



UNIVERSIDAD DE OTAVALO

MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL

**“LA PRUEBA EN EL PROCEDIMIENTO CONSTITUCIONAL DE LA ACCIÓN
DE PROTECCIÓN”**

**PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL GRADO DE MAGÍSTER EN DERECHO
CONSTITUCIONAL**

AUTOR: Ab. Salas Villacrés Juan Carlos

TUTOR DE CONTENIDOS: Dr. Santiago Machuca

TUTOR DE METODOLOGÍA: Dr. Frank Mila

Otavalo, agosto de 2020

DECLARACIÓN

Yo, JUAN CARLOS SALAS VILLACRÉS, declaro bajo juramento que el presente trabajo de titulación **“LA PRUEBA EN EL PROCEDIMIENTO CONSTITUCIONAL DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN”**, es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para la obtención del título de Magíster en Derecho Constitucional de la Universidad de Otavalo.

Cedo a la Universidad de Otavalo los derechos exclusivos de reproducción, comunicación, distribución y divulgación total o parcial de esta obra, siempre y cuando no se lo haga con fines de beneficio económico.

Declaro que, en caso de presentarse algún reclamo de terceros sobre derechos de autoría de esta obra, yo asumiré toda responsabilidad legal frente a la universidad y terceros.

Ab. JUAN CARLOS SALAS VILLACRÉS
C.C. 100150688-8

AGRADECIMIENTO

Agradezco el presente Trabajo de Investigación, primeramente a Dios que ha sido el sostén en todas las etapas de mi vida, el que me ha otorgado la sabiduría para culminar este reto académico, agradezco también a mi esposa Martha Lucía y a mi hijo Juan Francisco, quienes han sido el apoyo durante todo el tiempo que dedique a mis estudios, pues ellos sin egoísmo alguna entendieron y sacrificaron el tiempo de familia que pudimos haber compartido; a mi Padre Segundo Marcelo y a mi madres María Luisa, quienes nunca desconfiaron de mi capacidad y siempre me han apoyado en mis proyectos académicos; a mis hermanos Julio Marcelo y José Luis; como como no agradecer a mis compañeros de lucha Jamileth, Diana, Diego, Marcela y Karina, quienes fueron los compañeros de lucha durante todo el tiempo de formación.; a la Universidad de Otavalo por permitirnos ampliar nuestros conocimientos para ser mejores profesionales y servir a nuestra sociedad con conocimiento de causa.

DEDICATORIA

La presente investigación la dedico a Dios, que es, ha sido y será el que gobierna mi vida, el que me permite levantarme todos los días de mi vida pensando en el gran amor que nos tiene; dedico este trabajo a mi esposa e hijo, quienes durante toda mi vida que he compartido con ellos han sido mi apoyo y el pilar donde concentro mi esfuerzo y mis deseos de ser un mejor ser humano.

RESUMEN

La Acción de Protección es una Garantía Jurisdiccional que se ha convertido en una interesante y peculiar herramienta constitucional y jurídica del ordenamiento ecuatoriano, para garantizar la no violación de derechos por acciones u omisiones por parte del estado así como de particulares. La presente investigación tiene como finalidad realizar un estudio de la prueba en el procedimiento de la Garantía Jurisdiccional denominada Acción de Protección, se plantea como objetivo: Analizar la prueba en el procedimiento de la Acción de Protección, previamente realizando un análisis de la prueba de los procesos jurisdiccionales, para luego hacer un estudio sobre la regulación de la prueba en materia no constitucional y constitucional, para finalmente aterrizar en un análisis de la prueba en los procedimientos referentes a la Acción de Protección. La situación problemática nace de la interrogante: ¿Cómo se regula la Prueba en el procedimiento de la Acción de Protección?, y se concluye que el Art. 16 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional regula la prueba de manera general a prueba en razón del Procedimiento de la Acción de Protección y además la importancia de conocer la importancia de la prueba frente al hecho de probar una violación o no de un derecho constitucional.

Palabras Clave: Garantía, Acción de Protección, prueba.

ABSTRACT

The Protection Action is a Jurisdictional Guarantee that has become an interesting and peculiar constitutional and legal tool of the Ecuadorian system, to guarantee the non-violation of rights by actions or omissions by the state as well as individuals. The purpose of this investigation is to carry out a study of the evidence in the procedure of the Jurisdictional Guarantee called Protection Action, the objective is to: Analyze the evidence in the Protection Action procedure, previously carrying out an analysis of the evidence of the jurisdictional processes, to then make a study on the regulation of evidence in non-constitutional and constitutional matters, to finally land on an analysis of the test in the procedures referring to the Protection Action. The problematic situation arises from the question: How is Evidence regulated in the Protection Action procedure?, and it is concluded that Art. 16 of the Organic Law of Jurisdictional Guarantees and Constitutional Control regulates evidence in a general way to evidence due to the Protection Action Procedure and also the importance of knowing the importance of the proof compared to the fact of proving a violation or not of a constitutional right.

Key Words: Guarantee, Protection Action, proof.

ÍNDICE

DECLARACIÓN	I
AGRADECIMIENTO	III
DEDICATORIA	IV
RESUMEN	V
ABSTRACT	VI
INTRODUCCIÓN	8
CAPÍTULO I	10
MARCO TEÓRICO	10
1.1- ANTECEDENTES Y SITUACIÓN PROBLÉMÁTICA	10
1.1.1.- ANTECEDENTES.....	10
1.1.2.- BASES TEÓRICAS.....	12
1.1.2.1.- TEORÍA DE LAS GARANTÍAS JURISDICCIONALES.....	13
1.1.2.2.- TEORÍA GENERAL DE LA PRUEBA.....	15
1.1.2.3. LA PRUEBA EN MATERIA CONSTITUCIONAL.....	18
1.1.3. SITUACIÓN PROBLEMÁTICA.....	19
1.1.4.- FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	21
1.2. OBJETIVOS	23
1.2.1. OBJETIVO GENERAL. -.....	23
1.2.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS. -.....	23
CAPÍTULO II	24
MARCO METODOLÓGICO	24
2.1. Enfoque de la investigación	24
2.2. Tipo de investigación	24
2.2.1. Nivel descriptivo.....	24
2.2.2. Diseño documental.....	24
2.2.3.- Método dogmático jurídico.....	25
2.3. Técnicas e instrumentos de recolección de información	25
CAPÍTULO III	27
3.1.- Presentación de Resultados	27
3.2.- Análisis e interpretación de resultados	30
3.2.1.- LA PRUEBA EN LOS PROCESOS JURISDICCIONALES.....	30
3.2.1.1.- La institución procesal de la prueba.....	30
3.2.1.2.- Objeto de la prueba.....	32
3.2.1.3.- Finalidad de la prueba.....	34
3.2.1.4.- La prueba como garantía del Derecho a la Defensa.....	37

3.2.1.5.- Criterios de Valoración de la prueba	38
3.2.1.5.1.- La íntima convicción	39
3.2.1.5.2.- La tarifa legal.....	39
3.2.1.5.3.- La sana crítica.....	41
3.2.2.- LA PRUEBA EN LOS PROCESOS JURISDICCIONALES EN MATERIA NO CONSTITUCIONALES Y CONSTITUCIONALES.....	43
3.2.2.1.- La prueba en los procesos jurisdiccionales en materias no penales	43
3.2.2.2.- La prueba en los procesos jurisdiccionales en materia Penal.....	47
3.2.2.3.- La prueba en materia constitucional.....	51
3.2.2.3.1.- Antecedentes.....	51
3.2.3.2.2- Particularidades de la prueba en materia constitucional.....	52
3.2.3.2.2.1.- Definición.....	52
3.2.3.2.2.2.- Objeto de la prueba en materia constitucional	54
3.2.3.2.2.3.- Finalidad de la prueba en materia constitucional	55
3.2.3.2.2.4.- Principios	57
3.2.3.2.2.5.- Mecanismos de valoración	61
3.2.3.2.3.- Ámbito Normativo.....	63
3.2.3.2.5.- Ámbito Jurisprudencial	68
3.2.3.- LA PRUEBA EN LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN.....	72
3.3.3.1.- Introducción.....	72
3.2.3.2.- Antecedentes de la Acción de Protección.....	75
3.2.3.3.- Definición de la Acción de Protección.....	76
3.2.3.4.- Las Características de la Acción de Protección.....	77
3.2.3.5.- La Admisibilidad en la Acción de Protección.....	80
3.2.3.6.- La prueba en la acción de protección	83
3.2.3.7.- La prueba como garantía del debido proceso en la Acción de Protección. 85	
CAPÍTULO IV	92
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	96
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	100

INTRODUCCIÓN

La Acción de Protección es una garantía jurisdiccional que se encuentra desarrollada a partir de la Constitución del 2008 y desarrollado su procedimiento en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009), a partir del Art. 39 de la ley ante citada, más, sin embargo, el ejercicio de la prueba se encuentra desarrollado de manera general en el Art. 16 de La ley antes enunciada. Los medios de prueba dentro de la garantías jurisdiccionales en materia constitucional no tiene un adecuado desarrollo que permita hacer una correcto ejercicio de la carga probatoria, lo cual causa inconvenientes al momento de hacer prueba en la audiencia oral pública y contradictoria, pues de la experiencia como Abogado Litigante en materia constitucional, los sujetos intervinientes esto es el accionado, el accionante y el Juez constitucional, equivocan los momentos de prueba descritos en el Art. 16 ya indicado; pues en este hay tres momentos la carga de la prueba por parte del accionante, la reversión de la carga de la prueba y la prueba solicitada por el Juez constitucional para mejor resolver.

Referir y hacer énfasis, que si bien es cierto existe la ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009), misma que a partir del Art. 39 determina que la Acción de Protección tiene por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos constitucionales, mientras que el Art. 16 determina los momento de la prueba, mismos que tiene que ser debidamente propuestos, pues los mecanismos probatorios son el medio para identificar una eventual vulneración o violación de un derecho, por un acto u omisión de la parte accionada.

La acción de protección se ha convertido en una herramienta procesal eficaz que permite realizar un procedimiento ante una eventual violación de derechos constitucionales, es importante también mencionar que la misma carta magna en el Art. 86 determina la

informalidad, la sencillez y la eficacia de ésta Garantía Jurisdiccional, establece el origen y la vigencia de las garantías a los derechos fundamentales, el avance normativo, la influencia entre el derecho natural y el positivismo, y los sistemas jurídicos de oriente y occidente, ante la realidad social para su eficacia, es ahí efectivamente donde la carga probatoria de los sujetos que intervienen en los procedimientos que nacen de un Acción de Protección, juega el papel más relevante ante una violación de un derecho constitucional.

CAPÍTULO I

MARCO TEÓRICO

1.1- ANTECEDENTES Y SITUACIÓN PROBLÉMÁTICA

1.1.1.- ANTECEDENTES

Los mecanismos probatorios dentro de la garantías jurisdiccionales en materia constitucional no tiene normas definidas para su desarrollo, lo manifestado no permite que los sujetos intervinientes esto es el accionado, el accionante y el Juez constitucional tengan los parámetros adecuados para que los mecanismos probatorios sean aplicados de manera correcta y se cumplan los objetivos que persiguen la activación de las garantías establecidas en la Carta Magna (2008); si bien es cierto existe la ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009), misma que a partir del Art. 16 determina que la prueba en las garantías jurisdiccionales específicamente la acción de protección, es un medio para identificar una eventual vulneración o violación de un derecho, por un acto u omisión de la parte accionada, no define un oportuno desarrollo sobre el ejercicio de la prueba en la interposición de las garantía Jurisdiccionales. Mas sin embargo se prevee en la disposición final de la LOGJCC señala que en lo no previsto en ella, se debe aplicar el CPC, actualmente COGEP. La prueba debe sustanciarse de conformidad con este cuerpo normativo, sin perjuicio de la aplicación de los principios de la justicia constitucional.

Existen escasos trabajos sobre el tema de investigación: Cevallos (2009) “La acción de protección ordinaria formalidad y admisibilidad en el Ecuador”, en su trabajo se aborda el estudio de la Acción de Protección constitucional, denominado amparo antes de la vigencia de la Constitución del 2008, como un elemento generado de una herramienta procesal eficaz que permite realizar un proceso ante vulneración de derechos constitucionales, es importante también mencionar que la misma carta magna en el Art. 86

determina la informalidad, la sencillez y la eficacia de ésta Garantía Jurisdiccional; así como el hecho de que la sustanciación de los procesos será bajo el principio de la oralidad en todas sus instancias. La Constitución de la República del Ecuador (2008), señala:

La Constitución del 2008, ha definido a la Acción de Protección como “el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse 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, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesiona, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación”, acción que permite al ciudadano no solo recurrir por la violación de un derecho fundamental, sino por la vulneración de cualquiera de los derechos garantizados en la Constitución, sin esperar que el acto se consuma o la omisión impida ejercer su derecho, definición constitucional que es recogida en la nueva Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la que más adelante describiremos de forma detallada en cada una de las características que rodean dicha acción.

Por otra parte, Quevedo (2016), en su trabajo titulado, “el derecho procesal constitucional en relación a una de sus funciones. Las garantías de los derechos fundamentales en el Ecuador”, hace énfasis al Derecho Procesal Constitucional también llamado jurisdicción constitucional, que no es otra cosa que un instrumento o herramienta jurídica, a través de la cual se controla la supremacía de la Constitución y de esta forma se salvaguardan o protegen los derechos de las personas, refiere que es una ciencia el derecho procesal constitucional que estudia el conjunto de principios y normas constitucionales y legales que le permiten defender aquellas dos funciones fundamentales arriba indicadas, y estudia toda la estructura jurídica de organización y funcionamiento de los órganos que ejercen dichas funciones. Quevedo (2016) refiere:

EL PRINCIPIO DISPOSITIVO. - Que no debe confundirse con el principio de dirección jurisdiccional. Por el principio dispositivo a los sujetos procesales legitimados les corresponde estimular el órgano jurisdiccional (con la acción) y proporcionar todo el material probatorio necesario, que son los que servirán al Juez para su resolución. El principio de impulso de oficio en esta materia no rige en la normativa constitucional nuestra. **EL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN.** - (derivado del principio de la inviolabilidad de la defensa). Con este principio se alude

a que el señor Juez Constitucional tiene la obligación de escuchar las alegaciones que presenten los intervinientes en el proceso, alegaciones y posiciones que serán valoradas por el juzgador al momento de la sentencia” (p. 12).

En referencia a la prueba tenemos el trabajo realizado por Ruiz (2012) “el derecho constitucional a la prueba y su configuración en el código general del proceso colombiano, determina: La garantía del derecho a la prueba tiene unos antecedentes normativos y otros teóricos Mantecón (2010):” Los normativos se han caracterizado por contenidos procesales genéricos como los derechos al debido proceso, la defensa o el acceso a la justicia, o la presunción de inocencia; o por contenidos probatorios como los derechos al testigo, al perito, a la verdad, a la motivación de la decisión o al *in dubio pro reo*” (p. 6-7).

Autores como: Bergeaud, (2010), Scherpe, (2016) y Taruffo, (1984). Aunque han existido suficientes fundamentos jurídicos para constituir la categoría amplia del derecho a la prueba, este concepto ha permanecido en la penumbra, y solo algunas posturas de autores y de la jurisprudencia han dado luz de la perspectiva garantista del mismo a partir de la interpretación de normas del orden internacional, o con base en las mismas normativas de carácter constitucional. Resulta excepcional lo que ocurre en países como España, Chipre, Ecuador y Colombia donde sus constituciones, como se ha visto, contienen formulaciones como “medios de prueba”, “presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra” o “se alleguen sus medios de prueba e interrogar a testigo”, que la doctrina encuentra que son reconducibles a la expresión derecho a la prueba. Lo habitual es que la doctrina, en la fundamentación de este derecho, tenga a su disposición una combinación de garantías del orden convencional y las fórmulas de garantías procesales constitucionales genéricas, como en los casos de Francia.

1.1.2.- BASES TEÓRICAS

La presente investigación se enmarca dentro del ámbito del derecho constitucional y del derecho procesal constitucional, en ese sentido es importante determinar que el ejercicio

de los derechos constitucionales es el punto de partida de un estado constitucional, pues el Estado tiene como deber primordial velar por el correcto ejercicio de los derechos fundamentales. La Constitución (2008) ante las eventuales vulneraciones de derechos constitucionales desarrolla las garantías jurisdiccionales, siendo una de estas la Acción de Protección cuya finalidad es el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Norma.

1.1.2.1.- TEORÍA DE LAS GARANTÍAS JURISDICCIONALES

El tema de las Garantías Jurisdiccionales ha sido ampliamente estudiado por la doctrina y la jurisprudencia ecuatoriana, ya que el derecho constitucional y las garantías jurisdiccionales son la piedra angular del ordenamiento jurídico, que controla y analiza las leyes que rige al Estado.

El objeto constitucional tiene como objetivo buscar el equilibrio entre el poder y la libertad de los derechos de las personas del interior del estado, es decir la Constitución en si como documento jurídico, como instrumento de gobierno cuyo fin es concretar la unidad nacional para el desarrollo de la sociedad.

La Constitución de la República del Ecuador (2008) se reviste de la supremacía dada por la voluntad soberana a través del poder Constituyente. Las costumbres sociales que no son otra cosa que actos uniformes que se repiten frecuentemente a través del tiempo en una sociedad. En este mismo sentido opina el autor Ávila (2012), “En Defensa del Neoconstitucionalismo Transformador: Los debates y los argumentos”, afirma que:

El Estado de derechos en plural ha significado una gran expropiación de los derechos individuales por parte del estado toda autoridad, incluida el parlamento, está sometida a la Constitución. Pero la Constitución tampoco es cualquier norma: tiene derechos que se consideran fundamentales. En el Estado de derechos, la idea es que todo poder público y privado se somete a los derechos fundamentales, que están reconocidos tanto en la Constitución como en los instrumentos internacionales de derechos humanos. El acento no está solo en la Constitución como instrumento normativo, sino en todos los derechos, como atributos de los seres humanos y de la naturaleza. (p.p. 15, 16)

Es importante anotar que la Acción de Protección, es una garantía jurisdiccional que busca el amparo directo y eficaz de los derechos consagrados en la Carta Magna, pues un derecho sin garantías no tendría sentido. En este sentido, Cueva (2011) determina:

Acción Constitucional Ordinaria de Protección” señala que “a un derecho debe corresponder siempre la creación de una garantía adecuada, de lo contrario, el derecho no tendrá existencia práctica ni eficiencia alguna; un derecho sin garantías no sirve de nada; los derechos valen por las garantías (p. 59).

En ese mismo orden de ideas se puede determinar que la acción de protección es un mecanismo de defensa para garantizar los derechos consagrados y desarrollados en la norma constitucional. Para su parte, Grijalva (2012) menciona:

Las garantías constituyen, en “un conjunto coherente de mecanismos de defensa de los derechos constitucionales. Este conjunto es a la vez amplio y complejo pues incluye principios, normas, técnicas, procedimientos e instituciones tanto sociales como estatales predispuestos para la defensa de estos derechos (p. 241).

Las garantías jurisdiccionales se instituyen en un acumulado de mecanismos constitucionales de defensa de derechos que se localizan desarrollados en la Constitución, y consecuentemente se pretende desafiara a la violación de derechos por parte de las instituciones públicas y de los particulares. Según el mismo Grijalva (2012) considera: “que las garantías jurisdiccionales se dividen en ordinarias, cuando se sustancian en la justicia ordinaria, o constitucionales cuando requieren de un órgano y de una normativa especializada en materia constitucional” (p. 242).

En ese mismo sentido, Cueva (2011), señala que “las acciones jurisdiccionales, ellas hacen posible que los derechos sean una realidad en la vida cotidiana de los individuos”, de modo que los “derechos y garantías actúan juntos y esta actuación conjunta posibilita el pleno goce de los derechos” (p. 59).

De este modo se puede confirmar como a criterio de la doctrina, las garantías jurisdiccionales son las herramientas más importantes en materia constitucional de defensa de los derechos de ecuatorianos y ecuatorianas, razón que les ha merecido un amplio estudio doctrinal en sus diferentes espacios, tanto sustantivo como adjetivo.

Precisamente en el aspecto procedimental, uno de los aspectos primordiales es la actividad probatoria, y concretamente en cuanto a la valoración de la prueba en materia de garantías jurisdiccionales, uno de los estudios más importantes los realiza la autora Porras (2012), quien en su obra “La prueba en los procesos constitucionales: aproximaciones a los principales retos en el caso ecuatoriano”, al respecto afirma que:

En materia de procesos constitucionales abstractos hablamos de una libre valoración del Juez, pero conforme a las reglas de la sana crítica, que son en esencia reglas del correcto entendimiento humano, que unen lógica y experiencia del Juez. Cuando se habla de la discrecionalidad del Juez constitucional en la admisión e interpretación de la prueba, no se trata sino de la liberación de la estricta forma y de los principios procesales propios del derecho civil, su actuación es más libre pero no por ello arbitraria, ya que siempre deberá estar suficientemente motivada. En el caso de los procesos de garantías se acudirá también a los principios de la sana crítica, considerando que las apreciaciones que haga el Juez sobre la prueba, corresponden a su autonomía y en esa medida no son objeto de una posterior acción constitucional concreta, salvo que se desconozcan las pruebas válidamente actuadas y se afecte al debido proceso (Porras, 2012, p. 54).

De conformidad con lo señalado por Porras, para la valoración de la prueba en materia constitucional, corresponderán emplear el criterio de la sana crítica, que es fundamental en todo tipo de proceso; pero así mismo, se deberá considerar los elementos propios de un proceso constitucional, a falta de un método de valoración de la prueba dispuesto en la ley.

1.1.2.2.- TEORÍA GENERAL DE LA PRUEBA

La prueba, en Derecho, es el ejercicio ineludible que involucra exponer la verdad de un hecho, su presencia o contenido según los medios probatorios establecidos por la ley recaer sobre quien alega algo, ya que el principio establece que quien alega debe probar. El

que afirma algo debe acreditar lo que afirma mediante un hecho positivo, si se trata de un hecho negativo el que afirma deberá acreditarlo mediante un hecho positivo. Peirano sostiene que la prueba recae sobre ambas partes, se trate o no de un hecho positivo.

En síntesis, la obligación de probar penderá de la situación presentada por los sujetos en un proceso. Cada una de ellos buscará probar los hechos sobre los que plantea su defensa, la prueba se podría conceptualizar como la presteza de las partes dentro de un proceso legal encaminado a convencer al Juez o al administrador de la veracidad de unos determinados hechos que se afirman existentes en la realidad.

En los procesos constitucionales a diferencia de lo que ocurre en los procesos ordinarios en que las partes tienen la carga de la prueba, por lo que el administrador de justicia sólo establece prueba adicional y para mejor resolver de manera excepcional, el Juez constitucional tiene una participación activa en gestionar la prueba suficiente para resolver los casos sometidos a su jurisdicción. El Juez constitucional, además de la prueba aportada por el accionante, generalmente solicita un informe circunstanciado a la autoridad o particular accionado acerca de los hechos objeto del proceso. Además, cuando se trata de procesos contra servidores públicos, requiere el envío del respectivo expediente administrativo o judicial. Igualmente, se reserva el derecho de ordenar las pruebas testimoniales o periciales que considere pertinente, igualmente de solicitar documentación adicional tanto a las partes como a terceros. De esa forma, los jueces constitucionales tienen amplios poderes para ordenar toda la prueba que consideren necesaria para la averiguación real de los hechos objeto del proceso, siendo importante el apoyo en sentencias de la Corte Constitucional, así como en sentencias de jueces inferiores que han resuelto casos análogos.

Dada la naturaleza de los procesos constitucionales, los principios generales de la prueba en los procesos ordinarios, sufren algunas adaptaciones que conviene reseñar. En general, los principios que orientan la aplicación de la prueba en los procesos

constitucionales son amplios y diversos, siendo cada uno de éstos importantes en la sustanciación y desarrollo. Entre los principios relevantes están: Principio de eficacia, unidad de prueba, comunidad de prueba, probidad, contradicción, publicidad, libertad probatoria, carga de la prueba. A lo indicado es importante enlazar lo manifestado con las disposiciones de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009):

Art. 2.- Principios de la justicia constitucional.- Además de los principios establecidos en la Constitución, se tendrán en cuenta los siguientes principios generales para resolver las causas que se sometan a su conocimiento: 1. Principio de aplicación más favorable a los derechos.- Si hay varias normas o interpretaciones aplicables a un caso concreto, se debe elegir la que más proteja los derechos de la persona. 2. Optimización de los principios constitucionales.- La creación, interpretación y aplicación del derecho deberá orientarse hacia el cumplimiento y optimización de los principios constitucionales. 3. Obligatoriedad del precedente constitucional.- Los parámetros interpretativos de la Constitución fijados por la Corte Constitucional en los casos sometidos a su conocimiento tienen fuerza vinculante. La Corte podrá alejarse de sus precedentes de forma explícita y argumentada garantizando la progresividad de los derechos y la vigencia del estado constitucional de derechos y justicia. 4. Obligatoriedad de administrar justicia constitucional.- No se puede suspender ni denegar la administración de justicia por contradicciones entre normas, oscuridad o falta de norma jurídica. **Art. 3.- Métodos y reglas de interpretación constitucional.-** Las normas constitucionales se interpretarán en el sentido que más se ajuste a la Constitución en su integralidad, en caso de duda, se interpretará en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos reconocidos en la Constitución y que mejor respete la voluntad del constituyente. Se tendrán en cuenta los siguientes métodos y reglas de interpretación jurídica constitucional y ordinaria para resolver las causas que se sometan a su conocimiento, sin perjuicio de que en un caso se utilicen uno o varios de ellos: 1. Reglas de solución de antinomias.- Cuando existan contradicciones entre normas jurídicas, se aplicará la competente, la jerárquicamente superior, la especial, o la posterior. 2. Principio de proporcionalidad.- Cuando existan contradicciones entre principios o normas, y no sea posible resolverlas a través de las reglas de solución de antinomias, se aplicará el principio de proporcionalidad. Para tal efecto, se verificará que la medida en cuestión proteja un fin constitucionalmente válido, que sea idónea, necesaria para garantizarlo, y que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional. 3. Ponderación.- Se deberá establecer una relación de preferencia entre los principios y normas, condicionada a las circunstancias del caso concreto, para determinar la decisión adecuada. Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un derecho o principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro. 4. Interpretación evolutiva o dinámica.- Las normas se entenderán a partir de las cambiantes situaciones que ellas regulan, con el objeto de no hacerlas inoperantes o ineficientes

o de tornarlas contrarias a otras reglas o principios constitucionales. 5. Interpretación sistemática.- Las normas jurídicas deberán ser interpretadas a partir del contexto general del texto normativo, para lograr entre todas las disposiciones la debida coexistencia, correspondencia y armonía. 6. Interpretación teleológica.- Las normas jurídicas se entenderán a partir de los fines que persigue el texto normativo. 7. Interpretación literal.- Cuando el sentido de la norma es claro, se atenderá su tenor literal, sin perjuicio de que, para lograr un resultado justo en el caso, se puedan utilizar otros métodos de interpretación. 8. Otros métodos de interpretación.- La interpretación de las normas jurídicas, cuando fuere necesario, se realizará atendiendo los principios generales del derecho y la equidad, así como los principios de unidad, concordancia práctica, eficacia integradora, fuerza normativa y adaptación. (2009)

Los medios de prueba consisten en la incorporación legal de los elementos de prueba a un proceso judicial, con las garantías suficientes para que los medios de prueba sean idóneos para formar la convicción de quien tiene la alta responsabilidad de juzgar.

1.1.2.3. LA PRUEBA EN MATERIA CONSTITUCIONAL

La actividad probatoria tiene como objeto llevar al Juez a la verificación y convencimiento de las situaciones controvertidas, la prueba no es más que presentar los argumentos que se obtuvieron de las fuentes que han proporcionado las partes en el proceso para facilitar de cierto modo el entender la situación y que el Juez tenga la plena convicción de los hechos y circunstancias, la prueba es la fuente o como medio; el uno y el otro son el mismo, pero en momentos diferentes. Los dos momentos son inescindibles, pero en la valoración de la prueba adquiere importancia al momento de diferenciarla y presentarla de la manera debida en los diferentes momentos del juicio, los argumentos que se extraen entre el momento sensible del testigo y el momento de su comportamiento procesal ante el Juez. Echandia, (2005) refiere:

La prueba radica esencialmente en sus conceptos más diversos, para Devis Echandia nos dice que la prueba es. “El conjunto de reglas que regulan la admisión, producción, asunción y valoración de los diversos medios que pueden emplearse para llevar al Juez la convicción sobre los hechos que interesan al proceso” Este concepto se complementaría con la capacidad legal que tiene el Juez o tribunal para solicitar pruebas de oficio (p. 34).

Cuando se habla de la prueba en las garantías jurisdiccionales, se refiere a los procedimientos y mecanismos necesarios para desarrollar la actividad probatoria dentro de un proceso constitucional que se encuentra dispuesto en la ley, se la cumple en el tiempo previsto y no está sujeta al arbitrio de las partes, la prueba dentro del proceso aspira a persuadir al Juez de la exactitud de las afirmaciones formuladas por las partes.

1.1.3. SITUACIÓN PROBLEMÁTICA.

La prueba en las Garantías Jurisdiccionales es de gran importancia toda vez que se llega a determinar cómo fueron los hechos y circunstancias de un derecho vulnerado, y de esta manera garantizar su reparación integral dentro de las garantías jurisdiccionales, este tema ha merecido poca atención desde el derecho constitucional, por lo que existen una serie de vacíos al respecto que deben ser abordados, razón por la cual, el presente trabajo busca realizar una propuesta de reforma a la ley orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucional, respecto del desarrollo, objeto, finalidad, principios, criterios de valoración que no se encuentran plasmados en la ley antes referida; pues se evidencia que existe un solo artículo que desarrolla el ejercicio de la carga probatoria de manera general sobre las garantías jurisdiccionales y además no es menos importante mencionar la disposición final de la Ley orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucional.

La prueba en materia constitucional, trasciende porque es la demostración legal de un hecho determinado, que para la presente investigación es la acción u omisión de una entidad pública no judicial, contra política pública que suponga privación del goce o ejercicio de un derecho, o de un particular que provoque daño grave a un derecho constitucional, todos lo esto relacionado con la violación de un derecho constitucional. El propósito principal es encontrar la verdad, ya que la justicia tiene que basarse en los

acontecimientos históricos, realmente ocurridos, obtenidos en legal forma para alcanzar la verdad jurídica que le permita al juzgador en su intelecto producir su convicción y certeza.

La finalidad primaria de la prueba es la demostración de la verdad, no la verdad real que sucedió antes del proceso constitucional, sino la verdad formal que permita reflejar en el ánimo del titular del órgano jurisdiccional la certeza respecto de la existencia o inexistencia pretérita del hecho controvertido traducido en la vulneración de derechos consagrados en la Constitución de la República del Ecuador. (2008). Haciendo énfasis que esta finalidad existe en los procesos constitucionales que se ventilan a través de la interposición de Garantías Jurisdiccionales.

La prueba es el elemento básico sobre el que depende todo proceso constitucional, La ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009) ubica a la prueba en una etapa procesal constitucional a partir del Art. 16 de la antes referida ley, disponiendo que deba ser producida en Audiencia, ante los jueces constitucionales correspondientes.

No existe un marco normativo regulador sobre el ejercicio de la prueba en la interposición y desarrollo de la Acción de Protección, lo cual impide una correcta aplicación de la carga probatoria en los procedimientos constitucionales, haciendo énfasis que la prueba es el pilar fundamental en todo proceso constitucional y las garantías jurisdiccionales no son la excepción; de la misma manera es menester hacer alusión al valor de la prueba en el desarrollo de la presente investigación, pues todos y cada uno de los sujetos inmersos dentro del ejercicio de aplicación e interposición de las Garantías Jurisdiccionales deben conocer el rol protagónico que tiene la prueba para determinar si existió o no la vulneración de un derecho constitucional, tomando en consideración que muchas de las veces la norma supletoria específicamente el COGEP, no suple la regulación de la prueba en materia constitucional.

1.1.4.- FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿Porqué es necesario realizar un mejor desarrollo al ejercicio de la prueba en la ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, respecto a las Garantías Jurisdiccionales?

La Constitución de la República del Ecuador del 2008, establece que nos encontramos en un Estado constitucional de derechos y justicia, incorpora elementos de carácter dogmático trascendentales en el desarrollo del goce efectivo de los derechos consagrados en la Carta Magna, siendo una de estas incorporaciones las Garantías Jurisdiccionales a partir del Artículo 86, destacando la informalidad de éstas.

Dentro de las Garantías Jurisdiccionales se encuentra la Acción de Protección, mismas que está regulada en el Art. 88 de la Constitución de la República del Ecuador y en el Art. 39 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, estas disposiciones determinan que su procedimiento es rápido, sencillo y eficaz.

Según la Constitución de la República del Ecuador la Acción de Protección tiene por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la carta Magna y puede interponerse 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.

Es importante determinar que para declarar mediante la Acción de Protección una eventual vulneración de derechos se debe realizar la respectiva Audiencia conforme las reglas de lo que determina la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales, siendo una de ellas las que determina el Art. 16 de la ley antes referida, misma que se refiere a la prueba.

La Norma Constitucional, establece que el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia, no existe justicia, más sin embargo es importante referirse al hecho de que dentro de este axioma jurídico es sumamente relevante referirse al hecho de que la

prueba es el medio idóneo para alcanzar en fin anhelado de la realización de la justicia en todo proceso en el que se ponga en juego los derechos consagrados en la carta magna.

Complementa el mandato supremo al disponer que en la sustanciación de los procesos se deben incluir la presentación y contradicción de las pruebas con el sistema oral, cumpliendo los principios: dispositivo, de concentración e inmediación. Dilucidar qué sucedió en la realidad y qué debe ser demostrado en el proceso constitucional, es posible mediante la prueba, para que el Juez y/o Jueza Constitucional califique jurídicamente el hecho y la responsabilidad de los que intervinieron en el mismo, aclarando que no se busca determinar responsables de un hecho violatorio, sino la violación de un derecho constitucional perse, la prueba intenta representar en la forma más ajustada a la realidad, todos y cada una de las circunstancias de los actos que dieron vida a la activación del aparataje constitucional a través de las Garantías Jurisdiccionales.

Dentro del ámbito jurídico constitucional, no existe un estudio que aporte en la identificación de un correcto desarrollo de la Prueba en la Acción de Protección dentro de la esfera de constitucional, en la República del Ecuador la acción de protección es conocida como tal a partir de la expedición del año 2008.

El desarrollo la Actividad Probatoria debe ser estudiado y analizado de manera más amplia en la ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, de manera que permita una correcta aplicación de los mecanismos probatorios en la sustanciación de la Acción de Protección. A efectos de lo manifestado se presenta una propuesta con la cual se pretende visualizar un correcto desarrollo a partir del ejercicio de la carga de la prueba en la sustanciación de las Acciones de Protección

1.2. OBJETIVOS

1.2.1. OBJETIVO GENERAL. -

Realizar un análisis sobre el desarrollo de la prueba respecto de la garantía jurisdiccional denominada Acción de Protección

1.2.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS. -

1. Analizar la prueba de los procesos jurisdiccionales.
2. Estudiar el desarrollo de la prueba en materia no constitucional y constitucional.
3. Analizar la importancia del desarrollo de la prueba en la Acción de Protección.
4. Proponer una reforma respecto del desarrollo de la prueba, estipulada en el Art. 16 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional

CAPÍTULO II

MARCO METODOLÓGICO

2.1. Enfoque de la investigación

El enfoque de la presente investigación es cualitativo, es decir realizar un análisis dentro del entorno natural y tal cual es la realidad de los hechos a investigar. Los autores Blasco y Pérez (2007), señalan:

Que la investigación cualitativa estudia la realidad en su contexto natural y cómo sucede, sacando e interpretando fenómenos de acuerdo con las personas implicadas. Utiliza variedad de instrumentos para recoger información como las entrevistas, imágenes, observaciones, historias de vida, en los que se describen las rutinas y las situaciones problemáticas, así como los significados en la vida de los participantes. (p.25)

2.2. Tipo de investigación

La presente investigación parte de un nivel descriptivo, con diseño documental y un método descriptivo. Pues el fin de la presente investigación consiste en llegar a conocer todos y cada uno de los elementos, mecanismos y procesos encaminados al ejercicio de la carga de la prueba en la garantía jurisdiccional denominado acción de protección.

2.2.1. Nivel descriptivo

El objetivo de la investigación descriptiva consiste en llegar a conocer las situaciones, costumbres y actitudes predominantes a través de la descripción exacta de las actividades, objetos, procesos y personas. Para Bunge (2007) determina: “Su meta no se limita a la recolección de datos, sino a la predicción e identificación de las relaciones que existen entre dos o más variables” (p.78).

2.2.2. Diseño documental

Esta investigación se basa en un diseño documental, se determina que es aquella que se realiza a través de la consulta de documentos, revistas, libros y demás instrumentos que permiten el análisis de tema planteado en la investigación. Para Tulio (1999):

El diseño documental, es una variable de la investigación científica, cuyo objetivo fundamental es el análisis de diferentes fenómenos de la realidad a través de la indagación exhaustiva, sistemática y rigurosa, utilizando técnicas muy precisas: de la documentación existente que directa o indirectamente, aporte la información atinente al fenómeno que estudiaremos. (p. 45)

2.2.3.- Método dogmático jurídico

El derecho era y es norma o sistema normativo, para la regulación de comportamientos y para la resolución de conflictos, indicar que el método dogmático jurídico realiza un estudio de la norma o la disposición legal dentro de un ordenamiento jurídico, para Díaz (1998):

Por tanto, una primera aproximación hacia tal objeto es desde el estudio de la norma jurídica, o más bien, desde el ordenamiento jurídico. Es llamada también investigación formal - jurídica, formalista - jurídica, conceptual jurídica, teorice - jurídica, o simplemente dogmática. Aquí se estudia a las estructuras del derecho objetivo o sea la norma jurídica y el ordenamiento normativo jurídico- por lo que se basa, esencialmente, en las fuentes formales del derecho objetivo. (p. 157)

Este tipo de estudios se conecta con el tema de la validez de las normas jurídicas, es decir, aquí el punto gira en torno a saber si el ordenamiento jurídico es o no válido, sin entrar en detalles sobre su eficacia o legitimidad.

2.3. Técnicas e instrumentos de recolección de información

Existen diferentes técnicas e instrumentos de recolección de la información, el que se utilizar en este trabajo investigativo es el análisis documental. López (1981), define el Análisis Documental como:

El conjunto de operaciones que permiten desentrañar del documento la información en el contenida. El resultado de esta metamorfosis que el documento sufre en manos del documentalista culmina cuando la información liberada se difunde y se convierte en fuente selectiva de información. Entonces el mensaje documentado se hace mensaje documental, información actualizada... Los dos concretan su campo de actuación son el análisis formal y el análisis de contenidos. (p. 116)

El análisis documental es un conjunto de operaciones encaminadas a representar un documento y su contenido bajo una forma diferente de su forma original, con la finalidad posibilitar su recuperación posterior e identificarlo.

Es menester indicar que el presente trabajo investigativo estará basado en un estudio cualitativo, que busca identificar el entorno natural en el que suscribe la acción de protección es decir que es lo que busca, cual es el objeto y que pretende la prueba dentro de la acción de protección: el método aplicado será el dogmático jurídico pues es cabalmente la figura de la acción de protección la que es objeto de estudio y que se encuentra desarrollada en la carta magna, así como de la ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional; la técnica de estudio es el análisis documental siendo los documentos y textos la fuente primaria de nuestra investigación.

CAPÍTULO III.

3.1.- Presentación de Resultados

La presente investigación inquiera analizar el ejercicio de la prueba en materia constitucional, de manera directa en la Acción de Protección; es importante mencionar que la carga de la prueba en las Garantías Jurisdiccionales juega un rol importante y relevante, pues a través de ella se llega a determinar cómo yacieron los hechos y circunstancias que conllevaron a la violación o no de un derecho constitucional, así como la determinación de la acción u omisión de la persona accionada y la inexistencia de otro mecanismo judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado; pues estos son los requisitos importantes que determina la ley orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucional para que se acepte la Acción de Protección; demostrando mediante los medios probatorios la violación de un derecho constitucional se podrá garantizar su reparación integral.

El estudio de la prueba en la Acción de Protección ha merecido poca atención desde el derecho procesal constitucional, lo que ha dado lugar a la presencia de una serie de interpretaciones procesales constitucionales que al respecto deben ser analizadas, el presente trabajo propone realizar una reforma al Art. 16 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccional y Control Constitucional.

Determinar además que la prueba, trasciende judicialmente, porque es la demostración legal de un hecho determinado, cuyo propósito principal es llegar a la verdad procesal; la justicia constitucional tiene que basarse en las circunstancias y elementos realmente ocurridos y obtenidos en debida y legal, bajo esta premisa se estaría demostrando la existencia de la violación de un derecho constitucional.

Es importante conceptualizar cuál es la finalidad de la prueba en el procedimiento constitucional de la Acción de Protección, la prueba tiene que establecer con certeza al juzgador la existencia de una violación de un derecho constitucional, esto permitirá al

operador de justicia en su entendimiento producir su convicción y certeza; así como el hecho que la prueba es el componente básico sobre el que gravita todo procedimiento constitucional; de la prueba depende cumplir con el último fin que es encontrar la verdad y hacer efectiva la realización de la justicia constitucional. La ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009) ubica a la prueba a partir del Art. 16 de la antes referida ley, disponiendo que deba ser producida en Audiencia, ante los jueces constitucionales correspondientes.

Al no existir una regulación de la prueba de manera específica en materia de procesos constitucionales, se estaría aplicando una correcta aplicación de la carga probatoria en este proceso constitucional, indicando que la prueba es el pilar fundamental en todo proceso y las garantías jurisdiccionales no son la excepción; de la misma manera es menester hacer alusión al valor de la prueba en el desarrollo de la presente investigación, pues todos y cada uno de los sujetos procesales inmersos dentro del ejercicio de aplicación e interposición de las Garantías Jurisdiccionales deben conocer el rol que tiene la prueba para determinar si existió o no la vulneración de un derecho constitucional.

A través de los objetivos planteados en el presente trabajo investigativo se busca, realizar un análisis la regulación de la prueba en el procedimiento de la Acción de Protección, poner en conocimiento del lector la relevancia de la prueba dentro de los procesos jurisdiccionales; explicar los criterios de valoración de la prueba que recoge la doctrina y exponer la aplicación de la carga probatoria en los procesos constitucionales, específicamente en la garantía jurisdiccionales denominada Acción de Protección.

A través de desarrollo de la presente investigación en un primer momento se realizará un análisis de la institución procesal de la prueba, para esto es necesario realizar una revisión doctrinaria la cual se fundamentará en establecer qué es y qué se entiende por prueba, cual es el objeto de la prueba y qué se debe probar, lo manifestado a nivel

doctrinario trae una discusión, por lo que algunos autores manifiestan que deben probarse los hechos y otras las afirmaciones, lo cual trae a colación algunos debates que analizaremos a lo largo del desarrollo del trabajo investigativo; de la misma manera se realizará un estudio de cuál es la finalidad de la prueba que en términos generales es llevar al juzgador al convencimiento de los hechos controvertidos se cual fuere la materia; se propone visualizar la importancia de la prueba como garantía del derecho a la defensa, además realizar un estudio de los criterios de la valoración de la prueba: sana crítica, tarifa legal y la íntima convicción, estos criterios son las herramientas que el Juez posee para valorar la prueba expuesta en la audiencia.

El segundo momento de esta investigación se abordará el estudio de la prueba en los procesos jurisdiccionales en materia penales, no penales y constitucionales, considerando los mecanismos de prueba, lo criterios de la valoración de la prueba; mencionar que el derecho a la prueba se caracteriza por ser un derecho fundamental con soporte constitucional y convencional, de carácter individual y de prestación, y se estructura a la manera de derecho subjetivo. Antes se plantea que el derecho a la prueba es la garantía del derecho probatorio, con el derecho a la prueba se quiere significar la postura *iusfundamental* que posee el presente o futuro justiciable de exigirle al Estado o al órgano jurisdiccional «el aseguramiento, la obtención y valoración de la prueba de los hechos». En los apartados de este capítulo se trata de establecer en qué sentido el derecho a la prueba es fundamental, cómo se entiende su carácter subjetivo, cuáles son sus contenidos y las consecuencias de su *iusfundamentalidad*.

3.2.- Análisis e interpretación de resultados

3.2.1.- LA PRUEBA EN LOS PROCESOS JURISDICCIONALES

3.2.1.1.- La institución procesal de la prueba

La conceptualización de la prueba a nivel normativo no precisa una definición sobre la misma, lo cual permite varias interpretaciones para entender el enunciado de la prueba. En este sentido, es necesario realizar una revisión doctrinaria la cual se fundamentará en establecer qué es y qué se entiende por prueba.

La doctrina presenta varios autores sobre la definición de la prueba: Bentham (1959) señala: “la prueba como la acción que se va a considerar para determinar la credibilidad de los hechos” (p.176).

En ese mismo sentido Echandía (1981) denomina: "la prueba como la circunstancia que contribuye dentro de un proceso para el convencimiento de los hechos". Es decir que la prueba se bautiza como el mecanismo que logra que el Juez constitucional llegue al convencimiento de los hechos alegados.

Para Carrara (1993) expresa: “que es cualquier medio que se utilice para proporcionar la certeza sobre de una proposición”; en el mismo orden de ideas la prueba es de carácter documental, pericial y testimonial, siendo estas actuadas de manera constitucional y legal dentro de un proceso.

Según Couture (1958) afirma: “la prueba en su acepción común, equivale tanto a la operación tendiente a hallar algo incierto, como la destinada a demostrar la verdad de algo que se afirma como cierto” (p. 16).

Para el mismo Couture (1958) la prueba: “Son medios de evidencia, tales como: documentos, testimonios etc. que crean al Juez la convicción necesaria para admitir como ciertas o rechazar como falsas las proposiciones formuladas en juicio” (p.17).

Previo a considerar las definiciones antes mencionadas, se puede apuntar que todos los autores coinciden que la prueba es el medio o instrumento que busca llevar al juzgador al convencimiento de un hecho en. Este instrumento denominado prueba se muestra como una opción principal, el proceso entorno de los intereses legitimados frente al Juez que aplicara la norma.

La prueba, no solo puede definirse como medio; en razón que existen más definiciones y acepciones pertinentes que son considerables referente al tema estudiado, la prueba puede ser vista como la actividad y resultado adecuado dentro de un proceso sea este jurisdiccional o constitucional.

Por consiguiente, la prueba como actividad según Echandía (1981) expresa que; “esta se adjunta con el medio de prueba a consecuencia que los procedimientos legales probatorios, son los que resguardan los condicionamientos de los medios de prueba en las distintas fases de la actuación procesal” (p.114). Por otra parte; Picó y Junoy (2009) en el mismo sentido afirma:

El derecho a la prueba implica, en primer lugar, el derecho a que se admita toda aquella prueba que, propuesta por alguna de las partes, respete los límites inherentes a la actividad probatoria y los debidos a los requisitos legales de proposición. En segundo lugar, supone que el medio probatorio admitido sea practicado pues, en caso contrario, estaremos en presencia de una denegación tacita del mencionado derecho. Ciertamente, no puede hablarse de un efectivo y real derecho a la prueba si no incluimos en su contenido la necesidad de que se practique el medio probatorio inicialmente admitido (pág.21-22).

Para el autor Echandía expresa “la vinculación que se instaura entre la prueba como medio y la prueba como resultado; esto es, la relación entre el medio de prueba y la confirmación de la aserción sobre el hecho” En tal sentido (Ruiz, 2017) determina:

Por lo cual, la prueba como actividad, hace referencia al desarrollo en cada una de las fases como producción, práctica y valoración; es decir en ordenarse la evacuación de las pruebas solicitadas por las partes e introducirse al proceso de manera efectiva y legal para que ser valoradas y lograr la convicción de un hecho. (p.134)

En otras palabras, es el procedimiento para llegar a la comprobación de los hechos, siempre y cuando la prueba admitida efectivamente se practique para lograr la verdad jurídica que le permita al Juez establecer la convicción y certeza de la pretensión que se ha exigido.

Finalmente se analizará la prueba como resultado, siendo la demostración en la cual el Juez establece si da por cierto o no la pretensión de algún hecho exigido. De esta manera partiremos de varias definiciones mencionadas por algunos doctrinarios referentes a este contexto. Por otro lado, Bentham (1832) se refiere a la prueba en:

Acepción del resultado a que este no va hacer siempre la verdad en efecto esto es algo abstracto, en razón a que no toda prueba lleva a la verdad; el resultado de la prueba puede no corresponder a la verdad, a pesar de llevarle al Juez al convencimiento necesario para fallar. (p.223)

No obstante, y sin ninguna duda el resultado de la prueba lleva a la certeza sobre la existencia o inexistencia de un hecho, es así que el convencimiento se produce en la mente del Juez, la prueba es el hecho mismo de la convicción judicial o del resultado de la actividad probatoria. Se afirma que la prueba, es el medio con carácter de justiciable relevantes a la actividad probatoria para determinar hechos relevantes y así un tercero imparcial pueda aplicar la norma y adoptar una decisión, por lo que es la actividad procesal más importante.

3.2.1.2.- Objeto de la prueba

El objeto de la prueba, hace referencia a la interrogante ¿qué se debe probar? Esto a nivel doctrinario trae una disputa, por lo que algunos autores manifiestan que deben probarse los hechos y otros las afirmaciones, lo cual trae a concierto ciertos debates que son importantes y que merecen ser analizados.

Previo a realizar una eventual diferencia entre que es lo que debe probarse los hechos o las afirmaciones, es pertinente conocer la definición del objeto de la prueba partiendo de

diversas consideraciones conceptuales de ciertos autores autores. Para Echandía (1981) manifiesta:

Por objeto de la prueba debe entenderse lo que se puede probar en general en los procesos jurisdiccionales y constitucionales, aquello sobre que puede recaer la prueba que se crea asistido el sujeto procesal; es una noción puramente objetiva y abstracta. (p.234)

En consecuencia, el objeto de la prueba es aquello sobre lo que puede incidir la prueba o lo idóneo para ser probado según las pretensiones de los sujetos procesales; es decir todo hecho o circunstancia dentro del procedimiento, siendo el objeto lo más relevante para arribar a la decisión concluyente para que sea probado y lo puede ser por cualquier medio de prueba.

Ahora bien, examinaremos la distinción sobre el objeto de la prueba, fundada en la diferenciación entre los hechos y las afirmaciones. En primer lugar, el hecho como objeto de prueba, algunos doctrinarios concluyen que son los hechos afirmados que se deba probar en general, aquello sobre que puede recaer la prueba; de idéntica aplicación en actividades procesales y extraprocesales.

De igual manera, Rosenberg (1955) señala que “el objeto de la prueba son los hechos; los cuales son sucesos ocurridos de la actividad del hombre, siendo esta el presupuesto de un efecto jurídico” (p.134).

Así también, Solar (2002) denomina que el objeto de la prueba “son los hechos los cuales van hacer demostrados para apoyo de la pretensión, mediante los medios que le permite la ley.” (p.23). De la misma manera, Melendo (1998) dice que “son los hechos en cuanto hayan sido afirmados, en lo esencial por las partes” (p.33).

En consecuencia, Cabrera (1996) afirma. “son los hechos, esto es, todo lo que representa una conducta humana, los hechos de la naturaleza, en que no interviene actividad

humana; las cosas u objetos materiales; la persona física humana, los estados y hechos síquicos o internos del hombre” (p.156).

Concluyendo, los doctrinarios citados de una u otra manera afirman que, el objeto de la prueba son los hechos los que se debe probar, siendo examinadas las circunstancias que determinan resultados conforme a la ley, consecuentemente son hechos afirmados por los sujetos procesales los que se debaten en los procesos legales.

Es así, que podemos decir que son los hechos puestos en evidencia en una demanda denuncia o garantía o contestación a las mismas los que se deben ser probados, a través de la prueba solicitada, anunciada y debidamente practicada, constituyéndose la prueba un instrumento para lograr el convencimiento del operador de justicia en relación de los hechos, con la única finalidad de demostrar la verdad procesal que deriven al acierto de las pretensiones planteadas.

Por otro lado, la afirmación como objeto de la prueba, es la aseveración de una situación. Así algunos autores expresan Couture (1958) afirma “que el objeto de la prueba es controlar las proposiciones que los litigantes formulan en el juicio” (p. 217). De igual manera Porras (2012) expresa que: “Tomando en cuenta las distinciones antes mencionadas llegamos a la conclusión que el objeto de la prueba son tanto los hechos y las afirmaciones”; como lo expresa Couture (1958) que formula que “en derecho se prueba las afirmaciones como los hechos”. (p.43)

3.2.1.3.- Finalidad de la prueba

En este sentido el Código Orgánico General de Procesos COGEP establece en el artículo Art. 158 que la prueba tiene por finalidad “llevar a la o al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias controvertidos” (Código Orgánico General de Procesos, 2015).

De la misma manera el Código Orgánico Integral penal en el Art. 453, determina que la finalidad de la prueba es llevar al convencimiento al Juez más allá de toda duda razonable.

Las partes tienen derecho a probar, en igualdad de condiciones, las afirmaciones que hubieran dado a conocer sobre los hechos controvertidos que son fundamento de la pretensión o de la oposición a ésta; a que el Juez tenga en cuenta, en la sentencia o decisión, las pruebas producidas; y a utilizar los medios que este código prevé, así como aquéllos que, dada la naturaleza del debate, posibiliten comprobar los hechos alegados. (Asamblea Nacional, 2008). El jurista español Sabaté en su Obra Técnica Probatoria al referirse a la finalidad de la prueba señala que:

De poco puede servir a una persona hallarse en posesión del derecho más claro e incontrovertible si en el momento procesal oportuno no logra demostrar los hechos que constituyen la hipótesis legal; quien no consigue convencer al Juez de los hechos de que depende su derecho, es como si no tuviera ni hubiese tenido nunca el derecho. (p. 237)

Es relevante dentro de un proceso cualquiera que este fuese un emanen de las pruebas aportadas con la que se desea probar los hechos y a las afirmaciones de los sujetos procesales, al respecto Echandia (1970) señala al referirse a la finalidad de la prueba que:

En el proceso de valoración que realiza el Juzgador considera que es imprescindible que se examine en primer lugar las pruebas con las que se pretende demostrar cada uno de los hechos, al respecto sostiene que “dichas pruebas luego deberán ser estudiadas comparativamente de forma tal, que la conclusión que adopte constituya una verdadera síntesis de la totalidad de los medios probatorios y de los hechos que en ellos se contienen, para por último aplicar a la relación jurídica la normativa de fondo atinente al caso que se somete a su conocimiento. (p, 274)

Se puede instituir con claridad que la finalidad primordial de la prueba dentro del proceso es la demostración de las pretensiones de los sujetos procesales, encaminadas a establecer convicción en el operador de justicia sobre la existencia o no de la verdad real o material de los hechos y circunstancias alegadas por las partes. La averiguación de la verdad

material a través de la demostración de los hechos alegados por las partes es la finalidad directa de la prueba, la misma que confluye en el convencimiento del Juez.

Es cierto que la finalidad de la prueba en toda actividad probatoria, es la búsqueda de la verdad dentro de una causa judicial por el cual el Juez debe escudriñar la verdad mediante la valoración de la prueba aportada, estableciendo así al Juez la certeza sobre los hechos aseverados por los sujetos procesales, se entiende que este no es el único aspecto que se establece en razón a su objetivo por lo cual se interpondrán otros aspectos según la doctrina.

Además, se establece como finalidad la exposición de la verdad, la cual conlleva al Juez revelar la certeza en razón de la existencia o inexistencia del hecho alegado para basar sus decisiones.

El autor Couture (1958), expresa que la finalidad de la prueba: “Es un conjunto de actividades realizadas en juicio, con el objeto de demostrar la verdad o falsedad de las manifestaciones formuladas en el mismo” (p.16).

De igual manera, Guillermo Cabanellas (1986) explica que “la prueba es la demostración de la verdad de una afirmación, de la existencia de una cosa o de la realidad de un hecho” (p.95). En este sentido se puede determinar que Couture y Cabanellas señalan que el fin de la prueba es fundar la verdad de los hechos para plantear y exponer las premisas, para que los fallos emanados por el juzgador sean acordes al aporte probatorio dentro de un proceso

Además, se puede establecer que la finalidad de la prueba permite establecer la convicción al Juez sobre las pretensiones alegadas, siendo la prueba el ejercicio que se realiza por los sujetos procesales en las causas judiciales con el objeto de conceder al Juez el convencimiento para fundar una resolución acerca de la litis. De acuerdo Espasa (2004) “La prueba procesal se dirige, a lograr la convicción psicológica del Juez en una determinada

dirección.” (p.59). Esta dirección la tomara el operador de justicia en razón de los aportes probatorios de los hechos y afirmaciones controvertidas por las partes procesales.

Como consecuencia se puede determinar que la prueba tiene como finalidad algunos aspectos importantes entre los que podemos señalar: 1) Confirmar los hechos presentados por los sujetos procesales, 2) Instituir una verdad procesal; y, 3) Causar convicción en el operador de justicia respecto de los hechos alegados por las partes. De modo que la finalidad de la prueba se subsume en las partes en los procesos legales deben demostrar la verdad de los hechos, que permitan al Juez llegar a la certeza más allá de todo duda que se pueda presentar dentro de la causa o proceso legal, lógicamente considerando los diferentes criterios de valoración de la prueba.

3.2.1.4.- La prueba como garantía del Derecho a la Defensa

Desde el derecho constitucional, se plantea algunas interrogantes como: si el derecho a la prueba hace parte del debido proceso, o si se trata de una categoría autónoma; asimismo, qué precisión tiene el derecho a la prueba desde los valores constitucionales, como el del conocimiento y la justicia. Si en la exposición *per se* del derecho a la prueba los elementos históricos son concurrentes con valores, derechos y principios constitucionales como la igualdad o la libertad; en otro sentido, si verdaderamente los valores constitucionales deben considerarse como aspectos relevantes contra el conocimiento científico. Cabe inquirir si las reglas de exclusión son disconformes con el derecho a la prueba. De la misma manera existen otras circunstancias en que si el sujeto procesal destinatario del derecho a la prueba concuerda con los sujetos legitimados por el derecho adjetivo es decir las normas procesales para el ejercicio del mismo.

La premisa derecha a la prueba por su rango de principio o derecho constitucional se toma antes que nada como una garantía procesal que tiene certeza en los procesos jurisdiccionales, como los procedimientos administrativos. De la misma manera, puede

configurarse como una definición aglutinadora o sistemática con respecto a otras garantías o premisas constitucionales o legales concernientes con el derecho a la prueba.

En la acepción derecho a la prueba, cuando se habla de prueba en relación al derecho se utiliza la expresión prueba judicial, la cual es más usual en el lenguaje español que su sinónimo prueba jurídica. Por su parte, la locución derecha se usa en sus sentidos objetivo y subjetivo; no obstante, en este estudio se enfatiza en la perspectiva subjetiva, es decir, como garantía de las personas.

3.2.1.5.- Criterios de Valoración de la prueba

Continuando con el estudio, la doctrina destaca varios sistemas de valoración de la prueba; sin embargo, antes de referirse a cada mecanismo se deberá puntualizar lo que se entiende por valoración de la prueba. Al respecto Echandía (1974) afirma lo siguiente:

Por valoración de la prueba judicial o apreciación de la prueba judicial se entiende la operación mental que tiene por fin conocer el mérito o valor de convicción que pueda deducirse de su contenido. Se trata de una actividad procesal exclusiva del Juez, pues las partes o sus apoderados tienen únicamente una función de colaboradores, cuando presentan sus puntos de vistas en alegaciones o memoriales (p.287).

Consecuentemente, la valoración de la prueba es la función que solo le compete al administrador de justicia en la cual los sujetos procesales solo pueden colaborar a través de sus alegaciones, por lo cual se establece que es la actividad del Juez con el que concluye la actividad probatoria y se verifica si la prueba obtuvo su propósito de buscar la verdad sobre los hechos afirmados y por el cual debe decidir. Melendo (1978) expresa:

En consecuencia, la apreciación de la prueba es de gran importancia dentro del conjunto probatorio para formar el convencimiento en relación a la existencia o no de los hechos o la verdad o falsedad de la afirmación, logrando una decisión la cual deberá ser motivada. (p. 54)

Para Pardo (2006), “esas decisiones se han desarrollado en la doctrina de la prueba mecanismos de la valoración como: la valoración legal o tarifa legal, la sana crítica y una apreciación a la prueba sin límites ni pautas conocida como la íntima convicción”

3.2.1.5.1.- La íntima convicción

La íntima convicción, es la entera libertad que posee el Juez para fundar su convencimiento de los medios de prueba, como establece facultades discrecionales del juzgador para valorar las pruebas sin estar impedido a criterios establecidos en la ley.

Para Taruffo (2008): “La íntima convicción, se entiende como persuasión intuitiva y fundada en reacciones psicológicas e incluso emotivas del Juez, y más en general, por la influencia de concepciones psicologista e irracionalistas de la decisión judicial”. De esta manera, la convicción no está ligada a normas positivizada dentro de un ordenamiento jurídico, razones por las cuales el Juez tiene la libertad de dar el valor de las pruebas dentro de un proceso legal; refiriéndonos de otra manera, en la íntima convicción el Juez tiene extensas potestades de valorar la prueba acorde a su conciencia, a su razón y conocimiento.

La Corte Nacional de Justicia ha acogido la teoría de Couture enunciando sobre la íntima convicción, pues en su Resolución Nro. 261,2003 determina: “El Juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica, no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente. Esta manera de actuar no sería sana crítica sino libre convicción”.

De lo manifestado, no hay reglas predeterminadas por lo cual el Juez para conseguir su íntima convicción se basa por sus sentimientos, conciencia y conocimiento interior, esto significa que Juez no está impedido a ninguna formalidad preestablecida.

Afirma Román (2008): “los criterios racionales de la libre valoración no existen porque no se han elaborado” (p.135), cuestionando que este sistema de apreciación afectara la forma constitucional de derechos y justicia en el sistema procesal.

3.2.1.5.2.- La tarifa legal

La tarifa legal también es uno de los criterios de valoración de la prueba, se determina que en este criterio el operador de justicia aprecia las pruebas aportadas por los

sujetos procesales mediante las reglas establecidas en la norma y la ley. Al respecto

Echandía, establece que:

La tarifa legal aporta seguridad a la justicia y a las partes procesales, en razón de que las sentencias se someten a la ley, liberando la arbitrariedad; siendo la propia ley la que señaló el carácter y valor jurídico que pueden tener las pruebas, también señala la forma en que deben practicarse las pruebas y como se debe valor respectivamente. (p. 86)

Consecuentemente la tarifa legal, es un sistema que se define por reglas determinadas en una norma jurídica otorgando de esta manera seguridad jurídica al proceso y eliminando la ilegalidad y arbitrariedad al Juez. Giacometo (2005) determina:

Se ha denominado sistema de prueba tasa y se caracteriza porque el legislador señala para cada medio probatorio el grado de convicción que lleva aparejado (...) Su nacimiento y consolidación va de la mano de la adjudicación de la facultad jurisdiccional en el Estado. (p. 285)

Se puede concluir que la tarifa legal, es la relación que existe entre el Juez y la norma jurídica, para la valoración de la prueba y el desarrollo de los medios de prueba. Con este planteamiento, Taruffo indica que “la prueba legal consiste en la producción de reglas que predeterminan, de forma general y abstracta, el valor que debe atribuirse a cada tipo de prueba” (p.387).

Consecuentemente, la valoración legal limita al Juez, en consecuencia, que la ley expresa la forma de valoración de las pruebas, teniendo así como defensa la seguridad jurídica siendo este criterio el que concede una obligación directa dando como resultado al Juez cualquiera sea su convicción, con el impedimento no solo de apartarse de él, sino seguir las directrices ya establecidos. Concluyendo, la tarifa legal expresa varias peculiaridades como las que estableceremos: Redime al proceso de arbitrariedades en razón de la seguridad jurídica, substituye el desconocimiento de los jueces en estricto regimiento de la ley.

3.2.1.5.3.- La sana crítica

La sana crítica es el medio de valoración de la prueba que permite al operador de justicia actuara bajo la lógica y experiencia que tiene el antes mencionado para realizar la valoración de in medio de prueba, que deberá ser debidamente motivada. Para Zavala (2016):

La sana crítica, es el metido por el cual el juzgador debe observar reglas que prescriben de la lógica y derivan de la experiencia las primeras con carácter permanente y las segundan variables en el tiempo y el espacio, logrando determinar motivadamente su apreciación. (p. 76)

De la misma manera es importante determinar que en este criterio, el Juez debe seguir diferentes reglas como lo expresa Couture “son reglas del correcto entendimiento humano contingentes y variables con analogía a la experiencia del tiempo y del lugar, pero firmes y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe descansar la experiencia”. La sana crítica es un método racional donde el administrador de la justicia aplica las reglas de la lógica jurídica que es la experiencia del Juez, el conocimiento y técnica jurídica, abandonándose completamente de una decisión basada en la íntima convicción.

Importante pone de manifiesto que la sana crítica no está atada a la libertad de valoración, está se encuentra ligada estrictamente a las reglas de la lógica que serán establecidas oportunamente. Taruffo (1997) dice: “Por lo cual la diferencia de la íntima convicción con la sana crítica es “la libertad de apreciación la cual no quiere decir una apreciación arbitraria del resultado de la prueba, sino una apreciación crítica” (p.165).

Como lo expresa Echandía (1974), “La liberta del Juez no lo eximen de someterse a las reglas de la lógica, de la sicología y de la técnico, con un criterio objetivo y social” (p.98). Siendo la sana crítica un sistema de valoración en donde la persona investida como Juez aplica reglas de la lógica jurídica que es la práctica del Juez, el conocimiento y técnica jurídica. De lo dicho se puede establecer que este sistema se rige a las reglas de la sana crítica la cual deberá ser estimada por el Juez en conjunto de acuerdo con sus lineamientos,

dejando a salvo las solemnidades establecidas en la ley, reconociendo así este sistema de acuerdo a su lógica y experiencia, pero en motivación a obtener eficacia jurídica.

En el mismo sentido de ideas, hay que acudir a las experiencias en la apreciación de los medios de prueba cuando esta valore en razón a lo que sabe, parafraseando a Couture, las experiencias del Juez son normas de valor general, independientes del caso específico pero como se extraen de la observación de lo que generalmente ocurre en numerosos casos, son susceptibles de aplicación en todos los otros casos de la misma especie, provienen de la experiencia propia del Juez y no les rige la prohibición común de no admitir otros hechos que los probados en el juicio. Afirma Couture (1958): "Las disposiciones relativas a presunciones judiciales, confiadas a las luces y a la prudencia del magistrado", se consagra la posibilidad de que este reemplace la ausencia de prueba de los sujetos procesales con su normal discernimiento de las cosas y su experiencia de la vida" (p.56).

Finalmente, se puede colegir que la motivación de la sentencia es un elemento esencial de la sana crítica pues se considera un real límite a la potestad del juzgador, encuadrándole dentro de un proceso racional basto para motivar su decisión jurídica que se reconozca. La valoración de la prueba fundada en el criterio de la sana crítica plasma su acción a través de las reglas de la sana crítica, el vigente sistema procesal coadyuva a llevar al juzgador a su rol natural de hombre, imparcial, basado en la lógica, la sabiduría, entregada por la experiencia y los conocimientos adquiridos en las ciencias exactas.

Como se puede observar importante entender bajo la lógica de la doctrina de la prueba, aspectos sumamente relevantes que permitirán realizar un análisis de la importancia que existe respecto de la prueba en los procesos jurisdiccionales, pero lógicamente partiendo de cual es le objetos de la prueba, es decir cuál es el punto de partida y cuál es el punta de llegada de la prueba dentro de un procedimiento jurisdiccional; entender también la relevancia de la finalidad de la prueba respecto del aporte probatorio de los sujetos

procesales que permita al juzgador llevar al convencimiento de todos y cada uno de los hechos alegados: para finalmente estudiar los criterios de la valoración de la prueba que le permiten al operador de justicia fundar sus decisiones, resoluciones o sentencias, siempre tomando como punto de partida y de llegada la realización de la justicia dentro de todo procedimiento en el que es de por medio un derecho o una obligación

3.2.2.- LA PRUEBA EN LOS PROCESOS JURISDICCIONALES EN MATERIA NO CONSTITUCIONALES Y CONSTITUCIONALES

3.2.2.1.- La prueba en los procesos jurisdiccionales en materias no penales

Respecto de las materias no penales es menester indicar que la regulación de la prueba se encuentra instituida en el Código Orgánico General de Procesos, la citada norma regula las materias como laboral, civil, inquilinato, familia, contencioso administrativo y tributario en los aspectos generales de la actividad procesal, exceptuando la materia constitucional, electoral y penal. (COGEP, art.1). “Ámbito. Este Código regula la actividad procesal en todas las materias, excepto la constitucional, electoral y penal, con estricta observancia del debido proceso”

El objeto de la prueba son los hechos y circunstancias controvertidos y alegadas cuya finalidad es llevar al convencimiento al juzgador; la fundamentación de los medios de prueba serán de manera oral y de acuerdo al debido proceso y la ley (COGEP, art.158): “Finalidad de la prueba. La prueba tiene por finalidad llevar a la o al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias controvertidos”. Bajo esta lógica se deben probar los hechos y las circunstancias que sustentan en las pretensiones de la parte demandante y las excepciones propuestas por la parte demandada, salvo aquellas que no requieran ser probadas, (COGEP, art.162). Siendo los hechos que no requieren ser probados los no controvertidos, los que no son posibles, los notorios o evidentes y los hechos presumidos iure el de iure (COGEP, art.163):

Hechos que no requieren ser probados. No requieren ser probados: 1. Los hechos afirmados por una de las partes y admitidos por la parte contraria en la contestación de la demanda o de la reconvencción o los que se determinen en la audiencia preliminar. 2. Los hechos imposibles. 3. Los hechos notorios o públicamente evidentes. 4. Los hechos que la ley presume de derecho. (p.226)

En ese mismo orden de ideas, es trascendental para la actividad probatoria y su objeto, desarrollar su práctica bajo los principios se rigen para la práctica de la prueba como: El principio de oportunidad en la cual la prueba debe ser anunciada y aquella que no se anuncie no podrá ser medio de la audiencia (COGEP, art.159):

Oportunidad. La prueba documental con que cuenten las partes o cuya obtención fue posible se adjuntará a la demanda, contestación a la demanda, reconvencción y contestación a la reconvencción, salvo disposición en contrario. La prueba a la que sea imposible tener acceso deberá ser anunciada y aquella que no se anuncie no podrá introducirse en la audiencia, con las excepciones previstas en este Código. Todo documento o información que no esté en poder de las partes y que para ser obtenida requiera del auxilio del órgano jurisdiccional, facultará para solicitar a la o al juzgador que ordene a la otra parte o a terceros que la entreguen o faciliten de acuerdo con las normas de este Código. La práctica de la prueba será de manera oral en la audiencia de juicio. Para demostrar los hechos en controversia las partes podrán utilizar cualquier tipo de prueba que no violente el debido proceso ni la ley. (p. 220)

Con respecto al principio de conducencia y pertinencia en la que se deben presentar pruebas relevantes y que tengan relación a los hechos que se tratan de demostrar, es importante recoger los que determina el (COGEP, art.161):

Conducencia y pertinencia de la prueba. La conducencia de la prueba consiste en la aptitud del contenido intrínseco y particular para demostrar los hechos que se alegan en cada caso. La prueba deberá referirse directa o indirectamente a los hechos o circunstancias controvertidos. (p. 220)

De igual manera el principio de utilidad, lealtad , veracidad y contradicción, es un principio que se encuentra consagrado en los Artículos 162 y 165 del Código General de Procesos (COGEP, art.160 y 165):

Admisibilidad de la prueba. Para ser admitida, la prueba debe reunir los requisitos de pertinencia, utilidad, conducencia y se practicará según la ley, con lealtad y veracidad. La o el juzgador dirigirá el debate probatorio con imparcialidad y estará

orientado a esclarecer la verdad procesal. En la audiencia preliminar la o el juzgador rechazará de oficio o a petición de parte la prueba impertinente, inútil e inconducente. La o el juzgador declarará la improcedencia de la prueba cuando se haya obtenido con violación de la Constitución o de la ley. Carece de eficacia probatoria la prueba obtenida por medio de simulación, dolo, fuerza física, fuerza moral o soborno. Igualmente será ineficaz la prueba actuada sin oportunidad de contradecir. La resolución por la cual la o el juzgador decida no admitir alguna prueba podrá apelarse con efecto diferido. De admitirse la apelación, la o el juzgador superior ordenará la práctica de la prueba, siempre que con ella el resultado pueda variar fundamentalmente. Art. 165.- Derecho de contradicción de la prueba. Las partes tienen derecho a conocer oportunamente las pruebas que se van a practicar, oponerse de manera fundamentada y contradecirla. (p. 227)

La prueba en materias no penales es el medio de comprobación de los hechos alegados, en la que se valorará de acuerdo con las reglas de la sana crítica, con el fin de emitir una resolución en justificación de las pruebas presentadas y contradichas (COGEP, art.161y 164):

Art 161.- Conducencia y pertinencia de la prueba. La conducencia de la prueba consiste en la aptitud del contenido intrínseco y particular para demostrar los hechos que se alegan en cada caso. La prueba deberá referirse directa o indirectamente a los hechos o circunstancias controvertidos. Art. 164.- Valoración de la prueba. Para que las pruebas sean apreciadas por la o el juzgador deberá solicitarse, practicarse e incorporarse dentro de los términos señalados en este Código. La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, dejando a salvo las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos. La o el juzgador tendrá obligación de expresar en su resolución, la valoración de todas las pruebas que le hayan servido para justificar su decisión. (p.222)

El ejercicio de la carga probatoria en los procesos no penales, la obligación de probar los hechos le corresponde a la parte demandante, hechos que se han establecido en la *litis* y que ha negado la parte demandada en su contestación en base a las excepciones plateadas; por lo que la parte demandada no está en la obligación de producir prueba nueva si en la contestación emitió prueba simple o negativa y si debe emitir prueba nueva cuando su contestación contenga afirmación explícitas o implícitas del hecho.

Sin embargo, existe casos en donde la carga de la prueba se invierte, es decir no corresponde a la parte actora sino a la parte demandada como es en los casos de familia particularmente en la prueba de los ingresos del obligado por alimentos y en materia

ambiental la prueba sobre daños potencial o real, al igual que serán admisibles otros casos de inversión de la carga de la prueba (COGEP, art.169).

Ahora bien, los tipos de prueba que establece el Código General de Procesos son la prueba testimonial, documental, pericial e inspección judicial, con ciertas particularidades que estableceremos a continuación:

La prueba testimonial, es la declaración que rinde una de las partes o un tercero, misma que se practica en la audiencia de juicio o algún medio de comunicación tecnológica, con excepción de la declaración anticipada acabo del contrainterrogatorio (COGEP, art.174). De igual manera, será procedida mediante juramento rendido ante el juzgador, las cuales seguirán las reglas establecidas por la ley. La valoración de la prueba testimonial se considerará en contexto de la misma y su relación con otras pruebas (COGEP, art.177 y 186).

La prueba documental, es todo documento público y privado que recoja, contenga o represente algún hecho o declare, constituya o incorpore un derecho; mismo que se podrán desglosar sin perjuicio de que se vuelvan a presentar cuando sea requerido (COGEP, art.193). De igual manera se podría destacar que los documentos públicos y privados se presentan en originales o en copias certificadas, para que estos sean eficaces no deben estar defectuosos, alterados y que no existan autos ni recurso pendiente (COGEP, art.195). El documento público, es el autorizado con las solemnidades legales, se llamará escritura pública cuando se otorgue ante el notario e incorpore en un protocolo o registro público; al igual se considerarán instrumentos públicos los mensajes de datos y firmas electrónicas otorgados, conferidos, autorizados o expedidos por y ante autoridad competente (COGEP, art.205). En efecto, el documento público agregado al proceso con orden judicial y notificación a la parte contraria, constituye prueba legalmente actuada, aunque las copias se las haya obtenido fuera de dicho proceso (COGEP, art.207).

Los documentos privados, es el que se realiza por personas particulares, sin la intervención de funcionario público alguno, o con éstos, en asuntos que no son de su empleo (COGEP, art.216). La parte que presente un instrumento privado en original, podrá solicitarse el reconocimiento de la firma y rubrica a la parte autora o el autor o al representante legal de la persona jurídica a quien se le atribuye la autoriza, teniendo en cuenta que esta no se convierte en instrumento público (COGEP, art.217 y 218).

La prueba pericial, es por la cual un especialista en cierta materia analiza en razón a sus conocimientos científicos, técnicos, prácticos o profesionales los hechos controvertidos, dando sus conclusiones al Juez, es importante saber que si no existe peritos especializados en alguna materia se solicitara al Consejo de la Judicatura que requiera a la institución pública, universidad o colegio profesional la cual enviara una terna de profesionales. Es por ello, que la prueba pericial tiene como propósito verificar los hechos y objetos que son materia del proceso (COGEP, art.221 y 227).

La inspección judicial, es el medio conveniente para la verificación o esclarecimiento del hecho o materia del proceso para examinar directamente lugares, cosas o documentos, esta será de oficio o a petición de parte (COGEP, art.228). Esta se podrá solicitar con la demanda, contestación a la demanda, reconvención o contestación a la reconvención, esclareciendo los motivos por el que el juzgador examine directamente lugares, cosas o documentos, objeto de la inspección o el reconocimiento y adicionalmente se expresa la pretensión que se requiere probar con la inspección o reconocimiento (COGEP, art.229).

3.2.2.2.- La prueba en los procesos jurisdiccionales en materia Penal

En el ámbito penal, se hace referencia a lo que expresa el Código Orgánico Integral Penal, siendo el instrumento que regula el poder punitivo del Estado; principios,

infracciones penales, sanciones, procedimientos y demás regulación sobre actores y participes dentro del ámbito penal.

La prueba en materia penal, tiene como objeto llevar al Juez al convencimiento de los hechos facticos y subjetivos, que le permitan al juzgador llegar al convencimiento de los hechos controvertidos, pero sobre todo apegados a la verdad procesal, esto en materia penal se encuentra regulado en el Art 453 del Código Orgánico Integral Penal

Por otro parte, el anuncio y práctica de prueba se regirán bajo los siguientes principios segun los determina el Art 454 del Código Orgánico Integral Penal:

1) Oportunidad esto es, que se debe ser presentar, valorar e incorporar la prueba en el momento oportuno; 2) Inmediación trata que las partes procesales deben estar presentes en la práctica de prueba; 3) Contradicción, las partes tienen derecho a conocer y controvertir la prueba; 4) Libertad probatoria, se refiere a que todos los hechos y circunstancias se podrá probar por cual medio de prueba ya sea testimonial, documental o pericial; 5) Pertinencia, se refiere al hecho y consecuencias como a la materialización y responsabilidad; 6) Exclusión; excluye la prueba cuando se ha violado la ley, la Constitución o Instrumentos internacionales; y, 7) Igualdad de oportunidades; expresa que se garantizara en igualdad material y formal de los intervinientes de la actuación procesal. (p. 324)

En cuanto a, los criterios de valoración se establecen que la prueba sea legal, autentica y observando la cadena de custodia para adoptarse las pruebas a fin de preservar la identidad e integridad de objetos que son fuente de la prueba, basando en el mecanismo de valoración de la tarifa legal. (COIP, art.456 y 457).

Por otro lado, la carga de la prueba se ha asignado al Fiscal, el cual tiene la obligación ineludible de la actividad probatoria en razón a los hechos y circunstancias que agravan la responsabilidad de la persona procesada; esto sin limitar el derecho que tienen el acusador particular y el sospecho (COIP, art 5 numeral 21). Pues efectivamente el Art. 5 numeral 21 del COIP manifiesta:

Objetividad: en el ejercicio de su función, la o el fiscal adecuará sus actos a un criterio objetivo, a la correcta aplicación de la ley y al respeto a los derechos de las personas. Investigará no solo los hechos y circunstancias que funden o agraven la

responsabilidad de la persona procesada, sino también los que la eximan, atenúen o extingan. (p.92)

Ahora bien, los tipos de prueba que establece el Código Orgánico Integral Penal son el documental, testimonial y la pericial, las cuales tienen ciertas particularidades referentes a la materia penal que se establecerá a continuación:

La prueba documental, es todo instrumento que contenga datos necesarios para esclarecer hechos y circunstancias materia del juicio y de sus presuntos responsables; haciéndose uso en forma original o copias certificadas si reposan en otros archivos. De igual manera se destaca el contenido digital siendo todo acto informático que presenta hechos, información o conceptos, almacenados, procesados o transmitidos por cualquier medio tecnológico (COIP, art.499 y 500):

Artículo 499.- Reglas generales. - La prueba documental se regirá por las siguientes reglas: 1. No se obligará a la persona procesada a que reconozca documentos ni la firma constante en ellos, pero se aceptará su reconocimiento voluntario. 2. La o el fiscal o la o el defensor público o privado, podrá requerir informes sobre datos que consten en registros, archivos, incluyendo los informáticos, que se valorarán en juicio. No se hará otro uso de la correspondencia y de los otros documentos agregados al proceso que el necesario para esclarecer los hechos y circunstancias materia del juicio y de sus posibles responsables. 4. Si los documentos forman parte de otro proceso o registro o si reposan en algún archivo público, se obtendrá copia certificada de ellos y no se agregará originales sino cuando sea indispensable para constancia del hecho. En este último caso, la copia quedará en dicho archivo, proceso o registro y satisfecha la necesidad se devolverán los originales, dejando la copia certificada en el proceso. 5. No se podrá hacer uso procesal o extraprocesal de ninguno de los datos que suministren los documentos si versan sobre asuntos que no tienen relación con el proceso. 6. Podrá admitirse como medio de prueba todo contenido digital conforme con las normas de este Código. Artículo 500.- Contenido digital. - El contenido digital es todo acto informático que representa hechos, información o conceptos de la realidad, almacenados, procesados o transmitidos por cualquier medio tecnológico que se preste a tratamiento informático, incluidos los programas diseñados para un equipo tecnológico aislado, interconectado o relacionados entre sí. En la investigación se seguirán las siguientes reglas: 1. El análisis, valoración, recuperación y presentación del contenido digital almacenado en dispositivos o sistemas informáticos se realizará a través de técnicas digitales forenses. 2. Cuando el contenido digital se encuentre almacenado en sistemas y memorias volátiles o equipos tecnológicos que formen parte de la infraestructura crítica del sector público o privado, se realizará su recolección, en el lugar y en tiempo real, con técnicas digitales forenses para preservar su integridad, se aplicará la cadena de custodia y se facilitará su posterior valoración y análisis de contenido.

3. Cuando el contenido digital se encuentre almacenado en medios no volátiles, se realizará su recolección, con técnicas digitales forenses para preservar su integridad, se aplicará la cadena de custodia y se facilitará su posterior valoración y análisis de contenido. 4. Cuando se recolecte cualquier medio físico que almacene, procese o transmita contenido digital durante una investigación, registro o allanamiento, se deberá identificar e inventariar cada objeto individualmente, fijará su ubicación física con fotografías y un plano del lugar, se protegerá a través de técnicas digitales forenses y se trasladará mediante cadena de custodia a un centro de acopio especializado para este efecto. (p. 571)

La prueba testimonial, es la declaración que rinde las partes procesales y las personas que han evidencia el hecho o conocen sobre las circunstancias de la infracción penal (COIP, art.501):

El testimonio es el medio a través del cual se conoce la declaración de la persona procesada, la víctima y de otras personas que han presenciado el hecho o conocen sobre las circunstancias del cometimiento de la infracción penal. (p. 573)

De igual manera, será procedida mediante juramento rendido ante el juzgador, las cuales seguirán las reglas establecidas por la ley, teniendo en cuenta que cada testimonio establecido tendrá sus particularidades (COIP, art.502).

La prueba pericial, es por la cual profesionales expertos en el área analizan una materia en razón a sus conocimientos, desempeñando sus funciones de manera obligatoria con excepción de algunas causales establecidas por este código para excusarse. Por ende, el informe pericial debe contar de formalidades que serán entregadas al Juez en audiencia y sustentados de forma oral el cual se registrá al interrogatorio. (COIP, art.511):

Reglas generales.- Las y los peritos deberán: 1. Ser profesionales expertos en el área, especialistas titulados o con conocimientos, experiencia o experticia en la materia y especialidad, acreditados por el Consejo de la Judicatura. 2. Desempeñar su función de manera obligatoria, para lo cual la o el perito será designado y notificado con el cargo. 3. La persona designada deberá excusarse si se halla en alguna de las causales establecidas en este Código para las o los juzgadores. 4. Las o los peritos no podrán ser recusados, sin embargo el informe no tendrá valor alguno si el perito que lo presenta, tiene motivo de inhabilidad o excusa, debidamente comprobada. 5. Presentar dentro del plazo señalado sus informes, aclarar o ampliar los mismos a pedido de los sujetos procesales. 6. El informe pericial deberá contener como mínimo el lugar y fecha de realización del peritaje, identificación del perito, descripción y estado de la persona u objeto peritado, la técnica utilizada, la fundamentación científica, ilustraciones gráficas cuando corresponda, las

conclusiones y la firma. 7. Comparecer a la audiencia de juicio y sustentar de manera oral sus informes y contestar los interrogatorios de las partes, para lo cual podrán emplear cualquier medio. 8. El Consejo de la Judicatura organizará el sistema pericial a nivel nacional, el monto que se cobre por estas diligencias judiciales o procesales, podrán ser canceladas por el Consejo de la Judicatura. De no existir persona acreditada como perito en determinadas áreas, se deberá contar con quien tenga conocimiento, especialidad, experticia o título que acredite su capacidad para desarrollar el peritaje. Para los casos de mala práctica profesional la o el fiscal solicitará una terna de profesionales con la especialidad correspondiente al organismo rector de la materia. Cuando en la investigación intervengan peritos internacionales, sus informes podrán ser incorporados como prueba, a través de testimonios anticipados o podrán ser receptados mediante video conferencias. (p. 608)

3.2.2.3.- La prueba en materia constitucional

3.2.2.3.1.- Antecedentes

Para comenzar, la regulación de la prueba en materia constitucional en el Ecuador, se ha determinado que es necesario mencionar que con la promulgación y vigencia de la Constitución de la República del 2008 se reconoce un Estado Constitucional de Derechos y justicia social (Constitución de la República del Ecuador, 2008) ;en la cual se observa 1.El carácter vinculante de la Constitución de la República, 2.La supremacía del Mandato Constitucional y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, 3. La eficacia y aplicación inmediata de la Constitución, 4. Las garantías jurisdiccionales y 5. La rigidez constitucional.

Es por ello, que con la vigente Constitución se plantea una conceptualización garantista mas desarrollada de la prueba al vincularlo al debido proceso constituyendo así un mecanismo eficaz en la defensa de las partes dando una categoría de garantía en un proceso cuando se demanden derechos u obligaciones establecidas en el Mandato Constitucional.

3.2.3.2.2- Particularidades de la prueba en materia constitucional

3.2.3.2.2.1.- Definición

Dentro del ámbito constitucional el argumento de la prueba, consiente observar su axioma mediante otra perspectiva. En tal sentido, la prueba en materia constitucional se la razona como un derecho de las partes , por lo que es oportuno conocer cómo se incorpora la aplicación de la carga probatoria en materia constitucional

Respecto a los derechos fundamentales, Ferrajoli (2010) define que son “derechos fundamentales los inherentes a las personas que poseen derechos y obligaciones, adscrita a un sujeto por una norma jurídica” (p.132). En ese mismo orden de ideas Chinchilla (2009) expone “que los derechos fundamentales, son derechos subjetivos que tienen mecanismos de eficacia directa, reserva de ley como garantía y la prohibición de suspensión mediante la normativa, estando ubicados en la Constitución y Tratados Internacionales de derechos humanos” (p.76). De igual manera Echandía (2002) en cuanto a tal derecho expresa:

Su naturaleza de derecho subjetivo es clara, porque la obligación que genera depende de un acto de voluntad: la petición del interesado; en cambio, cuando en el proceso inquisitivo, civil o penal, el Juez está obligado a practicar oficiosamente la prueba, su obligación emana de la ley directamente y no existe entonces un derecho subjetivo de las partes a esas pruebas; pero existirá siempre el derecho a que se practiquen las que ellas soliciten. (pág. 26)

Por lo cual, la prueba en materia constitucional no solo se considera como parte del proceso, sino como un derecho fundamental inherente a la persona puesto que se tiene reconocimiento constitucional, al igual que el aseguramiento del ejercicio efectivo del mismo.

Ferrer (2008) se refiere a la prueba. “La razón, los argumentos, el instrumento o los medios, de la naturaleza predominante procesal, dirigidos a verificar el cumplimiento o no de la Constitución” (p.89).

Como se observa la prueba en materia constitucional sigue siendo un instrumento relevante a la actividad probatoria, como se ha manifestado la diferencias esta en que la

prueba no busca responsables, sino en demostrar si existió o no la violación de un derecho constitucional. Carbonell afirma que es:

El derecho de toda persona de presentar pruebas y controvertir las que se aleguen en su contra dentro de un proceso disciplinario, constituye un derecho constitucional fundamental, y dado que la declaratoria de inconducencia de una prueba puede conllevar la violación del derecho a la defensa y del debido proceso, con innegable perjuicio para el inculpado, el investigador debe proceder con extrema cautela y en caso de duda, optar por la admisión de prueba (pág.187).

En el mismo orden de ideas, Arango y Alex (2005), por su parte, manifiestan que: “esta perspectiva subjetiva implica una relación jurídica contentiva de tres elementos, a saber: titular (quien detenta el derecho), obligado y objeto (acciones u omisiones del sujeto obligado)” (p.39).

La prueba en materia constitucional se enmarca en un carácter fundamental reconocido en la Constitución con mecanismos para su aplicación y tutela, razones por las cuales las personas que se ven afectadas pueden exigir al Juez el aseguramiento, admisión, práctica y valoración de la prueba, siendo un derecho inherente a la persona en aplicación directa y justiciable. Otra particularidad que enmarca la doctrina también es la que fundamenta, Giacometto (2007):

Considerando la prueba en materia constitucional desde un contenido material y formal. En primer lugar, la prueba no tiene relevancia puesto que “el examen que realiza el Juez es de puro derecho y no requiere la práctica de pruebas”; en segundo lugar “es importante acudir a los medios de prueba pertinentes, para determinarlos; ya sea por la violación de las reglas procedimentales en la Constitución o la ley” (p.132)

Por lo que se discurre a la prueba constitucional desde dos procesos el primero en los abstractos, en la que la prueba es algo irrelevante y en segundo en los que sigue teniendo relevancia la prueba para comprobar los hechos que dan origen a la acción u omisión que amenace o viole derechos constitucionales.

3.2.3.2.2.2.- Objeto de la prueba en materia constitucional

El objeto de la prueba en materia constitucional, tiene un diferente enfoque como lo expresa la Corte Constitucional en la sentencia vinculada Nro.001-16 PJO- CC referente a la Acción de Protección, a través de la cual se debe observar el tema *decidentum* y su correspondencia con el objeto en observancia a:

Cuando lo que se plantea en la demanda y se desprende de la comprobación de los hechos es una vulneración directa de derechos constitucionales, se estará ante el objeto primigenio de la acción de protección. En cambio, cuando lo que se pretenda es la declaración de un derecho subjetivo previsto en la legislación secundaria o en general, la aplicación de una norma infra constitucional para determinado caso o el reclamo por la falta de la misma, sin la presentación de hechos que determinen la existencia de una vulneración a derechos constitucionales, se tratará de un problema que puede ser resuelto por otras vías judiciales (Sentencia Nro.001-16-PJO-CC, 2016, párr.86).

Es así, que hace una diferencia en el objeto de la prueba; siendo esta la violación a derechos constitucionales, puesto que existen situaciones en las que si bien la persona considera que se han afectado sus derechos, la conducta denunciada no influye directamente a la faceta constitucional del mismo, sino que el derecho ha sido quebrantado en su dimensión legal que si bien tiene siempre un trasfondo constitucional, pues todos los derechos se encuentran garantizados en la Constitución, no reclama la misma urgencia ni el mismo grado de celeridad que si se tratara de un derecho constitucional.

Es decir, el objeto de la prueba en materia constitucional es demostrar los hechos que dan origen a la acción u omisión que viole o vulnere derechos constitucionales reconocidos en la Carta Magna. Porras (2012) determinó: “para los casos de garantías constitucionales los hechos son importantes y son ellos los que deben probarse en la medida de que han dado origen a la acción u omisión que genera la violación o amenaza de los derechos de las personas” (p. 44).

3.2.3.2.2.3.- Finalidad de la prueba en materia constitucional

La finalidad de la prueba en materia constitucional se observa desde otra dirección en razón que la prueba es vista como un componente fundamental del debido proceso, es así que se reconoce el derecho a la defensa que tienen las personas, pero no como una lucha de partes, sino en el problema de interpretación sobre la validez de una norma en contra de la Constitución en la que el Juez debe reconocer las condiciones de la vulneración de los derechos. Por lo cual, expresa la Corte Constitucional en la sentencia vinculada Nro.001-16 PJO-CC referente a la acción de protección, a través de la cual podemos observar que: “La obligación del Juez de garantías constitucionales radica precisamente en sustanciar el proceso para que, una vez que se hayan cumplido todas las etapas procesales, se pueda juzgar sobre la existencia o no de las vulneraciones de derechos constitucionales”. (Sentencia Nro.001-16-PJO-CC, 2016, párr.40).

En ese mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos refiriéndose al debido proceso, ha manifestado que “La finalidad práctica de su utilización instrumental es lograr que las personas pueden defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos” (Caso de la masacre de Mapiripan vs Colombia, 2005). La decisión de Tribunal determinó:

1. El Estado violó en perjuicio de cierto número de víctimas – que el propio Estado mencionó como “aproximadamente 49” , de las cuales han sido individualizadas los señores José Rolan Valencia, Sinaí Blanco Santamaría, Antonio María Barrera Calle, Álvaro Tovar Muñoz, Jaime Pinzón, Raúl Morales, Edwin Morales, Manuel Arévalo, Hugo Fernando Martínez Contreras, Diego Armando Martínez Contreras, Omar Patiño Vaca, Eliécer Martínez Vaca, Gustavo Caicedo Rodríguez, Enrique Pinzón López, Luis Eduardo Pinzón López, Jorge Pinzón López, José Alberto Pinzón López, Jaime Riaño Colorado y Uriel Garzón, y la señora Ana Beiba Ramírez, los derechos a la libertad personal, a la integridad personal y a la vida, consagrados en los artículos 4.1, 5.1, 5.2, 7.1 y 7.2 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de dicho tratado, en los términos de los párrafos 101 a 138 de esta Sentencia. 2. El Estado violó en perjuicio de los familiares de las víctimas el derecho a la integridad personal, consagrado en el artículo 5.1 y 5.2 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de dicho tratado, por las razones expuestas en los párrafos

140 a 146 de esta Sentencia. 3. El Estado violó en perjuicio de Hugo Fernando y Diego Armando Martínez Contreras, Carmen Johanna Jaramillo Giraldo, Gustavo Caicedo Contreras, Maryuri Caicedo Contreras, Rusbel Asdrúbal Martínez Contreras, y los hermanos Valencia Sanmiguel, a saber, Nadia Mariana, Yinda Adriana, Johanna Marina, Roland Andrés y Ronald Mayiber los derechos de los niños consagrados en el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 4.1, 5.1 y 1.1 de la misma, en los términos de los párrafos 159, 160 y 163 de esta Sentencia. Asimismo, el Estado violó en perjuicio de quienes fueron niños y niñas desplazados de Mapiripán, de los cuales han sido individualizados en esta Sentencia Carmen Johanna Jaramillo Giraldo, Gustavo Caicedo Contreras, Maryuri Caicedo Contreras, Rusbel Asdrúbal Martínez Contreras y los hermanos Valencia Sanmiguel, a saber, Nadia Mariana, Yinda Adriana, Johanna Marina, Roland Andrés y Ronald Mayiber, los derechos de los niños consagrados en dicha disposición de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 4.1, 22.1 y 1.1 de la misma, en los términos de los párrafos 161, 162 y 163 de esta Sentencia. 4. El Estado violó en perjuicio de Mariela Contreras Cruz, Rusbel Asdrúbal Martínez Contreras, Maryuri y Gustavo Caicedo Contreras, Zuli Herrera Contreras, Nory Giraldo de Jaramillo, Carmen Johanna Jaramillo Giraldo, Marina Sanmiguel Duarte, Nadia Mariana, Yinda Adriana, Johanna Marina, Roland Andrés y Ronald Mayiber, todos Valencia Sanmiguel, Teresa López de Pinzón y Luz Mery Pinzón López el derecho de circulación y residencia consagrado en el artículo 22.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 4.1, 5.1, 19 y 1.1 de dicho tratado, en los términos de los párrafos 169 a 189 de esta Sentencia. 5. El Estado violó en perjuicio de los familiares de las víctimas los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial consagrados en los artículos 8.1 y 25 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en los términos de los párrafos 195 a 241 de esta Sentencia.

La finalidad de la prueba en materia constitucional tiene como fin garantizar a las partes procesales, el derecho a un procedimiento justo en el que se observe los derechos reconocidos en la norma constitucional, buscando visualizar el acto u omisión pública o privada de la violación de los derechos constitucionales logrando así la reparación del mismo. De igual manera la prueba tiene como finalidad asegurar la vigencia y efectividad del reconocimiento de los derechos establecidos en la Constitución efectuando acceso a la justicia. Corte Constitucional en la sentencia Nro.006-16- SEP-CC expresa que:

En tal sentido, una vez que se ha resuelto respecto de la pretensión del accionante y se ha determinado que existe una vulneración del derecho constitucional al debido proceso en la garantía de la motivación, esta Corte, en virtud de los hechos del caso, para garantizar el uso adecuado de la garantía jurisdiccional de la acción de

protección, la observancia de los precedentes jurisprudenciales emitidos por este Organismo, y para evitar una dilación innecesaria dentro de la tramitación del caso en examen, estima necesario pronunciarse también respecto de si existió una vulneración a los derechos constitucionales alegados por el accionante dentro del proceso (Sentencia Nro.006-16-SEP-CC, 2016).

Como resultado se concluye que la prueba tiene como finalidad: Reconocer el derecho a la defensa que tienen las personas dentro de los procesos constitucionales y llegar a determinar la existencia o no de la violación de un derecho, haciendo énfasis que no es menester determinar responsables.

3.2.3.2.4.- Principios

Los principios son preceptos que los jueces constitucionales deben acatar para administrar justicia constitucional, estos principios son de carácter general, porque no se refieren a un proceso constitucional en especial, sino a todos los procesos en general, importante poner de manifiesto que los principios prestan al juzgador una herramienta indispensable ser aplicados en las resoluciones judiciales. Entre los principios constitucionales tenemos:

a) Principio de inmediación e impulso procesal

El principio de inmediación, juega un papel relevante, entendiéndose como la relación que va a existir entre el Juez y la práctica de cada una de las pruebas, la Corte Constitucional en el caso Nro.0030-2008 de Acción Extraordinario de Protección, a través de la que se cita a Echandía determinando al principio de inmediación:

El principio de inmediación se traduce en la inmediata comunicación que debe existir entre el Juez y las personas que obran en el proceso, los hechos que en el deban hacerse constar y los medios de prueba que se utilicen. En el caso concreto, esta Corte estima que se ha respetado el principio de inmediación en todas las fases procesales, pues la inmediata comunicación entre el Juez y las partes se concretó eficazmente a través de la práctica de citaciones, notificaciones, convocatorias y realización de las audiencias públicas, así como con la recepción de escritos y el correspondiente traslado a la otra parte, evacuación y valoración de prueba, etc. (Sentencia Nro.004-09-SEP-CC).

El principio de inmediación, constituye la obligación de asistencia imperativa e ininterrumpida de los jueces a la audiencia y a los debates previos, así como de percibir y recibir las pruebas que van a servir de elementos de convicción de la sentencia que han de pronunciar.

b) Principio de preclusión

Al respecto, sobre el principio de preclusión la Corte Constitucional afirma lo siguiente en el caso Nro. 031-10-SNC-CC de Acción Extraordinario de Protección respecto a la preclusión manifiesta que:

La preclusión procesal es principio general del derecho, por el cual las etapas procesales se van cerrando sucesivamente, es decir, la posibilidad de contradicción de las partes en las fases procesales una vez evacuadas, se cierran inevitablemente y no es posible volver atrás, ya que hacerlo implicaría un desbalance procesal entre los contendientes (Sentencia Nro. 031-10-SCN-CC).

De lo manifestado, se puede observar que juzgadores tienen la obligación de actuar conforme a derecho en cada etapa procesal, con la intención de adelantar con cada acto procesal en el caso concreto, evitando replegarse o detener la causa, es necesario precisar que bajo el principio de preclusión el cual se refiere. Al respecto la Corte Constitucional manifiesta:

Debe tomarse en cuenta que de conformidad con lo que establece el principio de preclusión procesal, los procesos judiciales están conformados por diversas etapas que se desarrollan en forma sucesiva, cada una de las cuales supone la clausura definitiva de la anterior, de manera que no es posible el regreso o la renovación de momentos procesales y a extinguidos y consumados (...) (Sentencia Nro. 308-16-SEP-CC, 2016)

c) Principio de cooperación

El principio de cooperación es el instrumento por el cual el operador de justicia, el accionado y el accionante son sujetos procesales, es decir no solo las partes actúan sino es el Juez el que puede también solicitar las pruebas para la aclaración, pues así lo pone de manifiesto el artículo 16 de la Ley orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, así también el Juez tiene un rol activo en el proceso.

d) Principio *pro homine*

El principio *pro homine* o *pro persona* fue definido por primera vez tras el llamamiento a una opinión consultiva Oc-7/86 del 29 de agosto de 1986, en que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en uno de sus votos adjuntos pronunciado por el Juez Rodolfo E. Piza Escalante afirma que el principio *pro persona* es:

En orden a la defensa técnica, la teoría general se conforma con la asistencia letrada de la parte, mientras que en lo constitucional se acompaña con un deber de cooperación entre partes para encontrar una solución justa y adecuada al conflicto. No hay estrictamente una lucha entre partes, porque la bilateralidad se atenúa con el rol social que tiene el Juez o tribunal que se desenvuelva ante una controversia constitucional (p.16).

Un razonamiento esencial que impone la naturaleza de los derechos humanos, la cual obliga a interpretar extensivamente las normas que los consagran o amplían y restrictivamente las que los limitan o restringen. De esta forma, el principio *pro persona* conduce a la conclusión de que la exigibilidad inmediata e incondicional de los derechos humanos es la regla y su condicionamiento la excepción (Oc-7/86, 1986).

De esta manera, podemos establecer que el principio *pro homine* da importancia a utilizar criterios de interpretación de forma expansiva en razón, que los derechos humanos no son solo derechos subjetivos protegidos por el ordenamiento jurídico, sino que también constituye el sustento y la finalidad de toda la estructura estatal en virtud a su efectividad. Del mismo modo lo explica Gozáini (2010) citando a Pinto, Mónica que establece que el principio *pro persona*:

Es un criterio hermenéutico que forma todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e inversamente a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es estar siempre a favor del hombre. (p.112)

Por todo lo referido, el principio *pro homine*, se debe entender que es el de mayor efectividad para la protección y vigencia de cualquier derecho que reconozca la Constitución, los tratados internacionales o cualquier norma anexados a éstos. No obstante, este principio puede mirarse desde dos perspectivas en orden a los derechos humanos, como lo manifiesta Zavala (2009) afirmando que:

El principio es aplicable en dos situaciones diversas: a) concurrencia de normas; y, b) concurrencia de interpretaciones. Lo cual nos indica que el primer caso se refiera a dos o más enunciados normativos que pueden ser aplicados al caso, circunstancias en que debe aplicarse el de mayor efectividad para la protección del derecho que se trate. El segundo caso, es cuando un mismo enunciado jurídico es interpretado en dos o más formas, caso en el cual se señala asimismo cual interpretación es la que se debe aplicar. (p. 40)

De esta manera, el principio *pro homine* en cualquier caso de duda ya sea normativo o interpretativo, se debe regir por la protección del derecho atiendo a la norma que más proteja a la persona y optar por cualquier interpretación conforme a las normas de los derechos humanos, constitucionales e internacionales.

e) Principio *iura novit curia*

El principio *iura novit curia* ha sido tratado por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la que ha señalado que; “por medio de este principio el juzgador tiene la facultad, e inclusive el deber, de aplicar las disposiciones jurídicas pertinentes en una causa, aun cuando las partes no las hayan invocado expresamente” (Caso Usón Ramírez vs Venezuela, párr.53).

Atendiendo al criterio emitido por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos humanos, da la facultad al juzgador de pronunciarse sobre aspectos no discutidos por las partes procesales en razón de no ocasionar vulneración a los derechos constitucionales en este sentido, la Corte Constitucional a través de la jurisprudencia constitucional también ha invocado el principio *iura novit curia* en aplicación al artículo

426 de la Constitución de la Republica en concordancia al artículo 4 numeral 13 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional explicando lo siguiente:

En la tarea de análisis y revisión de constitucionalidad de los procesos ordinarios y constitucionales, el Juez tiene la obligación de someterse a los principios procesales que gobiernan la justicia constitucional, entre ellos, y para efectos de análisis y resolución del caso *sub judicé*, es pertinente remitirse al principio del *iura novit curia*. Aquel principio lo consagra el artículo 426 de la Constitución de la República del Ecuador, cuya traducción es "el Juez conoce el derecho". Este principio consiste en que el Juez constitucional a partir de la activación de una garantía jurisdiccional, está facultado para fundamentar su fallo en disposiciones constitucionales, aun cuando las partes procesales no las invoquen de forma expresa. (Sentencia Nro. 164-15-SEP-CC).

Conforme a lo manifestado el principio *iura novit curia*, se evidencia como un principio procesal en sustento de la justicia constitucional como un deber que tiene el Juez de aplicar el derecho positivo y subsumirle en la norma precisa, por lo tanto no es necesario que las partes prueben en un proceso en razón que el Juez conoce mejor que las partes el derecho pertinente en cada caso, por lo que está obligado a aplicar las normas correspondientes aunque éstas no hayan sido invocadas por los interesados. Así lo manifiesta la Corte Constitucional en la sentencia Nro.006-16-SEP-CC referente a la acción extraordinaria de protección, a través de la cual podemos observar que:

En aplicación del principio *iura novit curia*, entendido como la capacidad del Juez para aplicar una norma distinta a la invocada por los participantes en un proceso constitucional, y en atención a una interpretación de las normas constitucionales a partir del contexto general que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. (Sentencia Nro.006- 16-SEP-CC, 2016)

3.2.3.2.2.5.- Mecanismos de valoración

La valoración, es la acción de establecer un valor que corresponde a alguna apreciación, es por ello que el Juez recolectara todas las pruebas y determinara el valor que le debe dar a cada una, y a todas en conjunto para pronunciar si el fallo es o no constitucional de acuerdo la norma acusada. Referente al mecanismo de valoración Giacometto (2016) expresa:

La libre apreciación deber ser razonada, no arbitraria; El resultado de la apreciación razonada de la prueba deber ser explicado en fallo, en su motivación; Las formalidades exigidas para los actos procesales probatorios y en general para el proceso, no constituyen limitación a la sana crítica; Tiene como fin la búsqueda de la verdad.; Requiere la iniciativa oficiosa del Juez, en la producción de la prueba (p.195)

Por otro lado, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos expresa que al hablar de derechos la valoración de la prueba se regirá según las reglas de la sana crítica, ha evitado siempre adoptar una rígida determinación del quantum de a prueba necesaria para fundar un fallo. Este criterio es especialmente valido cuando se habla de derechos humanos, por el hecho que existe una flexibilidad y celeridad en los procesos cuando se vulnera un derecho reconocido por la Constitución los cuales disponen que la prueba sea dúctil sobre los hechos pertinentes, de acuerdo con las reglas de la lógica y con base en la experiencia (Caso de la masacre de Mapiripan vs Colombia, 2005)

En otras palabras, la sana crítica es el sistema la cual el Juez tiene la libertad de formar su propia convicción, pero debe expresar suficientes razones por la cual llego a sus convicciones, es decir tener una decisión motivada al momento de la valoración de la prueba de acuerdo a su experiencia.

Al respecto se deberá establecer la sana crítica en observancia al principio de *pro homine* según el artículo 29.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos determina:

En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática. (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1990)

Es decir que el principio *pro homine*, se establece que en caso de duda se debe decidir por la protección de los derechos. Finalmente se establece que el sistema de la valoración de prueba en materia constitucional está regido por la sana crítica como una regla del entendimiento humano, la lógica y la experiencia del Juez; así también bajo el principio *pro*

homine en el que expresa que en caso de duda se debe decidir por la protección de los derechos.

3.2.3.2.3.- Ámbito Normativo

En el caso de Ecuador, como norma suprema está la Constitución de la República del Ecuador que fue promulgada por el decreto legislativo 0, Registro Oficial 449 del 20 de octubre del 2008. Es por ello que concerniente a la prueba se establece en el capítulo octavo denominado derechos de protección en el artículo 76 numeral 7 literal h:

En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Es decir, expresa la prueba parte del derecho a la defensa en la cual se debe hacer efectivo en toda etapa y procedimiento implicando que las partes procesales pueden acceder a las actuaciones procesales, condiciones necesarias para que las partes del proceso puedan presentar sus argumentos, razones y pruebas y a contradecir las que presente el adversario, todo lo cual desarrolla el fundamento derecho a ser oído con las debidas garantías dentro de un proceso legal.

De igual manera no debemos olvidar que el derecho a la defensa esta una garantía del debido proceso, por esta razón el derecho a la prueba en referencia a lo antes mencionado se lo reconoce como un derecho fundamental del debido proceso, en la cual por primera parte se entiende como el derecho a la defensa que tenemos las personas y en segundo lugar como garantía al respetar y avalar el debido proceso por los operadores de justicia para el efectivo ejercicio, por lo cual el derecho a la defensa reconoce la prueba como un derecho constitucional de carácter procesal.

Por otro lado, al hablar de materia procesal podemos determinar cuál son las limitaciones en la valoración de la prueba siendo estas las cuales no deben ir contra la Constitución y por lo tanto serán ineficaces y carecen de eficacia jurídica. Así pues, la prueba debe ser solicitada, admitida y valorada de acuerdo a las disposiciones legales como lo afirma el artículo 76 numeral 4 en la cual se expresa “Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria” (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Ahora bien, podemos observar la prueba como medio en la cual afirma el artículo 76 numeral 7 literal j que “Quiénes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la Jueza, Juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo” (Constitución de la República del Ecuador, 2008). La cual tiene concordancia al artículo 169 afirmando:

El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades. (p.88)

Respecto a los principios la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en el artículo 4 se sustentan de igual manera los principios establecidos por la Constitución con algunas diferencias como es la dirección del proceso en la cual el Juez actuara de forma activa en el proceso, otra diferencia está la formalidad condicionada, la doble instancia, motivación y comprensión efectiva (Ley, 2009).

Por otro lado, la prueba como medio de justicia que harán efectivas las garantías jurisdiccionales. Es decir, las garantías jurisdiccionales son mecanismos de protección de los derechos frente a los operadores de justicia como por ejemplo el derecho a la defensa. Ahora bien, respecto a la prueba en materia constitucional, según el artículo 4 numeral 1 y 9 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional afirma:

La justicia constitucional se sustenta en los siguientes principios procesales: 1. Debido proceso. - En todo procedimiento constitucional se respetarán las normas del debido proceso prescritas en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos. 9. Motivación. - 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. (p. 216)

Es por ello que se establece en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en el artículo 4 numeral 1 y 9 establece que las normas del debido proceso, se deben observar en todos los procesos constitucionales y que los jueces actuarán debido a la valoración de la prueba para motivar su decisión. Por otro lado, la prueba se va a distinguir dos tipos de procesos los de las garantías jurisdiccionales y los de control de constitucionalidad:

En la prueba en los procesos de garantías constitucionales nos vamos a referir a la prueba en las garantías jurisdiccionales como es el caso de la acción de protección, el *habeas corpus*, el *habeas data*, el acceso a la información pública y la acción por incumplimiento.

Respecto a la prueba en las garantías constitucionales debemos mencionar la potestad que tiene el Juez para actuar en el proceso a través de la solicitud y la práctica de las pruebas, siendo necesario citar en primer lugar. La Constitución de la República del Ecuador el artículo 86 numeral 3 recoge:

Las garantías jurisdiccionales se regirán, en general, por las siguientes disposiciones: 4. Presentada la acción, la Jueza o Juez convocará inmediatamente a una audiencia pública, y en cualquier momento del proceso podrá ordenar la práctica de pruebas y designar comisiones para recabarlas. Se presumirán ciertos los fundamentos alegados por la persona accionante cuando la entidad pública requerida no demuestre lo contrario o no suministre información. La Jueza o Juez resolverá la causa mediante sentencia, y en caso de constatarse la vulneración de derechos, deberá declararla, ordenar la reparación integral, material e inmaterial, y especificar e individualizar las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en que deban cumplirse. (p.53)

La presente investigación recoge disposiciones generales a las garantías jurisdiccionales en la que el Juez tiene un rol activo en la solicitud, admisión y valoración

de la prueba y designar comisiones para recabar pruebas. Del mismo modo, el artículo 14 inciso tercero de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional denota:

La audiencia terminará solo cuando la Jueza o 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. 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. (p. 221)

En la que se expresa que se puede suspender la audiencia para recabar pruebas que el considere pertinente para que su decisión será correcta. Es así que en el 16 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional denota referente a las pruebas:

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. La recepción de pruebas se hará únicamente en audiencia y la Jueza o Juez sólo podrá negarla cuando la haya calificado de inconstitucional o impertinente. 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. Cuando la Jueza o Juez ordene la práctica de pruebas en audiencia, deberá establecer el termino en el cual se practicarán, que no será mayor de ocho días y por una sola vez. Por excepción, la Jueza o Juez podrá ampliar de manera justificada este término exclusivamente por la complejidad de las pruebas y hasta cuando éstas sean practicadas. En caso de ser injustificada la ampliación o de retardar en exceso la resolución de la causa, se considerará como falta grave y se aplicará la sanción correspondiente, de conformidad con el Código Orgánico de la Función Judicial. (p. 222)

En el presente estudio se puede resaltar dos particularidades: La inversión de la carga probatoria en la cual es solo para los casos en que el accionado sea un ente público, y a los particulares cuando se trate de discriminación o violación a los derechos del ambiente o la naturaleza fundamentado en el inciso final del artículo 16 de la misma norma antes mencionada, y; se establece un término para la presentación de la práctica de la prueba con excepción puede ser ampliado. Por otro parte el artículo 14 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales Control Constitucional manifiesta inciso 3 afirma:

La audiencia terminará sólo cuando la Jueza o 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. 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. (p.221)

En la cual expresa la facultad del juzgador de sino está claro en la convicción del derecho vulnerado suspenda la prueba para que determine la práctica de nuevas pruebas. La prueba en los procesos abstractos, se establece si las disposiciones entra o no en la contradicción con las normas constitucionales y disposiciones que integran el sistema jurídico, es así como expresamos en el primer capítulo la prueba en los procesos abstractos es nula debido a su naturaleza en la cual es el juzgador el de la Corte Constitucional quien interpretara a través de controles de constitucionalidad de: enmiendas y reformas constitucionales, tratados internacionales , resoluciones legislativas , estado de excepción, mecanismos de participación directa ,omisiones normativas , leyes objetados por el presidente , estatutos de autonomía , actos normativos y administrativos , los cuales se regirán bajo los principios generales y normas previstos en la Constitución; así también la jurisprudencia y doctrina.

Por lo que observamos en el Título III denominado control abstracto de constitucionalidad se puede observar que no se encuentra expresa la prueba en ningún artículo, pero se observar en el artículo 88 la potestad del Juez para recabar información que considere necesaria para la resolución del proceso, es decir para aclarar y resolución de las acciones. Por otro lado, el artículo 121 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional expresa:

La Corte Constitucional realizará un control material de la declaratoria del estado de excepción, para lo cual verificará al menos lo siguiente: 1. Que los hechos alegados en la motivación hayan tenido real ocurrencia; 2. Que los hechos constitutivos de la declaratoria configuren una agresión, un conflicto armado internacional o interno, grave conmoción interna, calamidad pública o desastre natural; 3. Que los hechos constitutivos de la declaratoria no puedan ser superados a través del régimen

constitucional ordinario; y, 4. Que la declaratoria se decrete dentro de los límites temporales y espaciales establecidos en la Constitución de la República. (p. 258)

En la que no habla acerca de la prueba y se observa la obligación de la Corte Constitucional de verificar los hechos que motivaron a tal declaratoria. Al igual podemos decir que en el control concreto de la constitucional respecto a la prueba se observa el mismo tratamiento acerca a probar.

3.2.3.2.5.- Ámbito Jurisprudencial

Para empezar, debemos establecer que la Corte Constitucional es el órgano encargado de desarrollar jurisprudencia vinculante mediante el proceso de selección y revisión de las sentencias constitucionales. La Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia. En razón al artículo 436 numeral 6 que expresa: “Expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección, cumplimiento, *habeas corpus*, *habeas data*, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales, así como los casos seleccionados por la Corte para su revisión”.

Por consiguiente, se determinará los criterios de la Corte Constitucional referente a la prueba, en relación al debido proceso en razón que así lo reconoce la Constitución de la República del Ecuador que reconoce:

Toda persona tiene derecho a preparar su defensa con el tiempo necesario y contando con los medios adecuados, es decir, en igual de condiciones que la parte acusadora. Precisamente uno de los pilares de este derecho es el deber de la acusación de descubrir sustancialmente la fundamentación de su postura (hechos, pruebas materiales, declaraciones a la parte acusada, y ello para impedir situaciones de sorpresa o engaño que redundarían en una inadecuada preparación de la defensa, lo que supondría una violación del DPL (*due process of law*)... (Sentencia Nro.024-10-SEP-CC, 2010).

En el mismo sentido se puede observar que la falta de notificación para practicar o controvertir las pruebas anunciadas por la contraparte afecta el derecho a la defensa en razón a lo afirmado por la Corte Constitucional.

La falta de notificación se traduce en una clara violación a normas del debido proceso. En efecto, la notificación comprende el acto de informar a las partes la actuación de su órgano jurisdiccional, determinándose, en esencia, la publicidad y transparencia de los procesos, los mismos que solo están garantizados si las partes intervinientes en el mismo se hallan informadas debidamente de todas las actuaciones que se realizan en un proceso, aspectos íntimamente relacionados con los derechos a la defensa y seguridad jurídica. La notificación trasciende el hecho de una simple formalidad para transformarse en un derecho adquirido por parte de quienes intervienen en una contienda legal; solo mediante el ejercicio de este derecho a ser notificado se hacen legítimos derechos consustanciales al debido proceso dentro de un Estado constitucional de derechos y justicia. (Sentencia Nro. 004-13-SEP-CC, 2013)

Es por ello que viola el derecho a la defensa puesto que no se incluirá con el tiempo pertinente para preparar su defensa, el ser escuchado en igual condiciones, lo que incluye el derecho a presentar pruebas y al ejercer el contradictor. De igual manera respecto a la notificación se observa que viola el derecho a la defensa, por lo cual esta Corte ha señalado:

Sin duda , la falta de notificación impidió al demandado solicitar la práctica de pruebas y la posibilidad de controvertir la requerida por el actor, vulnerando su derecho la defensa, como sabemos, una de las garantías básicas que les asiste a las partes en el proceso es la de presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes y la de presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra , con la finalidad de crear la convicción en el Juez de que sus argumentos son los correctos, hecho que no fue posible en el proceso ordinario llevado a cabo, por las razones mencionadas, así , la defensa es un derecho constitucional clave de la configuración del debido proceso, puesto que es un proceso que no puede considerarse respetuoso de personas alguna sino se le permite presentar a sus pruebas y contradecir las de terceros. (Sentencia Nro. 004-13-SEP-CC, 2013)

El anuncio a la prueba, es entendible no solo que la prueba debe ser solicitada, admitida y actuada sino está también debe ser notificada a la parte contraria, el cual debe tener la misma oportunidad para que se conozca de manera oportuna la prueba que se van a practicar. Es así, que se viola el derecho al debido proceso y derecho a la defensa cuando no se notifica algunas de las partes.

Respecto a la valoración de la prueba en la norma no se encuentra explícitamente ni en la Constitución ni en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control

Constitucional por lo cual se verificará en la jurisprudencia en la que se determina que el mecanismo de valoración es la sana crítica referente a la cual se expresa que:

Norma no contiene un precepto sobre apreciación de la prueba no obstante de facultar al juzgador hacer uso de las reglas de la sana crítica, aquellas que no se hallan consignadas en ninguna norma legal, por tanto tal expresión no obliga a la Sala de instancia a seguir un criterio determinado; esta situación impide a este Tribunal entrar al ulterior examen de la cuestión debatida, debido a la ineptitud del recurso interpuesto, en tal virtud y sin que sea menester añadir otras reflexiones, se rechaza el recurso (...) (Sentencia Nro. 150-15-SEP-CC, 2015)

La Corte Constitucional respecto a la prueba establece los mecanismos que salvaguardara el derecho al debido proceso en razón que:

La acción extraordinaria de protección, debe ser entendida como una garantía constitucional que tiene por objeto verificar el cumplimiento del debido proceso y garantizar además los derechos constitucionales que presuntamente, podían haber sido vulnerados dentro de procesos jurisdiccionales. Por lo que cabe recordar que la acción extraordinaria de protección no puede ser confundida con un recurso procesal o una nueva instancia dentro del proceso, sino que es de naturaleza excepcional, por lo que deben cumplirse ciertos requisitos para su procedencia. (Sentencia Nro. 13-14-SEP-CC, 2014)

Es decir, reconoce la prueba como elemento del debido proceso, visto como una garantía al respetar y avalar el debido proceso por los operadores de justicia para el efectivo ejercicio, por lo cual el derecho a la defensa reconoce la prueba como un derecho constitucional de carácter procesal. En cuanto al debido proceso, la Corte Constitucional en la sentencia Nro. 001-13-SEP-CC expresa:

Constituye el conjunto de garantías básicas tendientes a tutelar un proceso justo libre de arbitrariedades en todas las instancias judiciales. Entre las garantías del debido proceso que más se reclaman mediante acción extraordinaria de protección se encuentran: El cumplimiento de las normas y los derechos de las partes, la observancia del trámite propio de cada procedimiento y la motivación. (Sentencia Nro. 001-13-SEP-CC)

El Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social obliga a los organismos jurisdiccionales a garantizar una adecuada judicialización de los medios probatorios, es decir que las partes procesales logren configurar los medios probatorios que les asisten a la emisión del debido proceso; partiendo de los hechos alegados que conlleven a que el

operador de justicia constitucional llegue a la certeza o el convencimiento de la existencia o no de una violación de un derecho por un acto u omisión.

Importante poner de manifiesto la importancia del objeto y la finalidad. Se puede que la prueba judicial desarrolla en el proceso una función que demostrativa, entendiéndose consecuentemente por ello que la prueba, está dirigida a demostrar la verdad o falsedad de las afirmaciones factuales, debe ser asumida al interior del proceso mediante el recurso a un procedimiento de tipo racional. Y cuyos resultados propiamente porque están fundados en un procedimiento sea este no constitucional o constitucional y que son controlables desde el exterior por todos los destinatarios de la decisión, esto es, por los operadores de justicia. La prueba en los procesos no constitucionales y constitucionales desarrolla una función demostrativa, en cuanto provee un fundamento cognoscitivo y racional para la selección que el Juez realiza individualizando una versión atendible y verídica de los hechos relevantes de la causa, y justificando racionalmente tal elección

En relación al tipo de resultado que se obtiene al interior del proceso como consecuencia de la actividad probatoria, no resulta de muy difícil observación que por cuanto corresponde al resultado de la valoración de las pruebas por parte del Juez no se puede hablar en términos de verdad o certeza, ni aun menos sea oportuno continuar utilizando burdas ficciones como aquella de la distinción entre verdad material y verdad formalte admitido que el resultado de la valoración judicial es siempre la adquisición de la probabilidad de relación entre *factum probandum* y de una probabilidad no de tipo cuantitativa, por cuanto esta resulta difícilmente utilizable al interior del proceso, sino de tipo lógico.

Resulta interesante observar la distinción, que constituye el punto de partida de la teórica procesal sobre el objeto de la prueba, basada en la diferenciación fundamental entre los hechos y el derecho, la cual, si bien a primera vista nos parece cierta e irrefutable, olvida

algo tan simple como el reconocer que el propio derecho, esto es su existencia en sí misma, no deja de ser un hecho en la realidad, por lo cual la pretendida sólida distinción nos evidencia su artificialidad interna

3.2.3.- LA PRUEBA EN LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN.

3.3.3.1.- Introducción

La Constitución de la República del Ecuador, vigente desde el 20 de octubre del 2008 instituyó una serie de acciones jurisdiccionales para la protección de los derechos humanos, tales como: la Acción de Protección, la Acción de *Hábeas Data*, la Acción de *Hábeas Corpus*, la Acción por Incumplimiento, la Acción de Acceso a la Información Pública y la Acción Extraordinaria de Protección.

Una de las novedades más interesantes de dicha Constitución, fue la introducción de la Acción de Protección, en el artículo 88 del capítulo tercero en su Título III.

Los constituyentes, basados en una concepción del Estado protector de la ciudadanía de los abusos o negligencias de aquellos que detentan el poder en ejercicio de funciones públicas, e inspirados en posturas similares de otros países del área latinoamericana como México, Perú, Colombia, Chile, Uruguay y Argentina, diseñaron esta acción que permite reclamar ante la justicia ordinaria y constitucional por la violación de los derechos. Se erige así el texto constitucional en un texto garantista y controlador de los derechos fundamentales.

El origen de esta acción puede hallarse en la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José, suscrito el 22 de noviembre de 1969, en cuyo artículo 25 se dispone que “toda persona tiene derecho a un recurso sencillo, rápido y efectivo ante los jueces y tribunales.” También hay que aludir la Declaración Universal de Derechos Humanos el 10 de diciembre de 1948, que preceptuó: “Toda persona tiene derecho a un

recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra acto que violen sus derechos reconocidos por la Constitución o por la ley” Pérez determina:

La Norma Constitucional reconoce al Ecuador como un Estado de derechos y justicia. Esta noción del Estado garantista es rasgo distintivo del Estado constitucional de derechos, al erigirse sobre la base de los derechos fundamentales de la persona, consagrados en la Constitución en estrecha vinculación con los poderes públicos debidamente constituidos (p. 233).

Por otro lado, es importante determinar que en un modelo de Estado Constitucional de Derechos y justicia se debe hacer énfasis en la supremacía constitucional, pues la referida permite el ejercicio del Control de constitucionalidad, al respecto Gonzaini (2009) determina:

En todo Estado constitucional de derechos y justicia, el ordenamiento jurídico se estructura jerárquicamente en tanto la ley se subordina a la normativa constitucional, lo cual representa, sin dudas, un paso significativamente superior al concebir que la Ley fundamental es la cúspide, una pirámide cuya misión esencial es la de proteger a las personas, pueblos, comunidades e inclusive a la naturaleza misma (p. 18).

Así, el artículo 424 constitucional dispone lo siguiente: “Las normas y los actos de poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales, caso contrario carecerán de eficiencia jurídica”. Para Carbonell (2010):

La superación del Estado legalista basado en el positivismo jurídico, según el cual “la ley es la única fuente del Derecho” fue posible al establecer en la Ley de leyes este concepto del Estado Constitucional de derechos y justicia, en el cual el paradigma constitucional garantista en la Constitución no es una norma ordinaria, sino que es la “norma suprema” dentro del ordenamiento jurídico que disciplina y orienta a todos los poderes públicos y también los particulares que se sujetan a la Constitución. (p. 10)

Cueva (2011) sostiene: “La Acción de Protección va encaminada a lograr la tutela general de los derechos reconocidos en la Constitución y en los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos.” (p.400). Tiene un carácter general y omnicomprensivo, pues

permite garantizar todos los derechos, incluso aquellos que no cuentan con una vía procesal especial.

En consecuencia, Landa (2004) afirma: “se revela como la herramienta primordial para la garantía de los derechos de las personas, de los colectivos y de la naturaleza, ya que es un instrumento inmediato para tutelar eficazmente los derechos” (p. 159). En el mismo sentido Jaramillo (2011) determina:

El hecho de que la Carta Magna es un documento de atención directa, incide en la aplicación y eficacia de esta acción, que coloca los derechos fundamentales que regula como límites y vínculos para la actuación del Estado, e impone que se desarrollen y garanticen mediante el establecimiento de mecanismos adecuados para la materialización y la creación de distintos tipos de garantías, que permiten concurrir ante las autoridades competentes con el objetivo de detener y evitar las violaciones de derechos, o pedir la reparación en caso que sea necesario (p. 314).

Uno de estos mecanismos es la Acción de Protección, cuyo fin esencial es el amparo efectivo de los derechos reconocidos en la Constitución ante violaciones procedentes de actos u omisiones de las autoridades públicas no judiciales, o de particulares cuando se trate de servicios públicos impropios, en presencia de una relación de subordinación o situación de discriminación. Carbonell (2010), manifiesta:

Se ha sostenido que en la práctica no se conocen profundamente las características de este mecanismo de defensa de los derechos constitucionales, ya que se predica de esta acción un carácter residual, entendiéndose que es necesario agotar las instancias administrativas y judiciales para poder interponerla. (p. 39).

Su aplicación y eficacia constituyen cuestiones de cardinal importancia para que el reconocimiento de esta acción no quede como letra únicamente del texto constitucional, sino que constituya un real y efectivo mecanismo que cumpla el fin para el que fue creado: proteger los derechos.

3.2.3.2.- Antecedentes de la Acción de Protección

El Amparo constitucional se consagró constitucionalmente en 1967, pero no tuvo la debida aplicación al no promulgarse leyes y reglamentos que garantizaran su aplicabilidad, dada la situación política en esos años: Pazmiño (2008) dice: "el estado garantizaba al ciudadano el derecho de demandar el amparo jurisdiccional sin perjuicio del deber que incumbe al Poder Público de velar por la observancia de la Constitución y las leyes" (p. 11).

Villarreal (2010) dice:

La Constitución de 1978-1979 restablecedora de la democracia no concedió, sin embargo, el amparo. Las reformas constitucionales de 1983 intentaron reintroducirlo, pero se trataba más de una queja que de un amparo, ya que se dispuso que ante el Tribunal de Garantías Constitucionales; cualquier persona natural o jurídica podía presentar quejas por quebramiento de la Constitución o por atentado contra los derechos y libertades garantizados por ella. (p. 134)

En 1996, el Congreso de Diputados conocida como la Función Legislativa, aprobó un bloque de reformas a la Constitución del Ecuador, consignando en su articulado vigente hasta el 10 de agosto de 1998, la acción de amparo constitucional. En uno de sus análisis Bravo (2011) refiriéndose al Ecuador:

La Ley de Control Constitucional de 1997 y el Reglamento Orgánico del Tribunal Constitucional, con una reforma en 1998; concedió al Tribunal Constitucional la competencia de conocer el recurso de amparo, en apelación cuando se le hubiera concedido o se hubiere negado en segunda instancia (p. 54).

El artículo 88 de la Constitución vigente desde el 20 de octubre del 2008, atribuyó a la nueva Acción de Protección un carácter de garantía jurisdiccional mucho más amplia y completa que la acción de amparo constitucional prevista en el artículo 95 de la Constitución de 1998. La acción de amparo constitucional tenía una naturaleza meramente cautelar. La Acción de Protección, en cambio, aparece como un proceso de conocimiento, declarativo y no residual, siendo un salto cualitativo en la protección del individuo. El Juez constitucional debe ahora declarar la violación del derecho fundamental y reparar las consecuencias;

reparación que abarca medidas positivas y negativas, materiales e inmateriales. Esta construcción jurídica consolida esta acción como útil mecanismo constitucional para la protección de derechos fundamentales.

3.2.3.3.- Definición de la Acción de Protección

La Acción de Protección ha recibido diferentes denominaciones en los países de la región, siendo denominada indistintamente como amparo, tutela, mandato de seguridad, protección. La Constitución vigente reemplaza el Amparo Constitucional por la Acción de Protección, expresando que la Acción de Protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, de allí podemos significar el hecho de que se mantenga la palabra amparo, que aparecía en la Constitución de 1998.

Fix (1997) determina: “De cualquier manera, lo que reflejan todas las denominaciones dadas es el fin u objetivo que cumple este remedio jurídico: la protección o tutela de los derechos individuales” (p. 78).

La Acción de Protección Constitucional se considera una garantía del derecho interno, reconocida, como se ha dicho, por el Derecho Internacional, definido en la Declaración Universal de Derechos Humanos. García, (1999) al referirse al amparo constitucional señala:

Que es una institución que tiene su ámbito dentro de las normas del Derecho Público o Constitucional, y que va encaminada a proteger la libertad individual o patrimonial de las personas cuando han sido desconocidas o atropelladas por una autoridad pública no judicial, que actúe fuera de sus atribuciones legales o excediéndose en ellas, generalmente vulnerando las garantías establecidas en la Constitución o los derechos que ella protege. (p. 112)

Bobbio (1991) afirma: El amparo no era un recurso común por inconstitucionalidad, sino una medida protectora de carácter especial, y su admisibilidad se encontraba limitada

a los supuestos en que el acto de autoridad violaba alguno de los derechos reconocidos constitucionalmente a los ciudadanos. (pág. 270).

En la Constitución de 1998 se consideraba el amparo como recurso. Según García (1999) el amparo “es una acción especial de derecho público, verdadera garantía, superior a las leyes de mero procedimiento” (p. 114). La norma constitucional del 2008 se trata de una acción. Couture define:

La acción como: el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión”. Así como el individuo ve en la acción una tutela de su propia personalidad, la comunidad ve en ella el cumplimiento de uno de sus más altos fines o sea la realización efectiva de las garantías de justicia, de paz, de seguridad, de orden, de libertad, consignada en la Constitución. (p. 47)

Existe lógicamente una definición que se encuentra plasmada en la Constitución de la República del Ecuador, y está claramente determina aspectos que deben ser tomados en cuenta y que son relevantes dentro de un procedimiento constitucional de Acción de Protección. La definición constitucional del 2008 de la Acción de Protección indica:

Que es el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse 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, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación (p.67).

3.2.3.4.- Las Características de la Acción de Protección.

La Acción de Protección tiene características propias que la hacen diferente frente a las demás acciones constitucionales y legales. Se vincula con el derecho a la tutela efectiva regulado en el artículo 75 que establece: Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en

indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.

Muñoz (2008) determina que:

Una de las peculiaridades esenciales de la Acción de Protección es su carácter preventivo, lo cual significa que no es, ni puede ser requisito para su ejercicio la real existencia de un daño o perjuicio a los derechos o intereses que se pretende tutelar, sino que es suficiente que exista la amenaza o riesgo de que se produzca dicho daño. (p. 30)

Las características que posee esta acción pueden sistematizarse como a continuación se expone:

a). Sencilla: Debe estar carente de los formulismos o rituales propios de los procesos comunes, los cuales, en muchos casos, constituyen un obstáculo para el libre acceso a la justicia. Ser sencilla, implica también como otra característica que no será indispensable el patrocinio de un abogado para proponer la acción. Finalmente debe ser gratuita, tal como refrenda la Constitución en su artículo 168, numeral 4: “El acceso a la administración de justicia será gratuito.”

b). Expedita: **Larida (2004)** determina: “ágil, con plazos cortos para la receptación y práctica de prueba”. Debe ser exponente del principio de celeridad procesal” (p.34). La Constitución en su artículo 86, literal e) del numeral 2 señala: “No serán aplicables las normas procesales que tiendan a retardar su ágil despacho”. En consecuencia, todas las normas procesales que conculquen esta disposición carecen de validez, porque expresa derogación constitucional; estableciendo en el numeral 2 del artículo 86 las disposiciones por las que se regirán las garantías jurisdiccionales. También el literal h) del numeral dos del art. 44 de las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional para el período de transición, dispuso que “en ningún caso se admitirá inhibición de la Jueza o Juez”.

c). Efectiva: Esta es una característica compleja y polémica a la vez, pues la efectividad no depende únicamente de su regulación, sino también de cómo se manifieste en la práctica. Ferrer (2002) determina:

La efectividad depende de muchos aspectos de índole objetiva y subjetiva, significa que puede resultar inútil la acción por carencia de independencia del poder judicial, porque la ejecución de las sentencias adolezca de vicios o no se cuente con los medios necesarios para ella, o cuando por cualquier causa en el caso concreto el presunto lesionado no pueda acceder efectivamente a la reparación. (p. 23)

Además, puede considerarse de carácter general y de carácter particular y la medición de la misma dependerá de estudios de campo que validen si la acción ha sido realmente suficiente para reparar los derechos vulnerados, y ello solo será posible con el análisis estadístico y de fondo de casos de la realidad. Acudiendo a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Acción de Protección debe de estar configurada de tal forma que se pueda alcanzar la protección del derecho fundamental comprometido (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005, p. 93).

d). Preferencia: Representa que esta acción constitucional debe sustanciarse en forma prioritaria y con celeridad. Debe ser propuesta en forma inmediata, esto es, tan pronto acaezca la violación de los derechos. Debe tramitarse con preferencia y premura y no ha de confundirse con cualquiera de los procedimientos de la justicia ordinaria, ya que se desnaturalizaría el recurso al no cumplir los fines para los cuales fue creada.

f). Directa: El Juez no puede dejar de proteger los derechos bajo ningún pretexto. Requiere acciones positivas que implican la creación de condiciones para un acceso real a la jurisdicción constitucional: Implementación de la presentación oral de la demanda, capacitación de los operadores jurídicos (Salgado, 2004, p. 80). El trámite debe desenvolverse con sencillez, prontitud y oportunidad, descartando cualquier complejidad procesal propia del proceso ordinario; por lo que, no se admitirán dilaciones innecesarias, incidentes, ni formalidades superfluas. La Acción de Protección se interpone en forma

directa para que realmente tenga valor y la regulación de los derechos no sea meramente declarativa y sin garantías (Alarcón, 2009, p. 52).

g). Universal: Esta característica se basa intrínsecamente con el objeto que busca la protección de los derechos constitucionales de manera general es decir para todas aquellas personas que se encuentren dentro del territorio ecuatoriano. Al respecto Santamaría (2009) afirma:

La acción de protección es universal en relación con el objeto porque rige para proteger los derechos constitucionales de todos los habitantes del Estado y actúa contra la acción u omisión de autoridad pública, o de persona natural o jurídica que hubiere violado uno de aquellos derechos, pero, en relación con el sector del que proviene la acción u omisión, tiene un carácter particular (p. 23)

Sin embargo, en el Ecuador, de conformidad con el artículo 88 de la vigente Constitución queda excluida la autoridad pública judicial, lo cual implica una disminución a la característica de universal que se predica específicamente es la Acción de Protección.

h). Informalidad: Respecto de la informalidad es importante considerar que la Constitución de la República considera como una de las características de la garantía jurisdiccional denominada acción de protección en cabalmente la informalidad. Carrión (2009) considera:

Que el formalismo es propio de la justicia ordinaria, por eso es lenta y muchas veces llega cuando ya no se necesita; en cambio en la Acción de Protección ningún formalismo se justifica, bajo ningún pretexto, porque ingresa al procedimiento y se constituye una nueva forma de injusticia, corrupción. Por lo tanto, en el trámite de esta acción no se permite formalidad alguna que retarde el procedimiento, por esta razón la oralidad es su mejor aliada. (p. 79)

3.2.3.5.- La Admisibilidad en la Acción de Protección

La Acción de Protección es admisible: 1. Contra los actos u omisiones de las autoridades y funcionarios públicos, no judiciales que violen o hayan violado cualquiera de los derechos, que menoscabe, disminuya o anule su goce o ejercicio; 2. Contra políticas

públicas, nacionales o locales, que impidan el goce o ejercicio de los derechos y garantías;

3. Contra los actos u omisiones del prestador del servicio público que viole los derechos y garantías; 4. Contra los actos u omisiones de las personas naturales o jurídicas del sector privado, cuando concurra al menos una de las siguientes situaciones: a. Presten servicios públicos impropios o de interés público; b. Presten servicios públicos por delegación o concesión; c. Provoque daño grave; d. La persona perturbada se halle en estado de subordinación o indefensión frente a un poder económico, social o cultural, religioso o de cualquier otro tipo.

El artículo 3 de la Constitución de la República del Ecuador refiere: “Son deberes primordiales del Estado: Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la de seguridad social y el agua para sus habitantes”. Silva (2008), determina:

Por tanto, el Estado no solo regula, sino que garantiza el efectivo goce de los derechos, o sea, concede la acción para reclamar procesalmente la violación del derecho del individuo, pues solo así la norma podrá ser realizable y no convertirse en letra muerta. (p. 51).

En la práctica jurídica y procesal la eficacia de la Acción de Protección conlleva:

a) Que el Juez constitucional tenga amplias facultades para dictar las medidas que considere más adecuadas para alcanzar el fin perseguido. Por ejemplo: la presentación de disculpas públicas o retractación, la realización de actos públicos, la creación o supresión de partidas presupuestarias, la transferencia de fondos, la reforma de políticas públicas, la reinserción laboral de la persona discriminada, el establecimiento de custodia policial o de otras medidas de protección personal, entre otras. b) Correcta aplicación del principio *iura novia curia* y sentencia confruentes que contengan las medidas más efectivas de protección). Bazan (2010) determina:

Si la vía constitucional no es la más adecuada para proteger el derecho, el Juez debe indicar cuál es la idónea, sin perjuicio de que pueda disponer medidas con el fin de salvaguardar los derechos, hasta que la justicia ordinaria de pronuncie (p. 1732).

La Constitución diseñó la Corte Constitucional, no como una instancia más sino como un órgano de cierre del sistema. El legislador al estipular en la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, como requisito de procedibilidad de la Acción de Protección, la inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado y como requisito de improcedencia que: “Cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no sea adecuada ni eficaz”; dotó de una naturaleza subsidiaria a esta la acción, delimitando su acceso y ratificando lo que se pronuncia en la ley fundamental.

Ferrajoli (1997): “La Acción de Protección va encaminada a proteger derechos fundamentales, esto es, aquellos que sean universales, inalienables, intransmisibles e irrenunciables y en determinadas condiciones de vulneración de los mismos” (p. 868).

Entre estas condiciones fácticas de vulneración, se halla la desprotección y la indefensión del accionante. Es decir, deberá tenerse en cuenta si el actor pertenece a las personas y grupos de atención prioritaria establecidos en el Capítulo III del Título II de la Constitución. El artículo 35 de Norma Constitucional establece que:

Las personas adultas mayores, niños, niñas, adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. La misma atención prioritaria recibirán las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos. El estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad. (p. 19)

Del texto constitucional se puede inferir una presunción de vulnerabilidad de estas personas, aunque no en todos los casos lo estén ciertamente, por lo que el Juez deberá tomar esta presunción en cuenta al valorar si disponen de otra vía más adecuada y eficaz para lograr la protección de sus derechos constitucionales.

3.2.3.6.- La prueba en la acción de protección

La prueba en la Acción de protección se encuentra regulada en el Art 16 de la ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. La disposición legal referida determina:

Art. 16.- Pruebas. - 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. La recepción de pruebas se hará únicamente en audiencia y la Jueza o Juez solo podrá negarla cuando la haya calificado de inconstitucional o impertinente. (p. 222)

En esta primera parte de la disposición legal determina que la carga de la prueba le corresponde al accionante es decir que lo manifestado en el libelo de la Acción de Protección debe ser probado, haciendo énfasis en que la carga de la prueba debe demostrar la existencia de la violación de un derechos constitucional, cual fue la acción u omisión que dio lugar a la violación del derecho constitucional, además la inexistencia de otro medio eficaz para subsanar el hecho alegado, lógicamente en los caso que la carga de la prueba se invierta; pues es ahí en que la entidad accionada o la parte accionada deberá hacer uso de la carga de la prueba.

Es importante también hacer referencia a que la prueba debe ser practicada en la audiencia oral, pública y contradictoria frente a la autoridad competente, siempre y cuando la prueba no sea inconstitucional o impertinente. El mismo artículo de la Norma constitucional refiere:

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. Cuando la Jueza o Juez ordene la práctica de pruebas en audiencia, deberá establecer el término en el cual se practicarán, que no será mayor de ocho días y por una sola vez. Por excepción, la Jueza o Juez podrá ampliar de manera justificada este término exclusivamente por la complejidad de las pruebas y hasta cuando éstas sean practicadas. En caso de ser injustificada la ampliación o de retardar en exceso la resolución de la causa, se considerará como falta grave y se aplicará la sanción correspondiente, de conformidad con el Código Orgánico de la Función Judicial. (p. 222)

Dentro de la disposición legal referida se puede denotar que el Juez constitucional puede actuar prueba para mejor resolver, es decir que el operador en caso de que crea pertinente la práctica de determinada prueba, éste estará en la capacidad de solicitar cuanta prueba creyera conveniente, siempre y cuando ésta sea para mejorar su criterio y llevar al convencimiento de que existe o no una violación a un derecho constitucional

En la parte pertinente el Art. 16 de la Carta Magna también refiere: “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”. Es importante también mencionar que el Juez de garantías constitucionales podrá realizar visitas insitu, en donde podrá recoger versiones y evidencias que deben ser valoradas en conjunto y que de ser pertinente se puede dar un valor probatorio importante para mejor resolver. Además, esta disposición legal Art. 16 de la Norma Constitucional expresa:

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. 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. (p. 222)

La relevancia de esta disposición consiste en el ejercicio y la obligación que tiene la entidad accionada de demostrar que los hechos alegado por la parte accionante no son ciertos y de la misma manera es importante que la entidad accionada aporte con toda la información solidada que permita llevar a la certeza de los hechos, claro está siempre y cuando no existan otros elementos que sean concluyentes en la decisión.

3.2.3.7.- La prueba como garantía del debido proceso en la Acción de Protección

En un Estado constitucional de derechos y justicia social, el debido proceso adquiere gran importancia al poseer una doble dimensión, en primer lugar, como derecho que tenemos las personas al debido proceso y en segundo lugar como garantía al respetar y avalar el debido proceso por los operadores de justicia para el efectivo ejercicio.

Ahora bien, para entender de mejor manera debemos determinar la definición del debido proceso en la que estableceremos lo que expresan algunos autores. Para Couture (1958) el debido proceso resulta ser “en esta construcción, algo más que la simple garantía de un proceso. Es la garantía misma del derecho justo” (pág.90).

Para el profesor Jorge Zavala Baquerizo (2002) establece que “el debido proceso es aquel que se inicia, desarrolla y concluye respetando y haciendo efectivo los presupuestos, principios y normas constitucionales, legales e internacionales, aprobadas previamente, con la finalidad de alcanzar una justa administración de Justicia”.

La Corte Constitucional Ecuatoriana concibe al debido proceso como “La función básica de proteger a las personas de las ilegalidades que pudieren cometer los órganos estatales o los funcionarios en un procedimiento legal o judicial de la índole que fuera” (Suplemento del R.O. Nro. 97 del 20 de diciembre del 2009).

Recapitulando las definiciones anteriormente expuesta por los doctrinarios podemos definir el debido proceso como la garantía constitucional que garantiza una correcta administración de justicia; así también se reconozca el ejercicio del derecho a la defensa en la obtención de pruebas para lograr la certeza de su pretensión y obtener una sentencia legal y justa.

No obstante, para el estudio del debido proceso y el derecho a la defensa, es necesario conocer el ámbito normativo partiendo de los Tratados Internacionales manifestando que en

el Ecuador los mismos firmados y debidamente ratificados forman parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano, prevaleciendo por sobre cualquier acto del poder público u otra norma jurídica los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, mientras que los demás instrumentos internacionales según el artículo 425 de la CRE ocupan el segundo lugar jerárquico bajo la norma constitucional.

Gozáini (2002) manifiesta: “que los diferentes tratados internacionales aportan un mínimo de garantías procesales que pueden situarse en el debido proceso; así también la interpretación en la cual ni la ley ni las cortes locales pueden modificar”. Enunciando así que la relevancia de los Instrumentos Internacionales tienen que observar las disposiciones de manera relevante y en conformidad con el ordenamiento jurídico interno que lo rige en sus ámbitos para el amparo de los derechos humanos.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos fue adoptada por la tercera Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 en París. En ese sentido la Asamblea al referirse al derecho del debido proceso se enuncia como una de las principales garantías inherentes a los derechos humanos, para acceder a las diligencias procesales.

Artículo 10.- Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal. (Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948, pág.21)

De la misma manera se hace referencia a las circunstancias que deben cumplirse para asegurar la tutela efectiva, cuyos derechos y obligaciones están bajo consideración judicial al incluir el derecho a ser escuchado en todas las etapas de un proceso, por lo que las partes pueden referirse a sus pretensiones a través de los medios de prueba, ante el juzgador, para la respectiva valoración, teniendo como meta que no se afecten los derechos establecidos en

la norma constitucional de las partes en conflicto. En el mismo orden de ideas, tenemos el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos el cual en su artículo 14 establece:

1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. (...) 2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley. 3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo. e) A interrogar o hacer interrogatorios de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo. (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1989, pàg.13)

De los artículos citados, de los instrumentos internacionales, se puede llegar a la conclusión que el debido proceso expresa el derecho a la defensa radica en el ejercicio de que toda persona tiene derecho a ser escuchada en cualquier etapa procesal, bajo el derecho a la igualdad de armas, a ser asistida por un abogado de su elección y a ser informada de manera oportuna y demás derechos inherentes al derecho a la defensa.

Es menester también citar lo que determina la Convención Americana sobre Derechos Humanos, respecto del Derecho a la Defensa, el presente instrumento internacional expresa lo siguiente:

Artículo 2 literal f) Derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos. Artículo 8.- Garantías Judiciales 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un Juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1990, pàg.14)

El debido proceso, es considerado una garantía constitucional la cual debe cumplir con ciertas exigencias enmarcadas dentro del derecho positivo, declarando los elementos constitutivos para ejercer el derecho de defensa. Finalmente es trascendental referirse a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, misma que refiere en su Art. 18 lo siguiente:

Artículo 18: Derecho de justicia: Toda persona puede concurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo, debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente. Artículo 26: Derecho a proceso regular. Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le imponga penas crueles, infamantes o inusitadas (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 1978, pág.23)

Resumiendo, el debido proceso en relación al derecho a la defensa, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre se cimiente en el derecho a ser escuchado en forma justa y pública para determinar la certidumbre de una pretensión.

El derecho al debido proceso se viene a constituir en una garantía elemental que se halla desarrollado en los instrumentos internacionales de derechos humanos, en los que se evidencia que esta garantía se encuentra ligada al derecho a la defensa en efectivo goce de las garantías del individuo.

Por las razones expuestas, el derecho al debido proceso es el que tiene toda persona a la recta administración de justicia y se concluye que es debido aquel proceso que satisface todos los requerimientos, condiciones y exigencias necesarios para garantizar la efectividad del derecho material.

En razón al derecho a la prueba forma parte integrante del derecho al debido proceso y la tutela judicial efectiva, el cual permite a las partes que el proceso se desarrolle con respeto a las garantías expresada por la norma para asegurar una decisión legal y justa al

igual que se evidencia que el derecho a la defensa es una garantía íntimamente ligado al debido proceso.

Es importante dejar sentado en la presente investigación, que los medios probatorios en la Acción de Protección son diversos y gozan de las características antes indicadas, pero no es menos cierto que la carga de la prueba se encuentra dividida desde tres aristas, siendo esta que la carga de la prueba le compete a la parte accionante, el accionado tendrá la carga probatoria cuando esta sea revertida y es importante que el Juez constitucional actuará prueba para mejor resolver.

3.2.4.- PROPUESTA

La presente propuesta nace de la necesidad de la que en la ley orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucional, no solo exista un artículo que desarrolle el ejercicio de la prueba, sino que se realice una reforma a la ley antes mencionada, que permita poner en evidencia un correcto desarrollo de la carga probatoria, tales como: la finalidad de la prueba; el nexo existente entre el acto u omisión, y la violación del derecho constitucional; los criterios de valoración de la prueba; la prueba solicitada por el Juez de oficio, las actuaciones de las comisiones, y la reversion de la carga de la prueba.

Es importante poner de manifiesto que a través de la experiencia personal como abogado litigante en materia de Garantías Jurisdiccionales, se ha podido evidenciar la importancia de proponer una reforma coherente que coadyube al ejercicio de una mejor actuación de la carga probatoria en el ejercicio de los procedimientos de las Acciones de Protección.

Al respecto se ha realizado el análisis de las Sentencias de Primera y Segunda Instancia de la Acción de Protección Nro. 17294-2020-00062; en la que se alega una violación del Derecho a la Salud, de una persona con enfermedad catastrófica denominado Mieloma Múltiple, mismo que se encuentra en un proceso de Quimioterapia, y que además

se han agotado las tres líneas de tratamiento que se dan para este tipo de enfermedades; importante mencionar que el médico tratante sugiere que para mejorar su estilo de vida necesita cambiar la línea de tratamiento con una medicación que no existe dentro del catálogo de medicamentos del IESS, por lo que decide seguir con el tratamiento que no causa mejoría y que se debe esperar hasta que el IESS incorpore esta medicación dentro del catálogo; en la sentencia de primera instancia fue negada la Acción de Protección porque a criterio de la Jueza no se evidencia violación alguna al derecho a la salud por parte del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, se probó mediante el diagnóstico, la historia clínica y la prueba testimonial, la importancia de la medicación inexistente para una eventual cura, más sin embargo la Jueza bajo la potestad que le otorga el Art. 16 inciso 2 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional pide prueba para mejor resolver, solicitando una Junta Médica que analice la situación médica del accionante, efectivamente esta Junta Médica determina que es necesaria el medicamento para la mejoría del paciente, más sin embargo la Jueza decide no tomar en cuenta la prueba por ella solicitada y decide en base del testimonio de la médico tratante. Mas lo correcto debió ser que nombre una comisión y que esta realice un informe sobre la situación del paciente; jamás la Jueza constitucional tomó en cuenta los criterios de la junta médica, porque en primer lugar nunca se remitió un informe y lo que se hizo fue tomar el testimonio de cada uno de los médicos de la junta, prevaleciendo al final el criterio de la médico tratante que al ser galeno del IESS lo que le tocaba es dar la razón en cierta manera al HCAM del Quito. Se apela a dicha decisión y en Segunda Instancia se declara la violación al derecho a la salud del accionado en donde se toma en cuenta los criterios de los miembros de la junta médica en conjunto; he ahí la necesidad de que la Ley de la materia desarrolle de mejor manera el tema de las Actuaciones de las Comisiones, importante entender el tema de la finalidad de

la prueba en las acciones jurisdiccionales, los principios, los criterios y demás aspectos importantes que conlleven al ejercicio de una correcta aplicación y valoración de la prueba.

Es importante hacer referencia otras sentencias de Acciones Protección en donde se evidencia la importancia de la practica de medios probatoria que cumplan la los parametros de la pertinencia, conducencia y utilida un ejemplo calro de esto es la Sentencia Nro. 10281-2016-00584, en donde con prueba Documnetal se pudo demostrar la violación de los Derechos Constitucional a la Educación y a la No Discriminación; de la misma manera con la sentencia Nro. 10203-2017-01024, se evidencia la importancia de la inversion de la carga de la prueba pues la entidad accionada no pudo demostrar que los hechos afirmados por la parte accionada, pues la aentidad accionada no pudo demostrar lo contrario. Hacer mención también a la Sentencia Nro. 17371-2018-04800, en la que se declara la vulneración del Derecho a la Salud mediante Prueba netamente Pericial y Testimonial.

PROPUESTA DE REFORMA A LA LEY ORGÁNICA DE GARANTÍAS JURISDICIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL

Es importante que se proponga una reforma a la ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, debido a que la ley en referencia ha desarrollado el ejercicio de la prueba en un solo artículo, siendo necesario que se ponga en evidencia aspectos importantes como cual es la finalidad de la prueba en el ejercicio de las garantías Jurisdiccionales, cuales son los principios en los que se basa la prueba en materia constitucional, el nexo existente entre la acción u omisión y la violación de un derecho constitucional, los Criterios de valoración de la prueba en un segundo capítulo donde se desarrolle la prueba para mejor resolver solicitada por el Juez Constitucional.

El Organismo encargado para la reforma de una ley es la Asamblea Nacional, pues así lo determina el Art. 120, numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador; el procedimiento a seguir será conforme al Art. 134 numeral 5, cumpliendo los requisitos del Art. 136, y bajo el procedimiento del Art. 137.

LA PRUEBA

CAPITULO PRIMERO

DISPOSICIONES GENERALES

Art... Finalidad.- La prueba en materia constitucional tiene por finalidad llevar a la o al juzgador al convencimiento de la existencia del acto u omisión de cualquier autoridad pública no judicial, así como de políticas públicas que supongan privación del goce o ejercicio de derechos constitucionales, o de actos de particulares que provoquen daño grave a un derecho constitucional contra políticas; y responsabilidad de la violación de un derecho constitucional por parte de la entidad pública o particular accionado

Art...Principios.- El anuncio y práctica de la prueba en materia constitucional se regirá por los siguientes principios:

1. Oportunidad.- Es anunciada en la presentación de la acción de protección y sera practicada en la Audiencia convocada por el Juez Constitucional; de la misma maera el Juez podra ordenar la practica de pruebas de oficio para mejor resolver, sin que ello afecte al debido proceso o implica dilación injustificada.

2. Inmediación.- Las o los juzgadores y las partes procesales intervinientes en la Acción de Protección deberán estar presentes en la práctica de la prueba.

3. Contradicción.- Las partes tienen derecho a conocer oportunamente y controvertir las pruebas, tanto las que son producidas por pedido de las partes intervinientes, como la prueba que es solicitada de oficion por el Juez constitucional.

4. Libertad probatoria.- Todos los hechos y circunstancias pertinentes a determinar la acción u omisión de la entidad pública no judicial, asi como la violación de un derecho a través de una política pública, tanto como el daño grave provocado por un particular, se podrán probar por cualquier medio que no sea contrario a la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado.

5. Pertinencia.- Las pruebas deberán referirse, directa o indirectamente a los actos u omisiones de la entidades públicas no judiciales, asi como la vulnreación de un derecho a través de una política pública, tanto como en el daño grave provocado por un particular y sus consecuencias, así como a la responsabilidad frente a una violación de derechos constitucionales.

6. Exclusión.- Toda prueba obtenida con violación a los derechos establecidos en la Constitución, en los instrumentos internacionales de derechos humanos o en la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, carecerán de eficacia probatoria, por lo que deberán excluirse de la actuación procesal constitucional.

Los informes presentados por las comisiones designadas por el Juez constitucional, se podrán utilizar en la acción constitucional con la única finalidad de recordar y destacar contradicciones, siempre bajo la prevención de que no sustituyan al testimonio de los miembros de la comisión. En ningún caso serán admitidos como prueba.

7. Principio de igualdad de oportunidades para la prueba.- Se deberá garantizar la efectiva igualdad material y formal de los intervinientes en el desarrollo de la actuación procesal constitucional.

Art...Nexo entre la violación de un derecho constitucional y la acción u omisión de la entidad pública y/o la política pública.- La prueba deberá tener un nexo entre la acción u omisión de la entidad pública no judicial y la violación de un derechos constitucionanl; así como la violación de un derechoconstitucional entre la violación constitucional de un derecho y la política pública que atente cintra ese derecho.

Art... Criterios de valoración.- La valoración de la prueba se hará teniendo en cuenta su legalidad, autenticidad, y grado actual de aceptación científica y técnica de los principios en que se fundamenten los informes presentados por las comisiones desigandas por el Juez/Jueza constitucional

La demostración de la autenticidad de los elementos de prueba y evidencia física encontrada por las comisiones, estará a cargo de las personas que formen parte de las comisiones.

CAPITULO SEGUNDO

PRUEBA PARA MEJOR RESOLVER

ACTUACIÓN DE LAS COMISIONES

Art...Actuaciones.- Las comisiones nombradas por el Juez constitucionals para recabar medios de prueba se sujetarán a las siguientes reglas:

1. Para el reconocimiento del lugar de los hechos, recolección de versiones sobre los hechos y evidencias pèrтинetes, tendra que elaborar un iforme tecnico que tendra que ser sustentando por el miembro o los miembros de la comision bajo los principios de oralidad, inmediateción y contradicción.

Art...Visita al lugar de los hechos.- La comisión realizará una visita al lugar de los hechos, debidamente solicitada por el Juez o Jueza constitucional, el objeto de ésta visita sera las constatación de evidencias que presuman una eventual violación a un derecho constitucional; asi como la recolección de versiones sobre los hechos pèrтинetes al caso concreto.

CAPÍTULO IV

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Que la acción de protección en el Ecuador, en cuanto a la formalidad y admisibilidad, corresponde al amparo adoptado por diversos países con diferentes denominaciones, que ha tenido su antecedente en el derecho romano, la edad media, la carta inglesa, atravesando procesos según los modelos de estado, desde el absolutismo, estado de derecho o legalista, constitucional de derecho hasta el hoy estado constitucional de derechos y justicia, pero que con el amparo se ha buscado proteger los derechos fundamentales del hombre, rebasando las fronteras estatales para convertirse en norma internacional con alcance supranacional.

Que se trata de una acción, no un recurso, y que tiene por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en La Constitución, que de otra manera se judicializa de los derechos en el momento que se supone una violación de un derecho constitucional, y que ante esta eventual violación la carga de la prueba en los sujetos procesales juega un rol importante para llegar a la verdad constitucional; y que abarca no solo los actos u omisiones de las autoridades públicas, si no que incluye las políticas públicas y los actos de particulares, con un procedimiento informal, sencillo pero buscando la tutela de los derechos, con eficacia y efectividad en el cumplimiento.

No basta la existencia formal de la acción para lograr proteger los derechos fundamentales. Se requiere un Juez activo, que valore casuísticamente y sin pretensiones restrictivas, la verdadera eficacia de la acción para alcanzar su fin, con una interpretación

holística de la norma constitucional y de todo el Derecho vigente, en aplicación del principio que reza “iura novit curia” y sobre la base del valor justicia y la independencia judicial en el ejercicio de su función.

Es importante además valorar la idoneidad del medio empleado para proteger el derecho vulnerado, sobre lo cual debe pronunciarse el Juez y de esta forma también se está garantizando su eficacia, toda vez que entre la idoneidad del medio y su eficacia existe una interrelación lógica, pues la idoneidad implica que el derecho dañado sea protegido adecuadamente y la eficacia conlleva a su oportuna protección.

La Acción de Protección de acuerdo al desarrollo de la prueba que se encuentra estipulada en el Art. 16 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, resulta insuficiente pues es importante desarrollar la finalidad de la prueba de manera específica, así como los principios, los criterios, la prueba de oficio del operador de justicia constitucional, consecuentemente la actuación de las comisiones y lógicamente la reversión de la carga de la prueba:

Que, en cuanto al procedimiento, se busca la oralidad en todas sus fases, permitiendo que el Juez, practique pruebas, para establecer la existencia o no de una violación de derechos, dando inclusive el beneficio de certeza de los hechos relatados, cuando la autoridad pública no desvanezca o demuestre lo contrario, y que el marco regulador se encuentra regulada valga la redundancia en un solo Artículo de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

El Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social obliga a los organismos jurisdiccionales a garantizar una adecuada judicialización de los medios probatorios, es decir que las partes procesales logren configurar los medios probatorios que les asisten a la emisión del debido proceso; partiendo de los hechos alegados que conlleven a que el

operador de justicia constitucional llegue a la certeza o el convencimiento de la existencia o no de una violación de un derecho por un acto u omisión.

Que si bien es cierto existe en la LOGJCC, un artículo en el cual se desarrolla la prueba, no es menos cierto que hace falta que exista un amplio desarrollo que debe ser positivizado en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional a efectos de que la carga de la prueba sea el punto de partida y de llegada para que los sujetos procesales puedan hacer uso de ésta, en función de las exigencias y disposiciones constitucionales existentes y no se caiga en causas de improcedencia de la acción de Protección: mera legalidad o declaratoria de un derecho.

Es importante concluir en la presente investigación, que los medios probatorios en la Acción de Protección son diversos y gozan de las características diferentes y específicas, pero no es menos cierto que la carga de la prueba se encuentra dividida desde tres aristas, siendo esta que la carga de la prueba le compete a la parte accionante, el accionado tendrá la carga probatoria cuando esta sea revertida y es importante que el Juez constitucional puede actuará prueba para mejor resolver; claro está siempre y sumado sean los medios de prueba pertinentes y no se enmarcan dentro de la inconstitucionalidad.

Recomendar a través de la presente investigación que debe existir una correcta aplicación de los medios probatorios en los procedimientos constitucionales de la Acción de Protección, haciendo énfasis en la intención sana de conocer cuándo y cómo se debe plantear los medios prueba tomando en cuenta si el sujeto procesal es accionante o accionado y de la misma manera cuando el Juez debe realizar la práctica de medios de prueba.

De la misma manera tomar en cuenta que los criterios de valoración de la prueba, por parte de los jueces constitucionales, deben estar de la mano con las circunstancias probadas, entendiendo que está en juego o no la violación de un derecho constitucional, y

que la duda constitucional es el resultado de la ausencia de medios probatorios solo de los sujetos procesales.

A lo puesto de manifiesto recomendar una reforma a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y control Constitucional, en la que se desarrolle de mejor manera el ejercicio y valoración de la carga de la prueba en los procedimientos de la Acción de Protección.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abad, S. (2004) El proceso constitucional de amparo, en *Gaceta Jurídica*, Lima.
- Alarcón, P. (2009). *Acción de Protección: Garantía Jurisdiccional Directa y no Residual. ¿La Ordinarización de la Acción de Protección? Tesis de Maestría. Universidad Andina Simón Bolívar. Quito.*
- Astudillo, M. (2006). “Principios Básicos de Interpretación Constitucional”, en, *Temas Constitucionales, Revista del Tribunal Constitucional del Ecuador*, No. 8.
- Ávila, R (2007). “El Amparo Constitucional, entre el diseño liberal y la práctica formal”, en *Un cambio ineludible: La Corte Constitucional, Quito, Tribunal Constitucional del Ecuador.*
- Ávila, R (2007). “El Amparo Constitucional, entre el diseño liberal y la práctica formal”, en *Un cambio ineludible: La Corte Constitucional, Quito, Tribunal Constitucional del Ecuador.*
- Ávila, R. (2008). *Avances conceptuales en la Constitución de 2008: Desafíos Constitucionales.* Editores Ramiro Ávila Santamaría, Agustín Grijalva Jiménez y Rubén.
- Ávila, R. (2011). *El Neo constitucionalismo Transformador. El Estado y el Derecho en la Constitución de 2008.* Quito-Ecuador. Ediciones Abya –Yala.
- Bazán, V. (2010). *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo. Tomo II.* Buenos Aires- Argentina.
- Bentham, J (2018). *Tratado de las Pruebas Judiciales.* Santiago de Chile. Ediciones Jurídicas Olenjnik.
- Bobbio, N. (1991). *El Tiempo de los derechos*, Editorial Sistema, Madrid. Bobbio, N. (1990). *Igualdad y Libertad*, Editorial Paidós, Barcelona-España.

- Bravo, C. (2011). Tratado de Derecho Constitucional. Cuenca-Ecuador. Ediciones Carpol.
- Carbonell, M. (2007). Teoría del Neo constitucionalismo- El neo constitucionalismo en su laberinto. Ensayos Escogidos, Varios autores, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM. Madrid- España. Editorial Trotta.
- Carbonell, M. (2010). Neo Constitucionalismo y Derechos Fundamentales. Quito - Ecuador Cevallos Editora Jurídica.
- Cevallos, A. (2009). La Acción de Protección Ordinaria, formalidad y Admisibilidad en el Ecuador. Quito, Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar.
- Cevallos, A. (2009). La Acción de Protección Ordinaria, formalidad y Admisibilidad en el Ecuador. Quito, Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar.
- Código Orgánico de la Función Judicial 2009. Registro Oficial Suplemento 544 del 09-Mar-2009
- Constitución de la República del Ecuador 2008. Registro Oficial 449 de 20-oct-2008
- Convención Americana sobre Derechos Humanos. San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969
- Corte Constitucional, Sentencia N 004-13-SEP-CC, 2013
- Corte Constitucional, Sentencia 150-15-SEP-CC, 2015
- Corte Constitucional, Sentencia N 004-13-SEP-CC, 2013
- Corte Constitucional, Sentencia No 001-13-SEP-CC
- Corte Constitucional, Sentencia Nro.024-10-SEP-CC, 2010
- Couture, E. (2002). Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Montevideo-Uruguay, Editorial B de F.
- Cueva , L. (2010). Jurisprudencia de la Corte Constitucional. Tomo I, Ediciones Cueva Carrión.

- Cueva, L. (2011). Acción Constitucional Ordinaria de protección. Quito: Ediciones Cueva Carrión.
- Cueva, L. (2011). Acción Constitucional Ordinaria de protección. Quito: Ediciones Cueva Carrión. Díaz Reviro, F. (2004). Hacia un Sistema Constituyente de Derechos Humanos.
- Díaz, F. (2004). Hacia un Sistema Constituyente de Derechos Humanos. Facultad de jurisprudencia de la Universidad de Guayaquil, Ecuador.
- Echandía, D. (1981). Teoría general de la prueba judicial (5a ed., Vol. I y II). Buenos Aires.
- Ferrajoli, L. (1997) Derechos y Garantías. Editorial Trotta S.A. Madrid -España.
- Ferrer, E. (2002). La acción constitucional de amparo en México y España. Estudio de derecho comparado, 3a. ed., México, Porrúa.
- Ferrusola, L. (2001). Los fundamentos de los derechos fundamentales, Editorial Trotta S.A. Madrid- España.
- Ferrusola, L. (2008). Democracia y garantizo, Editorial Trota S.A. Madrid-España.
- Fix, H. (1991). “La Justicia Constitucional” Revista de Derecho Constitucional No. 1, San José de Costa Rica.
- García, J. (1999). El Juicio Especial por la Acción de Amparo Constitucional, 3ra Ed. Quito, Editorial Rodín.
- Gordillo, D. (2010). La Limitación de la Acción de Protección contra Decisiones Judiciales y su Incidencia en la Indefensión. Quito-Ecuador.
- Gozaini, O. (2009). Introducción al Derecho Constitucional. Buenos Aires-Argentina. Rubinzal- Culzoni Editores.
- Jaramillo, V. (2011). Las Garantías Jurisdiccionales en el Sistema Jurídico Ecuatoriano, CEP Corporación, Quito-Ecuador.
- Landa, C. (2004). Teoría del Derecho Procesal Constitucional. Editorial Palestra, Perú.

- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional 2009. Registro Oficial
Suplemento 52 de 22-oct-2009
- Muñoz, F. (2008). El neo constitucionalismo latinoamericano, Instituto Igualdad, en Neo
constitucionalismo y sociedad, Quito-Ecuador. Villarreal Cambizaca, R. (2010).
Medidas Cautelares-Garantías Constitucionales en el Ecuador, Quito-Ecuador,
Cevallos Editora Jurídica.
- Pasara, L. (2008). Declaración Universal de los Derechos Humanos. El uso de los
instrumentos internacionales de los Derechos Humanos en la Administración de
Justicia, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Neo Constitucionalismo y
Sociedad. Quito-Ecuador.
- Pazmiño, P. (2008). Desafíos Constitucionales, La Constitución ecuatoriana del 2008 en
perspectiva, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Tribunal
Constitucional del Ecuador.
- Pérez, A. (2005). Los derechos fundamentales, Editorial Tecnos, Madrid.
- Porras, A. (2012). La prueba en los procesos constitucionales: aproximaciones a los
principales retos en el caso ecuatoriano (1 ed.). Quito, Ecuador
- Prado, J. (1992). Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 1948.
Documentos básicos de Derechos Humanos, Económicos, Sociales y Culturales.
Quito- Ecuador.
- Sagués, N. (2004). Derecho Procesal Constitucional Logros u Obstáculos, Editorial Had-
Hoc y Konrd Adenauer Stiffung, Buenos Aires-Argentina.
- Salgado, H. (2004). Manual de Justicia Constitucional Ecuatoriana. Fortalecimiento de la
Corte Constitucional. Quito - Ecuador
- Silva Portero, C. (2008). Las Garantías de los Derechos ¿Invención o Reconstrucción?

Tulio, R. (1999). *Cómo hacer un proyecto de investigación*. Editorial Panapo. Caracas,
Venezuela