

<http://dx.doi.org/10.35381/racj.v5i8.560>

## **Prueba en Garantías Jurisdiccionales. Falta de regulación y afección al derecho a la defensa y libertad probatoria en el Ecuador**

### **Proof of Jurisdictional Guarantees. Lack of regulation and impact on the right to defense and probation in Ecuador**

María Caridad Rojas-Valdivieso  
[maria.rojas@ucacue.edu.ec](mailto:maria.rojas@ucacue.edu.ec)  
Universidad Católica de Cuenca, Cuenca  
Ecuador  
<https://orcid.org/0000-0002-2150-5994>

Juan Carlos Erazo-Álvarez  
[jcerazo@ucacue.edu.ec](mailto:jcerazo@ucacue.edu.ec)  
Universidad Católica de Cuenca, Cuenca  
Ecuador  
<https://orcid.org/0000-0001-6480-2270>

Enrique Eugenio Pozo-Cabrera  
[epozo@ucacue.edu.ec](mailto:epozo@ucacue.edu.ec)  
Universidad Católica de Cuenca, Cuenca  
Ecuador  
<https://orcid.org/0000-0003-4980-6403>

Cecilia Ivonne Narváez-Zurita  
[inarvaez@ucacue.edu.ec](mailto:inarvaez@ucacue.edu.ec)  
Universidad Católica de Cuenca, Cuenca  
Ecuador  
<https://orcid.org/0000-0002-7437-9880>

Recibido: 13 de noviembre de 2019  
Aprobado: 14 de diciembre de 2019

## RESUMEN

En el presente artículo de investigación se analizó la prueba en garantías jurisdiccionales, su falta de regulación y su afcción al derecho a la defensa y libertad probatoria. Lo que se pretende demostrar es que los procedimientos que se utilizan actualmente, respecto a la actuación de la prueba, no están regulados y que son otros los criterios. Para ello, se utilizó la investigación de tipo mixta es decir cuantitativa y cualitativa, principalmente descriptiva con un corte empírico con el objetivo de demostrar la urgente necesidad de reformar la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que determine con rigurosidad el procedimiento que se debe seguir en la actuación de la prueba en los procesos de Garantías Jurisdiccionales, garantizando de esta manera los derechos de la defensa y libertad probatoria.

**Descriptores:** Prueba; Garantías jurisdiccionales; Libertad probatoria; Sana crítica; Control constitucional.

## ABSTRACT

In this research article, the evidence on jurisdictional guarantees, its lack of regulation and its effect on the right to defense and probation are analyzed. What is intended to demonstrate is that the procedures that are currently used, regarding the performance of the test, are not regulated and that the criteria are other. For this, mixed type research was used, that is to say quantitative and qualitative, mainly descriptive with an empirical cut in order to demonstrate the urgent need to reform the Organic Law of Jurisdictional Guarantees and Constitutional Control, which rigorously determines the procedure to be must continue in the performance of the test in the Jurisdictional Guarantees processes, thus guaranteeing the rights of defense and probation.

**Descriptors:** It proof jurisdictional guarantees; Probatory freedom; Healthy critic; Constitutional control.

## INTRODUCCIÓN

El Derecho Constitucional es la rama más importante del Derecho Público, cuyo objetivo es establecer un régimen de garantías a los derechos fundamentales a través de la Constitución que dicho sea de paso constituye la voluntad soberana de una

nación. En tal sentido, Oyarte (1999) señala que: [...] “el respeto a la Constitución es la mayor garantía de los derechos fundamentales de los gobernados” (p.76). El derecho constitucional en estricto sentido reconoce que la Constitución es superior a cualquier manifestación de autoridad; pero, además es la que organiza el funcionamiento del poder del estado y fija los límites de ese poder estatal. Por lo tanto, el Derecho Constitucional es un conjunto de normas concernientes a la estructura esencial del Estado, observa las funciones de sus órganos y orienta las relaciones de éstos con los particulares.

El artículo 76, numeral 7, literal h) de la Constitución de la República del Ecuador (CRE) a través de la Asamblea Nacional Constituyente (2008) señala: que el derecho a la defensa consiste entre otras cosas: “presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra” (p.38). Es decir, que la propia Constitución reconoce el derecho a la prueba como un derecho constitucional y parte procesal, que además está tutelado dentro de una garantía jurisdiccional. De tal suerte, es necesario entender que la prueba como tal, es la parte más importante del debido proceso, y cualquier limitación, o menoscabo en la adquisición y producción de la misma, violenta el debido proceso.

En la investigación, se define la ausencia de regulación en el procedimiento para la actuación de la prueba en materia de garantías jurisdiccionales. Lo cual tiende a confirmar la hipótesis de que, si esto es así, se ratificaría la vulneración de las Garantías del Derecho a la Defensa y Libertad probatoria (Guzmán Chávez, 2019). A su vez, esto genera otro escenario, en donde interviene el Derecho Constitucional como guardián o custodio de la vulneración de derechos fundamentales y garantías constitucionales que podrían verse afectadas por la falta de regulación en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC).

En la CRE, al igual que en la LOGJCC no existe una regulación clara, respecto de la actuación de la prueba en el ámbito de las garantías jurisdiccionales. En tal sentido, se establece la importancia del tema objeto de investigación que es, la falta de regulación

para la actuación de la prueba dentro de los Procesos de Garantías Jurisdiccionales. Pues, como están definidas las cosas actualmente la responsabilidad total queda a criterio de los jueces la aplicación de la norma. Actualmente, muy pocos administradores de justicia, jueces-juezas, son quienes ordenan la práctica de las pruebas en los procesos judiciales, con el fin de resolver la garantía constitucional en estricto apego al debido proceso, con el propósito de aplicar la justicia en la extensión de la palabra como tal. La Constitución de la República, reconoce los denominados derechos de protección, al igual que las garantías jurisdiccionales.

De tal suerte que, el ejercicio de los derechos debe asegurar y garantizar el debido proceso de todos los ciudadanos que piensen que se han vulnerado sus derechos constitucionales, sin embargo, de manera muy escueta se ha tratado el tema de la producción de la prueba dentro de las garantías jurisdiccionales. Esto llevó a plantear el problema de la investigación, que señala: ¿cómo afecta la falta de regulación de la prueba en garantías jurisdiccionales al derecho a la defensa y libertad probatoria?

De tal manera que el objetivo de esta investigación es demostrar la necesidad urgente, que se dé una reforma a la LOGJCC, que determine de manera clara y expresa el procedimiento que se debe seguir al momento en el que se desarrolla la audiencia para poder saber con certeza en qué momento se debe producir la prueba en los procesos de Garantías Jurisdiccionales, garantizando así los derechos de la defensa y libertad probatoria.

## **DESAROLLO**

### **La Prueba judicial dentro del debido proceso, importancia y aplicación**

La prueba es un derecho, pues, es mediante ella que las pretensiones o excepciones en el proceso judicial se pueden dar, además, permite llegar a la satisfacción de derechos que aducen las partes. La prueba judicial según Devis (2000) se entiende como: “todo motivo o razón aportado al proceso por los medios y procedimientos

aceptados en la ley, para llevarle al juez el convencimiento o la certeza sobre los hechos” (p.25). Ahora bien, adicionalmente, el derecho a la prueba es parte del respeto y observancia al debido proceso garantizado en la Constitución y, por ende, es un recurso dentro del derecho a la defensa. La importancia y la razón de la prueba tiene que ver con el estudio de los hechos que generalmente suelen afirmar cada una de las partes dentro de un determinado proceso, pretensión o litigio. De tal suerte que:

[...] el objeto de la prueba será aquello que puede probarse: es un elemento estrictamente objetivo y abstracto. (...) no se restringe a temas concretos de un proceso, tampoco a los beneficios o pretensiones que aspiran las partes, se aplica a todas las actividades procesales y extraprocesales en general. (Devis, 1981, p.61).

En este mismo sentido, Matheus (2002) menciona que el objeto de la prueba: “es el mecanismo que permite probar o acreditar tales hechos afirmados” (p.1). Por lo tanto, podría abarcar un amplio campo dentro de la esfera de la demostración, en una línea de tiempo que bien permitiría considerar aspectos del pasado, del presente y quizá del futuro. Por su parte, Devis (1981) expresa: [...] “Las afirmaciones sustentan la existencia o no de los hechos, desde la mirada objetiva del Juez quién tomará su decisión final sustentado en los hechos sobre los cuales se sustentan tales afirmaciones o negaciones” (p.64). En definitiva, diremos que el objeto de la prueba es el análisis de todo aquello que está sujeto a la comprobación a través del órgano jurisdiccional dentro de un determinado proceso.

Por ello, se analizó las ideas principales sobre derechos fundamentales, para luego analizar el tema del derecho a la prueba dentro del marco constitucional. De igual modo, el concepto general de la prueba como derecho, es ratificado por la LOGJCC cuando se refiere al debido proceso (Art. 4, numeral 1 al 9) rescata que los jueces deberán motivar sus decisiones; es decir, motivará precisamente el valor de la prueba.

La Constitución, en el mismo sentido, señala cuales son las limitaciones en las que se podrían incurrir en la producción de la prueba, como lo señala el artículo 76, numeral 4

que manifiesta: “que las pruebas obtenidas en contradicción con la Constitución y la ley carecerán de validez y eficacia jurídica” (Asamblea Nacional Cosntituyente, 2008). Esto significa, que existen límites propios de la prueba, pues advierte que su validez, está supeditada primeramente a que la misma haya sido solicitada. La relevancia de la prueba en el proceso como un derecho general, también se encuentra claramente definida en la Constitución, artículo 169 que señala:

El sistema procesal permite la realización de la justicia. Los mecanismos procesales garantizan los principios de inmediación; celeridad; simplificación, uniformidad, eficacia, y economía procesal, y serán garantías del debido proceso. Por ninguna razón se sacrificará la justicia debido a la omisión de formalidades. (Asamblea Nacional Constituyente, 2008)

De igual manera, la relevancia que tiene la prueba en los todos los procesos lo encontramos en:

Constitución, artículo 86, numeral 3 en el cual se refiere al principio de inversión de la carga de la prueba; al igual que la LOGJCC, artículo 16 que expresa que la inversión también se dará, si el accionado es un particular, o se refiere a hechos discriminatorios contra los derechos de la naturaleza. (LOGJCC, 2009, p.9)

Con respecto a la parte de la inversión de la carga de la prueba. “Se presumirán ciertos los fundamentos alegados por la persona accionante cuando la entidad pública requerida no demuestre lo contrario o no suministre información” (Porrás, 2011, p.59).

Paralelamente, la información será contrastada desde otra perspectiva, aunque un poco lejana a nuestra realidad “Colombia”, pero no diferente a ella, que señala:

[...] que el derecho a la prueba básicamente no existe en los procesos constitucionales por la falta de la etapa probatoria, de tal suerte que, la norma es inconstitucional pues limita a las partes explicar sus pretensiones en el proceso constitucional. (Raa, 2019, p.2)

Esto significaría que el problema no sólo se evidencia en nuestra legislación ecuatoriana, por el contrario, al parecer es un óbice en varias legislaciones

constitucionales a nivel de Latinoamérica. La pregunta sería entonces: ¿Por qué no se ha legislado al respecto? En tal consideración, la pregunta científica gira en torno a la regulación de la actuación de la prueba en garantías jurisdiccionales, permitiendo garantizar el derecho a la defensa y libertad probatoria.

Paralelamente, se revisa jurídicamente el procedimiento para la actuación de la prueba en los procesos de Garantías Jurisdiccionales. Igualmente, se examina cómo opera la prueba en Garantías Jurisdiccionales ante los jueces de primera y segunda instancia a través del análisis de casos.

En este sentido, se ha propuesto que se debe “reformular” aquellas directrices que regulan la prueba en general, para de esta forma, poderlos adaptar a los procesos constitucionales (Gracia Panta, Bermeo Reyes & Rodríguez Mera, 2019). Por ello, en primer lugar, se establece que en cualquier proceso judicial es de vital importancia la función que posee la prueba, dentro de la teoría general del proceso, y particularmente a la hora que las partes establecen sus pretensiones. Sin embargo, esto no sucede con la actuación de la prueba en garantías jurisdiccionales. Según Raa (2019), quien expresa que:

[...] En los procesos constitucionales la prueba se encuentra limitada, pues solo se puede utilizar medios probatorios que no requieren actuación, lo cual no tiene sentido, pues en general los actos probatorios requieren la intervención del juez, caso contrario no tendría validez. (p. 4)

El argumento de tal afirmación, radica en el hecho de que, los procesos ordinarios son asimétricamente diferentes de los constitucionales, la diferencia estriba en que, por ejemplo, en los procesos ordinarios lo que se pretende es resolver el conflicto entre las partes, no así, en los constitucionales, que además del interés particular, está de por medio el interés público, que tiene que ver directamente con el estado, y es aquí, donde se marca la diferencia. Por otro lado, se dice que, en la LOGJCC al igual que en la Asamblea Nacional, quizá por un error de buena fe, no se consideró que sea necesario

regular la prueba, sobre todo en garantías jurisdiccionales. Oyarte (2007) al explicar el contenido y el alcance del derecho a probar, afirma con mucho acierto que:

[...] no basta con indicar cuáles son los medios de prueba a los que, de modo general, se puede acudir, como es la pericial, testimonial y documental, sino que se debe anticipar las pruebas que, efectivamente, se van a presentar y que se actuarán en la correspondiente audiencia o fase procesal, con la finalidad que el contrario pueda ejercer el derecho de contradicción. (p. 168)

Por lo tanto, en lo que respecta al análisis y argumentación explicativa, se aprecia con mediana claridad, que en materia constitucional no existe un procedimiento definido o regulado para la actuación de la prueba, y bien lo expresa Porras (2011) cuando se refiere al contenido del texto constitucional, señalando:

Que la inversión de la carga de la prueba se da, en aquellos casos en que el demandado es una entidad pública, lo cual equivale a decir que, el principio general de que quien afirma prueba, es la tónica en todos demás casos (p. 34)

Cabe considerar, por otra parte, que es importante establecer ¿Qué debemos probar? Varios juristas sostienen al respecto que, sólo se puede probar hechos; pero no, las afirmaciones. Otro aspecto relevante que menciona la autora, es respecto al papel o rol que juega la prueba dentro del proceso, la prueba cumpliría con una especie de triple función y lo sustenta apoyada en el criterio de Víctor de Santo, quién manifiesta lo siguiente:

[...] se considera como procedimiento, medio o resultado. El procedimiento se refiere a las actuaciones de las partes y el juez: Medio, hace relación a los (testigos, peritos, confesión, etc.); y, resultado, que es la expresión del convencimiento del juez sobre los hechos traducidos en su personal criterio. (Porras, 2011, p.39)

Los criterios antes señalados, son de suma importancia y coincide plenamente con los elementos que los juzgadores utilizan como normas básicas en la construcción argumentativa de la “sana crítica” a través de la cual el juzgador deberá emitir un

pronunciamiento razonado y detallado de las circunstancias fácticas, los elementos, hechos, relaciones causa-efecto, y las posibles motivaciones que llevarán a establecer un decisión objetiva, racional y coherente.

Sin embargo, existen ciertas dudas, como, por ejemplo: ¿Todos los juzgadores la utilizan debidamente? ¿En materia constitucional, es relevante la prueba? Sobre todo, ¿Qué pasa con el control abstracto? Adicionalmente, pese al rol activo que por mandato le corresponde asumir al juez, recordamos que el juez, en otras materias «no constitucionales» puede ordenar pruebas distintas a las solicitadas por las partes de manera excepcional y únicamente en circunstancias puntuales. También, dicen que existe un vacío respecto a los que se debe probar, pues únicamente y en respuesta negativa, se sabe que cosas no requiere probarse, estas son:

[...] Hechos que todos saben, es decir, que son notorios, los generales al proceso, y aquellos que son evidentes. Entonces se deben probar todos los demás, previa alegación de las partes, por lo tanto, las pruebas se ajustarán a lo solicitado por cada uno. (Alisina, 1961, p. 231)

Dentro de este marco, se establece que, dentro de materia constitucional, sobre todo en la violación de derechos constitucionales, la carga de la prueba suele invertirse normativamente; esto significa, que el hecho de probar lo asume la persona accionada en todos los procesos de garantías constitucionales. Por lo tanto, el objetivo general planteado, fue encontrar un mecanismo que regule el procedimiento que debe seguir la actuación de la prueba en los procesos de garantías jurisdiccionales, garantizando así los derechos de la defensa y libertad probatoria.

De manera simultánea, definir o clarificar la actuación de la prueba, de tal suerte que, los mecanismos para probar no generen duda alguna, ni den lugar a consideraciones subjetivas por parte de los juzgadores. Es valioso resaltar el criterio del jurista Picó i (2008) quien señala con relación a la forma de cómo se debe probar, lo siguiente: “que es necesario clasificar y denominar límites intrínsecos, propios de la actividad probatoria y extrínseca referidos a requisitos legales exigidos para su procedencia y actuación”

(p.89). De acuerdo con esto, se observará siempre la pertinencia, la utilidad y la licitud. Es decir, que los hechos probados sean pertinentes; mientras que la utilidad, viene a ser el valor intrínseco de la prueba que permite resolver la controversia; y finalmente, la licitud, que viene a ser la certeza de la no violación de ninguna norma, garantía o derecho constitucional.

Mientras que los aspectos extrínsecos son de dos tipos, generales y específicos. Los generales, son aquellos que terminan afectando a todo medio probatorio, y se refieren en general al espacio de tiempo o temporalidad, al momento de actuar la prueba, así como la legitimación de las partes; y, los específicos en cambio se refieren a uno o a varios medios concretos de la prueba. A manera de ejemplo de lo que se menciona, serían las regulaciones que existen sobre pruebas documentales, periciales y de testigos, en donde, cada una, presenta su particularidad propia, tiempos y momentos de actuación.

Si no se cumple con el límite extrínseco general, tal actuación, carecería de eficacia probatoria, igual que la prueba que se haya obtenido por medios ilícitos, dolo, fuerza o por ser improcedente, además, será ineficaz la prueba actuada sin oportunidad de contradecir, entre otras. Estos argumentos expuestos, ratifican la necesidad imperiosa de regular la actuación de la prueba en los procesos de Garantías Jurisdiccionales. De esta manera, se pretende demostrar que la teoría general de la prueba, como se precisó en líneas anteriores, resulta ser insuficiente para describir, explicar y sustentar la actuación de la prueba en procesos de orden constitucional.

Concomitante con lo expresado, según criterios de varios autores, al igual que la propia normativa y doctrinariamente, se entiende a la prueba no únicamente como parte del proceso, sino como una parte esencial del debido proceso y del derecho a la defensa; que en última instancia es parte del objetivo general de la investigación.

En el mismo sentido, Hernández (2006) hace notar que: “el objeto principal de la prueba son los hechos, en materia constitucional esta es una actividad complementaria de otra

que es la de las alegaciones, pero los hechos no desaparecen ni siquiera en los conflictos de carácter abstracto” [...] (p. 39). Como ejemplo de lo expuesto, sería una declaración de estado de excepción. Otro caso, sería: el irrespeto al principio de igualdad; un trato diferenciado y discriminatorio emanado de la norma que se impugna. (Hernández, 2006, p.40). Por lo tanto, se podría decir que, en base a las consideraciones esgrimidas por connotados juristas, es necesarios realizar una revisión urgente del tema en cuestión. La prueba en términos generales tiene que brindar la suficiente seguridad jurídica a las partes, y más aún dentro de las garantías jurisdiccionales, pues aquí está de por medio el interés de derechos fundamentales.

### **METODOLOGÍA**

El tipo de investigación que se ha empleado en la presente investigación es la no experimental, ya que se muestra la situación actual del problema. El enfoque es mixto, es decir cuantitativo y cualitativo con un corte empírico puesto que, el diagnóstico se lo ejecutó con levantamiento de información mediante la técnica de la entrevista, las cuales fueron tabuladas estadísticamente, presentando un mayor análisis cualitativo debido a que la propuesta es una reforma sobre la actuación de la prueba en la LOGJCC (Alcívar, Erazo y Narváez, 2019).

Se aplicó el método histórico - lógico ya que en la fundamentación teórica se consideró el marco jurídico legal vigente, con el apoyo de la doctrina y la jurisprudencia se sustentó a través del tiempo, se utilizó también el analítico - sintético tomando en consideración el material de apoyo extraído de fuentes primarias y secundarias, para argumentar y defender el objetivo planteado, así como para sustentar las ideas principales que orientaron el trabajo de investigación. Del mismo modo se empleó el método inductivo - deductivo tomando la situación problemática para luego descomponerle y analizar detalladamente cada elemento. Además, el sistémico ya que se utilizaron diferentes métodos para la investigación (Mendoza, Erazo y Narváez, 2019).

Es necesario recalcar que la presente investigación está orientada a establecer la aplicación correcta y adecuada de los medios probatorios. Por ello, resultó imperativo obtener información de fuentes primarias, con el propósito de evaluar la aplicación correcta de la norma. Para lo cual, se utilizó un instrumento de recolección de información, a través de la técnica de la entrevista, que se aplicó a los jueces y juezas de primera y segunda instancia del Cantón Azogues.

La muestra que se tomó tiene la siguiente característica y composición por niveles de responsabilidades y de aplicación.

### **Cuadro 1**

Muestra de aplicación

<b>Composición</b>	<b>Técnica</b>	<b>Muestra</b>
Jueces de primera Instancia	Entrevista	11
Jueces de segunda Instancia	Entrevista	5

Datos utilizados en la investigación, (Fuente: Elaboración Propia)

## **RESULTADOS**

Una vez realizado el proceso de recolección de información a través de la entrevista, se presentan los resultados en términos generales y descriptivamente, esto debido a la propia metodología de investigación, que tiene que ver con la apreciación de la aplicación o no aplicación de un procedimiento regulado que garantice el derecho a la prueba en los procedimientos de garantías jurisdiccionales.

La entrevista, consideró ocho interrogantes sobre el derecho a la prueba en materia de garantías constitucionales. Por lo tanto, se consideró las más importantes, y algunas respuestas que por analogía coinciden en criterio general. De tal manera que, cuando se les preguntó: ¿Considera usted que el Juez tiene reglas claras para la valoración de

la prueba en garantías constitucionales? Su respuesta fue que, si en un 75% y sólo el 25% dijo que no, por lo que se infiere que existe claridad en la actuación de la prueba en materia de garantías jurisdiccionales.

Respecto, si estaban de acuerdo con que el Juez tenía claro cómo aplicar las reglas para la valoración de la prueba en garantías jurisdiccionales, la respuesta fue que no en un 57.50%, mientras que el 42.50% dijo tenerlo claro. Lo cual es contradictorio a la pregunta anterior, tomando en consideración que un 75% dijo tener claro cuáles son las reglas para la valoración de la prueba en garantías constitucionales.

Cuando los entrevistados respondieron: si existía una correcta y adecuada aplicación de los medios probatorios en garantías constitucionales, el 57.50% contestó de manera afirmativa, mientras que el 42.50% dijo no estar de acuerdo en la adecuada y correcta aplicación basándose en criterios de su experiencia.

Finalmente lo que genera preocupación, es una de las preguntas que señala: ¿Considera usted que se debería reformar la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en cuanto se refiere a la producción de pruebas? El 95% de los entrevistados, dijo que se debería reformar para aclarar los aspectos relacionados con la prueba; y, sólo el 5% no está de acuerdo que se deba reformar. Sin tratar de profundizar y levantar una polémica, los resultados, luego de contrastar la información; a simple vista, se contradicen entre una y otra pregunta, para finalmente asentir de manera general que es necesario realizar una reforma, pese a que, en muchos casos, las respuestas dicen que todo está bien.

La presente investigación se sustentó de igual manera utilizando la técnica de la revisión documental cuyos resultados más relevantes mencionan que: es necesario recalcar que existen los suficientes elementos de juicio que hacen notorio y evidente que, la actuación de la prueba en garantías jurisdiccionales no tiene la suficiente claridad. Pero, adicionalmente se puede inferir que el tema en general, ha sido tratado de manera muy ligera y escueta; que en la mayoría de casos constitucionales se siguen

utilizando reglas generales tomadas de las normas de los procedimientos ordinarios, lo cual, sin duda, violenta el debido proceso y el legítimo derecho a la defensa que le asiste a la persona accionada o accionante.

Resulta igualmente importante considerar como se configura la inconstitucionalidad en la prueba, recordando que esa potestad, por generalidad está en el juez, tratándose de un proceso ordinario, si la norma es contraria a la Constitución, tendrá que consultar a la Corte Constitucional. Desde la perspectiva de la doctrina, la inconstitucionalidad se la entiende desde dos aristas: la primera, el proceso ordinario del juez “de primera instancia” quien tiene observaciones sobre la constitucionalidad y, la segunda, ante la Corte Constitucional que abrirá un proceso constitucional con el objeto de aclarar si la norma es o no constitucional.

En este particular caso, se puede decir, que el tema se trata de una cuestión abstracta de constitucionalidad. Sin embargo, son evidentes las contradicciones que se presentan y que tiene que ver directamente con la aplicación adecuada de la norma construccional.

En este marco, el debate contempla una situación específica, pues lo que pretende es hacer tal interpretación de su aplicación. Igualmente, no es menos cierto que, la confirmación de la constitucionalidad de la norma parte del criterio emitido por el juez; por lo tanto, los hechos no son tema de debate, puesto que se suponen son así, de conformidad con lo afirmado por el juez.

Por ello, se puede decir que, en nuestra legislación, no está claramente definido cómo se debe aplicar las disposiciones sobre las reglas respecto de la prueba en el caso de garantías jurisdiccionales. Por lo tanto, se infiere que el legislador ecuatoriano, en control de constitucionalidad asume una analogía en materia probatoria, como en los que suelen presentarse en procesos abstractos de control, en los cuales no se requiere prueba. Para ello, bastará con revisar los artículos 141 y 142 de la LOGJCC.

[...] la finalidad del control concreto será garantizar la constitucionalidad y la correcta aplicación de las normas jurídicas dentro de los respectivos procesos. Los jueces y juezas deberán cumplir con las disposiciones constitucionales. Las decisiones no podrán restringir, menoscabar o inobservar el contenido de la norma. (LOGJCC, 2009 Art. 141-142)

Se debe aclarar también, que es lo que señala el ordenamiento jurídico vigente, en relación con la prueba en garantías constitucionales. Lo primero que se observa es la prerrogativa que se le confiere al juez para solicitar y practicar pruebas. Así, la prueba en los procesos constitucionales es pasiva, no puede salirse de los hechos alegados y la prueba entregada por las partes. En este sentido el artículo 86, n. 3 de la Constitución, señala:

[...] una vez se presenta la acción, el juez llamará inmediatamente a una audiencia pública, y podrá ordenar la práctica de pruebas cualquier momento del proceso, al igual que designar comisiones para obtenerlas. Los fundamentos alegados por la persona accionante, se presumirán ciertos y cuando la entidad pública no suministre información. (Asamblea Nacional Constituyente, 2008, Art.86)

De igual manera la LOGJCC, en su artículo 16, segundo párrafo, es coherente y concomitante con el artículo 86 n. 3 de la constitución, cuando señala:

[...] la jueza o juez podrá ordenar la práctica de pruebas y determinar las comisiones para conseguirlas, sin que se altere el debido proceso o se pueda prolongar en el tiempo. Cuando la jueza o juez disponga la práctica de pruebas dentro de la audiencia, deberá fijar un término en el cual se deben practicar, el mismo que no podrá ir más allá de ocho días y solo por una vez [...]. (LOGJCC, 2009 Art. 86)

En esta misma línea, el artículo 14 de la LOGJCC también le otorga la facultad al juez o jueza para poder suspender la audiencia cuando estime que se debe realizar y practicar otras pruebas. Por lo cual, se concluye, que el rol del juez es de trascendental importancia en los procesos de garantías constitucionales. Pero, no en menos cierto, que también es un rol evidentemente subjetivo. Así, lo expresa Porras (2011):

[...] mientras en el derecho ordinario, rige el principio de quien afirma debe probar sus dichos; en garantías esto no sucede, pues respecto a los hechos considerados probados, solo se presume como tales y le corresponde al accionante cuando no se demuestre lo contrario. “Sin embargo, esta presunción no es absoluta sino relativa, admite prueba en contrario de la entidad pública”. (p.61)

Quizá otro tema, y talvez ignorado, es la clara reflexión que señala Zaidán, en su ponencia “Audiencia, prueba y responsabilidad en garantías jurisdiccionales” cuando señala que:

[...] La celeridad con que se desarrollan los procesos constitucionales subestimó la importancia de establecer reglas más precisas en relación a la prueba y a la audiencia. Adicionalmente, se puede constatar que la regulación procesal constitucional fue pensada, erradamente, desde el litigio ante los órganos del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, bajo la noción de la responsabilidad estatal objetiva. (Zaidán, 2007, p. 9)

Sobre la base de estos resultados a continuación, se presenta la propuesta de proyecto de reforma a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

## Cuadro 2

Proyecto de reforma a los artículos 14 y 16 de la LOGJCC. Ley Reformatoria de los Artículos 14 y 16 De La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Art14. ACTUAL	Art. 14. REFORMADO	Art. 16. ACTUAL	ART. 16. REFORMADO
<p>Audiencia. La audiencia pública se llevará a cabo bajo la dirección de la jueza o juez, el día y hora señalado. Podrán intervenir tanto la persona afectada como la accionante, cuando no fueren la misma persona. La jueza o juez podrá escuchar a otras personas o instituciones, para mejor resolver. La audiencia comenzará con la intervención de la persona accionante o afectada y demostrará, de ser posible, el daño y los fundamentos de la acción; posteriormente intervendrá la persona o entidad accionada, que deberá contestar exclusivamente los fundamentos de la acción</p>	<p>El accionante y la persona afectada tendrán hasta diez minutos para intervenir y veinte minutos para su alegación en derecho; de igual forma, las entidades o personas accionadas, tendrán derecho al mismo tiempo. Si son terceros interesados, y la jueza o el juez lo autoriza, tendrán derecho a intervenir diez minutos. A continuación, se procederá con la fase probatoria en donde las partes anunciarán e indicarán el orden de evacuación de las mismas; las partes podrán objetar las pruebas anunciadas de creerlo necesario. La Jueza o Juez mediante auto resolverá las objeciones y ordenará la producción y reproducción de las pruebas aceptadas. La admisión o la negativa de la prueba no serán susceptibles de recurso alguno; en el caso de que la jueza o juez creyere necesario para la práctica de pruebas, podrá suspender la audiencia y señalar una nueva fecha y hora para continuarla.</p>	<p>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.                      "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".</p>	<p>La parte 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. Las pruebas podrán anunciarse en la demanda, en la contestación a la demanda o en la audiencia y la jueza o juez sólo podrá negarla cuando la haya calificado de inconstitucional o impertinente.                      La comisión para recabar las pruebas será en los casos necesarios conformados aun por peritos registrados en el Consejo de la Judicatura; estos podrán realizar una visita al lugar de los hechos, recoger versiones sobre los hechos y las evidencias pertinentes y elaborar un informe el mismo que se pondrá en conocimiento de las partes para que se ejerza el derecho a la contradicción mismo que tendrá el valor de prueba practicada.</p>

Fuente: LOGJCC (2009)

## DISCUSIÓN

Lo primero y lo más importante, es recalcar que la prueba, es una parte esencial en la garantía del derecho al debido proceso; lo que quiere decir que no se le puede desconocer y peor aún negarlo. Pues, la Constitución de la República, artículo 76 garantiza el debido proceso, lo cual se relaciona concomitantemente con la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 10 y con la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, el artículo 8.

Por lo tanto, toda persona tiene derecho a través del debido proceso a ser escuchada por un tribunal competente; de aportar pruebas lícitas relacionadas con el objeto del proceso y de contradecir las aportadas por la contraparte, además podrá hacer uso de los medios de impugnación contemplados en la ley, de tal suerte que puedan defender efectivamente sus derechos.

Al revisar el artículo 16 de la LOGJCC se nota a simple vista una contradicción respecto a la carga de prueba, que expresa:

[...] el accionante debe demostrar los hechos que planeó en la demanda o en la audiencia, excepto en los que se invierte la carga de la prueba. La admisión de pruebas se hará únicamente en la audiencia, y la jueza o juez sólo podrá negarla cuando se haya calificado de inconstitucional o impertinente. (LOGJCC, 2009 Art.16)

Esto significa que el accionante debería demostrar en base a las pruebas aportadas, lo que está alegando, lo cual deja sin piso a la actuación del juez. Es decir, este principio se contradice con la disposición Constitucional, que le permite al juez disponer o practicar las pruebas que estime convenientes dentro del proceso.

Pero adicionalmente, la disposición es eminentemente prohibitiva, ya que niega la preexistencia del derecho a la prueba en los procesos Constitucionales. Pues en los procesos de Garantías Constitucionales, a diferencia de los procesos ordinarios, no existe una etapa procesal de pruebas, o dicho, en otros términos, no es claro el

mecanismo de actuación de la prueba, quizá probablemente por la propia naturaleza de las garantías, que es proteger derechos fundamentales.

Adicionalmente, el artículo 86, numeral 3 de la Constitución, señala que: “la carga de la prueba solamente se invierte en los casos en que la Constitución así lo prevé” (Asamblea Nacional Constituyente, 2008). Por lo tanto, podríamos entender que la norma legal fue escrita como que la inversión de la carga de la prueba es una excepción, lo cual no es cierto, pues sería la generalidad.

No está por demás señalar que la LOGJCC, en el artículo 16 se refiere a “pertinencia y constitucionalidad” de las pruebas, señalando que: “el juez sólo podrá negarla cuando haya calificado de inconstitucional o impertinente”. Así, como se mencionó, la pertinencia se la califica cuando se realiza la valoración de la prueba, y por ningún concepto *a priori*. Pues aquello, si podría ocasionar una inconstitucionalidad.

Igualmente, es necesario aclarar que no se han encontrado referencias claras respecto a la prueba en Garantías Jurisdiccionales, revisada la LOGJCC y la Constitución, sólo con la excepción en lo que respecta a “medidas cautelares” que si establece que no harán falta pruebas, debido a su naturaleza «cautelar» en donde el juez o jueza, podrá sin trámite ni requisito alguno, pronunciarse respecto de la solicitud del demandante en el menor tiempo posible, evitando de esta forma, un mal mayor que sería permitir la violación de un derecho fundamental.

Esto quizá porque en los procesos de garantías Constitucionales no existe actividad probatoria por parte del juzgador debido al carácter abstracto. No obstante, existe la posibilidad que el control abstracto sea relativo con relación a los procesos de inconstitucionalidad, dándole un carácter subjetivo y permitiendo la incorporación de pruebas en el proceso.

## REFERENCIAS CONSULTADAS

1. Alcívar Arízaga, C. P., Erazo Álvarez, J. C., & Narváez Zurita, C. I. (2019). El reto de la gestión de calidad en las IES públicas del Ecuador Caso: Universidad de Cuenca. *Koinonía*, 97-124.  
  
Alisina, H. (1961). *Tratado teórico-práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial Tomo III*. Buenos Aires : Ediar.
2. Asamblea Nacional Constituyente. (2008). Constitución de la República del Ecuador. *Principios de la Administración de Justicia*. Manabí, Montecristi, Ecuador: Registro Oficial Nro.- 145.
3. Asamblea Nacional Constituyente . (2008). Constitución de la República del Ecuador. *Garantías Normativas*. Quito, Manabí, Ecuador: Registro Oficial Nro 145.
4. Asamblea Nacional Constituyente. (2008). Constitución de la República del Ecuador . *Derechos de Protección*. Quito, Manabí, Ecuador: Registro Oficial No.- 449.
5. Azula Camacho, J. (2008). *Manual de Derecho Procesal*. Bogotá: Temis.
6. COFJ. (2009). *Código Orgánico de la Función Judicial*. Quito: Registro Oficial.
7. COGEP. (2015). *Código General de Procesos*.
8. Cordero Heredia, D., & Yépez Pulles, N. (septiembre de 2015). [www.inredh.org › archivos › pdf › manual\\_tecnico\\_critico](http://www.inredh.org/archivos/pdf/manual_tecnico_critico). Recuperado el 14 de 10 de 2019
9. Devis Echandia, H. (1981). *Compendio de la Prube Judicial 8va. edición*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
10. Devis Echandia, H. (2000). *Teoría General de la Prueba Judicial*. Buenos Aires: Rubinzal-.
11. Devis, H. (1981). *Compendio de la Prueba Judicial 8va. edición*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
12. Devis, H. (2000). *Teoría General de la Prueba Judicial*. Buenos Aires: Rubinzal.

13. Ferrajoli, L. (2005). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta.
14. Giacomette Ferrer, A. (2010). “*Valoración de la prueba por el juez constitucional*”.
15. Guzmán Chávez, M. (2019). El principio constitucional de la tutela judicial efectiva vulnerado por la acción de nulidad de sentencias. *IUSTITIA SOCIALIS*, 4(7), 135-145. doi:<http://dx.doi.org/10.35381/racji.v4i7.366>
16. Gracia Panta, E., Bermeo Reyes, J., & Rodríguez Mera, L. (2019). Promoción de valores y políticas organizacionales a partir del derecho público en instituciones de seguridad ciudadana. *IUSTITIA SOCIALIS*, 4(7), 156-161. doi:<http://dx.doi.org/10.35381/racji.v4i7.369>
17. Hernández Valle, R. (2006). “La prueba en los procesos constitucionales”. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*.
18. Hernández, R. (2006). La prueba en los procesos constitucionales. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*.
19. Kelsen, H. (1969). La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia. En H. Kelsen.
20. Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional [LOGJCC]. (2009). *Artículo 169 [Título VII]*. Quito: Registro Oficial suplemento 52.
21. LOGJCC. (2009). *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Quito : Registro Oficial suplemento 52.
22. Matheus López, C. A. (15 de marzo de 2002). *Sobre la función y objeto de la prueba*. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5084974.pdf>.
23. Matheus, C. (15 de marzo de 2002). *Sobre la función y objeto de la prueba*. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5084974.pdf>.
24. Mendoza Novillo, P. A., Erazo Álvarez, J. C., & Narváez Zurita, C. I. (2019). Estudio de tiempos y movimientos de producción para Fratello Vegan Restaurant. *Cienciamatria*, 271-297.
25. Oyarte Martínez, R. (1999). *La Supremacía Constitucional*. Quito: Tribunal Constitucional.

26. Oyarte, R. (2007). *Audiencia, prueba y responsabilidad en garantías*. Quito.
27. Picó i Junoy, J. (2008). *El derecho constitucional a la prueba y su configuración legal en el nuevo proceso civil español*. Mexico: UNAM.
28. Pisarelo, G. (2007). *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para un reconstrucción*,. Madrid: Editorial Trotta.
29. Pisarelo, G. (2007). *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para un reconstrucción*,. Madrid: Editorial Trotta.
30. Porras Velasco, A. (2011). La Prueba en los Procesos Constitucionales: aproximaciones a los principales retos en el caso ecuatoriano. En C. d. (CEDEC), *Apuntes de derecho procesal constitucional; parte especial 1; Tomo II* (pág. 267). Quito: RisperGraf C.A.
31. Porras, A. (2011). La Prueba en los Procesos Constitucionales: aproximaciones a los principales retos en el caso ecuatoriano. En C. d. (CEDEC), *Apuntes de derecho procesal constitucional; parte especial 1; Tomo II* (pág. 267). Quito: RisperGraf C.A.
32. Raa Ortiz, D. R. (14 de octubre de 2019). Recuperado el 17 de julio de 2019, de <http://blog.pucp.edu.pe/blog/ariojabermudez/2009/10/14/el-derecho-fundamental-a-la-prueba-en-los-procesos-constitucionales/>.
33. Raa, D. (14 de octubre de 2019). Recuperado el 17 de julio de 2019, de <http://blog.pucp.edu.pe/blog/ariojabermudez/2009/10/14/el-derecho-fundamental-a-la-prueba-en-los-procesos-constitucionales/>.
34. Zaidán, S. (3 de marzo de 2007). [https://www.youtube.com/watch?v=RQ3aydMnj\\_Y](https://www.youtube.com/watch?v=RQ3aydMnj_Y). Recuperado el 7 de noviembre de 2019