favorable al accionante (*in dubio pro actione*), tomando en consideración el carácter público de la acción, de modo que no se incorporen rigorismos y tecnicismos propios de otro tipo de acciones para acceder al aparato jurisdiccional.²²¹

La Corte Constitucional estableció así, que la acción de protección se puede interponer frente a la vulneración de derechos constitucionales, siendo los únicos requisitos exigibles para su procedencia: “1) Existencia de acto u omisión de autoridad pública no judicial, o de particulares en los casos previstos en la citada norma

²¹⁸ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 1754-13-EP/19, 19 de noviembre de 2019.

²¹⁹ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 0016-13-SEP-CC, 16 de mayo de 2013.

²²⁰ *Ibid.*

²²¹ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 115-14-SEP-CC, 06 de agosto de 2014.

constitucional; y 2) Que tal acto u omisión vulnera derechos constitucionales".²²² Al efecto, realizó el siguiente análisis:

[...] El legislador, al expedir la citada Ley, agregó como requisito para la procedencia de la acción de protección la inexistencia de "otro mecanismo de defensa judicial" (artículo 40 numeral 3 LOGJCC); es decir, con dicha norma legal ha convertido a la acción de protección en una acción de carácter residual, desnaturalizando el carácter de preferente y sumario para la protección de derechos que le otorga la Constitución a la referida acción; además, al expedirse la norma legal no se tomó en consideración el artículo 84 de la Carta Magna, que imperativamente dispone: "...En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución".²²³

A través de esta sentencia, la Corte Constitucional eliminó como requisito para la procedencia de la acción de protección la inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado, hasta ese momento se consideraba que era obligación del accionante esta justificación y se presentaron casos en los que se alegaba, por ejemplo, la excesiva carga de causas en el Tribunal Contencioso Administrativo No. 1 de Quito, para justificar este presupuesto.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional²²⁴ obliga a los jueces constitucionales a realizar el análisis minucioso acerca de la real existencia de la vulneración de derechos constitucionales en sentencia y, únicamente, cuando no encuentren vulneración de derechos constitucionales y lo señalen motivadamente en su sentencia, podrán determinar que la justicia ordinaria es la vía idónea y eficaz para resolver el asunto controvertido.

Este tema ha sido reiterado por la Corte Constitucional:

Desde esta perspectiva tiene lógica que la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en su artículo 40, determina que: "La acción de protección se podrá presentar cuando concurren los siguientes requisitos: ... 3. Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado". La ratio que inspira la activación de las garantías jurisdiccionales de los derechos constitucionales, no es otra que el control al abuso y arbitrariedad del poder que puedan ejercer las autoridades u órganos de la función pública o los particulares. Por tanto, si bien puede existir otro recurso judicial ordinario, si este no fuere adecuado ni eficaz para tutelar las cuestiones estrictamente relacionadas con la relevancia constitucional, procede la acción de protección, sin que se le atribuya detentación ilegítima de competencias.²²⁵

²²² Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 085-12-SEP-CC, 29 de marzo de 2012.

²²³ *Ibid.*

²²⁴ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 001-16-PJO-CC, 22 de marzo de 2016.

²²⁵ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 141-14-SEP-CC, 24 de septiembre de 2014.

Por tanto, justificar la inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado, no es requisito para la procedencia de la acción de protección, ahora es un requisito de la sentencia cuando el juez alegue su existencia, corresponde su determinación al rechazar una acción de protección señalando que no existe vulneración de derechos en su ámbito constitucional.

2. Violación de un derecho constitucional

a) Sobre la titularidad

La acción de protección busca la tutela de derechos constitucionales. El juez ha de identificar con claridad aquellos derechos sobre los que decidirá, debiendo delimitarlos de manera adecuada. Esta identificación le permitirá una correcta delimitación fáctica, así, establecer el objeto de prueba y resolución, criterios probatorios de pertinencia y relevancia. Según el artículo 88 de la Constitución, a través de la acción de protección se tutelan todos los derechos constitucionales; sin embargo, hay que considerar las siguientes excepciones:

a) En la acción de protección se excluyen aquellos derechos para los cuales la Constitución reconoce garantías específicas de protección.²²⁶

b) Otra exclusión a tomar en cuenta, es la referida mediante voto salvado por el juez constitucional, doctor Ramiro Ávila, para quien “Las garantías constitucionales deben ser utilizadas para cuestiones que el legislador no ha previsto una vía procesal. Esto es evidente en casos de derecho a la salud, educación, naturaleza, discriminación. Confundir las vías hace que las garantías se saturen y se hagan inefectivas”.²²⁷ Sin embargo, no hay que olvidar que existirá casos en que, pese a que existen vías procesales de tutela en la justicia ordinaria para la protección del derecho, estos mecanismos no resultan adecuados ni eficaces para la protección del derecho y su vulneración puede afectar la esfera constitucional del derecho.

c) La Corte Constitucional al tratar sobre las medidas cautelares agregó que “La gravedad y la inminencia de violación de derechos no pueden ser alegadas para precautar derechos en abstracto, por ejemplo, para proteger el interés general, el bien

²²⁶ *Ibid.*, art. 39., la acción de protección procede para aquellos derechos que “no estén amparados por las acciones de hábeas corpus, acceso a la información pública, hábeas data, por incumplimiento, extraordinaria de protección y extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena”.

²²⁷ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 529-14-EP/20, 08 de julio de 2020.

común, la seguridad pública, ciudadana o jurídica. En estos casos los jueces y juezas deberán rechazar de plano la garantía jurisdiccional”.²²⁸

d) Otro criterio a considerar, dictado por el mismo organismo, establece que la titularidad de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos corresponden a las personas en tanto seres humanos, distinto de aquellos derechos procesales reconocidos a las personas jurídicas, incluso las pertenecientes al Estado, “en la medida en que existen ámbitos jurídicos protegidos por disposiciones constitucionales que no se vinculan directamente con la dignidad”.²²⁹

Estos dos últimos criterios confirman el criterio de la Corte que recalca que los derechos que se tutela a través de la acción de protección son derechos de las personas en tanto seres humanos; por tanto, quedan excluidos de tutela los derechos en abstracto, mientras que, por excepción, se tutelan derechos que pertenecen a las personas jurídicas, como los derechos procesales.

Partiendo de la titularidad del derecho cuya vulneración se alegue, la Corte Constitucional ha señalado que se requiere que “el peticionario haya estado previamente gozando y ejerciendo en forma efectiva de los derechos que se invoca en su demanda”; por tanto, se deben presentar las siguientes características: “i) Certeza del derecho que se busca proteger, ii) Actualidad de la conducta lesiva-atentatoria del derecho reconocido en la Constitución; y, iii) Remedio constitucional inmediato del derecho afectado”.²³⁰

En tal sentido habrá casos donde la titularidad de derechos devenga de determinados actos jurídicos. Derechos como el de propiedad, el derecho al trabajo, derechos procesales, por ejemplo, su titularidad estará plasmada en dichos actos jurídicos, tales como el instrumento de adquisición del inmueble, el contrato de trabajo o nombramiento del servidor público, haber actuado como parte procesal en un procedimiento administrativo, por lo que su certeza devendrá de la presentación de los diferentes actos jurídicos que las contengan.

Por otro lado, se ha señalado que la Constitución vigente reconoce como una de sus fuentes de derechos, aquellos que devienen de dignidad de las personas y colectivos. Existen derechos como al honor, buen nombre, igualdad, a la salud, a la educación, que

²²⁸ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 66-15-JC/19, 10 de septiembre de 2019, voto salvado juez Ramiro Ávila.

²²⁹ *Ibíd.*

²³⁰ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 115-14-SEP-CC, 06 de agosto de 2014.

por devenir de esta característica no existirá acto jurídico previo que los reconozca, estos derechos son inmanentes al ser humano, las personas gozan de estos derechos, por lo que no habrá necesidad de ninguna justificación respecto a su titularidad.

En uno u otro caso, queda claro que la titularidad del derecho constitucional no será objeto de prueba, pues no forma parte de la decisión, en el sentido de reconocer o declarar su titularidad a través de esta garantía jurisdiccional.

Sobre este tema, la Corte Constitucional ha señalado:

[...] los derechos constitucionales no son declarados, sino tutelados, dado que estos preexisten, lo único que se declara en las acciones de garantías jurisdiccionales de los derechos son las vulneraciones que ocurren a los derechos constitucionales...²³¹

3. Sobre el nivel de afectación del derecho

Para que proceda la acción de protección el acto u omisión debe vulnerar el nivel constitucional del derecho y no su esfera legal. Ahora, ¿cómo realizar esta diferenciación? ¿cómo probar que la afectación al derecho es en su esfera constitucional?

Se podría decir que cuando la justicia ordinaria prevea una vía de protección del derecho, la afectación al derecho es legal y no constitucional, la verdad no. La diferenciación entre nivel constitucional y legal del derecho no consiste en una mera identificación de la vía judicial en justicia ordinaria a través de la cual se podría debatir el conflicto planteado, no es fácil determinar el límite entre constitucionalidad y legalidad si consideramos que el ámbito constitucional es el universo, la matriz de la que se desarrolla la legalidad, a la vez que se constituye en su límite. La Constitución y la jurisprudencia de la Corte Constitucional nos dan ciertas luces que se deberán considerar para probar este presupuesto.

1. El artículo 88 numeral 8 de la Constitución establece que la obligación del Estado es la de generar y garantizar las condiciones necesarias para el pleno reconocimiento y ejercicio de los derechos, siendo “*inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos*”. En este sentido, toda acción u omisión que reduzca, dañe o haga impracticable un derecho constituirá vulneración que deberá ser tutelada a través de la acción de protección. Sin embargo, estos criterios son meramente indicativos pues es

²³¹ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 102-13-SEP-CC, 04 de diciembre de 2013.

posible que frente a este tipo de afectaciones la justicia ordinaria brinde tutela efectiva. Por ejemplo, un acto u omisión pueden afectar el derecho a la propiedad de una persona, sin embargo, bien podría la persona obtener tutela en la justicia ordinaria. En este sentido, son necesario asociarlos con otros criterios que permitan justificar que el nivel de vulneración es en la esfera constitucional.

2. La Corte Constitucional en una de sus sentencias, señaló:

La afectación de tales derechos o valores constitucionales es grave, es decir, si se limita o impide a alguno de los menores, el acceso a un bien o servicio que disfrutan, o gozan los otros hijos de estos mismos padres, con repercusiones negativas respecto de sus condiciones de vida o su desarrollo personal, lo cual les causa un perjuicio.

Si la diferencia de trato o la exclusión de una oportunidad carece de alguna razón legítima que pueda justificarse.

Como la prueba de estos criterios puede ser difícil, el juez puede apreciar los hechos a la luz del contexto dentro del cual han ocurrido con el fin de valorar si sucedieron de forma discriminatoria.²³²

En este caso la Corte comparó la situación de un hijo frente a la de los demás hijos. Por tanto, uno de los criterios que se deberá observar es sobre la situación específica de la persona en relación a otras que se encuentren en su misma situación, pues podría afectarse el derecho a la igualdad. Una situación similar podrá afectar de manera diferente a distintas personas considerando su situación específica. Son claros los ejemplos de aquellas personas que se encuentran del grupo de atención prioritaria que exige una protección reforzada del estado a la persona.

3. El máximo organismo de justicia constitucional ha señalado que los derechos constitucionales deben ser observados, además, desde “todas las *dimensiones que abarcan*”, “la función que cumplen”, “su desarrollo infraconstitucional”, “las modalidades que estos pueden tener”.²³³ Estos criterios de análisis obligan al juez a identificar el derecho, identificar la situación específica de la persona, determinar si el acto u omisión vulneran la dimensión constitucional del derecho, determinar si en la vía de la justicia ordinaria existen mecanismos efectivos que tutelarían los derechos analizados.

4. La Corte Constitucional, al analizar el derecho a la propiedad y determinar si este derecho debe ser tutelado por la justicia ordinaria o por la justicia constitucional, identificó su doble dimensión:

²³² Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 133-15-SEP-CC, 29 de abril de 2015.

²³³ *Ibíd.*

[...] la primera, referida a su reconocimiento como derecho constitucional, que implica una obligación por parte del Estado para *promover su acceso y una limitación para que el mismo, no lo menoscabe ni vulnere*, es decir, genera obligaciones de prestación y abstención;

[...] la segunda se refiere a la *declaración de un derecho*, en cuanto el derecho de propiedad se encuentra encaminado al reconocimiento de la titularidad de propietario de un bien o al goce de los derechos reales bajo las modalidades y formas determinadas en el Código Civil y Código de Procedimiento Civil.²³⁴

Hay que notar que la dimensión constitucional del derecho a la propiedad por la cual el Estado debe promover su acceso, está configurada como un principio, puesto que constituye un mandato de optimización que podrá cumplirse dependiendo de la factibilidad real y jurídica que determinan su medida posible, sobre lo cual, la Corte no desarrolla ningún criterio que permita su concreción; respecto al segundo alcance, esto es, como una limitación al estado para que no lo menoscabe ni vulnere, el parámetro establecido en la Constitución constituye una regla.

En esta sentencia, más que tratar de una dimensión constitucional y otra legal sobre el derecho a la propiedad, lo que denota es la aplicación de una regla constitucional a un caso concreto; regla que por encontrarse reconocida en la Constitución se presume válida, tanto más que también está reconocida en la Convención Americana de Derechos Humanos.²³⁵

5. Frente a la imposibilidad de establecer límites generales y abstractos que delimiten el alcance de la constitucionalidad o de la legalidad de los derechos, la Corte Constitucional estableció la siguiente regla jurisprudencial:

1. Las juezas y jueces constitucionales que conozcan de una acción de protección, deberán realizar un profundo análisis acerca de la real existencia de la vulneración de derechos constitucionales en sentencia, sobre la real ocurrencia de los hechos del caso concreto. Las juezas o jueces constitucionales únicamente, cuando no encuentren vulneración de derechos constitucionales y lo señalen motivadamente en su sentencia, sobre la base de los parámetros de razonabilidad, lógica y comprensibilidad, podrán determinar que la justicia ordinaria es la vía idónea y eficaz para resolver el asunto controvertido.²³⁶

En la misma línea:

²³⁴ *Ibíd.* La Corte Constitucional trata este tema también en la sentencia No. 176-14-EP/19.

²³⁵ La Corte Constitucional cita en la sentencia el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

²³⁶ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 001-16-PJO-CC, 22 de marzo de 2016.

[...] No todas las vulneraciones al ordenamiento jurídico necesariamente tienen cabida para el debate en la esfera constitucional ya que para conflictos en materia de legalidad existen las vías idóneas y eficaces dentro de la jurisdicción ordinaria. El juez constitucional cuando de la sustanciación de garantía jurisdiccional establezca que no existe vulneración de derechos constitucionales, sino únicamente posibles controversias de índole infraconstitucional puede señalar la existencia de otras vías. [...] La acción de protección procede solo cuando se verifique una real vulneración de derechos constitucionales, con lo cual, le corresponde al juez verificar y argumentar si existe o no la vulneración de un derecho constitucional. Es a él a quien le corresponde analizar caso a caso, sobre la base de un ejercicio de profunda razonabilidad, los hechos y las pretensiones del actor para poder dilucidar si se trata de un caso de justicia constitucional o si, por el contrario, por su naturaleza infraconstitucional su conocimiento le corresponde a la justicia ordinaria.²³⁷

En teoría, todo mecanismo de defensa judicial debería ser adecuado y eficaz para tutelar derechos, sin embargo, esto no ocurre así, por tanto, “si bien puede existir otro recurso judicial ordinario, si este no fuere adecuado ni eficaz para tutelar las cuestiones estrictamente relacionadas con la relevancia constitucional, procede la acción de protección, sin que se le atribuya detentación ilegítima de competencias”.²³⁸

6. Otro criterio para una posible diferenciación es sobre la teoría del contenido esencial o núcleo de los derechos. El contenido esencial estaría constituido por los límites impuestos al poder para afectar límites internos de los derechos, es decir aquellos que le caracterizan y que de ser afectados lo desnaturalizarían, son los límites establecidos por la naturaleza de cada derecho. Estos límites son establecidos por la Constitución, la legislación y la jurisprudencia. En lo atinente a la jurisprudencia, para su aplicación práctica se debe considerar la interrelación entre derechos, los límites se movilizarán en uno u otro sentido, dependiendo de la prelación que puede tener un derecho en relación con otro en un contexto real, donde lo que debe primar es la persona.

La Corte Constitucional se ha referido a este tema, señalando algunos aspectos que permiten su caracterización:

La concepción del contenido esencial considera que es más adecuado distinguir entre núcleo duro y parte accidental, puesto que el contenido esencial no es el contenido intocable, sino que es determinable con razonabilidad, y que el contenido esencial se delimita desde el bien humano protegido en derecho, es decir, desde la finalidad del derecho mismo, lo cual evidencia la armonización y el ajustamiento con otros bienes igualmente humanos y con otras pretensiones igualmente dignas de convertirse en derechos. Cabe puntualizar que el Tribunal Constitucional español ha establecido dos caminos para aproximarse al contenido esencial: acudir a la naturaleza jurídica o el modo

²³⁷ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 0016-13-SEP-CC, 16 de mayo de 2013.

²³⁸ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 141-14-SEP-CC, 24 de septiembre de 2014.

de concebir o configurar cada derecho, y tratar de encontrar el interés jurídicamente protegido como núcleo y médula de los derechos subjetivos.²³⁹

Por tanto, para identificar el contenido esencial de un derecho, se deberá: a) acudir a su naturaleza jurídica; y, b) identificar el interés jurídicamente protegido que caracteriza al derecho.

Cualquier persona, frente a la vulneración de sus derechos, requerirá la atención oportuna del estado para su tutela. La disyuntiva radica en determinar si la tutela procede por la vía constitucional o por vía de la justicia ordinaria. No existen reglas o fórmulas matemáticas que permitan esta diferenciación. En un primer momento será el accionante quien deberá exponer los argumentos necesarios para alegar la violación del derecho en su ámbito constitucional, para lo cual no deberá restringir sus fundamentos a la acción u omisión que dice vulneradora, deberá exponer la situación específica de la persona, la de su entorno familiar, exponer las razones del impacto que ha tenido la acción u omisión de forma directa en la persona y, de forma directa o indirecta en su núcleo familiar, el daño ocasionado. Sobre estas alegaciones se debería presentar prueba suficiente que le permitan al juez concluir que la afectación del derecho sobrepasa su límite de legalidad y se torna imperante la tutela a través de la acción de protección.

Toda la prueba que se pueda aportar al proceso y que permita justificar que se vulneró la esfera constitucional del derecho, cumplirá con los requisitos de pertinencia y relevancia de la prueba. El juez debe tener claro que los efectos de la vulneración de un derecho constitucional no solo tendrán como víctima al afectado directo por la acción u omisión, sino que trasciende hasta su núcleo familiar, por tanto, deberá ser cuidadoso al momento del análisis de admisibilidad probatoria y de activar su facultad de prueba de oficio.

4. Sobre el acto u omisión

Los actos de la autoridad pública son los actos administrativos²⁴⁰, tienen carácter individual, emitidos en ejercicio de su potestad frente a los administrados. La omisión, al

²³⁹ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 068-12-SEP-CC, 27 de marzo de 2012, voto salvado de los jueces Manuel Viteri y Hernando Morales.

²⁴⁰ Ecuador, Asamblea Nacional, *Código Orgánico Administrativo*, Registro Oficial 31, Suplemento, 07 de julio de 2017, art. 98. Acto administrativo es la declaración unilateral de voluntad, efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales o generales,

contrario, es la falta de pronunciamiento o el no hacer, cuando la autoridad pública está obligada a actuar en relación con los derechos de los administrados. Sin embargo, la naturaleza del acto como tal no es trascendente para la determinación de la procedencia o no de la acción de protección.

La distinción entre el objeto de la acción de protección y el objeto de los procesos de impugnación en sede contencioso administrativa no corresponde al acto administrativo impugnado, sino en si este vulnera derechos constitucionales.

Sobre este aspecto, la Corte Constitucional ha señalado:

[...] esta Corte considera que la naturaleza jurídica del acto no determina la competencia de los jueces al conocer una acción de protección, sino que el fundamento de la demanda sea la existencia de una vulneración de derechos constitucionales como sucedió en el presente caso.²⁴¹

33. A juicio de esta Corte, los efectos y la naturaleza de un procedimiento administrativo difieren de aquellos de una garantía jurisdiccional. En particular, el procedimiento administrativo tiene fines distintos a la garantía jurisdiccional de la acción de protección. Así, mientras que las pretensiones dentro del trámite administrativo implican la revisión del cumplimiento de normativa legal y reglamentaria que regula competencias, procedimientos y sanciones en el ámbito administrativo, las pretensiones de una acción de protección se basan en vulneraciones de derechos reconocidos en la Constitución.

34. [...] El hecho de que un procedimiento administrativo tenga la potencialidad de solventar una controversia que genere vulneración de derechos, no impide que se pueda activar la vía constitucional y, menos aún, que el juez que conoce una acción de protección analice si existe vulneración de derechos constitucionales.

[...] 36. A juicio de esta Corte, la existencia de un proceso administrativo pendiente o la emisión de medidas o resoluciones administrativas que aparentemente podrían resolver o resuelvan parte de una controversia en el marco de una acción de protección, no le convierten al asunto como uno de mera legalidad, y tampoco puede considerarse de forma absoluta que en dicha vía se solventan las presuntas vulneraciones de derechos constitucionales que se alegan a través de la acción de protección.²⁴²

El acto u omisión del que se alega deviene la vulneración de derechos, no es por sí mismo definitorio para la procedencia o no de la acción de protección. Un supuesto para declarar la vulneración de derechos constitucionales es que la misma devenga de un acto de autoridad pública no judicial, en tal caso, nos encontramos frente a un acto administrativo que goza de presunciones de legitimidad y ejecutoriedad.²⁴³ Más allá de que el acto administrativo goce de estas presunciones, los jueces constitucionales,

siempre que se agote con su cumplimiento y de forma directa. Art. 207.- Silencio administrativo. Los reclamos, solicitudes o pedidos dirigidos a las administraciones públicas deberán ser resueltos en el término de treinta días, vencido el cual, sin que se haya notificado la decisión que lo resuelva, se entenderá que es positiva.

²⁴¹ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 307-10-EP/19, 09 de julio de 2019.

²⁴² Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 758-15-EP/20, 05 de agosto de 2020.

²⁴³ COGEP, art. 329.

“deberán sopesar todos los elementos fácticos que permitan llegar a la convicción sobre si el acto constituye o no la causa de una situación violatoria a los derechos constitucionales”.²⁴⁴

Previo a las aclaraciones señaladas, los jueces negaban acciones de protección cuando se alegaba vulneración de derechos constitucionales por efecto de un acto administrativo. Era el camino más fácil, incluso, el ente administrativo de la Función Judicial, sancionada por error inexcusable a los jueces que concedían acciones de protección frente a estos actos. Un acto administrativo en efecto puede vulnerar derechos constitucionales, en su formación, puede afectar garantías del debido proceso, en su fundamentación puede ser arbitrario, en sus efectos puede vulnerar el ámbito constitucional del derecho.

El maestro Guerrero del Pozo realiza un análisis pormenorizado de los actos u omisiones de autoridad pública no judicial en contra de los que se puede interponer una acción de protección. El autor concluye que se podrá interponer dicha garantía en contra de actos y hechos administrativos, y en contra de omisiones de autoridad pública no judicial, debido a que estos podrían vulnerar directamente derechos constitucionales de las personas; no se podrá interponer la acción de protección en contra de actos normativos, actos administrativos de efectos generales, actos de simple administración por cuanto por sí mismo no afectarían derechos individuales. En el caso de los contratos administrativos, el autor sostiene que “es poco probable que exista un supuesto en que quepa acción de protección en contra de él”.²⁴⁵

5. Sobre los efectos del acto u omisión: que se haya provocado daño

La afectación de un derecho constitucional se ve reflejado en el daño provocado. El daño causado por la vulneración de derechos, es entendido como “la consecuencia o afectación que la violación al derecho produce”.²⁴⁶

La Corte Constitucional ha señalado que “Para el caso de la violación de los derechos, la situación es clara desde el momento en que el ejercicio pleno de un derecho

²⁴⁴ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 080-13-SEP-CC, 09 de octubre de 2013.

²⁴⁵ Guerrero Del Pozo, “Las Garantías Jurisdiccionales en el Ecuador”, 83-91

²⁴⁶ LOGJCC, art. 9.

constitucional o un derecho humano es impracticable, o cuando el bien jurídico es lesionado, es decir la persona ha sido ya víctima de una intervención vulneratoria...”.²⁴⁷

Los derechos de las personas tienen un contenido doble; el contenido esencial que le caracteriza constituye su contenido constitucional; el otro, corresponde a su contenido legal, el desarrollado en las leyes y demás normas infraconstitucionales, el daño a uno de estos contenidos determinará la vía de protección. El estado está obligado a tutelar los derechos de las personas, al efecto viabiliza el acceso para su tutela a través de la justicia ordinaria o constitucional.

El maestro Guerrero del Pozo señala que “la vía ordinaria y la acción de protección son vías paralelas de impugnación que persiguen fines distintos, por lo que interponer una acción de protección no excluye la interposición de una acción ordinaria respecto del mismo acto”.²⁴⁸

Si el daño ocasionado al derecho es de tal magnitud porque afecta su contenido constitucional, se justifica su tutela urgente a través de la acción de protección. Si el daño afecta al contenido legal del derecho y tiene una vía ordinaria para su tutela, esta será la vía adecuada para su protección.

La Corte Constitucional ha aclarado que el daño con carácter de grave es un requisito específico para la acción de protección en contra de particulares y para las medidas cautelares, al efecto, ha señalado:

30. [...] las presuntas vulneraciones de derechos que se alegan a través de una acción de protección u otra garantía jurisdiccional no requieren tener el carácter de graves para ser tuteladas por las y los jueces constitucionales, salvo en el caso de la acción de protección en contra de particulares y las medidas cautelares.²⁴⁹

15. Si hay violación de derechos, la gravedad es irrelevante. Tiene que declararse la violación derechos, si fuere el caso, y repararse. El requisito exigido por los jueces de instancia, además de hacer inefectivas a las garantías constitucionales, está prohibido por la Constitución.

En tal sentido, el criterio de daño grave será requisitos únicamente para los casos en contra de particulares y en el caso de medidas cautelares. Si bien el daño causado a un derecho constitucional se puede considerar siempre grave, no es necesario este extremo para la procedencia de la acción de protección salvo los casos señalados, en los demás casos bastará probar que el acto u omisión han generado daño.

²⁴⁷ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 016-14-SIS-CC, 06 de agosto de 2014.

²⁴⁸ Guerrero Del Pozo, “Las Garantías Jurisdiccionales en el Ecuador”, 116.

²⁴⁹ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 2428-16-EP/21, 02 de junio de 2021.

En atención a las diversas formas de reparación integral reconocida en la Constitución, se puede entender que el daño en materia constitucional se relaciona con aquel efecto que provocó la limitación, restricción, en general la vulneración al ejercicio del derecho constitucional frente a lo cual el juez tiene amplio espectro de actuación, cuyos limitantes serán la imaginación y la motivación de la decisión.

6. ¿Qué facultades tienen los jueces para decretar prueba de oficio en la acción de protección?

En la acción de protección la configuración de los principios dispositivo y iura novit curia es diferente a la que presentan en materias penales y no penales, permitiéndose inobservar el principio de congruencia.

El principio de congruencia está plasmado en el COGEP y en el COIP. De forma expresa, el COGEP establece que las sentencias deberán ser claras, precisas y congruentes con los puntos materia del proceso. Resolverán sobre las peticiones realizadas por las partes y decidirán sobre los puntos litigiosos del proceso.²⁵⁰ Como se ve la decisión del juez se limita a las peticiones, en forma de pretensiones o excepciones, planteadas por las partes.

Su inobservancia constituye vicios de la sentencia que pueden ser motivo de impugnación vía apelación e incluso a través del recurso de casación. Una de las causales del recurso de casación es “Cuando se haya resuelto en la sentencia o auto lo que no sea materia del litigio o se haya concedido más allá de lo demandado, o se omita resolver algún punto de la controversia”.²⁵¹ De esta manera, inobservar el principio dispositivo en la decisión constituye vicios de congruencia, pueden ser ultra petita, de extra petita, citra petita o minima petita.

En materia de garantías jurisdiccionales se rompe este esquema. El principio dispositivo es reconocido por la Constitución²⁵² como un principio procesal general aplicable a todas las materias, sin embargo, su aplicación en materia constitucional difiere de su concepción clásica.

²⁵⁰ COGEP, art. 92.

²⁵¹ *Ibid.*, art. 268 numeral 3.

²⁵² Constitución del Ecuador, art. 168 numeral 6.

El principio dispositivo establece que el impulso del proceso, desde su inicio, incluyendo el requerimiento de la prueba, corresponde a las partes procesales, restringiendo la actuación del juez a lo requerido por las partes.

Para Echandía, el principio dispositivo tiene dos aspectos:

1) por el primero significa que corresponde a las partes iniciar el proceso formulando la demanda y en ella sus peticiones y desistir de ella; 2) por el segundo, que corresponde a las partes solicitar las pruebas, sin que el juez pueda ordenarlas de oficio. Tomado en ambos aspectos significa que corresponde a las partes la iniciativa en general, y que el juez debe atenerse exclusivamente a la actividad de éstas, sin que le sea permitido tomar iniciativas encaminadas a iniciar el proceso ni a establecer la verdad para saber cuál de ellas tiene la razón en la afirmación de los hechos.²⁵³

El COFJ, al tratar sobre el principio dispositivo, dispone: “Sin embargo, en los procesos que versen sobre garantías jurisdiccionales, en caso de constatarse la vulneración de derechos que no fuera expresamente invocada por los afectados, las juezas y jueces podrán pronunciarse sobre tal cuestión en la resolución que expidieren, sin que pueda acusarse al fallo de incongruencia por este motivo”,²⁵⁴ incluyendo vía excepción la posibilidad de que en garantías jurisdiccionales, los jueces puedan fallar sin limitarse a las peticiones planteadas por las partes procesales, sin que por esta causa se pueda acusar a la decisión de incongruente.

En la misma línea, el principio *iura novit curia*. Este principio permite al juzgador aplicar el derecho que corresponda, independientemente del invocado por las partes, es de aplicación obligatoria en todos los procesos judiciales. El COFJ lo reconoce de la siguiente manera:

La jueza o el juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente. Sin embargo, no podrá ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes. Esta última disposición no será aplicable cuando en esta forma se puedan vulnerar derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos.²⁵⁵

²⁵³ Hernando Devis Echandía, *Teoría general del proceso aplicable a toda clase de procesos* (Buenos Aires: Editorial Universidad, 2004), 60.

²⁵⁴ COFJ, art. 19.

²⁵⁵ Ibíd., art. 149.

En procesos ordinarios, al aplicar el principio *iura novit curia*, se mantiene la prohibición al juez que al momento de fallar se limite a las peticiones de las partes y a los hechos alegados por las partes, sin que esta disposición sea aplicable cuando pueda provocarse vulneración derechos.

En esta línea, la aplicación del principio dispositivo en la acción de protección se ve reflejado únicamente en la presentación de la demanda, en lo posterior, el juez tiene amplias facultades, incluso está obligado a continuar con el proceso hasta emitir una sentencia de fondo y ejecutarla, obligación que surge del derecho de tutela judicial efectiva.

Esta disposición deja claro que, en materia de derechos constitucionales, en virtud del principio dispositivo el juez puede exceder los límites de las peticiones que planteen las partes. Sin embargo, “el límite natural del principio *iura novit curia* es el derecho a la defensa de la otra parte. En este sentido, el órgano jurisdiccional no podría aplicar este principio y dejar en indefensión a la otra parte procesal”.²⁵⁶

Esta atenuación del principio dispositivo se ve reflejada en el fortalecimiento de la facultad oficiosa de los jueces. En estos procesos, “los jueces tienen amplias facultades en materia probatoria, en especial respecto a ordenar la práctica de prueba de oficio”.²⁵⁷ Además, si el juez puede, frente a vulneración de derechos, resolver sin limitarse a las pretensiones de las partes, el objeto de la resolución determinado de esta manera obliga a que se practiquen prueba sobre aquel.

La protección de los derechos constitucionales requiere una mayor participación de los jueces en el proceso judicial. A diferencia de los procesos de justicia ordinaria donde los jueces ven limitadas sus actuaciones por las pretensiones de las partes que intervienen en él (principio dispositivo), en los procesos de garantía de derechos, los jueces deben involucrarse efectivamente en la tramitación del proceso judicial, debiendo disponer las diligencias probatorias indispensables que les permitan contar con elementos suficientes para sustentar sus decisiones judiciales. Sin la prueba suficiente será imposible una resolución que tutele derechos, podrá ser una resolución en lo formal mas no en lo material, permitiendo que la vulneración de derechos continúe.

Si se considera la situación de desigualdad entre las partes procesales, en la mayoría de casos será el juez el único que podrá acceder de forma efectiva a los medios de prueba, pues es el único que tiene la potestad para imponer sus decisiones. La prueba

²⁵⁶ Guerrero Del Pozo, “Las Garantías Jurisdiccionales en el Ecuador”, 10.

²⁵⁷ Ibíd., 9.

de oficio no se puede considerar que desequilibra la posición de las partes procesales, si el fin es conocer lo que sucedió y si los hechos constituyen vulneración de derechos, los jueces solo cumplen su razón de ser dentro de un estado constitucional de derechos y justicia.

La Corte Constitucional²⁵⁸ ha señalado que los jueces, frente a las alegaciones de vulneración de derechos, tienen la obligación de cumplir un rol activo para la eficaz garantía de los derechos constitucionales, debiendo ordenar el resarcimiento de los daños a través de la reparación integral.

Para la determinación de la reparación integral, los jueces no pueden limitarse a las peticiones de las partes, sino que deben ser creativos al momento de determinar las medidas de reparación integral, evitando limitarla a la reparación económica, la reparación debe ser proporcional y racional con relación a las circunstancias del caso y de la persona afectada. Los jueces deberán establecer las medidas más eficaces, incluso reparaciones adicionales a las determinadas en la Ley, considerando los criterios aplicados por la Corte IDH, evitando generar falsas expectativas en las víctimas, la reparación integral debe ser adecuada y específica en función de la violación de derechos que se identifique”.²⁵⁹

En el ámbito del derecho este modelo es conocido como activismo judicial, se caracteriza por una mejor comprensión de los postulados constitucionales y la idea de justicia, conlleva el análisis necesario de los derechos y garantías ciudadanas, desde el paradigma constitucional, sin una limitación a la interpretación o aplicación exclusiva de la ley. Esta visión de la actividad probatoria de los jueces en los procesos de garantías jurisdiccionales se relaciona con la obligación de la debida diligencia²⁶⁰ que exige jueces activos en la protección de derechos, sin necesidad del impulso de las partes, salvo el ejercicio de acción, por tanto, los jueces se ven obligados a realizar la actividad procesal necesaria hasta la resolución y ejecución de la decisión.

Sobre este tema, la Corte Constitucional ha señalado

²⁵⁸ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 146-14-SEP-CC, 01 de octubre de 2014.

²⁵⁹ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 40-18-IS/20, 14 de octubre de 2020.

²⁶⁰ Constitución del Ecuador, art. 172. “Las juezas y jueces administrarán justicia con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley.

Las servidoras y servidores judiciales, que incluyen a juezas y jueces, y los otros operadores de justicia, aplicarán el principio de la debida diligencia en los procesos de administración de justicia.

Las juezas y jueces serán responsables por el perjuicio que se cause a las partes por retardo, negligencia, denegación de justicia o quebrantamiento de la ley”.

Por mandato de la Constitución en materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deben aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan a su efectiva vigencia, más aún cuando se compromete los derechos de las personas de atención prioritaria.²⁶¹

Como se ha fundamentado, el deber del juzgador constitucional, en aras de garantizar el cumplimiento del principio de efectividad de la acción, consiste justamente en verificar las situaciones fácticas a través de medios procesales a su alcance, y sobre todo de la existencia o no de vulneraciones a los derechos constitucionales, esto es, mediante la integración de la relación jurídico procesal, la cual se logra a partir de la notificación al accionado y a través de un mínimo recaudo probatorio, que le otorgue al operador de justicia el convencimiento necesario para fallar. Así, es central la importancia de la sustanciación de la causa en las garantías jurisdiccionales de los derechos, en la especie la acción de protección, en la que el juzgador tiene la oportunidad de examinar tanto los soportes que presente el legitimado activo, como los aportados por el demandado, y en razón de ello resolver, es decir, determinar si la acción es procedente o no precautelando el derecho de las partes al debido proceso.²⁶²

Sin embargo, los jueces han de considerar las limitaciones temporales y las características propias de los procedimientos de garantías jurisdiccionales. Sobre este tema, la Corte Constitucional refirió:

[...] La acción de protección es una vía constitucional expedita, sencilla, informal, que por su naturaleza no permite amplitud para el debate y la práctica de pruebas, pues precisamente por su rapidez estas se ven limitadas en virtud de la naturaleza de esta garantía.²⁶³

Las características de los procesos de garantías jurisdiccionales obligan al juez realizar un análisis de la demanda desde su calificación a fin de verificar y de ser el caso disponer en su primera actuación la prueba que considere necesaria para la solución del caso.

Ahora, hay que preguntarse si la facultad de los jueces para decretar prueba de oficio es una facultada ilimitada, se activa en todos los casos y supuestos o no.

En un primer momento el juez verificará si en el proceso existe prueba suficiente sobre las afirmaciones de las partes, de considerar que cuenta con la prueba necesaria para resolver, no habrá necesidad de activar esta facultad.

De no existir prueba suficiente y existir alegaciones claras por parte del accionado que permitan determinar una efectiva vulneración de derechos, la facultad del juez para disponer prueba de oficio se torna imperante.

²⁶¹ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 133-15-SEP-CC, 29 de abril de 2015.

²⁶² Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 102-13-SEP-CC, 04 de diciembre de 2013.

²⁶³ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 53-11-SEP-CC, 15 de diciembre de 2011.

Una situación compleja se presenta cuando en el proceso no existe prueba y las alegaciones sobre vulneración de derechos no están claras ni en la demanda ni en la audiencia. El tiempo que asigna la ley para la exposición de las partes, incluso cuando los jueces otorgan un tiempo mayor, en muchas ocasiones no son aprovechadas por los abogados para la exposición de los fundamentos fácticos, el tiempo es perdido en citas constitucionales y jurisprudenciales que el juez está obligado a conocer. Frente a este escenario lo prudente por parte del juez sería escuchar directamente a la presunta víctima y realizarle las preguntas que aclaren los hechos, con la claridad de los mismos verificar si es necesario decretar prueba de oficio. Estos serían parámetros a observar a fin de evitar la arbitrariedad, lo peor que puede pasar es que haya jueces que en todos los casos decreten prueba de oficio sin determinar las razones de tal accionar y otros, que veten siempre esta posibilidad.

El COGEP establece que la prueba de oficio, a la que denomina, prueba para mejor resolver, es excepcional, para lo cual se debe dejar “expresa constancia de las razones de su decisión, la práctica de la prueba que juzgue necesaria para el esclarecimiento de los hechos controvertidos”.²⁶⁴

Lo que está claro es que esta facultad del juez se podrá realizar en varios momentos, luego de conocer la demanda escrita, la contestación a la demanda o de escuchar a las partes en audiencia, de otro modo, el juez constitucional no contará con la información necesaria que le permita determinar la necesidad de activar su facultad oficiosa.

La Corte Constitucional, estableció el rol que deben cumplir los jueces en la sustanciación de la acción de protección:

el papel de los jueces constitucionales es fundamental para la protección de derechos constitucionales, en el sentido de que se constituyen en los actores protagónicos del respeto de la Constitución. Consecuentemente, los jueces constitucionales no deben desnaturalizar el sentido de la acción de protección, rechazando la garantía sin previo haber realizado una verificación real de la vulneración de derechos constitucionales, ni mucho menos sustentar tal negativa en la existencia de otras vías para que el accionante formule su acción, sin previamente fundamentar las razones de su conclusión intelectual, tomando como fundamento principal la protección de derechos constitucionales, ya que en dichos casos se produciría una vulneración del derecho constitucional a la seguridad jurídica y del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, en tanto no se cumpliría el objetivo de la garantía jurisdiccional de proteger dichos derechos.²⁶⁵

²⁶⁴ COGEP, art. 168.

²⁶⁵ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 175-14-SEP-CC, 15 de octubre de 2014.

7. La carga de la prueba en la acción de protección: ¿a quién le corresponde probar en la acción de protección?

En el desarrollo de un proceso judicial las partes deben observar determinadas conductas como la carga de la prueba, caso contrario, se sujetan a las consecuencias jurídicas previstas para el incumplimiento, como la pérdida del litigio. Entre los actos que están llamadas a realizar las partes de un proceso se encuentran aquellos de los que dependerá el resultado de su pretensión o defensa, concretamente, la actuación de la prueba.²⁶⁶

En materia de garantías jurisdiccionales, las reglas de la carga de la prueba previstas en la Constitución, están desarrolladas en el artículo 16 de la LOGJCC. Se reconoce la regla general para materias no penales, invirtiendo la carga de la prueba frente a ciertos supuestos. Sobre el tema, la Corte Constitucional ha señalado que la Constitución y la ley han reformulado los principios clásicos de la teoría de la prueba, debido a que los fines que persiguen los procesos ordinarios y los constitucionales son diferentes.²⁶⁷

Para la Corte Constitucional, los procesos constitucionales no necesariamente involucran solo intereses particulares, sino también intereses públicos que conciernen al estado, aunque no sea parte de estos, ya que se trata de la supremacía de la Constitución y la protección de los derechos constitucionales, reconociendo que en razón de la propia calidad de los sujetos involucrados, la utilización de un criterio de igualdad formal puede ciertamente generar un desequilibrio en cuanto al acceso a la información que permita comprobar o desvirtuar la existencia del hecho que se debe probar.²⁶⁸

7.1. Regla de carga de la prueba cuando la accionada en la acción de protección es una autoridad pública no judicial

Para estos casos, nuestra legislación establece la reversión de la carga de la prueba, por lo que el accionante, la parte a quien normalmente le hubiera correspondido la carga de probar, queda exento de dicha carga, desplazándose a su contraparte, el accionado, la autoridad pública no judicial.

²⁶⁶ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 0009-10-SEP-CC, 08 de abril de 2010.

²⁶⁷ *Ibid.*

²⁶⁸ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 116-13-SEP-CC, 11 de diciembre de 2013.

La regla de carga de la prueba en estos casos es que: “Se presumirán ciertos los fundamentos alegados por la persona accionante cuando la entidad pública requerida no demuestre lo contrario o no suministre información...”,²⁶⁹ en la misma línea, lo prevé la LOGJCC.²⁷⁰

La Constitución y la LOGJCC establecen dos situaciones diferentes. La primera, cuando la entidad pública no demuestre lo contrario a la alegación de vulneración de derechos, en esta situación se entiende que, aun presentando prueba, la entidad pública no logra desvirtuar la alegación de vulneración de derechos constitucionales. Sin embargo, en este escenario si existe prueba, pero no es suficiente para desvirtuar que el estado ha cumplido con sus obligaciones y no ha vulnerado derechos.

La segunda, cuando la entidad pública no suministra la información solicitada, escenario frente el cual a falta de prueba aportada por quien tenía la carga de probar provoca que se presuman ciertos los hechos de la demanda de acción de protección. En este segundo escenario, se trata de la aplicación de una presunción legal que vincula la apreciación del juez a los efectos establecidos en la ley, le ordena que tenga por ciertos los hechos de la demanda.

Cuando la Constitución establece que “Se presumirán ciertos los fundamentos alegados por la persona accionante cuando la entidad pública requerida no demuestre lo contrario o no suministre información”, se asigna la carga de la prueba a la entidad pública, correspondiéndole probar que la acción u omisión identificada como violatoria de derechos constitucionales, respetó el ordenamiento constitucional y legal, por tanto, no generó vulneración de derechos ni causó daño al accionante.

Debido a que, en el caso de entidades públicas, la Constitución dispone que “En caso de violación a los derechos humanos, ninguna entidad pública negará la información”,²⁷¹ es obligación del ente estatal aportar con la información necesaria y suficiente respecto de los hechos que se demandan como violatorios de derechos, en caso de no hacerlo, se aplica la presunción legal contenida en la regla de prueba y se tendrá como ciertos o probados los hechos de la demanda.

Esta obligación tiene relación con lo determinado en la Constitución, que, al tratar de la administración pública, establece:

²⁶⁹ Constitución del Ecuador, art. 86, numeral 3.

²⁷⁰ LOGJCC, art. 16. “Se presumirán ciertos los hechos de la demanda cuando la entidad pública accionada no demuestre lo contrario o no suministre la información solicitada, siempre que de otros elementos de convicción no resulte una conclusión contraria”.

²⁷¹ Constitución del Ecuador, art. 18.

Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.²⁷²

En tal virtud, la entidad pública deberá justificar que su actuación se apegó a su potestad reconocida en la Constitución y la ley. Por ejemplo, si se trata de un proceso sancionatorio, debió verificarse el debido proceso, que la aplicación de la sanción cumplió con el principio de legalidad, que prestó los servicios de salud necesarios para evitar que el derecho a la salud y otros derechos conexos como el derecho a la vida se hayan afectado, considerando siempre la situación individual de la persona o colectivo, etc.

La Corte Constitucional ha reconocido en varias de sus sentencias esta regla de carga de la prueba, a saber:

[...] 94. Aspecto importante en la prueba en materia de garantías constitucionales es la inversión de la carga de la prueba, cuando ella dependa o esté en posesión del Estado. En estos casos, la ley con claridad precisa:

Se presumirán ciertos los hechos de la demanda cuando la entidad pública accionada no demuestre lo contrario o no suministre la información solicitada, siempre que de otros elementos de convicción no resulte una conclusión contraria.²⁷³

[...] 29. La Corte además recuerda que, en virtud del artículo 16 de la LOGJCC, la regla general en procesos de garantías jurisdiccionales constitucionales es que los hechos de la demanda se presumen ciertos cuando la entidad pública accionada “no demuestre lo contrario o no suministre la información solicitada, siempre que de otros elementos de convicción no resulte una conclusión contraria...”. Es decir, es la entidad pública la encargada de demostrar que el acto u omisión impugnado no vulnera derechos constitucionales, independientemente de si el mismo puede ser impugnado en justicia ordinaria.²⁷⁴

[...] esta Corte estima de capital relevancia la regla del numeral 3 del artículo 86, pues prescribe variaciones al principio general de la carga de la prueba, ya que, en virtud de esta, no es el sujeto procesal que afirma la existencia de determinado hecho quien tiene la obligación de probarlo. Consecuentemente, esta modificación de la carga probatoria obliga a la entidad pública a demostrar que no se han producido los hechos que el accionante considera, constituyen violaciones a los derechos constitucionales. Es más, aunque la institución no fuere la demandada en determinado caso, de ser requerida con el aporte de elementos relevantes que sirvan para determinar la existencia de la violación alegada, ella está obligada a aportarlos.²⁷⁵

²⁷² *Ibíd.*, art. 226

²⁷³ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 639-19-JP/20, 21 de octubre de 2010.

²⁷⁴ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 141-14-EP/20, 22 de julio de 2020.

²⁷⁵ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 116-13-SEP-CC, 11 de diciembre de 2013.

Es necesarios recalcar que este segundo supuesto, cuando la institución no fuere la demandada y fuese requerida para que aporte información, su obligación no deviene de una regla de carga de la prueba que es aplicable únicamente a las partes procesales, esta obligación deviene de la Constitución y de la aplicación del principio de colaboración procesal.

7.2. Reglas de carga de la prueba en los casos de la acción de protección en contra de particulares

La LOGJCC establece los casos en que pueden ser accionados los particulares a través de la acción de protección, a saber:

- [...] 4. Todo acto u omisión de personas naturales o jurídicas del sector privado, cuando ocurra al menos una de las siguientes circunstancias:
- a) Presten servicios públicos impropios o de interés público;
 - b) Presten servicios públicos por delegación o concesión;
 - c) Provoque daño grave;
 - d) La persona afectada se encuentre en estado de subordinación o indefensión frente a un poder económico, social, cultural, religioso o de cualquier otro tipo.
5. Todo acto discriminatorio cometido por cualquier persona.²⁷⁶

La ley establece los supuestos de inversión de carga de la prueba para los casos que el accionado sea un particular: “En los casos en que la persona accionada sea un particular, se presumirán ciertos los hechos cuando se trate de discriminación o violaciones a los derechos del ambiente o de la naturaleza”.²⁷⁷ Así lo ha confirmado la Corte Constitucional.

- [...] 94. Aspecto importante en la prueba en materia de garantías constitucionales es la inversión de la carga de la prueba, cuando ella dependa o esté en posesión del Estado. En estos casos, la ley con claridad precisa:
- [...] En los casos en que la persona accionada sea un particular, se presumirán ciertos los hechos cuando se trate de discriminación o violaciones a los derechos del ambiente o de la naturaleza.²⁷⁸

En ese sentido, se establecen las siguientes reglas:

²⁷⁶ LOGJCC, art. 41.

²⁷⁷ *Ibid.*, art. 16.

²⁷⁸ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 639-19-JP/20, 21 de octubre de 2020.

Primera regla:²⁷⁹ se presumirán ciertos los hechos de la demanda cuando el accionado sea un particular y se alegue discriminación o violaciones a los derechos del ambiente o de la naturaleza. Se revierte la carga de la prueba al accionado, persona particular, debiendo demostrar que no hubo discriminación o violaciones a los derechos del ambiente o de la naturaleza.

La Corte Constitucional del Ecuador, ha señalado que los criterios incorporados por nuestra Constitución para prohibir la discriminación son conocidas en la doctrina como categorías sospechosas. Son “aquellas categorías utilizadas para realizar tratos "diferentes" respecto de ciertos grupos o personas vulnerables que no resultan razonables y proporcionales, cuyo uso ha estado históricamente asociado a prácticas que tienden a colocar en situaciones de desventaja o desprotección a grupos de personas generalmente marginados y que sin ser taxativos, se encuentran contenidos en el artículo 11 numeral 2 de la Constitución de la República.²⁸⁰ Corresponde al accionado particular, probar que no ha incurrido en ninguna categoría sospechosa, por tanto, no ha incurrido en discriminación de persona alguna que vulnere sus derechos.

En el caso de violación de derechos contra el ambiente, el artículo 397 de la Constitución vigente reconoce también la inversión de la carga de la prueba en caso de daños ambientales, prevé: “La carga de la prueba sobre la inexistencia de daño potencial o real recaerá sobre el gestor de la actividad o el demandado”. Por tanto, corresponde al accionado particular probar la inexistencia de daño potencial o real cuando se alegue que ha vulnerado derechos del ambiente. Situación similar ocurre cuando se alegue vulneración de derechos de la naturaleza.

Segunda regla: “La persona accionante deberá demostrar los hechos que alega en la demanda o en la audiencia, excepto en los casos en que se invierte la carga de la prueba”.²⁸¹

Esta regla es aplicable para los casos en que los accionados sean particulares y se encuentren en las siguientes circunstancias: a) presten servicios públicos impropios o de interés público; b) presten servicios públicos por delegación o concesión; c) provoque daño grave; y, d) La persona afectada se encuentre en estado de subordinación o indefensión frente a un poder económico, social, cultural, religioso o de cualquier otro tipo.

²⁷⁹ LOGJCC, art. 16.

²⁸⁰ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 080-13-SEP-CC, 09 de octubre de 2013.

²⁸¹ LOGJCC, art. 16.

En ninguna de estas circunstancias, la Constitución, la LOGJCC, ni la jurisprudencia constitucional han determinado que se revierta la carga de la prueba razón por la cual es aplicable la regla general. Cuando tratamos de la carga dinámica de la prueba se concluyó que su aplicación no es reconocida en nuestra legislación, por tanto, los jueces deberán observar la regla general citada.

Sobre la vulneración de derechos constitucionales por parte de particulares, la Corte Constitucional ha establecido que aquel debe encontrarse en posición de poder frente a la víctima, “capaz de lesionar sus derechos”, al efecto, ha dicho:

47. Si bien tales requisitos no son acumulativos, el examen acerca de la verificación o no de los requisitos en un caso concreto procede, únicamente, cuando se haya cumplido el presupuesto de que exista la vulneración a un derecho, en tanto objeto de tutela de la acción de protección. Además, de la lectura integral de los supuestos contemplados en el artículo 88 de la Constitución es claro que para que proceda una acción de protección presentada contra un particular la persona afectada por la supuesta vulneración debe encontrarse en una situación de desequilibrio respecto del particular. En otras palabras, el particular como parte accionada debe encontrarse en una posición de poder frente a la parte accionante, capaz de lesionar sus derechos.²⁸²

Sin bien no se reconoce para estos casos la reversión de la carga de la prueba, debido a la desigualdad existente que deviene de la posición de poder del demandado, el juez deberá adoptar las medidas necesarias que permitan contar con la prueba suficiente que le permita determinar la vulneración de derechos alegada. Para tal fin, cuenta con su facultad oficiosa para decretar prueba, así como, con los mecanismos de colaboración procesal ya estudiados, de esta manera logrará la igualdad procesal de las partes para acceder a la prueba.

7.3. Aplicación de las reglas de la carga de prueba:

La Corte Constitucional, al revisar casos de acción de protección a través de la acción extraordinaria de protección, ha aplicado en sus sentencias las reglas de carga de la prueba:

En un caso contra una entidad pública no judicial:

[...] Las afirmaciones de las víctimas son ciertas hasta que el accionado no demuestre lo contrario.

²⁸² Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 282-13-JP/19, 04 de septiembre de 2019.

Por tanto, la negativa no se funda en una razón que se pueda justificar legítimamente, tanto más, cuando el legitimado activo, manifiesta, en la audiencia pública (fojas 41), que tiene su domicilio en el inmueble signado de la calle H y calle A principal, ubicada en San Enrique de Velasco, sector el Condado, perteneciente a Cotacollao de esta ciudad de Quito, es decir, dentro del sector comprendido dentro de la línea azul que demuestra el plano de distribución de la Dirección Provincial de Educación Hispana de Pichincha UTE 1 Urbana, situación que de conformidad con el numeral 3 del artículo 86 de la Constitución de la República, se presumen ciertos los fundamentos alegados por la persona accionante cuando la entidad pública requerida no demuestre lo contrario.²⁸³

[...] 82. En este mismo sentido, esta Corte no puede dejar de observar que el Ministerio de Economía y Finanzas, no ha dado respuesta a los requerimientos de información realizados por el juez ponente, aun cuando se ha concedido el plazo adicional solicitado para hacerlo. En consecuencia, esta Corte, en función de la disposición contenida en el cuarto inciso del artículo 16 de la LOGJCC, presume como ciertas las alegaciones relativas al incumplimiento oportuno de las transferencias requeridas al Ministerio de Economía y Finanzas para solventar los pagos a las dializadoras privadas.²⁸⁴

[...] Ni la Secretaría Nacional de Gestión de Riesgos dentro de la acción de protección, ni el actual Servicio Nacional de Gestión de Riesgos y Emergencias dentro de esta acción extraordinaria de protección han proporcionado pruebas para demostrar que se solicitó al Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón San Vicente que declare la utilidad pública del terreno afectado por la obra a su cargo o que se inició por su parte el correspondiente proceso de expropiación, y tampoco para evidenciar que se realizó el pago de justo precio por dicho terreno.

99. Por lo expuesto y considerando que el artículo 16 de la LOGJCC dispone que se presumirán ciertos los hechos de la demanda cuando la entidad pública accionada no demuestre lo contrario, se verifica que el Servicio Nacional de Gestión de Riesgos y Emergencias (anterior, CORPECUADOR), quien era la encargada de la obra pública en cuestión, vulneró el derecho del accionante a la propiedad al no haber declarado por sí mismo o por solicitud al Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón San Vicente, la utilidad pública del terreno afectado y además, porque tampoco pagó el justo precio de dicho terreno. Esto, a pesar de que se encontraba facultado para expropiar de conformidad con los artículos 1 y 58 de la Ley de Contratación Pública vigente a la época de construcción de la obra, en concordancia con el artículo 1 de la Ley 120 o también denominada como Ley de Creación de CORPECUADOR.²⁸⁵

La Corte ha declarado la vulneración al derecho a la seguridad jurídica cuando se han inobservado las reglas de carga probatoria. En un caso de acción de protección donde la accionante aseveró que no fue notificada con el inicio del procedimiento administrativo sancionador y que el acto administrativo era arbitrario, la autoridad demandada no demostró lo contrario, ni desvirtuó las alegaciones de la accionante, al efecto la Corte señaló:

²⁸³ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 133-15-SEP-CC, 29 de abril de 2015.

²⁸⁴ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 16-16-JC/20, 30 de septiembre de 2020.

²⁸⁵ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 176-14-EP/19, 16 de octubre de 2019.

50. Esta Corte Constitucional observa que el órgano jurisdiccional impugnado emitió su sentencia sin considerar los documentos aportados por Blanca Lucinda Ramón Segovia, de los cuales la accionante manifiesta que demostraban la vulneración de sus cargos.

51. Por lo expuesto, este Organismo verifica que los jueces de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha vulneraron el derecho a la seguridad jurídica pues, no consideraron las reglas de carga probatoria y presunción de hechos en la acción de protección inobservando el artículo 16 de la LOGJCC.²⁸⁶

8. Limitaciones de la carga de la prueba

La Corte Constitucional, sobre la carga de la prueba, ha señalado que consiste en un imperativo asignado a las partes para que, a través de los medios de prueba, demuestren los hechos que les corresponda probar, relacionándose de forma directa con los sujetos procesales y su posición en la relación procesal, con las presunciones de derecho que afectan dicha carga y, con la valoración que realice el juez sobre la prueba aportada. Sobre la distribución de la carga de la prueba habrá de tomarse en cuenta a las partes en el proceso y el tipo de materia de la que se trate.²⁸⁷

La reversión de la carga de la prueba no es suficiente para la determinación de vulneración de derechos constitucionales. Debido a que está sometida al principio de subsidiariedad, la carga de la prueba se aplica cuando los hechos objeto de prueba no han sido acreditados.

En los casos que se revierte la carga de la prueba y le corresponde al accionado la carga de probar la no vulneración de derechos, el juez podría verse frente a los siguientes escenarios:

1. Que el accionante o el accionado presenten medios de prueba suficientes sobre los hechos. En este caso, no será necesario aplicar la regla de reversión de carga de la prueba, el juez deberá valorar la prueba practicada y aceptar o negar la demanda.

2. Que el accionante o el accionado presenten medios de prueba, pero resulten insuficientes sobre los hechos planteados. En este caso, se aplicará la presunción legal y tendrá por probados los hechos alegados en la demanda, puesto que le correspondía la carga de la prueba al accionado y este corre con los efectos negativos de no probar.

3. Que el accionado presente pruebas, pero éstas sean insuficientes y no logren desvirtuar la vulneración de derechos alegada. Frente a este escenario el juez aplicará la

²⁸⁶ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 591-15-EP/20, 11 de noviembre de 2020.

²⁸⁷ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 116-13-SEP-CC, 11 de diciembre de 2013.

presunción legal y tendrá por probados los hechos alegados en la demanda, por haber incumplido con su carga de probar.

4. Que el accionado no presente pruebas para desvirtuar la vulneración de derechos alegada. Frente a este escenario el juez aplicará la presunción legal y tendrá por probados los hechos alegados en la demanda, por haber incumplido el accionado su carga de probar.

5. Que el juez haya dispuesto prueba de oficio y esta resulte suficiente para acreditar las alegaciones sobre los hechos. En este caso, no será necesario aplicar la regla de reversión de carga de la prueba, el juez deberá valorar la prueba practicada y aceptar o negar la demanda.

6. Que el juez haya dispuesto prueba de oficio y esta resulte insuficiente para acreditar las alegaciones sobre los hechos. En este caso, el juez aplicará la presunción legal y tendrá por probados los hechos alegados en la demanda, por haber incumplido el accionado su carga de probar.

Cuando por efecto de la presunción legal, el juez deba declarar probados los hechos de la demanda, esto no significa la aceptación automática de la acción. El efecto será la delimitación de los hechos, luego de lo cual corresponde su valoración y la adopción de la decisión correspondiente.

Sobre este tema, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

14. Si bien es cierto que en materia de garantías jurisdiccionales rige la reversión de la carga probatoria, aquello no significa que siempre la presunción de los hechos alegados ocasione la procedencia de la acción. A partir de este principio se presumen ciertos los hechos descritos, pero para que la acción de protección proceda, aquella base fáctica debe acreditar para el juzgador una violación de derechos, pues tal presunción no repercutirá en el resultado final de la acción si los hechos dados como ciertos no evidencian la afectación de derechos constitucionales, como ocurre en este caso.²⁸⁸

De no existir en el proceso elementos de los que se desprenda la vulneración de derechos, pese a la inversión de a carga de la prueba señalada, el juez deberá declarar no probados los hechos sobre la vulneración alegada.

9. La prueba del daño

²⁸⁸ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 1973-14-EP/20, 21 de octubre de 2020, voto concurrente juez Hernán Salgado Pesántez

La prueba del daño no podría ser una carga de la autoridad pública accionada, pues sale de su esfera de potestad, dado que el daño se verifica directamente en las víctimas directas o indirectas de la vulneración de derechos. Si bien, la víctima estaría en mejor posición de aportar medios de prueba sobre el daño, no se puede afirmar que se trate de una carga que deba cumplir y que su incumplimiento le genere un efecto negativo a la víctima, pues el estado está obligado a garantizar sus derechos y evitar su revictimización.

Considerando que “la declaración de violación de derechos, con determinación de las normas constitucionales violadas y del daño, y la reparación integral que proceda”,²⁸⁹ son requisitos de la sentencia que se dicte en la acción de protección, el juez se ve obligado a disponer la prueba que permita determinar el daño causado.

Frente a la ausencia de prueba del daño, el juez deberá disponer prueba de oficio que le permita cumplir la obligación del estado de reparar íntegramente a las víctimas de violación de derechos. Deberá evitar la revictimización, no podrá obligar a la víctima a que participe en la elaboración de algún medio de prueba. Por ejemplo, el juez considera que para el caso es necesario una pericia psicológica que permita determinar el daño causado a la víctima, sin embargo, la víctima se niega a practicarse dicha pericia, el juez deberá valerse de cualquier otro medio que le permita la reparación necesaria.

La importancia de la prueba del daño se relaciona con la posibilidad de identificar las medidas adecuadas de reparación integral a la víctima, mientras el daño se pruebe de manera efectiva, efectiva será la reparación integral que el juez pueda disponer.

10. Valoración de la prueba en la acción de protección

Los jueces de instancia, al conocer de la acción de protección, están obligados a valorar la prueba que fue admitida y practicada. En caso de que no se realice valoración alguna de la prueba aportada al proceso esta actuación es arbitraria y vulnera el derecho a la defensa. Esta falencia determina la falta de examen respecto a la prueba que permita determinar la posible vulneración de derechos. Al no valorar la prueba admitida al proceso se vulnera el derecho a la defensa en la garantía de presentar pruebas, la misma que implica el pronunciamiento expreso de su valoración.²⁹⁰

²⁸⁹ LOGJCC, art. 17 numeral 4.

²⁹⁰ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 1266-16-EP/21, 21 de julio de 2021.

La Corte Constitucional de Ecuador, al analizar los requisitos de la motivación, ha señalado que la motivación es justificación, es argumentar racionalmente para justificar una decisión aplicativa, es exposición de las razones que se han dado por los jueces para mostrar que su decisión es correcta o aceptable, responde a la debida y lógica coherencia de razonabilidad que debe existir entre la pretensión los elementos fácticos, las consideraciones y vinculación de la norma jurídica y la resolución tomada.²⁹¹ Establece que son requisitos de la motivación “la razonabilidad, la lógica y la comprensibilidad”.²⁹² De esta manera la Corte Constitucional incorpora la ley fundamental de coherencia y los principios formales del pensamiento: a) de identidad; b) de contradicción; c) de razón suficiente; y d) de tercero excluido. La Corte Constitucional ha reconocido expresamente la aplicación del sistema de sana crítica racional. Al identificar el análisis de la prueba que deben realizar los jueces al conocer la acción de protección, ha señalado: “[...] En principio, la valoración de la prueba involucra un asunto atinente a la sana crítica de los jueces de instancia respecto a la prueba actuada por las partes procesales”.²⁹³ A esto se suma, la aplicación supletoria del COGEP y del COIP, tornándose obligatoria, en la acción de protección, la aplicación del sistema de sana crítica racional.

En nuestro país, corresponde a los tribunales de segunda instancia y de cierre, tanto en la justicia ordinaria como en la constitucional, la posibilidad de auditar las decisiones a través del control de la motivación, por tanto, el correspondiente control de la aplicación del sistema de valoración probatoria.

11. La motivación de las resoluciones

Se estableció que la motivación de la decisión judicial forma parte del derecho constitucional a la prueba. La Constitución de la República prevé la obligación de motivación de las resoluciones.²⁹⁴ Las resoluciones de los poderes públicos deben estar motivadas, su omisión acarrea la nulidad y la responsabilidad del autor de la omisión. Para la aplicación de las normas jurídicas y sus efectos debe preceder la delimitación de los antecedentes de hecho, es decir, los hechos probados, debiendo la autoridad enunciar

²⁹¹ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 009-14-SEP-CC, 15 de enero de 2014.

²⁹² *Ibid.*

²⁹³ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 022-10-SEP-CC, 11 de mayo de 2010.

²⁹⁴ Constitución del Ecuador, art. 76 numeral 7, literal l).

las normas o principios jurídicos en que se funda y explicar su pertinencia con los hechos probados.

La LOGJCC, establece que “La jueza o juez tiene la obligación de fundamentar adecuadamente sus decisiones a partir de las reglas y principios que rigen la argumentación jurídica. En particular, tiene la obligación de pronunciarse sobre los argumentos y razones relevantes expuestas durante el proceso por las partes y los demás intervinientes en el proceso”.²⁹⁵

La valoración de la prueba es diferente de la motivación. La motivación corresponde a un momento posterior a la valoración, “es donde se ofrecen datos que, en ocasiones, irán más allá de esa valoración, porque el juez intentará con cierta frecuencia justificar su juicio con argumentos que, en realidad, van más allá de la valoración y que, de hecho, nada tiene que ver con la misma, porque simplemente son argumentos sin base real, que simplemente intentan convencer al lector. [...] pero ese tipo de argumentos son los que han podido fundar que la doctrina se inclinara por distinguir entre interpretación y valoración”.²⁹⁶

El control sobre la motivación de las decisiones judiciales permite verificar la correcta valoración de la prueba. En la acción de protección, este control se realiza a través de la apelación y no de la acción extraordinaria de protección, alegando la vulneración del derecho constitucional de motivación.

Requisitos para la motivación en la acción de protección

La Corte Constitucional ha establecido que los juzgadores, al motivar una sentencia de garantías jurisdiccionales, deben: 1. Enunciar las normas o principios jurídicos en que se funda la decisión; 2. Explicar la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho; y, 3. Realizar un análisis para verificar la existencia o no de vulneración a los derechos. Si no se determina la existencia de vulneración a derechos, sino conflictos de índole infraconstitucional, le corresponde al juez determinar cuáles son las vías judiciales ordinarias adecuadas para la solución del conflicto.²⁹⁷

En el caso de las garantías jurisdiccionales, la motivación implica un “análisis para verificar la existencia o no de vulneración a los derechos”,²⁹⁸ se consagra el derecho a la seguridad jurídica cuando la argumentación realizada por los jueces está sustentada

²⁹⁵ LOGJCC, art. 4, numeral 9.

²⁹⁶ Nieva, "La valoración de la prueba", 35.

²⁹⁷ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 1285-13-EP/19, 04 de septiembre de 2019.

²⁹⁸ *Ibíd.*

en el análisis de los derechos constitucionales, se ve afectada la esfera de protección constitucional de este derecho cuando los jueces “ignoran su calidad de juzgadores constitucionales y resuelven una acción de protección sin analizar la posible vulneración de derechos constitucionales, desnaturalizando su objeto y usándola para resolver cuestiones de otra naturaleza que tienen sus propios mecanismos judiciales adecuados.²⁹⁹ Para que la motivación se debida, los jueces deben examinar pormenorizadamente si ha existido afectación de los derechos constitucionales alegados, solo así, concluir que la acción de protección no es la vía adecuada ni eficaz para la reclamación.³⁰⁰

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido como requisito de la motivación, la congruencia argumentativa. Está presente cuando la decisión judicial se estructura lógicamente, guardando la debida coherencia y relación entre los alegatos de las partes y las normas jurídicas aplicadas. Los criterios jurídicos expuestos en la decisión tienen un hilo conductor con los argumentos puestos en conocimiento del operador de justicia. De este modo, el fallo es coherente entre las premisas fácticas (causas), las disposiciones aplicadas al caso concreto (normas), la conclusión y decisión final del proceso.³⁰¹ En definitiva, la congruencia argumentativa implica que el juez conteste motivadamente, al menos, los argumentos relevantes alegados por las partes.³⁰²

El juez al motivar una decisión judicial en acción de protección, deberá:

1. Enunciar las normas o principios jurídicos en que se funda la decisión;
2. Explicar la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho;
3. Realizar un análisis para verificar la existencia o no de vulneración a los derechos constitucionales alegados;
4. Si determina que no existe vulneración de derechos constitucionales, sino conflictos de índole infraconstitucionales, determinará cuáles son las vías judiciales ordinarias adecuadas para la solución del conflicto;
5. Presentar congruencia argumentativa que implica que el juez conteste motivadamente, al menos, los argumentos relevantes alegados por las partes.

La falta de motivación como garantía constitucional, se presenta como: i) inexistencia de motivación, cuando existe una ausencia completa de argumentación de la decisión; y ii) insuficiencia de motivación, cuando se incumplen los criterios que nacen

²⁹⁹ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 1357-13-EP/20, 08 de enero de 2020.

³⁰⁰ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 342-13-EP/20, 29 de enero de 2020.

³⁰¹ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 609-11-EP, 28 de agosto de 2019.

³⁰² Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 2344-19-EP/20, 24 de junio de 2020.

de la propia Constitución como la coherencia, congruencia y/o pertinencia, al punto que no permiten su comprensión efectiva.³⁰³

La motivación es la exteriorización de la aplicación de los principios de la lógica y de la argumentación jurídica dentro de la decisión judicial, permitiendo su posterior revisión.

12. Facultad de los órganos de justicia para revisar la valoración de la prueba dentro de la motivación de las decisiones judiciales

La Corte Constitucional ha delimitado la facultad de los órganos de justicia para revisar la valoración de la prueba dentro de la motivación de las decisiones judiciales, estableciendo las siguientes reglas:

[...] Lo relacionado con la debida o indebida valoración de la prueba dentro de un proceso, es facultad de conocimiento, valoración y resolución de los órganos jurisdiccionales ordinarios, no concerniendo a esta Corte Constitucional, por la naturaleza extraordinaria de la acción, pronunciarse en ese sentido.³⁰⁴

47. Es imperante reiterar que el análisis de motivación de las decisiones judiciales que debe realizar este organismo no guarda relación alguna con la selección, interpretación y aplicación de las leyes al caso concreto, puesto que esto corresponde en exclusiva a los jueces y tribunales ordinarios. La garantía de la motivación no incluye un derecho al acierto o a la corrección jurídica de las resoluciones judiciales.³⁰⁵

19.2. También se debe descartar que el examen del cumplimiento de la garantía constitucional de motivación permita a esta Corte verificar la corrección de la motivación de la providencia impugnada. Si bien tal motivación puede adolecer de incorrecciones o imperfecciones, la labor de esta Corte se debe limitar, en este caso (en atención a los cargos formulados), a establecer el cumplimiento o no de los elementos mínimos de la garantía de motivación, a la luz de la Constitución. De lo contrario, cualquier vulneración de una norma jurídica sería también una vulneración de la garantía de la motivación.³⁰⁶

[...] Lo que debe dilucidarse en esta sentencia [de acción extraordinaria de protección] es si esta segunda motivación (judicial) fue o no suficiente...

39. Sin embargo, no se debe confundir el deber de todo órgano jurisdiccional de motivar correctamente sus decisiones, materia de los diferentes recursos del sistema procesal, de la garantía constitucional de la motivación, que se refiere, solo, a motivar suficientemente dichas decisiones, entre otros fines, precisamente para hacer posible dicho control.³⁰⁷

De la jurisprudencia citada se extraen las siguientes reglas:

³⁰³ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 1236-14-EP/20, 21 de febrero de 2020.

³⁰⁴ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 785-13-EP/19, 23 de octubre de 2019.

³⁰⁵ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 274-13-EP/19, 18 de octubre de 2019.

³⁰⁶ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 1442-13-EP/20, 24 de junio de 2020.

³⁰⁷ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 1906-13-EP/20, 05 de agosto de 2020.

1. La facultad para controlar la debida o indebida valoración de la prueba dentro de un proceso judicial, corresponde a los órganos jurisdiccionales ordinarios, a través de los diferentes recursos del sistema procesal.

2. La garantía de la motivación constitucional no incluye el derecho al acierto o a la corrección jurídica de las resoluciones judiciales, sino, establecer el cumplimiento o no de los elementos mínimos de la garantía de motivación, esto es, su suficiencia, en los términos establecidos en la Constitución.

3. El control de la garantía constitucional de la motivación, que se refiere, solo, a motivar suficientemente dichas decisiones, entre otros fines, corresponde a la Corte Constitucional a través de la acción extraordinaria de protección.

Conclusiones

La presente investigación sobre la prueba en la acción de protección tuvo su génesis en la problemática práctica que se presenta en los procesos de acción de protección en los juzgados de Quito. ¿Qué probar?, ¿cuándo probar?, ¿cómo probar?, ¿a quién le corresponde probar?, ¿qué medios utilizar?, ¿cuándo declarar que tal afirmación o negación está probada?, son varias de las preguntas planteadas.

Desde el punto de vista como operador de justicia, una de las situaciones comunes en estos casos es la falta de aportación de prueba por parte de los accionantes, es común ver demandas llenas de citas normativas constitucionales, jurisprudencia sobre derechos, pero huérfana de hechos claros y sobre todo de prueba, llena de pretensiones y alegaciones de vulneración de todos los derechos posibles, fundamentados en un falso entendimiento de la reversión de la carga de la prueba en esta garantía.

Por otro lado, jueces que fuimos educados con una visión de observancia irrestricta de la ley, acostumbrados a su aplicación, sin importar su validez material; un proceso judicial, lleno de rigorismos, el medio para adoptar una decisión al menos formal.

Los jueces, acostumbrados a aplicar el derogado Código de Procedimiento Civil, ahora el publicitado Código General de Procesos y la LOGJCC en garantías jurisdiccionales, sin que en el ámbito de prueba se regule de manera exhaustiva su práctica lo que ha provocado que se apliquen las normas procesales que regulan este tema en el COGEP, sin perjuicio de que no exista similitud entre los procedimientos que este regula y los de garantías jurisdiccionales. De esta manera la tutela de derechos se torna letra muerta.

En este escenario, en 2008 se promulgó la Constitución vigente que tiene una visión garantista de derechos. Cómo garantizar derechos con normas procesales extremadamente rígidas. Un medio válido para la tutela es vía interpretación y argumentación. Las normas procesales se deben interpretar a la luz de la Constitución y el juez debe motivar sus decisiones para lo cual deberá ser capaz de argumentar.

La jurisprudencia de la última Corte Constitucional ha realizado un arduo trabajo a fin de resolver los casos represados por años y ha resuelto temas de gran importancia, sin embargo, poco es el aporte en el tema de prueba, creando confusión como en la aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba.

La aplicación de la acción de protección es por si misma problemática. La tutela de derechos es posible por vía ordinaria y por vía constitucional, la vía ordinaria debido a su amplia historia e instituciones clásicas prevé la protección de todos los derechos. Las garantías jurisdiccionales tutelan los mismos derechos. La pregunta que salta a la vista es cómo diferenciarlas, es un gran problema de las garantías jurisdiccionales que se ha ido aclarando aparentemente pues entre lo legal y constitucional no hay líneas delimitadoras definitivas, dependerá de cada caso en concreto. Una diferencia importante es que a través de las garantías jurisdiccionales no se pueden declarar la titularidad de un derecho.

La tutela de derechos obliga una visión diferente de los operadores de justicia, salir del formalismo, salir de la zona de confort, ponerse en los zapatos de las víctimas, considerar la desigualdad existente, el poder que se ejerce a través del estado en perjuicio de los más débiles. Una muestra clara es que desde la vigencia de la Constitución se rechazaban a granel las acciones de protección declarando su inadmisibilidad a través de causales que luego de cinco años la Corte Constitucional³⁰⁸ aclaró son causales de procedencia.

La ordinarización de las garantías jurisdiccionales es otro problema. Es natural que, frente a la excesiva demora en la tramitación de un proceso en la justicia ordinaria, las personas intenten la vía constitucional para la tutela de sus derechos, por ser más rápida. Más allá de los problemas, este trabajo pretendía aportar algunos elementos de juicio que servirán de fundamento para la práctica de la prueba en la acción de protección. Al final lo importante es la adecuada tutela de derechos en escenarios de frecuente abuso del poder.

La acción de protección es un mecanismo que debe resultar efectivo y eficaz para la tutela de los derechos, a través de un procedimiento sencillo y rápido. Sin embargo, ningún procedimiento por rápido y sencillo que sea, será efectivo y eficaz si para la decisión, el juez no cuenta con prueba suficiente sobre los hechos, de ahí que ha que se buscó analizar todas las posibilidades procesales que lo permitan.

El procedimiento establecido para la acción de protección es breve, lo que dificulta la obtención de pruebas de instituciones públicas cuyos procedimientos burocráticos son demasiado lentos en comparación con los tiempos establecidos para resolver estas garantías. La rapidez no implica efectividad. La reversión de la carga de la prueba no es un mecanismo suficiente para que el juez pueda tener convicción o certeza

³⁰⁸ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 102-13-SEP-CC, 04 de diciembre de 2013.

sobre los hechos, ¿cómo tener certeza de hechos que no han sido establecidos de manera inteligible en la demanda?

El procedimiento de acción de protección no es el medio para revisar todo un expediente administrativo. A través de esta pretensión, las partes procesales salen a la caza de la prueba que les favorezca, llenan el expediente de documentos sin determinar su pertinencia con la alegación de vulneración de derechos, dejando que el juez en un proceso de resolución inmediata revise montones de documentos generados en procedimientos administrativos, pretendiendo replicar lo que sucede en los Tribunales Contencioso Administrativos.

¿Y la prueba sobre el daño? Es importante preguntarse cómo el juez debe reparar íntegramente los derechos si no cuenta con prueba sobre el daño, el parámetro establecido por la Corte ha sido la inventiva que tenga el juez. Un juez con más inventiva reparará más que otro que no la tenga.

Este tipo de escenarios frente a la ausencia de jurisprudencia constitucional sobre la prueba en la acción de protección han determinado una gama pintoresca de actuaciones judiciales en las que la aplicación de normas procesales reguladas por el COGEP prima en los procesos de garantías jurisdiccionales, desconociendo la gran diferencia que existe con los procesos ordinarios regulados por este cuerpo normativo. Por ejemplo, no es posible aplicar la preclusión en un proceso de garantías jurisdiccionales donde de manera expresa se excluye su uso.

Dentro de la acción de protección los jueces deben actuar de forma activa, encontrándose facultados para la aplicación del derecho no alegado, recabar prueba de oficio, disponer la reparación integral de la víctima más allá de la pretensión, verificar el total cumplimiento de la sentencia, entre las principales.

Debido a la situación de desventaja frente al estado o frente al particular en situación de poder que se encuentra la posible víctima, el juez está obligado a tutelar su derecho a la prueba a través de la aplicación del principio de colaboración procesal y la utilización de los apremios para hacer efectivos sus mandatos, logrando contar con prueba suficiente para la adopción de su resolución. El enfoque de los jueces dentro del estado constitucional de derechos requiere de su mayor participación en el proceso judicial.

Esta visión de la actividad probatoria de los jueces en los procesos de garantías jurisdiccionales se relaciona con la obligación de la debida diligencia que exige jueces activos en la protección de derechos, sin necesidad del impulso de las partes, salvo el

ejercicio de acción, por tanto, los jueces se ven obligados a realizar la actividad procesal necesaria hasta la resolución y ejecución de la decisión.

En materia de la acción de protección, la concepción de la prueba es objetiva, como instrumento de conocimiento, se basa sobre información real, aportada al proceso, por su naturaleza verificable, concepción que se identifica con el sistema de valoración de la sana crítica racional que reconoce nuestro ordenamiento jurídico.

No caben dudas en cuanto a que se revierte la carga de la prueba cuando la demanda se dirige en contra autoridad pública no judicial. Para los casos en que el accionado es un particular, se revierte la carga de la prueba al accionado, por tanto, “se presumirán ciertos los hechos” en los casos de discriminación o violaciones a los derechos del ambiente o de la naturaleza”. En los demás casos se mantiene la regla clásica de carga de la prueba por la cual le corresponde al accionado. La regla de la reversión de la carga de la prueba está sometida al principio de subsidiariedad, esta regla se aplica cuando los hechos objeto de prueba no han sido acreditados.

La Corte Constitucional al aseverar que es aplicable la carga dinámica de la prueba, sin explicar en qué escenarios sería factible su aplicación, ni aportar mayores elementos que den luces sobre esta afirmación, generó confusión. La Constitución ni la legislación procesal reconocen como facultad de los jueces la de establecer reglas sobre las cargas de la prueba, apartándose de las señaladas en la Constitución y en la ley; tampoco, la Corte Constitucional ha establecido los supuestos bajo los cuales sería aplicable esta teoría, cuya sola mención no es suficiente para su aplicación. No se puede vulnerar la seguridad jurídica con el argumento de tutelar derechos, al menos cuando se verifica que el fin no se consigue de esa forma. No observar las normas sobre carga de la prueba en materia de garantías jurisdiccionales dejando a criterio del juez los casos en los que las han de modificar, tornan arbitraria la aplicación del derecho.

Bibliografía

- Andrade Ubidia, Santiago. *La casación civil en el Ecuador: doctrina, análisis de la Ley, su aplicación por las salas de lo civil y mercantil de la Corte Suprema de justicia, posibles reformas*. 1ra. ed. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar: Andrade & Asociados, Fondo Editorial, 2005.
- Ávila Santamaría, Ramiro. *El neoconstitucionalismo transformador: el estado y el derecho en la Constitución de 2008*. Editado por Alberto Acosta y Esperanza Martínez. Primera edición. Quito: Abya-Yala, Universidad Politécnica Salesiana : Universidad Andina Simón Bolívar, 2011.
- . *Los derechos y sus garantías: ensayos críticos*. Quito, Ecuador: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012.
- Benavides Ordóñez, Jorge. "Un repaso a la teoría general de los derechos fundamentales". En *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, editado por Jorge Benavides Ordóñez y Jhoel Escudero Soliz, 73-98. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, Centro de estudios y difusión, 2013.
- Devis Echandía, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*. Bogotá: Temis, 2002.
- . *Teoría general del proceso aplicable a toda clase de procesos*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2004.
- Fernández Ruiz, Jorge. *Derecho administrativo*. Primera edición. Biblioteca Constitucional. Serie grandes temas constitucionales. Ciudad de México: Secretaría de Gobernación: Secretaría de Cultura, Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2016.
- Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Traducido por Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. 7. ed. Colección Estructuras y procesos Serie Derecho. Madrid: Trotta, 2010.
- Ferrajoli, Luigi, y Mauro Barberis. *Los derechos y sus garantías: conversación con Mauro Barberis*. Madrid: Trotta, 2016.
- Ferrer Beltrán, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007.
- . *Prueba y verdad en el Derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2005.

- Garzón Cárdenas, Ricardo. *PONDERACIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES (I PARTE): DOS APROXIMACIONES CONCEPTUALES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES*. Sílex Centro de Formación (blog), 22 de diciembre de 2020. <https://www.si-lex.es/ponderacion-y-derechos-fundamentales-i-parte>.
- Gascón Abellán, Marina, y Alfonso García Figueroa. *Interpretación y argumentación jurídica*. San Salvador, El Salvador: Programa de Apoyo a la Reforma del Sistema de Justicia, 2004.
- Gozáíni, Osvaldo Alfredo. *Introducción al derecho procesal constitucional*. Talcahuano: Rubinzal-Culzoni Editores, 2006.
- Guerrero del Pozo, Juan Francisco. *Las Garantías Jurisdiccionales Constitucionales en el Ecuador*. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2020.
- Häberle, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la ley fundamental de Bonn*. Dykinson constitucional. Madrid: Dykinson, 2003.
- Landa, César. "Justicia constitucional y derechos fundamentales: fuerza normativa de la constitución: 2010". En *La fuerza normativa de la Constitución*, editado por Claudio Nash y Víctor Bazán, 17-42. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos : Fundación Konrad Adenauer. Accedido 26 de marzo de 2021. <http://libros.uchile.cl/381>.
- "Ley Fundamental de Bonn.pdf". Accedido 28 de marzo de 2021. <https://personal.us.es/juanbonilla/contenido/FAYUE/MATERIALES/LEY%20FUNDAMENTAL%20DE%20BONN.pdf>.
- Lluch, Xavier Abel. "Estándares de Prueba y Reglas de la Sana Crítica". En *Derecho procesal y perspectiva científica de la prueba*, 89-120. Barranquilla: Ediciones Universidad Simón Bolívar, 2015. <https://bonga.unisimon.edu.co/handle/20.500.12442/1137>.
- . *La dosis de prueba: entre el common law y el civil law*. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, No. 35, 15 de noviembre de 2012: 173. <https://doi.org/10.14198/DOXA2012.35.08>.
- Lozada Prado, Alí, y Catherine Ricaurte Herrera. "Argumentación en materia de hechos". En *Manual de Argumentación Constitucional, propuesta de un método*, 1ª ed., 69-90. Cuadernos de Trabajo 5. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2015.
- Nieva Fenoll, Jordi. *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010.
- Nieva Fenoll, Jordi, Jordi Ferrer Beltrán y Leandro Giannini. *Contra la carga de la Prueba*. Madrid: Marcial Pons. 2019.

- Pacheco Samayoa, José Pablo. *Introducción al derecho probatorio*. Primera edición. Cuaderno de estudio 142. Guatemala: Universidad Rafael Landívar. Instituto de Investigación y Estudios Superiores en Ciencias Jurídicas y Sociales (IIJ/URL), 2017.
- Parra Quijano, Jairo. *Manual de derecho probatorio*. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional, 2007.
- Peña Ayazo, Jairo Iván. *Prueba judicial: análisis y valoración*. Primera edición. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2008.
- Pérez Luño, Antonio Enrique. *La tercera generación de derechos humanos*. 1. ed. The Global law collection. Legal Studies Series. Cizur Menor, Navarra: Universidad de Navarra, Garrigues Cátedra: Thomson/Aranzadi, 2006.
- Pérez Royo, Javier. *Curso de derecho constitucional*. 7. ed. Manuales universitarios. Madrid: Marcial Pons, 2000.
- Simon Campaña, Farith. "La noción derechos fundamentales", en la *jurisprudencia de la autodenominada Corte Constitucional ecuatoriana*. Iuris Dictio 9, No. 13, 01 de septiembre de 2010. <https://doi.org/10.18272/iu.v9i13.690>.
- Storini, Claudia. *Las garantías de los derechos en las constituciones de Bolivia y Ecuador*. Foro, Revista de Derecho, No. 14, 2010: 103-38.
- Storini, Claudia, y Marco Navas. *La acción de protección en Ecuador: realidad jurídica y social*. Nuevo derecho ecuatoriano 3. Quito, Ecuador: Corte Constitucional del Ecuador: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2013.
- Taruffo, Michele. *La prueba de los hechos*. Traducido por Jordi Ferrer Beltrán. Derecho. Madrid: Trotta, 2011.
- . *Consideraciones sobre prueba y verdad*. Universidad Carlos III de Madrid. Instituto Bartolomé de las Casas: Boletín Oficial del Estado, 2002. <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/1523>.
- Uriarte Codón, Aner. "La inversión de la carga de la prueba". En *Objeto y carga de la prueba civil*, editado por Xavier Abel Lluch y Joan Picó i Junoy, 101-28. Barcelona: Bosch, 2007.
- Vargas Meléndez, Rikell. *LA PRUEBA PENAL: Estándares, razonabilidad y valoración*. Primera edición. Lima: Instituto Pacífico, 2019.
- Vázquez Rojas, Carmen. *De la prueba científica a la prueba pericial*. Madrid: Marcial Pons, 2015.

Vecchi, Diego Dei. *Acerca de la fuerza de los enunciados probatorios: el salto constitutivo*. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho 0, No. 37, 15 de noviembre de 2014: 237-61. <https://doi.org/10.14198/DOXA2014.37.13>.

Leyes nacionales

Ecuador. *Código Civil (Codificación)*, Registro Oficial 46, Suplemento, 24 de junio de 2005.

———. *Código Orgánico de la Función Judicial*, Registro Oficial 544, Suplemento, 09 de marzo de 2009.

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

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

———. *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Registro Oficial 52, Segundo Suplemento, 22 de octubre de 2009.

———. *Código Orgánico Administrativo*, Registro Oficial 31, Suplemento, 07 de julio de 2017.

———. *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014.

Sentencias nacionales:

Ecuador, Corte Constitucional. Sentencia 2064-14-EP/21. 27 de enero de 2021.

———. Sentencia No. 001-16-PJO-CC. 22 de marzo de 2016.

———. Sentencia No. 008-13-SIN-CC. 13 de junio de 2013.

———. Sentencia No. 009-14-SEP-CC. 15 de enero de 2014.

———. Sentencia No. 11-18-CN/19. 12 de junio de 2019.

———. Sentencia No. 0016-13-SEP-CC. 16 de mayo de 2013.

———. Sentencia No. 016-14-SIS-CC. 06 de agosto de 2014.

———. Sentencia No. 16-16-JC/20. 30 de septiembre de 2020.

———. Sentencia No. 020-14-SIS-CC. 07 de octubre de 2014.

———. Sentencia No. 022-10-SEP-CC. 11 de mayo de 2010.

———. Sentencia No. 53-11-SEP-CC. 15 de diciembre de 2011.

———. Sentencia No. 66-15-JC/19. 10 de septiembre de 2019.

———. Sentencia No. 068-12-SEP-CC. 27 de marzo de 2012.

———. Sentencia No. 080-13-SEP-CC. 09 de octubre de 2013.

———. Sentencia No. 085-12-SEP-CC. 29 de marzo de 2012.

- . Sentencia No. 102-13-SEP-CC. 04 de diciembre de 2013.
- . Sentencia No. 115-14-SEP-CC. 06 de agosto de 2014.
- . Sentencia No. 116-13-SEP-CC. 11 de diciembre de 2013.
- . Sentencia No. 126-14-SEP-CC. 14 de agosto de 2014.
- . Sentencia No. 133-15-SEP-CC. 29 de abril de 2015.
- . Sentencia No. 141-14-EP/20. 22 de julio de 2020.
- . Sentencia No. 141-14-SEP-CC. 24 de septiembre de 2014.
- . Sentencia No. 146-14-SEP-CC. 01 de octubre de 2014.
- . Sentencia No. 147-12-SEP-CC. 17 de abril de 2012.
- . Sentencia No. 175-14-SEP-CC. 15 de octubre de 2014.
- . Sentencia No. 176-14-EP/19. 16 de octubre de 2019.
- . Sentencia No. 179-13-EP/20. 04 de marzo de 2020.
- . Sentencia No. 274-13-EP/19. 18 de octubre de 2019.
- . Sentencia No. 282-13-JP/19. 04 de septiembre de 2019.
- . Sentencia No. 307-10-EP/19. 09 de julio de 2019.
- . Sentencia No. 342-13-EP/20. 29 de enero de 2020.
- . Sentencia No. 529-14-EP/20. 08 de julio de 2020.
- . Sentencia No. 591-15-EP/20. 11 de noviembre de 2020.
- . Sentencia No. 609-11-EP. 28 de agosto de 2019.
- . Sentencia No. 621-12-EP/20. 11 de marzo de 2020.
- . Sentencia No. 639-19-JP/20. 21 de octubre de 2020.
- . Sentencia No. 708-16-EP/2021. 27 de enero de 2021.
- . Sentencia No. 758-15-EP/20. 05 de agosto de 2020.
- . Sentencia No. 785-13-EP/19. 23 de octubre de 2019.
- . Sentencia No. 845-15-EP/20. 12 de agosto de 2020.
- . Sentencia No. 1068-13-EP/20. 22 de julio de 2020.
- . Sentencia No. 1116-13-EP/20. 18 de noviembre de 2020.
- . Sentencia No. 1236-14-EP/20. 21 de febrero de 2020.
- . Sentencia No. 1285-13-EP/19. 04 de septiembre de 2019.
- . Sentencia No. 1357-13-EP/20. 08 de enero de 2020.
- . Sentencia No. 1442-13-EP/20. 24 de junio de 2020.
- . Sentencia No. 1679-12-EP/20. 15 de enero de 2020.
- . Sentencia No. 1754-13-EP/19. 19 de noviembre de 2019.
- . Sentencia No. 1906-13-EP/20. 05 de agosto de 2020.

- . Sentencia No. 1973-14-EP/20. 21 de octubre de 2020.
- . Sentencia No. 2344-19-EP/20. 24 de junio de 2020.
- . Sentencia No. 004-13-SAN-CC. 13 de junio de 2013.
- . Sentencia No. 354 17-SEP-CC. 27 de octubre de 2017.
- . Sentencia No. 1266-16-EP/21. 21 de julio de 2021.
- . Sentencia No. 687-13-EP/20. 30 de septiembre de 2020.
- . Sentencia No. 505-16-EP/21. 17 de marzo de 2021.
- . Sentencia No. 2428-16-EP/21. 02 de junio de 2021.
- . Sentencia No. 40-18-IS/20. 14 de octubre de 2020.
- . Sentencia No. 0009-10-SEP-CC. 08 de abril de 2010.

Sentencias internacionales:

- Corte IDH. "Sentencia de 27 de junio de 2012 (Fondo y Reparaciones)". *Caso pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. 27 de junio de 2012. https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf.
- . "Sentencia de 30 de mayo de 1999 (Fondo, Reparaciones y Costas)". *Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú*. 30 de mayo de 1999. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_52_esp.pdf