

# UCUENCA

## Universidad de Cuenca

Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales

Carrera de Derecho

**La discrecionalidad de los jueces en la valoración de la prueba, durante la sustanciación de los procesos constitucionales de acción de protección**

Trabajo de titulación previo a la obtención del título de Abogada

**Autor:**

Verónica Estefanía Contreras Contreras

**Director:**

Julio Teodoro Verdugo Silva

ORCID: 0000-0002-3984-0467

**Cuenca, Ecuador**

2023-03-03

## Resumen

El presente estudio constituye un trabajo de carácter teórico, bibliográfico y de análisis legal sobre la incidencia de la discrecionalidad del juez en la etapa de valoración de la prueba de los procesos de acción de protección resueltos en primera y segunda instancia provocada principalmente por la falta de desarrollo normativo y doctrinal en cuanto al sistema de valoración de la prueba que deben aplicar los jueces. Además, se estudian los efectos prácticos de esta discrecionalidad en la resolución de las acciones de protección a partir del análisis de dos casos reales, cuyo punto de referencia, son las sentencias que entre el año 2021 y 2022 la Corte Constitucional ha emitido sobre la valoración de la prueba en las garantías jurisdiccionales constitucionales. En base a ello, se busca establecer un esquema de lineamientos que deberían ser considerados por el juzgador al momento de valorar la prueba en las acciones de protección, sobre todo con atención a las particularidades que poseen estos procesos constitucionales, que fueron relativamente desformalizados para garantizar la protección de los derechos constitucionales.

*Palabras Clave:* acción de protección, valoración de la prueba, sana crítica, discrecionalidad

### Abstract

The present study constitutes a theoretical, bibliographical and legal analysis work on the incidence of the judge's discretion in the stage of evaluating the evidence of the protection action processes resolved in the first and second instance, caused mainly by the lack of normative and doctrinal development regarding the system of evaluation of the evidence that judges must apply. In addition, the practical effects of this discretion in the resolution of protection actions are studied based on the analysis of two real cases, whose point of reference are the sentences that the Constitutional Court has issued on the assessment between 2021 and 2022 of evidence in constitutional jurisdictional guarantees. Based on this, it seeks to establish a scheme of guidelines that should be considered by the judge when evaluating the evidence in protection actions, especially with attention to the particularities that these constitutional processes have, which were relatively formalized to guarantee protection of constitutional rights.

*Keywords:* action of protection, valuation of the evidence, sound criticism, discretionality

## Índice General

<b>Resumen</b> .....	<b>2</b>
<b>Abstract</b> .....	<b>3</b>
<b>Índice General</b> .....	<b>4</b>
<b>Dedicatoria</b> .....	<b>6</b>
<b>Agradecimiento</b> .....	<b>7</b>
<b>Introducción</b> .....	<b>8</b>
<b>Capítulo I.- Marco Teórico Conceptual</b> .....	<b>10</b>
1.- Estado del Arte.....	10
2.- Modelos de Proceso Judicial.....	12
2.1. Procesos centrados en el juez.....	14
3. Activismo y Garantismo Judicial .....	17
3.1. Garantismo Judicial.....	17
3.2. Activismo Judicial .....	19
4.- Discrecionalidad .....	26
4.1. Teorías de la Discrecionalidad .....	28
5.- Naturaleza de la prueba .....	31
5.1. Valoración de la prueba .....	32
5.2. La valoración racional de la prueba.....	34
5.3. Sistemas de valoración de la prueba.....	35
5.4. El estándar probatorio “más probable que no”.....	42
<b>Capítulo II.- Contexto Jurisprudencial y Normativo de la Prueba en la Acción de Protección</b> .....	<b>46</b>
6. La Acción de Protección a partir de la Constitución de 2008 .....	46
7. La prueba en la acción de protección. ....	49
7.1. Admisión y Práctica de la prueba .....	49
7.2. Inversión de la carga de la prueba .....	52
7.3. Valoración de la prueba .....	54
7.4. La valoración de la prueba en la jurisprudencia de la Corte Constitucional .....	55
8. Particularidades procesales que influyen en la valoración de la prueba en la acción de protección.....	58

8.1. Bilateralidad y contradicción en la acción de protección .....	59
8.2. De jueces ordinarios a constitucionales.....	60
8.3. Objeto de la prueba.....	62
<b>Capítulo III.- Análisis de casos.....</b>	<b>66</b>
9. Acción de Protección Nro. 01333-2015- 05701 .....	66
9.1. Identificación del caso .....	66
9.2. Análisis con relación a la discrecionalidad en la valoración de la prueba .....	69
9.3. Segunda Instancia.....	73
10. Acción de Protección Nro. 01333-2022-05015 .....	75
10.1. Identificación del caso .....	75
10.2. Análisis con relación a la discrecionalidad en la valoración de la prueba .....	78
<b>11. Conjunto de lineamientos específicos que debe observar el juzgador durante la valoración de la prueba en las acciones de protección. ....</b>	<b>81</b>
<b>Conclusiones .....</b>	<b>83</b>
<b>Recomendaciones .....</b>	<b>85</b>
<b>Referencias .....</b>	<b>87</b>

## Dedicatoria

A mis padres por ser siempre ejemplo y guía en la vida, y a mi hermano, quienes siempre me apoyaron en los momentos más complicados del desarrollo académico.

A quienes complementaron mi vida universitaria, por los buenos momentos que pasamos y que quedarán guardados en la memoria.

A todos quienes como profesionales y amigos formaron parte del avance académico por su apoyo, preocupación y optimismo.

## Agradecimiento

Un sincero agradecimiento a todos los profesionales que forman parte de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Cuenca, por la formación académica brindada a lo largo de toda la carrera.

A los docentes de Derecho Constitucional que con su cátedra contribuyeron a mi inclinación por esta rama del Derecho.

A quienes me apoyaron y me sostuvieron emocionalmente durante el desarrollo de la investigación.

## Introducción

El desarrollo aún incipiente del Derecho Procesal Constitucional y los cambios introducidos por la Constitución de 2008 con respecto a las garantías jurisdiccionales constitucionales, en especial, la acción de protección han generado nuevos desafíos para la práctica judicial de los jueces constitucionales que conocen este tipo de acciones, una de ellas se vincula con el ámbito procesal de la valoración probatoria, donde la falta de norma expresa ha llevado al juzgador a ejercer discrecionalmente un razonamiento probatorio basado en una libertad total, provocada principalmente, como se podrá identificar en el contenido de este trabajo, por la necesidad de dotar al juez de herramientas probatorias suficientes para que cumpla un rol activo y proteccionista de derechos.

De esta manera, para desarrollar el contenido del tema propuesto en este estudio se estableció la siguiente pregunta de investigación ¿Por qué la discrecionalidad del juez durante el proceso de valoración de la prueba en la acción de protección constituye una problemática para la efectividad de la justicia constitucional? misma que se pretende responder en base a la hipótesis de que constituye un problema porque hay un uso inadecuado de la discrecionalidad durante la valoración probatoria debido a varios factores procesales únicos en la acción de protección que los jueces no logran adaptar a las causas que conocen. En conjunto con el cumplimiento de los objetivos que se verán reflejados en los capítulos que constituyen el proyecto de investigación.

En el primer capítulo se analizan los fundamentos doctrinarios que sustentan el modelo actual de los procesos de garantías jurisdiccionales a los que pertenece la acción de protección, tomando como punto de partida el activismo judicial como una de las corrientes doctrinarias que dieron lugar a las características especiales, de aquellos procesos que buscan ser medios eficaces para la protección de derechos; se desarrolla además la discrecionalidad judicial, desde un enfoque positivo, con el que se debe observar la valoración de la prueba, pues conduce al



juzgador a maximizar su razonamiento, a través de varias herramientas procesales con el objetivo de tutelar el ejercicio de los derechos constitucionales, cuyo único limitante serían las reglas de la sana crítica, que se convierten en la pared que separa al juzgador del peligro de la arbitrariedad.

En el segundo capítulo, se examina de cerca la regulación normativa y jurisprudencial de la valoración de la prueba en la acción de protección, con la finalidad de identificar las implicaciones de la discrecionalidad del juez, conforme se trata de adaptar el proceso a las características especiales que siempre se deben tener presente al momento de resolver este tipo de causas, principalmente por la influencia que ejercen sobre la valoración de la prueba aspectos procesales como: la inversión de la carga probatoria, la práctica de prueba de oficio, la transformación de los jueces ordinarios a constitucionales y el objeto mismo de la acción de protección.

Finalmente, en el tercer capítulo se efectúa un análisis de casos prácticos con relación a los efectos de la discrecionalidad en la valoración de la prueba y cómo aquello incide en la resolución de la vulneración alegada y puesta a conocimiento del juzgador, con lo que se pretende establecer un conjunto de lineamientos o pautas que guíen al juzgador en la etapa de valoración probatoria de las acciones de protección según las particularidades que de forma general como garantía jurisdiccional, y especial, debido al fundamento fáctico individual, se presenten en un caso concreto.

## Capítulo I.- Marco Teórico Conceptual

### 1.- Estado del Arte

El estudio de la discrecionalidad judicial en la valoración de la prueba en las acciones de protección, como parte de un modelo de procesos constitucionales, corresponde a un tema de reciente data, principalmente por el incipiente desarrollo del Derecho Procesal Constitucional, que apenas se encuentra conformándose como una disciplina independiente del formato macro del Derecho Constitucional. En Ecuador y Colombia que son países relativamente similares en cuanto a desarrollo constitucional, el análisis de la valoración de la prueba no evidencia grandes avances, por el contrario, se limita a estudiar la prueba como derecho subjetivo, sin ahondar en sus implicaciones procesales sobre todo bajo el contexto del nuevo rol del juez constitucional.

Al respecto, se encuentran algunos estudios académicos como el de Guerra y Martínez (2019) en su trabajo de titulación denominado *El sistema de valoración de la prueba en la acción de protección*, donde con base en los principios que rigen la aplicación de la prueba en general abordan las particularidades a las que se someten los medios probatorios en los procesos de garantías jurisdiccionales. En virtud de lo dispuesto en el artículo 16 de la LOGJCC, concentran el análisis en el papel activo que el juez debe desarrollar durante las audiencias de sustanciación, por medio de la facultad de ordenar de oficio la obtención de pruebas.

Sobre la valoración de la prueba, plantean la existencia de tres sistemas universalmente reconocidos, se refieren al estándar de la prueba tasada, la libre apreciación de la prueba y una especie de mixtura entre los dos anteriores, la sana crítica. Señalan que en los procesos constitucionales en general, el sistema de valoración que se aplica son las reglas de la sana crítica con ciertas particularidades, sistema en el que se ven implicadas la experiencia y lógica del juzgador (Guerra y Martínez, 2019). Sin embargo, a pesar de que critican la falta de regulación legal en cuanto al sistema de valoración, dan por sentado que debido al uso frecuente por parte

de los juzgadores de las reglas de la sana crítica, este es el sistema que debe ser aplicado, apartándose del análisis de las implicaciones originadas por la actuación del juez, en un ejercicio de discrecionalidad cuando realiza estas actividades de valoración probatoria.

Por su parte, Atancuri (2021) en su trabajo de maestría titulado *La prueba en la acción de protección: Elementos para una teoría de la prueba*, efectúa un análisis más amplio del tema, el enfoque del autor es predominantemente procesalista, pues aborda tópicos importantes en el debido proceso de las garantías constitucionales, entre ellos, la competencia, la legitimación activa y pasiva, así como, los hechos que se deben probar, y los medios probatorios más efectivos que logren convencer al juzgador sobre la vulneración o no del derecho. Desarrolla principalmente el contenido de las etapas probatorias aplicadas a los procesos de acción de protección, incluida la recopilación, el anuncio, la admisibilidad, la práctica y la valoración de la prueba, esta última la más importante, pues señala que del análisis lógico que realice el juez se obtendrá una sentencia favorable o desfavorable de acuerdo con los hechos que efectivamente se logren probar durante las etapas anteriores. Manifiesta que por sistema de valoración de la prueba, deben entenderse los métodos que determinan el valor o peso de cada uno de los elementos aportados al caso concreto, también reconoce que los tres sistemas de valoración, prueba legal, íntima convicción y sana crítica racional, permiten al juzgador motivar la decisión que resuelva el conflicto (Atancuri, 2021). A pesar de las reflexiones del autor sobre las formas de valoración de la prueba y las aportaciones doctrinarias a los elementos procesales para una teoría de la prueba en los procesos constitucionales, no aborda lo relacionado con la discrecionalidad del juzgador en la etapa de valoración probatoria de las acciones de protección.

En un estudio más profundo, Porras (2011) con el artículo denominado *La prueba en los procesos constitucionales: aproximaciones a los principales retos en el caso ecuatoriano*, y que forma parte de la serie de publicaciones de la Corte Constitucional *Apuntes de Derecho Procesal*

*Constitucional*, analiza concretamente las características especiales de la prueba en los procesos constitucionales, tanto los de control abstracto, como los de garantías jurisdiccionales, determina que en la valoración de la prueba existen presupuestos procesales que no pueden ser aplicados a este tipo de procesos, como los casos donde la falta de prueba provoca una sentencia desfavorable, por la aplicación de entre otros principios, del *pro homine* a favor de la protección del derecho, recalca además que se debe recurrir a la sana crítica como sistema de valoración, pues las apreciaciones del juzgador corresponden a su esfera de autonomía.

En Colombia, se pueden encontrar trabajos más antiguos como el de Giacomette (2005) titulado *La prueba en los Procesos Constitucionales*, donde a través de un elaborado esquema procesal del modelo de proceso constitucional examina la actuación del juez constitucional en cuanto a la valoración de la prueba en las acciones de tutela, cuyo procedimiento también se rige por la sana crítica, contemplada en el ordenamiento jurídico procesal colombiano, por la cual se le atribuye al juzgador la facultad de formar su convencimiento a través de “la certeza inferida de la masa de pruebas, de acuerdo a su libre criterio, regulado tan sólo por la sana razón, las formas procesales, el objeto y tema de la prueba y exigiendo la motivación de sus providencias” (Giacomette, 2005, p. 134).

## **2.- Modelos de Proceso Judicial**

Para una aproximación al concepto del término *proceso* en el ámbito judicial, recurrimos a la determinación que hace Gozaíni (1996) en el contexto de la Teoría General del Derecho Procesal, según el cual es “(...) un sistema compuesto por una serie de actos derivados de la parte y del órgano judicial, coordinado entre sí y realizado en forma sucesiva, que tienen como fin fundamental lograr la justa composición del conflicto” (p. 95). En esta sucesión de actos, participan una serie de elementos humanos, como testigos, peritos, partes, jueces, entre otros, que permiten la formación del criterio final para obtener determinada decisión judicial, sin

embargo, del rol que cumple cada uno de los elementos, principalmente el juez y las partes, según Mirjan Damask (citado en Ferrer, 2018) se puede identificar una dicotomía entre dos modelos de proceso, aquel orientado a la resolución de conflictos y por otro lado, el modelo que busca la implementación de políticas públicas a través de la aplicación del derecho determinado por el legislador.

En el primero, el juez cumple un rol pasivo, en calidad de árbitro, en el que las partes desarrollan el proceso, estableciendo el objeto de la controversia, los hechos y la práctica de prueba, de tal forma que del proceso se obtenga un resultado en favor de sus intereses. En el segundo, el objetivo es la correcta aplicación de las consecuencias jurídicas establecidas por el legislativo, en este caso, el juez tiene que preocuparse por la búsqueda de la verdad, quedándose al margen de si una u otra parte se beneficia con la decisión final, pues con ella se pretende enviar señales que guíen las conductas y eviten la futura vulneración de derechos (Ferrer, 2018).

Dado que en este último modelo se persigue la aplicación correcta de las consecuencias jurídicas de la norma, es necesaria siempre la verificación de que se produjeron los hechos que darían lugar al resultado previsto en el ordenamiento jurídico. Por lo tanto, la prueba cumple un papel fundamental en determinar si los hechos que provocaron dichas condiciones son verdaderos (Ferrer, 2018), e implican el análisis de las actividades procesales en general y probatorias de los que participan en el proceso, que resulta en dos tipos de procesos, aquellos que se centran en el juez y los que se enfocan en las partes.

Con relación a la dicotomía que propone el autor frente a los dos modelos de proceso, se observa que plantea una clasificación adecuada para explicar el funcionamiento procesal de las acciones constitucionales, alejada de las concepciones tradicionales del proceso adversarial e inquisitivo, que en la actualidad no son corrientes idóneas para explicar los cambios transformadores que

ha sufrido el Derecho. En ese caso, se concluye que la acción de protección pertenecería a los procesos que se centran en el juez, donde sobre todo se persigue enviar señales reguladoras de conductas para evitar la vulneración de derechos a través de los contenidos expresados en el texto escrito de la sentencia.

### **2.1. Procesos centrados en el juez**

Ferrer (2018) sostiene que de los dos modelos analizados, el de la resolución de conflictos con la actuación pasiva del juez se vincula con el proceso adversarial, gobernado por las partes procesales, pero señala que aún queda el otro extremo, del proceso inquisitivo, donde el acusado queda a merced del juez, pues cobra mayor importancia su actuación procesal y que actualmente mantiene una fuerte carga negativa.

Sin embargo, apartándose de aquellos argumentos, aparece el modelo de proceso de implementación de políticas públicas, que se encuentra en un punto medio, entre esos dos extremos, enfocándose en la búsqueda de la verdad a través de la actividad probatoria. Esto permite distinguir los procesos centrados en los poderes probatorios del juez de aquellos que se centran en los de las partes, en razón de la distribución de los poderes probatorios que se les otorgue a cada uno, para que esto ocurra es primordial abandonar la idea errada de que en la aportación de pruebas se tiene que excluir la capacidad oficiosa del juez, pues por el contrario, esto permite enriquecer el acervo probatorio con el que se tomará la decisión final.

Así, los procesos centrados en el juez le otorgan al funcionario jurisdiccional mayores poderes probatorios, con el objetivo de transformar el desarrollo procesal a uno que favorezca la protección de derechos y cambie el papel tradicional del juez árbitro al de un juez activo, Ferrer (2018) considera que los poderes probatorios que permiten aquello, son la potestad de:

**a. Admisibilidad de las pruebas propuestas por las partes.-** En este caso se estaría frente a una discrecionalidad débil, en tanto que para dirimir si determinados criterios son aplicables al caso concreto y cuáles son las pruebas idóneas para confirmarlos, se necesita cierto nivel de discernimiento, ejemplo de ello, es la inadmisión de pruebas redundantes, bajo un análisis del conjunto total de pruebas aportado.

**b. Capacidad de intervenir en la práctica de la prueba.-** Se centra en las pruebas personales como las testimoniales y periciales, en las que interviene formulando preguntas y requiriendo aclaraciones, donde el principio de contradicción adquiere relevancia como instrumento indispensable para “determinar la fiabilidad de pruebas” (Ferrer, 2018, p. 54).

**c. Capacidad de indicar a las partes las lagunas probatorias que se deben resolver.-** Tiene que ver con la maximización del acervo probatorio, en cuanto a cantidad y calidad de la información disponible que permita al juez alcanzar el convencimiento que sustente la decisión final.

**d. Capacidad para disponer la incorporación de pruebas no solicitadas por las partes y alterar la carga de la prueba.-** Son los supuestos típicos de los poderes probatorios del juez, que mayor protagonismo le brindan en el proceso, pues la intervención que hace con la práctica de pruebas o con la inversión de la carga de la prueba, regulados por la norma, le faculta a intervenir en la actividad probatoria y a desenvolverse según la necesidad que tenga de comprobar en mayor o menor medida una hipótesis.

**f. Decidir el grado de corroboración que una hipótesis fáctica debe tener para ser considerada probada y, con ello, resolver el conflicto.-** De las capacidades analizadas por Ferrer, esta es la facultad que más interesa para desarrollar el objeto de estudio propuesto en

este proyecto investigativo, puesto que se refiere al nivel de corroboración que establece el juez para que la hipótesis sea probada.

El otorgarle esta atribución al juez puede ser resultado de una mala técnica legislativa que establece criterios para la decisión “absolutamente vacíos (como la sana crítica), totalmente insuficientes (como las reglas de la lógica o el conocimiento científico), o absolutamente subjetivos (como la convicción judicial, la decisión en conciencia, la certeza o el más allá de toda duda razonable” (Ferrer, 2018, p. 62) o por atribuirle ya sea de forma expresa o implícita la facultad de determinar en cada caso individual el grado de exigencia, en cualquiera de los casos, se le da al juez el poder probatorio más intenso imaginable.

De esta manera, en acuerdo con los presupuestos que se plantean en los procesos centrados en el juez, se evidencia que los poderes probatorios constituyen la característica principal de este modelo de proceso, además de ello y aunque los defensores de esta clasificación no lo toman en cuenta, el hecho de otorgarle todas aquellas potestades probatorias al juzgador también amplía el ámbito discrecional con el que interviene en el proceso, sin embargo, aquella discrecionalidad siempre debe ser vista desde una perspectiva positiva, es decir, los poderes probatorios tienen que representar herramientas procesales que le permitan al juez proteger los derechos y limitar los abusos del poder, en virtud de que los procesos ordinarios no son adecuados pues restringen la actuación del juez, lo que provoca que el derecho y su titular queden indefensos.

Sin embargo, el cambio de rol en el papel que cumple el juez en el proceso, de pasivo a activo, responde a una de las corrientes doctrinarias adoptadas en la actualidad por el constitucionalismo que ha transformado el conocido Estado de legalidad al Estado de Derecho, esta es, la doctrina del activismo judicial.



### 3. Activismo y Garantismo Judicial

En la Constitución de la República se consagra al Ecuador como un Estado Constitucional de derechos y justicia, cuya principal consecuencia en materia procesal es la convivencia de dos corrientes doctrinarias, el activismo judicial y el garantismo procesal, que corresponden al modelo de la justicia constitucional y ordinaria respectivamente según las características que se analizan más adelante, y que buscan brindar una solución a la continua problemática del grado de intervención que debe tener el juez durante el desarrollo del proceso.

#### 3.1. *Garantismo Judicial*

El Garantismo es una corriente que se sustenta en el dispositivismo procesal, aquel en el que el impulso de la causa, la práctica probatoria y lograr el convencimiento del juez le corresponde exclusivamente a las partes procesales, con total exclusión de los poderes discrecionales que se le otorgan al juez, como la prueba de oficio. En general se caracteriza por “(i) retomar la visión dispositiva del proceso civil, (ii) erradicar el publicismo procesal, (iii) eliminar los atributos oficiosos probatorios, (iv) la inalterabilidad absoluta del debido proceso” (González, 2012, p. 290).

Es decir, se sustenta en un sistema dispositivo, donde el juez deja de ser director del proceso y se convierte en director del debate, se centra en la persona y en tutelar los derechos de las partes, por ello en estos casos está proscrita la prueba de oficio, pues al contrario, se preocupa por garantizar la igualdad de las partes a través de la protección de principios como el debido proceso y el de contradicción.

Se considera que el garantismo corresponde a los procesos de la justicia ordinaria, como el civil, y laboral, debido a que los caracteres que fundamentan esta doctrina se aplican en el desarrollo de dicho tipo de procesos, entre ellos se encuentra el irrestricto sometimiento a la Constitución, sobre la base de la supremacía constitucional, además exige que la actividad judicial se sujete a

lo contemplado en la Constitución, su aplicación directa e interpretación global de la misma, implica también el respeto al debido proceso, por medio del que se intenta evitar la vulneración de la igualdad entre las partes provocada por la intervención del juzgador durante la tramitación del proceso (Rea, 2013).

También establece como finalidad la búsqueda de la verdad procesal, que se construye a lo largo del litigio únicamente sobre la base de las pruebas aportadas, producidas por las partes y las teorías fácticas presentadas, no persigue la verdad material por considerar que daría paso a la intervención del juez en materia probatoria y la posterior vulneración de derechos; coloca a la prueba como facultad exclusiva de las partes, que se fundamenta en el conocido principio dispositivo contemplado en el artículo 168 numeral 6 de la Constitución y formulado como impedimento para otorgarle al juez facultades oficiosas, pues el avance o impulso del proceso le corresponde a las partes que activaron los medios jurisdiccionales para resolver algún tipo de controversia (Rea, 2013).

En consecuencia, los planteamientos que contiene el garantismo procesal son adecuados para los procesos ordinarios, no para las acciones constitucionales como es el caso de la acción de protección, principalmente porque es contraria al rol activo que debe cumplir el juzgador durante la tramitación de la causa, además restringe la actividad probatoria como facultad exclusiva de las partes, lo que en las garantías constitucionales impediría que se proteja el derecho del afectado, por ejemplo, cuando este se encuentre bajo subordinación del particular que comete la acción u omisión vulneradora.

### 3.2. Activismo Judicial

#### 3.2.1. Historia.

Existe un consenso general con relación al origen de la denominación *activismo judicial*, entre la década de los 40 y 50 del siglo XX, pues para autores como Maraniello (2012) y Velasco (2013), la expresión nació como una forma de identificar la actuación judicial progresista de derechos de la Corte Suprema de Estados Unidos dirigida por el juez Earl Warren, aproximadamente en 1954 con el paradigmático caso *Brown vs Board of Education* en el que se declaró la inconstitucionalidad de la norma que permitía la segregación racial en las escuelas norteamericanas, adoptando un rol protagónico político en la sentencia para mostrar que la discriminación racial era contradictoria con los derechos que protegía la Constitución (Maraniello, 2012), como una clara manifestación de la expansión de las competencias tradicionales de los jueces, a través de las que anularon un gran número de leyes federales.

Por el contrario, Carlos Molina, Sergio Silva y Manuel Atienza sostienen que el punto de partida de esta expresión es el Caso *Lochner v. New York* de 1905, en la que se declaró inconstitucional una ley que restringía el trabajo en las tahonas a 10 horas diarias y 6 días a la semana a través de un ejercicio de ponderación, entre la libertad de contratación y la competencia de los Estados para legislar, la mayoría de los magistrados resolvió que el primero de ellos tenía más peso; con excepción del célebre Juez Holmes quien en el salvamento de voto expresó su inconformidad con una sentencia emitida sobre la base de una teoría económica liberal (Atienza, 2018), y el simple acuerdo o desacuerdo de los jueces con la ley impugnada, dado que al legislador le corresponde aceptar o rechazar la ideas plasmadas en las leyes, y no a los jueces.

De esta manera, los criterios contrapuestos de los autores analizados reflejan que a inicios del siglo XX el activismo judicial poseía ciertos tintes conservadores que le otorgaban una carga peyorativa al término, pues la actuación de los jueces traspasaba el principio de separación de

poderes, a diferencia del activismo de mediados del siglo XX, que le atribuyó un sentido positivo en progresión de derechos y defensa de la Constitución, esta última es la perspectiva con la que en Latinoamérica se ha adoptado la doctrina del activismo judicial principalmente como fundamento del neo constitucionalismo que dio origen a las renovadas constituciones en los últimos años.

### **3.2.2. Definiciones.**

El doctrinario Manuel Atienza (2018) señala que “un juez activista es el que decide una cuestión jurídica de acuerdo con sus opiniones de lo que es justo, aunque ello suponga transgredir los límites fijados por el Derecho” (p. 41). Esta definición se basa en dos supuestos, el primero se refiere a que los jueces en calidad de aplicadores del derecho tienen que decidir conforme los lineamientos del ordenamiento jurídico al que pertenecen y el segundo, plantea que dichos criterios, en su mayoría, determinan una respuesta correcta para cada caso. Por otro lado, Maraniello señala que “un juez activista es un magistrado que desprovisto de toda formalidad brega por el cumplimiento de sus propósitos en búsqueda de la verdad jurídica objetiva con respeto de los derechos constitucionales” (Maraniello, 2012, p. 127).

Frente a los conceptos propuestos por estos autores, podemos plantear una definición propia del juez activista, como aquel funcionario judicial con potestad de juzgar que resuelve los casos sometidos a su conocimiento conforme lo que se considera justo, alejándose de las formalidades tradicionales cuando evidencia que estas le impiden o distancian de la verdadera protección de los derechos fundamentales.

### **3.2.3. Tipos de Activismo Judicial.**

Actualmente el activismo judicial pasa a ser una corriente doctrinaria reivindicada por los modelos neo constitucionalistas que emergen principalmente en los Estados de Derecho de América

Latina. Siendo este el caso, el neo constitucionalismo se convierte en el fundamento del activismo judicial, y lo arrastra a la concreción de la transformación social del siglo XXI, dado que según Maraniello una sentencia es resultado del ejercicio activista del juez cuando además de solucionar el caso en concreto, “envía señales innovadoras a los demás poderes en búsqueda de un cambio en el ámbito normativo, judicial y de las costumbres” (Maraniello, 2012, p. 9).

Esto produce que la preocupación por si la decisión es justa o no, dé lugar a dos tipos de activismo judicial: el razonable o justo y el irrazonable o injusto, en el primer caso, se encuentran los fallos judiciales que suelen ampliar las garantías procesales de protección de los derechos, a través de su interpretación o de nuevas garantías, o también aquellas sentencias que instan al legislativo a realizar una reforma normativa; por otro lado, al activismo irrazonable, pertenecen aquellas decisiones que permiten la ejecución de los excesos del poder y la restricción de derechos fundamentales.

Sin embargo, es evidente que esta clasificación solo se circunscribe al estudio de las señales que resultan del conocimiento de un caso y que el juzgador activista exterioriza en el contenido de la sentencia, dejando así inconclusa aquella parte del activismo judicial que analiza las etapas procesales de intervención del juez en el proceso mismo.

En este sentido, el activismo judicial desde el ámbito procesal defiende que el grado de intervención del juez en el proceso sea mayor, se relaciona con la publicización del proceso, donde el papel del juez es ser director del proceso, impulsarlo aún sin petición de parte, tener iniciativa probatoria e indagar en búsqueda de la verdad material (Parodi, 2008), sin embargo, esta amplitud de poderes se restringe al trámite propiamente dicho, sin trastocar la esfera de los derechos materiales de las partes.

En contraposición, Velasco (2013) señala que existen otros criterios, que sobre la base del litigio estructural actual, defienden la intervención del juez en el ámbito material del proceso a fin de garantizar los derechos constitucionales que se declaren vulnerados; en razón de estas posiciones la autora establece dos clases de activismo desde el enfoque procesal: el activismo judicial adjetivo y el sustantivo

#### ***3.2.4. Activismo Judicial Adjetivo.***

En el activismo judicial adjetivo, el juez se caracteriza por poseer mayores atribuciones en cuanto al impulso procesal oficioso, a la iniciativa probatoria y al proceso en general, sin trastocar los derechos materiales de las partes, pues se convierte en director del proceso, que según el jurista peruano Guido Aguila es uno de los elementos distintivos del activismo judicial (Tribuna Constitucional, 2021). Con relación al impulso procesal de oficio, esta es la perfecta manifestación del activismo y responde a la dilatación injustificada de los procesos, y a la evolución del concepto de proceso, visto como el medio adecuado para alcanzar el equilibrio social. Mientras que la iniciativa probatoria del juez, es el criterio que lo distingue del garantismo judicial, en dos aspectos principales: a) disponer de oficio la actuación de pruebas que el juez considere conveniente y b) la valoración razonada de las pruebas (Parodi, 2008).

Con relación a la primera característica, podemos concluir que la prueba oficiosa ocurre cuando el acervo probatorio es insuficiente para lograr el convencimiento del juzgador, tomando en consideración la aceptación universal de la finalidad de la prueba como aquella que conduce al juzgador al convencimiento de la veracidad de los hechos, este puede disponer de oficio la actuación de los medios probatorios que considere necesarios para alcanzar una decisión en la que no solo se aplique ciegamente la letra de la ley, sino en la que se haga justicia.

Corresponde realizar algunas reflexiones con relación a la acción de protección sobre el cuestionamiento de Parodi (2008) de si esta iniciativa oficiosa, de ordenar prueba, sustituye de alguna manera al demandante, o trastoca los derechos materiales de las partes, a las que se supone debía limitarse el activismo judicial adjetivo, desde el ámbito constitucional en el que se encuentra la acción de protección, la explicación viene dada por su carácter protector, visto desde el objeto mismo de la acción, que es el amparo directo y eficaz de los derechos constitucionales, y como limitante de los abusos del poder estatal, donde el accionante se encuentra en estado de inferioridad y vulnerabilidad ante el acto emitido por la autoridad pública.

Evidentemente no se verifica una sustitución del accionante, porque el rol del juez es brindarle protección, frente al acto lesivo del servidor estatal, de particulares o inclusive de políticas públicas que restringen el goce o ejercicio de los derechos constitucionales, pues quien posee la información de lo producido en el acto es la dependencia estatal, en similitud con lo que sucede en la inversión de la carga de la prueba, en donde se recurren a estas técnicas para favorecer a la parte débil (Taruffo, 2020), a la que le resulta imposible o de extrema dificultad el probar un hecho, y a la parte que la dispone, por el contrario, la ausencia de aquella prueba le beneficiaría.

Sobre el segundo aspecto, la valoración razonada de las pruebas, se observa que en el activismo judicial es posible el funcionamiento de un punto medio entre el sistema de la prueba tasada y de la libre convicción, quedando el sistema de valoración razonada como el sistema idóneo que le permita al juzgador a través de la razón y la experiencia, la formación de elementos de juicio suficientes para dictar una decisión justa, evitando en gran medida que sea presionado por reglas predeterminadas que obstaculicen su capacidad reflexiva (Parodi, 2008), en consecuencia el juez es activista en la valoración de la prueba, cuando advierte que no tiene los elementos probatorios suficientes para realizar una valoración efectiva que le permitan obtener una

conclusión certera y decide hacer uso de la iniciativa probatoria oficiosa para obtener la información que necesita (Velasco, 2013).

En conclusión, el activismo adjetivo consiste en otorgarle mayores atribuciones procesales al juez pero sin trastocar los límites de los derechos subjetivos de las partes, dentro de aquellas potestades esta la prueba de oficio, que vinculada con la valoración de la prueba le permite al juzgador evaluar si la información obtenida es suficiente para sustentar la resolución definitiva y en caso de no serlo, puede intervenir en el proceso ordenando prueba oficiosa para alcanzar un nivel satisfactorio de información.

### ***3.2.5. Activismo Judicial Sustantivo.***

De acuerdo con Velasco, este tipo de activismo judicial establece que el juzgador "(...) cuando el caso lo amerite, debe ampliar el alcance y la trascendencia de sus decisiones con el fin de proteger y garantizar los derechos de la parte afectada y para dar proyección social a sus sentencias" (Velasco, 2013, p. 10), que suele reflejarse comúnmente en los casos estructurales, donde la vulneración de derechos afecta masivamente a un grupo de personas, aunque, puede presentarse también en los casos donde hay solo un individuo o una minoría afectada, pues se encarga de aquellos procesos en los que se discuten derechos fundamentales que atañen a la justicia constitucional donde las acciones o mecanismos de la justicia ordinaria no son eficaces, por el fuerte formalismo y lentitud procesal.

En contraposición con la idea anterior Alí Lozada, señala que uno de los rasgos que distinguen el activismo judicial es que las decisiones, producto de esta doctrina, "son idóneas para realizar valores sustantivos (paradigmáticamente, los derechos fundamentales)" (Lozada, 2018, p. 212), en perjuicio de valores formales como la seguridad jurídica o la división de poderes, a través de la interferencia injustificada en la actuación del legislativo y el ejecutivo. A pesar de ello,



sostiene que bajo el fundamento del neo constitucionalismo se le da una carga emotiva favorable al activismo judicial, como la justificación idónea de la interferencia recién mencionada, principalmente para evitar la absolutización de valores formales que degraden la tutela de lo que el autor denomina, valores sustantivos (Lozada, 2018).

A criterio personal, se concuerda con la posición planteada por Lozada pues de estos argumentos sobre el activismo adjetivo se deduce que el juez es activista cuando deja de aplicar valores formales, en cuanto evidencia que estos lo apartan de su papel protector de los derechos fundamentales, y además incluye en el texto escrito donde se refleja su decisión final la maximización de estos derechos.

En la realidad esto se ve reflejado cuando el juez expande su decisión más allá de la pretensión exigida por el accionante, en aplicación del artículo 19 inciso 2 del COFJ sobre lo que en doctrina se conoce como *extra petita* y *ultra petita* de la decisión, o al momento que recurre al principio *iura novit curia*, conforme lo analizado anteriormente, por ser característico del juez como director del proceso, en similares condiciones de lo que regula el artículo 4 numeral 13 de la LOGJCC, o la aplicación del principio de no sacrificar la justicia por la sola omisión de formalidades conforme el artículo 169 de la Constitución, que a pesar de tener cabida en la justicia ordinaria, en el ámbito de las garantías jurisdiccionales cobra mayor relevancia, por las características especiales que comporta su procedimiento, evidenciable sobre todo en el principio de formalidad condicionada.

En consecuencia, cabe señalar que para comprender cuál es el origen de la discrecionalidad del juez en el contexto del problema jurídico planteado en este proyecto, hay que tener presente no sólo, lo que se considera como vacío legal en la LOGJCC, sobre la falta de regulación del sistema de valoración probatoria, sino también cómo el rol activista del juez basándose en la doctrina del activismo judicial influye en el análisis valorativo.

Pues los poderes probatorios, de iniciativa probatoria oficiosa, valoración razonada de la prueba o de transformar la carga de la prueba (activismo adjetivo) y la intervención en los derechos materiales de las partes a través del principio iura novit curia, de no sacrificar la justicia por la omisión de formalidades, que al final se ven expresados en las sentencias ultra y extra petita (activismo sustantivo), con el objetivo de proteger los derechos fundamentales, permiten que el juzgador haga uso de cierto grado de discrecionalidad producto de las propias herramientas que el sistema jurídico le provee, sin embargo, lo importante reside en direccionar correctamente dicha discrecionalidad para que no resulte contradictoria a la protección de derechos y no se convierta en arbitrariedad.

#### **4.- Discrecionalidad**

En cuanto a la discrecionalidad judicial, es importante aclarar que puede ser analizada desde dos perspectivas, la primera que se enfoca en el estudio de la decisión judicial, desde las doctrinas de la argumentación jurídica, como el conjunto final de argumentos, normas de derecho, ponderaciones, entre otros, en directa vinculación con la motivación de la decisión, principalmente cuando el derecho genera más de una alternativa aplicable a la resolución de un caso determinado.

La segunda corresponde a la perspectiva que se pretende analizar en este proyecto, desde un punto de vista positivo, donde la discrecionalidad se centra en el ejercicio de valoración probatoria, concebida como una actividad de razonamiento que ocurre en el fuero interno del juez, a consecuencia de la orientación que toma esta valoración en las garantías jurisdiccionales, pues a falta de norma expresa, se transporta a la supletoriedad de la norma procesal ordinaria, donde la sana crítica, como sistema para dicha valoración se torna en un concepto un tanto abstracto y extenso de explicar dando paso a la discrecionalidad que el juzgador necesita para

resolver aquellos procesos constitucionales que comportan características peculiares, en este caso la acción de protección.

Para ilustrar esta perspectiva, se tiene la noción de discrecionalidad como aquella "(...) libertad de (la) que el juez disfruta a la hora de dar contenido a su decisión de casos sin vulnerar el Derecho" (Amado, 2006, p. 151), esto significa que las soluciones no se encuentran predeterminadas en el ordenamiento jurídico, por el contrario, le deja al juzgador espacios para que seleccione de entre varias opciones la que mejor encaje con el caso en cuestión. Existen dos causas para la discrecionalidad, la primera, ocurre cuando las propias normas remiten al juez la facultad discrecional para que fije las pautas decisorias de acuerdo al caso concreto, la segunda, aparece cuando el lenguaje abierto e indeterminado de la norma provoca que el juez deba completarlas por vía de la interpretación o integración.

En el mismo sentido para Guzmán (s.f) la discrecionalidad es un modo de conferir poderes donde se considera importante que los jueces adopten decisiones atendiendo principalmente a los criterios que deben guiar su forma de ejercer el poder, por lo que el ejercicio de la discrecionalidad tiene que ser entendido como la posibilidad de elegir ciertos criterios para luego poder justificarlos legítimamente en la motivación de la sentencia.

Mientras que para Lifante (2002) el rasgo más importante de la discrecionalidad es la libertad en la toma de decisiones, circunscrita a los límites que impone la norma, así establece que existen dos maneras de caracterizar la discrecionalidad: como posibilidad de elección entre varias alternativas o como ausencia de estándares jurídicos. Hay una tercera forma, según la cual esta libertad se ve representada en la idea de que el juzgador es a quien le corresponde determinar qué camino debe tomar, concretando los estándares que guían la toma de decisiones.

En el caso de la perspectiva de la discrecionalidad judicial desde la que se debe mirar la valoración de la prueba, resulta importante referirnos a lo que Dworkin (1977) denomina como los sentidos en los que se puede hablar de discrecionalidad, se establece un sentido fuerte, cuando el que decide sobre algún problema específico no está sujeto a estándares emitidos por otra autoridad jurídica, por lo que debe valerse de su propio juicio para aplicar dichos estándares, señala sin embargo, que esto no equivale a una libertad sin límites, ni exento de la crítica, pues en cualquier situación en la que la persona actúe entran en juego estándares mínimos de racionalidad, eficacia y justicia. Mientras tanto, sobre el sentido débil de la discrecionalidad se establecen dos supuestos: puede ocurrir cuando la decisión tomada por el que corresponde no puede ser objeto de nulidad o revisión; o cuando las normas no permiten una aplicación simplemente mecánica, sino que exigen cierto discernimiento por parte del que decide.

Por lo que a consideración personal, sobre lo que sucede con la valoración de la prueba en la acción de protección se estaría frente al sentido débil de la discrecionalidad dentro del último caso mencionado, puesto que el legislador le dota al juez de información básica (sujetarse a la sana crítica), pero a través de la propia naturaleza de las reglas que componen el margen de valoración, le faculta, aunque se podría decir también que le exige, la aplicación de un discernimiento al momento en el que conoce cada caso concreto; de hecho las reglas de la experiencia son un ejemplo claro de que debe acudir a la discrecionalidad para elegir cuál de las máximas es la que mejor se ajusta, en cuanto a otorgarle cierto valor, a determinada prueba actuada en un proceso judicial, de tal manera que le permita justificar en lógica y coherencia el fallo final.

#### **4.1. Teorías de la Discrecionalidad**

Se plantea la existencia de doctrinas totalmente polarizadas en cuanto a la discrecionalidad judicial, García (2006) ubica en un extremo a las doctrinas que niegan la discrecionalidad judicial

principalmente por considerar que no es conveniente o por la creencia firme de que es evitable. Frente a ellas coloca a las corrientes que defienden la discrecionalidad judicial desde una posición radical y una moderada. Las doctrinas que la niegan se desarrollaron durante el siglo XIX, en Francia con la Escuela de la Exégesis, en Alemania con la Jurisprudencia de Conceptos y a finales del siglo XX con la Jurisprudencia de Valores, la doctrina de Dworkin y el neoconstitucionalismo de Zagrebelsky. Mientras que las que defienden la discrecionalidad judicial como radicales la Escuela de Derecho Libre, Realismo Jurídico y la Critical Legal Studies, y las moderadas del Positivismo del siglo XX paradigmáticamente representadas por Hart.

Sin embargo, para el enfoque desde el que se pretende analizar a la discrecionalidad en el ámbito de la valoración de la prueba, hay que recurrir a los planteamientos básicos de la teoría de la discrecionalidad judicial desarrollada por Hart, que defiende el ejercicio de la discrecionalidad como una actividad constitutiva de la labor judicial, sujeta a ciertas limitaciones, que le impiden cruzar la delgada línea existente entre la discrecionalidad y la arbitrariedad.

#### **4.1.1. Hart.**

En general, Hart plantea en su teoría de la vaguedad y textura abierta de las reglas jurídicas, la existencia primero de un *núcleo de certeza*, donde está claro que ciertas acciones y conductas sin ninguna duda encajan con determinada disposición o regla, y por otro lado, una llamada *zona de penumbra*, es decir, una esfera nebulosa o de casos fronterizos que producen duda, resultando difícil acoplarlos a lo establecido en la norma. Esto implica que “aunque los jueces están realmente vinculados por el deber de aplicar las reglas jurídicas relevantes que sean claramente aplicables en cada caso, disfrutan de una mayor discrecionalidad en los casos en que las reglas no están claras” (Ruiz, 2021, p. 41).

A partir de un análisis crítico con relación a la valoración de la prueba, tratando de adaptarla en la medida de lo posible a la teoría de Hart, y sin la intención de limitarnos solo a este enfoque teórico, se observa que la regla de la valoración de la prueba en la acción de protección no es clara, pues el núcleo de certeza en este caso, representa el sistema de la sana crítica, al que se debe recurrir supletoriamente por falta de norma expresa en la ley especial y ratificado por la jurisprudencia en materia constitucional.

Sin embargo, la zona de penumbra corresponde a la indeterminación de las reglas que constituyen la sana crítica, a pesar de que orientan al juzgador en cuanto a la racionalidad que debe contener el análisis de la prueba, su valoración en conjunto y no de forma individual, con inclusión de las reglas de la ciencia de ser pertinente el caso, permiten y dan lugar a la discrecionalidad, en cuanto le facultan al juez hacer uso de las máximas de la experiencia según convenga en mayor grado al caso que se encuentra bajo su conocimiento, y de un examen crítico, que esencialmente nace del fuero interno del individuo rodeado de información obtenida por el intelecto y los sentidos del juzgador, a raíz de las ideologías, prejuicios, convicciones e incluso emociones que lo rodean.

#### ***4.1.2. La discrecionalidad como algo deseable***

Por otro lado, una de las inclinaciones doctrinarias para explicar la discrecionalidad en la valoración de la prueba, es la posición que plantea el jurista Juan B. Etcheverry de la discrecionalidad como algo deseable, según la cual puede “resultar deseable un poder judicial capaz de completar las insuficiencias legales, morigerar sus rigideces y salvaguardar los derechos de los ciudadanos” (Etcheverry, 2014, p.151) explicando que en la actualidad la discrecionalidad que poseen los jueces podría ser el resultado de que tanto constituyentes como legisladores, así lo decidieron por considerarlo deseable.

Con lo que sucede en cuanto a la valoración de la prueba en los procesos constitucionales, se concluye que en gran medida esta se acopla al criterio expuesto por Etcheverry, no en tanto al problema del vacío legal en la LOGJCC, sino en general sobre que resulta deseable para el legislador otorgarle discrecionalidad al juez, ya que debido a su nuevo rol activo como protector de derechos constitucionales, necesita herramientas como la sana crítica, para ampliar su esfera de decisión a fin de cumplir con el objeto de este tipo de garantías, de amparo eficaz y ágil de los derechos vulnerados y su correspondiente reparación.

### **5.- Naturaleza de la prueba**

La conceptualización de la prueba, es una tarea extensa para los juristas, dado que alcanza una gran variedad de significados relacionados entre sí pero que se refieren a cosas distintas en el ámbito jurídico. De esta manera, la prueba puede ser entendida desde dos aristas: como medio de prueba o como resultado. En el primer caso la prueba puede “ser constituida por cualquier persona, cosa, hechos, grabaciones, reproducciones, documento, los cuales proporcionen informaciones útiles para establecer la verdad o la falsedad de un enunciado factual” (Taruffo, 2018, p. 26). Y como resultado, se relaciona con la verdad que se ha demostrado a lo largo del proceso que tiene íntima relación con la valoración de la prueba, en tanto que el juicio que forma el juez en base al resultado de los medios probatorios durante el proceso, es lo que determina la decisión final.

De este modo, para desarrollar lo relacionado con la valoración, es necesario recurrir a la concepción de la prueba, visto como resultado de todo el procedimiento probatorio llevado a cabo durante la tramitación de la causa, esto es “la demostración misma de las proposiciones de las partes, la constatación de los hechos controvertidos, el reconocimiento mismo a la reproducción de los acontecimientos discutidos” (Ovalle, 1974, p. 36)

### **5.1. Valoración de la prueba**

La valoración de la prueba, puede ser considerada la etapa final en lo que corresponde a la actividad probatoria dentro del proceso, de esta manera, tomando en consideración la perspectiva desde la que debe ser analizada la prueba en este estudio, es decir, como resultado, el jurista Nieva Fenoll (2010), conceptualiza a la valoración de la prueba de la siguiente forma:

Ante un resultado de prueba, sea la declaración de un sujeto, sea la lectura de un documento, o sea el estado de cosas que observe el juez en un reconocimiento judicial, dicho juzgador no podrá quedar indiferente al verse en la necesidad de juzgar. Por ello, utilizando su raciocinio deberá sacar unas conclusiones sobre lo que ha escuchado o visto. Esa extracción de conclusiones sería la valoración de la prueba. (p. 27)

En el mismo sentido, Taruffo propone considerar una concepción analítica de la valoración de la prueba según la cual “el juez debe tomar en consideración de manera individual, y uno a uno los medios de prueba, estableciendo cuál es su confiabilidad y determinando la cantidad y la calidad de la información que resulta de cada prueba” (Taruffo, 2018, p. 29).

Se puede considerar entonces que el momento fundamental de la prueba, como resultado, es la fase de valoración, en tanto es el juicio o razonamiento que el juez formula considerando la totalidad de la información resultante de las pruebas que se han aportado y los hechos que aparecen justificados.

Una vez determinada la orientación con respecto a la prueba que se debe seguir en el análisis de la fase de valoración, corresponde ahora identificar las etapas de la valoración de la prueba: la etapa inicial se refiere a la percepción por parte del juzgador de los hechos que se le presentan directamente, mientras que en la segunda etapa, estos hechos deben ser sometidos a una reconstrucción que permita la formulación de una narración entendible, coherente, para avanzar



a la tercera etapa, donde el juzgador elabora el análisis definitivo de la conexión entre los hechos y las pruebas que le van a permitir justificar la racionalidad de la decisión (Torres, 2019).

Sin embargo, para que se efectúe todo este procedimiento durante la actividad valorativa, se necesita de pautas o lineamientos que guíen el camino por el cual tiene que transitar el juez en la búsqueda de formarse el convencimiento suficiente. Por ello, desde la doctrina del Derecho Procesal en el ámbito probatorio, se establecieron dos grandes sistemas de valoración, el libre y el legal.

La configuración del primer sistema, le permite al juez valorar racionalmente lo que considere más oportuno, con una amplia discrecionalidad evidentemente, a este grupo pertenecen la íntima convicción y las reglas de la sana crítica. En el sistema de la prueba legal, por el contrario, existe desconfianza en el criterio del juez, pues al final es un ser humano, susceptible de equivocarse, por ello, se establecen instrucciones directas al juzgador para ser aplicadas en la valoración de la prueba, en este grupo se encuentra la prueba tasada o de tarifa legal (Nieva, 2010).

Los modelos descritos se utilizan comúnmente en el modelo del civil law, distinto a lo que sucede en el common law, donde estos sistemas son equivalentes a los estándares de prueba del derecho anglosajón, en este punto, cabe señalar que para Taruffo (2008) las formas de valoración como la del jurado en el modelo estadounidense o de la íntima convicción del juzgador, son formas irracionales, arbitrarias que se contraponen a la concepción racional de valoración de la prueba, en la que se incluye las reglas de la sana crítica, como la lógica, ciencia, y experiencia.

En el caso de los cuerpos normativos en los que no consta expresamente el sistema de valoración, se presume que “la discrecionalidad del juez en la valoración de las pruebas debe ser “guiada” por la aplicación de los criterios racionales que justifiquen lógicamente el juicio final

que el juez llegue a formular” (Taruffo, 2018, p. 31) esto implica principalmente una evaluación racional de cada uno de los medios probatorios y al final una valoración en conjunto, que además se relaciona con la garantía de la motivación en la administración de justicia.

### **5.2. La valoración racional de la prueba.**

De los sistemas analizados, probablemente el de la libre valoración es el que en mayor medida encaja con el modelo actual de justicia constitucional, donde para tutelar los derechos el juzgador requiere de mayor libertad y discrecionalidad, pues en ocasiones el estado de vulnerabilidad e inferioridad del afectado le impide contar con las herramientas necesarias para lograr el grado de convencimiento suficiente en el juzgador que le permita obtener una resolución favorable; sin embargo, esta libre valoración se sujeta a los márgenes de razonabilidad con el fin de evitar traspasar la línea de la arbitrariedad.

Esto coincide con lo que señalan Rodríguez y Tuirán (2011) sobre la falta de análisis en cuanto al desarrollo teórico de la racionalidad en la valoración de la prueba, debido a que los esfuerzos se han concentrado únicamente en el estudio de la justificación de las decisiones judiciales, cuando en el Estado Constitucional de Derecho la valoración de la prueba es la que en realidad le brinda sustento a dichas decisiones. De esta forma, determinan que cuando la razonabilidad se conecta con la valoración de la prueba, se debe tener en cuenta que: “1) La valoración racional de la prueba nos ubica en un estado garantista o constitucional de derechos y, 2) quien tiene que valorar racionalmente la prueba es el juez constitucional” (Rodríguez y Tuirán, 2011, p. 200). La razonabilidad a la que se hace referencia debe ser entendida como aquella “(...) elaboración del juicio de valor que hace el juez desde la razón” (p. 200).

Para Jordi Ferrer la valoración racional de la prueba es uno de los elementos definitorios del derecho a la prueba, pues evita la excesiva discrecionalidad del juez en el proceso de valoración.

Y contiene dos elementos: “se exige que las pruebas admitidas y practicadas sean tomadas en consideración a los efectos de justificar la decisión que se adopte (y) se exige que la valoración que se haga de las pruebas sea racional” (Ferrer, 2003, p. 29), es decir, la decisión debe fundarse en una valoración individual de cada elemento probatorio y una evaluación conjunta que integre todos, además, se exige sujeción a las reglas de la racionalidad, contenidos por lo general en los sistemas de valoración, de tal forma que brinden al menos un mínimo de seguridad jurídica a la decisión final.

Con los planteamientos que establecen estos autores se identifica que dentro de la libre valoración de la prueba, el modelo que más se adecúa a las necesidades de los procesos constitucionales es el de la valoración racional de la prueba pues mantiene la libertad del juzgador, pero limita su actuación a los criterios de racionalidad, es decir, la valoración tiene que ser concienzuda, no influenciada por el azar o criterios de preferencia personal que puedan desplazar la verdadera protección de derechos y la realización de la justicia.

### **5.3. Sistemas de valoración de la prueba**

#### **5.3.1. Tarifa legal.**

El sistema de tarifa legal o conocido también como prueba tasada en realidad no pertenece a la órbita de valoración del juez, dado que ya viene planteada y regulada con anterioridad en la norma jurídica, formándose una especie de cuadro limitativo en cuanto al valor que se le otorga a cada medio probatorio, el uso de este sistema era común en el modelo del civil law (Rodríguez & Tuirán G, 2011). Se caracteriza básicamente porque el legislador a través de la norma jurídica establece los pesos específicos de valoración de la prueba, es decir, el nivel de convicción que posee cada medio probatorio practicado, de tal forma que no le permite actuar con discrecionalidad al juez en ningún sentido.

En la actualidad este sistema se encuentra prácticamente obsoleto, a pesar de que existen rezagos en algunos códigos de Latinoamérica, claro ejemplo de ello, son las normas que aún mantienen restricciones en la prueba testimonial, pues no se permite la valoración del juez de la confiabilidad o credibilidad de testigos que son parientes (padre, madre o hermanos) de alguna de las partes involucradas en el proceso, a causa de que la ley señala expresamente que dichos testigos no son creíbles.

### **5.3.2. Íntima convicción.**

Este sistema surge en Francia con la concepción de la *intime conviction*, que según Taruffo debe ser “entendida como persuasión subjetiva, intuitiva y fundada en reacciones psicológicas e incluso emotivas del juez, y más en general, por la influencia de concepciones psicologistas e irracionalistas de la decisión judicial” (Taruffo, 2008, p. 82). Así, se configura como un análisis interno en el que el juzgador busca decidir con certeza sobre los hechos bajo su conocimiento, de tal forma, que aparece como una modalidad subjetiva y arbitraria de valoración de la prueba, pues basa la presunta convicción de certeza en lo que manda el fuero interno del individuo (2018).

Contrario al sistema de la tarifa legal, la íntima convicción plantea una libertad absoluta del juzgador al momento de formular su grado de convencimiento sobre los medios probatorios actuados en el proceso, esto significa que no existen reglas o lineamientos expresamente regulados que sometan al juzgador a aplicar determinado valor a cada prueba, por el contrario, depende solo del criterio personal del juez identificar qué grado de convencimiento le genera dicho acervo probatorio (Porras, 2011).

En este sistema la libertad del juzgador es absoluta, pudiendo aplicar criterios de valoración conforme lo dicten sus convicciones internas sobre la certeza o no de los hechos probados, no

le imponen ninguna restricción o al menos una guía para orientar la valoración conforme los fines del Derecho. En base a ello, se observa que actualmente en la acción de protección algunos jueces tienden a confundir la discrecionalidad con aquella libertad absoluta que caracteriza a la íntima convicción, cuando dicha libertad en realidad si se encuentra condicionada por las reglas de la sana crítica, que se analizan a continuación.

### **5.3.3. Sana Crítica.**

La sana crítica nace en España con la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855. Este sistema de valoración es básicamente un punto medio entre el de tarifa legal y la íntima convicción, pues el juzgador aún mantiene la libertad de valorar la prueba, pero debe sujetarse a las reglas de la lógica y la experiencia común, mismas que se verán reflejadas en la motivación de la sentencia final.

La sana crítica se refiere según Torres (2019) a la “libertad para apreciar las pruebas de acuerdo con la lógica y las reglas de la experiencia” (p. 87) por lo tanto, durante la valoración de la prueba “el juez adquiere la convicción observando las leyes lógicas del pensamiento, en una secuencia razonada y normal de correspondencia entre éstas y los hechos motivo de análisis” (p. 87). Esto equivale a decir que en la sana crítica intervienen la lógica, la experiencia y los hechos de la controversia, evitando aquellos elementos psicológicos que se apartan de la situación fáctica.

Para el procesalista Abel Lluch (2015), las reglas de la sana crítica provienen de la lógica, la experiencia y la ciencia que dan fundamento a la valoración razonada de la prueba y permiten la realización del control de la decisión por el órgano superior, entre las características que las identifican establece que no son reglas jurídicas escritas, sino principios, máximas o directrices que guían el razonamiento; que tienen un carácter estable, por ser lógicas e inmutables, y uno contingente, puesto que las reglas de la experiencia son variables en tiempo y lugar; que son de

carácter valorativo, en cuanto fundamentan la decisión racional de la prueba elegida por el juez; y son reglas expansivas, que pueden ser aplicadas sobre cualquier medio de prueba.

En resumen, queda determinado que las reglas de la lógica, de la experiencia y la ciencia, son las que constituyen el sistema de valoración probatoria de la sana crítica, que le otorgan criterios racionales al examen que realiza el juez entre los hechos y las pruebas admitidas y practicadas en el proceso, y que corroboran en la mayor medida posible la veracidad o falsedad de las hipótesis planteadas por las partes.

#### ***5.3.3.1 Reglas de la lógica.***

En cuanto a las reglas de la lógica en la valoración de la prueba, se tiene que persiguen “verificar la calidad del razonamiento” (Lluch, 2015, p. 105) al que llega el juez una vez obtenida la información necesaria de los medios probatorios practicados en audiencia, sin embargo la importancia de la lógica reside en su relación con la argumentación judicial que se ve expresada en la sentencia, dado que dicha argumentación no puede ignorar los pilares básicos de la lógica.

Dentro de aquellos pilares se encuentran los siguientes principios: de identidad, según el cual una cosa solo puede ser lo que es, y no otra (Barrios, 2018); de contradicción, hace referencia a que una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo con relación a una misma situación; de razón suficiente, tiene que ver con que las cosas existen porque hay un causa capaz de justificar dicha existencia; y el de tercero excluido, donde en el enfrentamiento de una proposición que niega y otra que afirma, no se permite una tercera posibilidad, pues una de las dos tiene que ser verdadera (Lluch, 2015).

De manera que cualquier inobservancia a estas reglas da lugar a la impugnación de la sentencia ante el juez superior, básicamente porque la decisión judicial es insuficiente en cuanto a la calidad de los razonamientos expresados por el juez en la argumentación de la sentencia, como parte

de las razones que justifican la resolución adoptada, por ejemplo, con relación al principio de contradicción mencionado anteriormente, si con una prueba de ADN se verifica que A es hijo de B, no se puede concluir al mismo tiempo que B no es padre de A. Un tema aparte representa el grado de confiabilidad del examen técnico-científico de paternidad que dependería en ese caso de características externas como del perito y del laboratorio en el que fue realizado, sin embargo esas consideraciones pueden ser solventadas con las otras reglas de la sana crítica o con el conjunto de pruebas e hipótesis que apoyen si dicho examen es confiable o no.

#### **5.3.3.2. Reglas o máximas de la experiencia.**

Las reglas de la experiencia son uno de los elementos más controvertidos de la sana crítica, principalmente por las posiciones contrapuestas de si nacen del conocimiento privado del juez o de un ámbito más generalizado y común. Frente a ello se ha establecido que estas reglas no pueden surgir del juicio personal y privado del juez, sino de una experiencia general y notoria de vida o especial sobre conocimientos en determinada materia (Barrios, 2018), pues al final, el juez en su condición de ser humano, adquiere sus conocimientos del conjunto que le rodea por medio de sus sentidos o del intelecto.

Aún queda determinar cómo se aplican o al menos se deberían aplicar en la práctica judicial las máximas de la experiencia, que es parte del objeto principal de este proyecto, por ello hay que recurrir a las cuatro reglas que ha establecido Taruffo para el correcto manejo de las reglas de la experiencia en la valoración de la prueba:

1. No atribuir carácter general a una máxima de experiencia que no lo tiene (ej. decir que “usualmente” o “a veces” sucede X, no equivale a decir que “siempre” sucede X);

2. La validez de una máxima de experiencia formulada con carácter general puede resultar desvirtuada por un ejemplo contrario (ej. la existencia de un solo cisne negro es suficiente para contradecir la máxima general según la cual todos los cisnes son blancos);
3. No resulta válida la máxima de experiencia que resulta desvirtuada por los conocimientos científicos generales (ej. aún cuando una mayoría pensara que el Sol gira alrededor de la Tierra, la ciencia ha demostrado lo contrario); y
4. No es válida una máxima de experiencia que resulta contradicha por otra máxima.  
(Lluch, 2015, p. 110)

En conclusión, las reglas de la experiencia que constituyen la sana crítica no son de carácter personal o privado, sino que surgen de forma general y notoria, se puede proponer como ejemplo de ello, la máxima según la que las personas de edad avanzada por lo general sufren un deterioro en su memoria, que provocaría priorizar el testimonio de una persona joven ante el testimonio de un adulto mayor, obviamente dependerá de las circunstancias propias del caso y la calidad en la que está declarando, pues en una acción de protección donde alega ser víctima, evidentemente no se puede priorizar otro testimonio que el del adulto mayor, que ciertamente conoce la vulneración que ha sufrido.

#### **5.3.3.3. Reglas de la ciencia.**

En la actualidad, el uso de pruebas de carácter científico, por lo general elaboradas por peritos especializados en diferentes materias, es común y forma parte de la mayoría de procesos judiciales, no sólo de aquellas ciencias exactas, en las que se apoyan arquitectos, ingenieros y economistas, sino también las ciencias humanas, como psicología y trabajo social, donde los peritos a través de informes periciales se convierten en medios probatorios fuertes para la resolución de controversias, a manera de ejemplo, en materia de familia, niñez y adolescencia,



en los casos de tenencia y régimen de visitas, se recurre a informes psicológicos y de trabajo social.

De esta forma, las reglas de la ciencia, no son generales sino que dependen de si el medio probatorio es una prueba de carácter científico, sobre la que el juez deberá ceñir la valoración a ciertas características que le permitan realizar un análisis crítico de la credibilidad, confiabilidad y veracidad de la prueba, evitando creer ciegamente en los resultados expuestos por el perito. En este sentido, Lluch (2015) establece como cánones valorativos de este tipo de pruebas, en primer lugar, en razón del origen de la aportación científica: a la parcialidad objetiva del perito designado de parte o por el juez, a la elección de la fuente del conocimiento, y a la cualificación del perito en cuanto al nivel de conocimiento que posee; y en razón del método, se encuentra la utilización del conocimiento disponible, con relación a la calidad de la información y la selección racional de los procedimientos utilizados, en función del método más idóneo.

Por último, debemos considerar que en el caso de los procesos de la justicia ordinaria los elementos de la sana crítica aquí analizados son de obligatorio cumplimiento, dado que así lo establecen las normas que la regulan, sin embargo, en los procesos constitucionales la sana crítica comporta características específicas (Giacomette, 2005), que en complemento con los criterios desarrollados en líneas anteriores quedarían determinadas de la siguiente manera:

**a. La libre apreciación debe ser razonada, no arbitraria.-** Esto corresponde a la relación de las reglas de la lógica con la argumentación judicial que debe hacer el juez para sustentar la sentencia, pues la inobservancia de dichas reglas provocaría que la decisión final se torne arbitraria.

**b. El resultado de la apreciación razonada de la prueba debe ser explicado en la motivación.-** Se relaciona con la característica anterior, por cuanto el juzgador debe cumplir con

la garantía de motivación de la sentencia basándose en argumentos lógicos que le brinden coherencia a la decisión, misma que puede ser sometida a control por el juez superior cuando la calidad de los razonamientos sean insuficientes para justificar la decisión.

**c. Las formalidades exigidas para el proceso y los actos probatorios no constituyen limitación a la sana crítica.**- Esta característica responde en mayor medida a los principios de formalidad condicionada y pro homine que rigen en materia constitucional, y al rol activo del juzgador que le permite ser flexible en cuanto a los requisitos formales y a la práctica de prueba de oficio.

**d. Tiene como fin la búsqueda de la verdad.**- En realidad, en este tipo de procesos, lo correcto sería referirse a la búsqueda de la protección del derecho y la correspondiente reparación, sin perjuicio de que aquello sea resultado de la certeza en el juez de que la vulneración alegada por el accionante verdaderamente se haya producido o esté ocurriendo.

**e. Requiere de la iniciativa oficiosa del juez en la producción de la prueba.**- Se convierte en una especie de valoración anticipada, pues el juez a medida que avanza el proceso debe ir analizando si la información que tiene a su disposición es suficiente para formar un criterio definitivo, pues la fase de valoración, se produce posterior a la práctica de pruebas, además resultaría absurdo y perjudicial en un proceso de protección de derechos que el juez recién en la etapa de valoración se percate de la insuficiencia probatoria y tenga que retroceder el proceso.

#### **5.4. El estándar probatorio “más probable que no”**

En los sistemas que pertenecen al modelo de libre valoración de la prueba, como el que se emplea en los procesos constitucionales, donde no se limita al juez en cuanto a los razonamientos y el convencimiento que se forme de la prueba haciendo que la decisión esté basada en un alto grado de discrecionalidad, no implica que el juzgador se libere de las reglas

de la racionalidad para desaparecer totalmente en las cavilaciones de su fuero interno, por el contrario, debe hacer uso de pautas que le permitan medir la corroboración de un hecho y por ende fortalecer las razones que expresa en su sentencia.

Por ello, Taruffo (2013) señala que para explicar la decisión judicial que se fundamenta en la prueba, se recurre a la noción de probabilidad, vinculada principalmente al carácter relativo de la verdad procesal, dado que al no existir una verdad absoluta, se necesita probar los hechos para construir dicha verdad procesal. Así plantea dos clases de probabilidad, lógica y prevalente, en cuanto a la primera, establece que viene dada por el grado de confirmación que aportan las pruebas referibles; en cambio la segunda es una especie de probabilidad lógica basada en el criterio “más probable que no”, donde el juez frente a la proposición de dos hipótesis tiene que decidirse por la que posea mayor corroboración probatoria.

En el estricto sentido procesal, la probabilidad lógica implica que “un enunciado relativo a un *factum probandum* es probablemente verdadero en función de los elementos de confirmación que las pruebas adquiridas en el proceso le proveen” (Taruffo, 2013, p. 57). Para ejemplificar se propone el caso del testigo que afirma la veracidad del hecho que se discute, en este sentido, el medio probatorio ya le estaría otorgando directamente un grado de confirmación al enunciado que se intenta probar, quedando solo el resolver sobre la credibilidad de la prueba, esto es, el examen que realiza el juez en cuanto a la confiabilidad o no del testigo (Taruffo, 2013). Dado que es ese momento en el cual el juzgador ejerce su poder discrecional, con las reglas de la sana crítica como guía, para identificar el grado de confianza que puede depositar en la declaración del testigo.

Sin embargo, las dificultades aparecen cuando existen más pruebas, pero se contraponen entre sí, es decir, algunas corroboran la veracidad de los hechos, mientras otras demuestran su

falsedad o dan certeza de un verdad distinta sobre el hecho en cuestión, de tal forma que el juez debe efectuar una comparación razonada e inferencial, entre los resultados que cada prueba aporta, para finalmente cotejar los grados de confirmación que se deducen probatoriamente de las hipótesis enfrentadas (Taruffo, 2013).

Aquel razonamiento inferencial que realiza el juez al momento de otorgarle uno u otro grado de corroboración al hecho, requiere de ciertos criterios que guíen al juzgador en la elaboración del juicio probatorio que adoptará en la decisión final, por ello, con la probabilidad prevalente se establece que el criterio o estándar más apropiado para los sistemas que forman parte del modelo de valoración libre de la prueba es el *más probable que no*, según el cual “es racional escoger, respecto de un enunciado de hecho, la hipótesis que es confirmada en un nivel mayor al de la hipótesis contraria” (Taruffo, 2013, p. 61). Si en el mismo sentido, se enfrentan más de dos hipótesis distintas sobre un mismo hecho, se debe elegir aquella que se sustenta en un grado de corroboración probatoria mayor al de las otras.

En acuerdo con lo manifestado por el autor, se puede entonces detallar un esquema de este estándar de prueba sobre la base de dos supuestos principales: a) la probabilidad lógica, como el grado de confirmación de la hipótesis (enunciado narrativo) y b) la probabilidad prevalente, como el criterio o estándar *más probable que no*, con el que se mide dicha corroboración.

Con este estándar se proporciona una respuesta al cuestionamiento en los procesos de garantías constitucionales de ¿Cuál es el umbral para saber si el hecho está probado o no? que corresponde entonces al de que *un hecho es más probable que otro*, por ejemplo, en los casos de acción de protección que son comunes contra el IESS y los hospitales, por vulnerar el derecho a la salud, cuando el accionante alega que no le fueron entregadas las medicinas por tener valores pendientes con el IESS, y la entidad al contrario señala que si le fueron entregadas, se

aplicaría correctamente el estándar si el juez elige la hipótesis que a partir de las pruebas (el testimonio y un registro de ventanilla) se desprende que es más probable que no se hayan entregado los medicamentos al accionante frente a lo afirmado por la entidad y decide entonces dar por probada la primera hipótesis.

En definitiva, se observa que este estándar surge en la etapa de la valoración probatoria como una forma de restringir aquella creencia del juzgador de que su simple opinión de certeza es suficiente para considerar probado un hecho, pues a pesar de que el sistema de libre valoración, en la que se incluye la sana crítica, le brinda discrecionalidad en algunos aspectos al juzgador, siempre se tiene que circunscribir su razonamiento valorativo al estándar de *mayor probabilidad* que recientemente fue establecido por algunas sentencias de la Corte Constitucional.

Del análisis teórico y conceptual llevado a cabo en este capítulo, se verifica principalmente que entre las implicaciones de la discrecionalidad en la valoración de la prueba, el rol activo del juez provocado por el activismo judicial es uno de los más importantes, por la necesidad de brindarle al juzgador los elementos necesarios para la protección del derecho. Además, se obtiene que la teoría de la discrecionalidad, planteada desde una perspectiva positiva, que más se adapta para explicar lo que sucede durante la valoración probatoria en la acción de protección es aquella discrecionalidad deseada por el legislador, que a pesar del vacío legal, le permite al juez recurrir a la sana crítica, entendido como el sistema lo suficientemente flexible para abandonar las formalidades que restringen la protección de derechos, pero sin llegar a la arbitrariedad, observando siempre el estándar probatorio de *mayor probabilidad*.

## Capítulo II.- Contexto Jurisprudencial y Normativo de la Prueba en la Acción de Protección

Una vez identificados los fundamentos doctrinarios que sustentan el ámbito procesal de la acción de protección como parte de los procesos de garantías jurisdiccionales, el sentido positivo desde el que se debe observar a la discrecionalidad del juez en la valoración probatoria para resolver dicho tipo de procesos y el sistema de la sana crítica que constituye la esfera en la que debe mantenerse el juzgador durante dicha valoración aplicando el estándar de mayor probabilidad, en este capítulo corresponde realizar un análisis de la regulación jurídica procesal alrededor de la acción de protección, principalmente sobre la prueba, a fin de responder la pregunta ¿Por qué la discrecionalidad del juez durante el proceso de valoración de la prueba en la acción de protección constituye una problemática para la efectividad de la justicia constitucional? bajo la hipótesis de que es un problema porque hay un uso inadecuado de la discrecionalidad en la etapa de valoración probatoria por la existencia de varios factores procesales únicos en la acción de protección que los jueces no logran adaptar a las causas que conocen.

### 6. La Acción de Protección a partir de la Constitución de 2008

Primero, corresponde examinar cuales fueron los cambios normativos que dieron lugar al procedimiento por el que actualmente se tramitan las acciones de protección, de tal manera que permitan comprender como la desformalización del proceso influye en la actividad probatoria, pero en lo principal sobre la valoración de la prueba que realiza el juez.

En este sentido, la Acción de Protección forma parte del sistema de garantías que contempla la Constitución de 2008, abandonando el habitual sistema judicial formalista para dar paso a las recientes innovaciones jurídicas de la protección de derechos con rango constitucional, en relación directa con el ensamblaje del modelo de Estado Constitucional de Derechos y Justicia. Esta acción pertenece a la categoría de las garantías jurisdiccionales, que funcionan como

mecanismos prácticos, de carácter judicial, para la protección y efectivización de los derechos constitucionales y sus titulares, cuando se produzcan vulneraciones por parte de actos u omisiones de funcionarios en representación del Estado, políticas públicas o de otros individuos.

El antecedente de la actual Acción de Protección es el Amparo Constitucional establecido en el artículo 95 de la Constitución de 1998, que lo instituyó como una garantía de naturaleza cautelar, para evitar, cesar o remediar inmediatamente la vulneración de derechos provocada por actos u omisiones de servidores públicos, de quienes actúen en delegación de autoridad pública e inclusive particulares cuando lesionen un interés comunitario, colectivo o difuso, pues el objetivo del amparo constitucional era la adopción de medidas urgentes ante la amenaza inminente de la producción de un daño grave (Constitución Política de la República del Ecuador, 1998).

La legitimación activa era de tipo cerrada, lo que implica que solo el titular del derecho ostentaba la capacidad de accionar el amparo constitucional, o a su vez el representante de alguna colectividad que debía acreditar formalmente la legitimidad de su representación, por otro lado, en cuanto a la legitimación pasiva, con el Amparo se reconoció finalmente que los particulares también podrían causar graves violaciones de derechos (Constitución Política de la República del Ecuador, 1998).

Esta garantía fue establecida como un procedimiento eficaz, preferente y sumario en el artículo 46 de la Ley Orgánica de Control Constitucional, según lo cual en la práctica se debía dar prioridad al amparo por sobre las otras causas, de forma sumaria, es decir, rápido, sencillo y libre de formalidades, además para la consecución del proceso era necesario contar con la defensa de un abogado, sin embargo, un conjunto de restricciones formalistas en la práctica judicial y en la tramitación de la garantía desnaturalizaron su objetivo proteccionista de derechos como medio ágil, sencillo y eficaz (Alarcón, 2013).

De ahí que a partir de la Constitución de la República del 2008, el Amparo se transforma en la actual Acción de Protección, con un procedimiento más desformalizado, y una evidente ampliación en la legitimación activa y en el alcance de protección. En este sentido, el artículo 88 de la Constitución determina que la acción de protección tiene por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos constitucionales y puede interponerse a raíz de la vulneración provocada por acciones u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial, por políticas públicas que priven del goce o ejercicio de los derechos constitucionales, y cuando la violación proceda de una persona particular, que provoque daño grave, que preste servicios públicos impropios, que actúe por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación (Constitución de la República del Ecuador , 2008).

El artículo 39 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, complementa esta regulación estableciendo que la acción procede sólo para la protección de aquellos derechos que no estén amparados en las acciones de hábeas corpus, extraordinaria de protección, acceso a la información pública, hábeas data, por incumplimiento, y extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009).

Como se indicó previamente, el procedimiento por el cual se tramita la acción de protección también sufrió cambios radicales tanto en la Constitución como en la Ley orgánica. Así el numeral 2 del artículo 86 de la Constitución consagra como normas comunes del procedimiento para las garantías jurisdiccionales, la tramitación rápida, sencilla y eficaz de la garantía, la oralidad de este tipo de procesos, la facultad de proponer la acción en cualquier momento, pues todos los días y horas son hábiles, sin formalidades y sin la necesidad del patrocinio de un abogado, de igual forma la notificación se desformaliza cuando se autoriza el uso de cualquier medio eficaz para notificar, y la inaplicación de normas que retarden el proceso.



De tal forma que inclusive lo establecido en el numeral 3 del mismo artículo, como la posibilidad de practicar prueba en cualquier momento del proceso, la presunción de veracidad de los hechos alegados por el accionante en determinadas circunstancias y las formas de reparación integral, fortalecen el carácter protector de la garantía y la desformalizan con el objetivo de que la cultura tradicional formalista de los funcionarios judiciales no la sacrifiquen por formalidades sustanciales o secundarias que impidan la protección del derecho.

## **7. La prueba en la acción de protección.**

Con estas consideraciones presentes, hay que avanzar al análisis de las características especiales que comportan las diferentes etapas de la actividad probatoria en la acción de protección y su influencia en la valoración de la prueba, desde la fase de admisión de los medios probatorios, para luego ser practicados en audiencia en donde bajo ciertas circunstancias ocurre la inversión de la carga de la prueba y por último la fase de valoración, que corresponde al criterio que se forma el juez del conjunto de pruebas actuadas en el proceso.

### ***7.1. Admisión y Práctica de la prueba***

En lo que se refiere a la presentación de los medios de prueba en la acción de protección, se evidencia que de acuerdo a la regulación de la LOGJCC (2009) pueden ser incluidos en tres etapas: primero, al momento de presentar la demanda, de conformidad con el numeral 8 del artículo 10, se pueden adjuntar los elementos probatorios que demuestren la existencia del acto u omisión que produce la vulneración; segundo, durante la audiencia, de acuerdo con el artículo 14 que señala es el instante oportuno donde se deberá demostrar la existencia del daño, y los fundamentos de hecho que originaron la acción, en conjunto con lo que el artículo 16 determina sobre que la recepción de prueba solo se hace en audiencia, finalmente, pueden ser ordenadas por el juez en la calificación de la demanda según el numeral 3 del artículo 14, o en la audiencia,

para lo cual se dispone de hasta 8 días plazo, prorrogables por una sola vez por causa debidamente justificada conforme el inciso segundo del artículo 16.

La práctica de los medios probatorios ocurre en audiencia, sin embargo, previo a ello el juzgador deberá verificar su admisibilidad únicamente bajo los criterios de inconstitucionalidad o impertinencia, caso contrario no podrá negar el uso de esa prueba a la parte que lo presenta. Joan Picó i Junoy señala que la pertinencia y la licitud son límites intrínsecos de las pruebas, es decir “(...) propios de la actividad probatoria” (citado en Porras, 2011, p. 44) establecidos por la ley que permiten en lo posterior otorgar valor solo a las pruebas producidas conforme a ella.

En este sentido, la pertinencia “es la relación entre los hechos probados y el tema sometido a decisión” (Porras, 2011, p. 44), que en la particularidad de los procesos constitucionales sólo puede ser calificada durante la valoración de la prueba y no a priori (Porras, 2011); mientras que la licitud se refiere a la correspondencia de los medios probatorios con la Constitución, en respeto de la garantía del debido proceso consagrado en el artículo 76 numeral 4 de la Norma Suprema. Otro de los límites intrínsecos es la utilidad, en referencia al grado de contribución del medio probatorio en la demostración de la vulneración del derecho (Porras, 2011), sin embargo en la regulación del artículo 16 no se la incluye.

A criterio personal esta exclusión sucede porque en la acción de protección, la evaluación del nivel de utilidad de cada prueba o en su conjunto para la resolución del proceso, se traslada a la etapa de valoración probatoria, dado que recién en ese momento el juez analiza qué peso tiene el elemento en la demostración del daño producido por la acción u omisión ya sea del funcionario público o de particulares, debido a que en esta acción a diferencia de, por ejemplo las acciones civiles, el objeto de la prueba no se enfoca en demostrar los hechos, sino en probar el daño o la amenaza en contra del derecho protegido constitucionalmente.

Mientras que con relación a la práctica de la prueba, Porras (2011) refiere que en las garantías jurisdiccionales esta no es ni una acción libre de las partes, ni una actividad cuidadosamente regulada en lo legal, por el contrario, el nuevo rol del juez en “la producción de la prueba, incluso al margen o más allá de lo pedido por las partes” (2011, p. 45) y el carácter general de la LOGJCC le otorgan una amplia atribución para la valoración de la prueba, por lo que el sistema probatorio en ese caso es de libre acción del juez, que en consecuencia permite la maximización de la discrecionalidad del juzgador, cuyo uso adecuado es objeto de análisis en este proyecto.

Por su parte, la Corte Constitucional en la Sentencia No. 2951-17-EP/21 ha señalado que “la prueba en las garantías jurisdiccionales se rige por los principios y reglas que caracterizan a estos procesos” (2021, párr. 92), y dado que el procedimiento por el que se tramita la causa tiene que ser sencillo, rápido y eficaz por la magnitud de las vulneraciones que se impugnan en este tipo de procesos, se permite mayor flexibilidad en la forma de actuación de los medios probatorios y se aceptan categorías e instituciones probatorias más amplias que en los procesos ordinarios, en razón de que para la verificación de la vulneración alegada “debe bastar con una actividad probatoria razonablemente flexible” (Sentencia No. 2951-17-EP/21, 2021, párr. 92).

En efecto, como no existen normas que reglamenten cómo se deben producir los distintos tipos de medios probatorios, documental, testimonial o pericial en la audiencia, tal como sucede en los procesos ordinarios delimitados por las normas del COGEP, o la fase en la que se debe realizar dicha producción, en ese caso, según lo que establece el artículo 16, contabilizado en los 20 minutos de intervención que tiene el accionante y el accionado, se tendría que fundamentar los hechos de la acción y producir los elementos probatorios que demuestren el daño provocado.

Por lo general, en la práctica judicial cotidiana, a medida que se desarrollan los alegatos orales, se va practicando conjuntamente la prueba; al final, la forma en la que se deben producir los

medios probatorios y el momento en el que se ha de hacerlo, para su posterior valoración, dependerá de la estrategia de las partes y del nivel de información y certeza que busque el juzgador en ejercicio de su rol activo como director del proceso y garantista de derechos.

### ***7.2. Inversión de la carga de la prueba***

Según Cevallos (2021) la distribución de la carga de la prueba para la acción de protección y las otras garantías fue alterada a través de vía normativa por el Constituyente del 2008 al establecer en el numeral 3 del artículo 86 de la Constitución (2008) que “Se presumirán ciertos los fundamentos alegados por la persona accionante cuando la entidad pública requerida no demuestre lo contrario o no suministre información (...)” (art. 86) y por el legislador, en el artículo 16 de la LOGJCC (2009) con la disposición “(...) excepto en los casos en que se invierte la carga de la prueba” (art. 16) que se configura en la excepción de la regla general de que el accionante debe demostrar los hechos alegados.

La disposición del artículo 86 y del último inciso del artículo 16 corresponde a una presunción legal que conforme Cevallos (2021) responde a dos características, la conveniencia procesal de corregir el desequilibrio entre las partes, colocando la carga de la prueba sobre la parte a la que le resulta más fácil probar, y por la justificación valorativa de protección y reconocimiento de una situación considerada valiosa, principalmente porque los fines del proceso constitucional son diferentes a los del proceso ordinario, pues involucran un interés público de defensa de la supremacía de la Constitución y la protección de derechos constitucionales, donde la igualdad formal tiende a desequilibrar la relación de las partes en el acceso a la información que demuestre la vulneración alegada.

La presunción en los dos supuestos del artículo 16, de certeza en los hechos alegados por el accionante cuando la entidad pública no demuestre lo contrario o no suministre la información

requerida en caso de no existir otros elementos de convicción, y del particular cuando se trate de discriminación o violaciones a los derechos del ambiente o de la naturaleza, contiene una verdad interina de un hecho que debe presumirse sin justificación y que traslada la carga de la prueba al accionado, a riesgo de perder el proceso si no logra desvirtuar lo alegado en su contra (Cevallos, 2021).

Con ello se observa que esta naturaleza de la inversión de la carga de la prueba en la acción de protección provoca que en el momento de la valoración de la prueba en el caso de que el accionado no demuestre lo contrario o no entregue la información, el juzgador se enfrente a dos posibles complicaciones, la primera, en la que no exista ningún otro medio probatorio que pueda ser objeto de valoración adicional, al conjunto neto de hechos alegados por el accionante, pues aquí la discrecionalidad del juez se encontraría en su máxima expresión, dado que de presumirse ciertos los hechos, solo le quedará evaluar si las afirmaciones son coherentes con el daño que se afirma haberse producido.

El segundo problema implicaría la existencia de elementos de convicción, que llevarían al juez a una conclusión contraria a la posición planteada por el accionante, donde se corre el riesgo de que a consideración del juez, discrecionalmente, los elementos sean suficientes para concluir que no hay vulneración, y se deje desprotegido el derecho; al final, esto es lo que suele suceder en la realidad, con aquellos jueces que se sujetan a la costumbre tradicional de no intervenir en la actividad probatoria, cuando lo que el juez constitucional *ideal*, haría en este caso, es recurrir a la facultad de ordenar la práctica de prueba de oficio, evitando que la valoración probatoria se sustente en elementos insuficientes que provoquen una nueva vulneración sobre el derecho que en un inicio se alega afectado.

### **7.3. Valoración de la prueba**

La LOGJCC hasta el momento no ha establecido un sistema propio de valoración de pruebas, a más de la leve alusión que el artículo 14 hace sobre la finalización de la audiencia “sólo cuando la jueza o juez se forme criterio sobre la violación de los derechos” (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009, art. 14), que sin duda resulta en una expresión vaga, que imposibilita determinar si el sistema al que debe recurrir el juez es uno de los tres comúnmente conocidos: íntima convicción, sana crítica o tarifa legal.

Con relación a ello, Cevallos (2021) plantea que la solución es acudir subsidiariamente al artículo 164 del Código Orgánico General de Procesos que “establece a la sana crítica como el sistema racional de valoración probatoria, mismo que está compuesto por reglas epistémicas no jurídicas que le permiten al juzgador la justificación de probabilidades de certeza de los hechos en sentencia” (p. 30). Por su parte Porras (2011) en un análisis general de la prueba en los procesos constitucionales y en una posición similar a la mencionada con anterioridad, determina que las reglas de la sana crítica son aplicables a las garantías jurisdiccionales en general, evidentemente incluida la acción de protección, teniendo en consideración ciertas características o particularidades que le diferencian de los procesos ordinarios en los que se hace uso de la sana crítica.

Asimismo, con el avance del ejercicio jurisprudencial relativamente reciente de la Corte Constitucional, el 28 de julio de 2021, se emite la sentencia Nro. 2936-18-EP/21, según la cual frente a la ausencia de norma expresa en la LOGJCC, para la valoración de la prueba, se tiene que recurrir a las normas generales del artículo 164 del COGEP, esto significa que los medios probatorios deben ser apreciados en conjunto y conforme las reglas de la sana crítica. Se menciona también el artículo 162, con relación a que deben probarse todos los hechos alegados,

con excepción de los que no lo requieran, por ejemplo, aquellos que son argumentados por una de las partes y admitidos por la otra en la contestación (Sentencia Nro. 2936-18-EP/21, 2021).

En consecuencia, si bien es cierto en la norma elaborada por el legislador no se regula el sistema aplicable en la valoración de la prueba para la acción de protección, la actuación del órgano judicial constitucional, Corte Constitucional en este caso, suple la falta de norma expresa por medio de una disposición que guía la actividad del juez constitucional de primera y segunda instancia, hacia la norma supletoria en materia procesal, el COGEP.

El problema con la falta de norma expresa en la LOGJCC sobre el sistema que se tiene que aplicar para la valoración de la prueba, en la acción de protección o en las garantías jurisdiccionales en general, es que los jueces se restringen a interpretar que debido al vacío legal tienen libertad absoluta para decidir y pueden utilizar criterios alejados de la racionalidad, la experiencia o la lógica para fundamentar sus resoluciones, incurriendo en un uso inadecuado de la discrecionalidad que le atribuye el legislador, similar a lo que conforme se analizó en el capítulo anterior ocurría en el sistema de la íntima convicción que ciertamente se encuentra muy alejado de la sana crítica que es el sistema aplicable en este tipo de procesos.

#### ***7.4. La valoración de la prueba en la jurisprudencia de la Corte Constitucional***

La Corte Constitucional bajo la misma línea jurisprudencial de la sentencia mencionada anteriormente, el 21 de diciembre de 2021 emite la sentencia Nro. 2951-17-EP/21 que resuelve una acción extraordinaria de protección, interpuesta a raíz de la negación en primera y segunda instancia del proceso de acción de protección contra particulares, presentada por los padres del niño ECC en contra de la clínica privada La Primavera, por la prestación de servicio público de salud impropio.

Siguiendo los argumentos expuestos en líneas anteriores con relación al sistema de la sana crítica y los hechos que se consideran probados, la Corte establece un esquema sobre la valoración de la prueba con dos presupuestos, respecto a un medio probatorio específico y a la prueba en general: el primero de ellos, tiene que ver con la valoración de la prueba testimonial, pues señala que “se debe considerar el contexto de toda declaración y su relación con las otras pruebas” (Sentencia No. 2951-17-EP/21, 2021, párr. 88) en cuanto la CIDH ha establecido que las declaraciones de las presuntas víctimas “son útiles para proporcionar mayor información sobre las presuntas violaciones y sus consecuencias” (p. 25).

En el segundo lineamiento se refiere a los elementos especiales que deben tomarse en consideración para la valoración de la prueba según los principios y reglas que caracterizan los procesos constitucionales, en este sentido señala que:

- (i) deben probarse los hechos afirmados por las partes, excepto aquellos que no lo requieran. No requieren probarse los hechos afirmados por una de las partes y admitidos por la parte contraria, así como los demás hechos señalados en el artículo 163 del COGEP;
- (ii) se deben valorar las pruebas admitidas al proceso de forma conjunta y bajo las reglas de la sana crítica;
- (iii) el estándar de prueba requerido para considerar probado un hecho es menos riguroso que en otras materias del derecho. Si a partir del acervo probatorio se puede concluir que es razonablemente más probable que un hecho haya ocurrido, el estándar se encuentra satisfecho;
- (iv) los juzgadores deben siempre valorar la declaración de la presunta víctima, pero dicha declaración no puede tomarse de forma aislada, sino dentro del conjunto de las pruebas



del proceso, tomando en cuenta su contexto y relación con las demás pruebas. (Sentencia No. 2951-17-EP/21, 2021, párr. 93)

Además de ello, se establece que tras culminar este proceso interno de valoración probatoria, el juzgador debe expresarlo en la motivación de la sentencia, en cumplimiento de la garantía de motivación, puesto que para que sea efectiva se requiere una justificación suficiente de las hipótesis fácticas que se declararon probadas en el caso (Sentencia No. 2951-17-EP/21, 2021).

Sin embargo, con la sentencia Nro. 1095-20-EP/22 del 24 de agosto de 2022, sobre el tercer lineamiento aclara que el estándar de prueba aplicable en este tipo de procesos es el de *mayor probabilidad*, además de ello, al esquema de elementos que deben observarse en la valoración de la prueba agrega el siguiente:

En todo proceso de garantías jurisdiccionales debe realizarse la valoración de las pruebas admitidas en el proceso. Solo ante la insuficiencia probatoria, corresponde que la o el juzgador aplique la regla de la carga de la prueba, prevista en el artículo 16 de la LOGJCC. Según esta regla, debe tenerse como ciertos los hechos alegados por el accionante cuando (i) la entidad pública no demuestre lo contrario o no suministre la información requerida y (ii) de otros elementos de convicción no resulte una conclusión contraria. (Sentencia Nro. 1095-20-EP/22, 2022, párr. 70.2)

A partir de lo dictado por la Corte Constitucional vemos que el sistema de valoración más favorable para la acción de protección es la sana crítica, misma que en coincidencia con lo hemos venido sosteniendo en este proyecto de investigación se tiene que adaptar a ciertas condiciones propias de los procesos de garantías, como es el caso del estándar de prueba de mayor probabilidad, sobre la cual habíamos concluido que el juzgador debe elegir aquella hipótesis, que de las pruebas resulte ser más probable que las otras.

Sin embargo, corresponde realizar un análisis crítico sobre la prueba testimonial de la víctima, donde el juez constitucional si bien establece que por regla general debe ser apreciada en conjunto con las demás pruebas, no se percata que existe una excepción cuando se invierte la carga de la prueba, pues si la entidad o el particular accionado no desvirtúan lo alegado en su contra, el juzgador estaría valorando prácticamente de forma individual la declaración de la víctima donde no hay otra consecuencia que la de considerar ciertos los hechos alegados.

Pues, como se examinó en el apartado de la carga de la prueba en este capítulo se genera un problema para el juzgador, pues cuando se enfrenta a esta situación no puede realizar una actividad de valoración probatoria *per se*, en la que se analizan grados de corroboración y probabilidades, por el contrario, se convierte básicamente en un análisis de coherencia entre los hechos alegados y el daño producido, que en realidad no permite ninguna discrecionalidad y aún así algunos juzgadores formulan razonamientos discrecionales en esos casos.

#### **8. Particularidades procesales que influyen en la valoración de la prueba en la acción de protección.**

Con la acción de protección estamos frente a un modelo de proceso en el que resulta difícil encuadrar y aplicar los principios comunes de la justicia ordinaria en materia probatoria, como el principio de la necesidad de la prueba, la prohibición de aplicar el conocimiento privado del juez sobre los hechos, el principio de adquisición de la prueba, el principio de igualdad de oportunidades para la prueba, de intermediación y de dirección del juez en la producción de la prueba (Gozáini, 2014), pues la propia naturaleza proteccionista de esta acción provoca que particularidades como las que planteaba Gozáini y otras que serán analizadas a continuación se tengan en cuenta al momento de sustanciar el proceso y de formular la decisión final por parte de los jueces constitucionales en el ámbito práctico.

### **8.1. Bilateralidad y contradicción en la acción de protección**

Resulta importante el análisis de cómo operan los principios de la bilateralidad y contradicción en las acciones de protección porque son elementos que influyen posteriormente en la actividad de valoración que debe realizar el juzgador y se conectan con el principio de la carga de la prueba, fundamental para la resolución de casos en los que la misma debe invertirse.

En general sobre el proceso constitucional, Gozaíni (2014) indica que la contradicción y la bilateralidad en este tipo de procesos no es tan fuerte dada su naturaleza garantista de derechos fundamentales, por lo que pesa más la interpretación del caso y las normas que entran en juego en la vulneración alegada, que la simple solución del conflicto entre las partes, por ello, ejemplificando el caso de la acción de amparo, determina que la bilateralidad es evidente cuando se utilizan expresiones en la norma como *demanda*, o se refiere a las *partes*, o al *accionado*.

De acuerdo con lo que plantea este autor, se llega a la conclusión de que estos elementos aplicados a la regulación de la acción de protección, en el caso ecuatoriano, en la LOGJCC que hace referencia a la *demanda*, *contestación*, *accionado* y *accionante* en el numeral 2 del artículo 8, artículo 10, artículo 14, entre otros, ciertamente coinciden, pues la redacción da a entender la existencia de una dualidad de posiciones, en estricto sentido se configura una especie de controversia, con demanda propuesta por el accionante y contestación por parte de la autoridad pública o del particular que dan lugar a la necesaria presentación, actuación y valoración de pruebas.

En definitiva, con la bilateralidad y la contradicción se produce la controversia que obliga al juzgador a valorar la prueba presentada por las partes procesales puesto que cada una le presenta hipótesis distintas sobre una misma situación fáctica, que deberá resolver conforme los criterios de racionales que justifiquen las causas que le condujeron a tomar determinada decisión,

de tal manera que el juez no puede prescindir de la etapa probatoria como sucede en los procesos constitucionales por conflictos abstractos, pues en la acción de protección no se analizan solo normas, sino hechos, el daño producido y las formas de reparación.

Se aclara esto, porque el uso inadecuado de la discrecionalidad en la valoración de la prueba reside justamente en el hecho de que los jueces en la acción de protección tienden a centrarse en el análisis normativo y dogmático del contenido de los derechos y su ámbito de protección, que aunque forma parte importante de la motivación, no es un elemento exclusivo; pues con base en la discrecional dejan la valoración probatoria en un segundo plano, cuando en realidad siempre hay un mínimo exigible de hechos probados que sirven para dotar de suficiencia y racionalidad a la argumentación que se expresa en la sentencia.

### ***8.2. De jueces ordinarios a constitucionales***

Se identifica que la regulación normativa de la competencia de los jueces en materia constitucional, es otra de las particularidades del proceso de la acción de protección, que de alguna forma termina ejerciendo influencia sobre la valoración de la prueba. El artículo 7 de la LOGJCC (2009) determina que para conocer las garantías jurisdiccionales “será competente cualquier jueza o juez de primera instancia del lugar en donde se origina el acto u omisión o donde se producen sus efectos” (art. 7), y en caso de pluralidad de juzgadores, se designará por sorteo, prácticamente bajo los mismos términos de lo establecido en el numeral 2 del artículo 86 de la Constitución de la República.

La Corte Constitucional también se ha pronunciado a través del precedente jurisprudencial obligatorio Nro. 001-10-PJO-CC del 22 de diciembre de 2010, con relación al tema de la competencia material en garantías constitucionales, donde determina que “(...) los servidores públicos, en este caso particular, juezas y jueces del país, cuando conocen de garantías

jurisdiccionales se alejan temporalmente de sus funciones originales y reciben la denominación de juezas y jueces constitucionales (...)” (2010, p. 14), en concordancia con lo referido en sentencias más antiguas como la Nro. 031-09-SEP-CC del 2009 que le otorga la denominación de juez constitucional de instancia, al juez de garantías penales, que conocía la acción de protección en el caso concreto.

Esto plantea un panorama complicado desde el punto de vista probatorio, puesto que el modelo de justicia constitucional en Ecuador no posee jueces especializados, a excepción de los de la Corte Constitucional, órgano que está facultado para conocer otras garantías, como la acción extraordinaria, pero que en la acción de protección el funcionario judicial con autoridad para conocer el caso es el juez de primera instancia, que en la acertada expresión del jurista Armijos (2022), son una suerte de jueces *prestados* de la justicia ordinaria, pues existe una especie de transformación, en la que pasan de ser jueces de lo penal, civil, laboral y familia, a convertirse en jueces constitucionales, que si bien este cambio responde a los mandatos constitucionales cuyo fin es institucionalizar acciones que protejan a los ciudadanos de los abusos del poder estatal con un procedimiento rápido, sencillo y eficaz, también produce serias implicaciones en el ámbito práctico.

Se ha señalado anteriormente que en el modelo de proceso de las garantías jurisdiccionales en general y de la acción de protección en especial, existe una importante modificación en el rol que desempeña el juzgador durante su tramitación, donde el activismo judicial provoca que el juez adopte una postura diferente, y ejerza sus funciones como director del proceso, haciendo uso de herramientas como la de ordenar la práctica de prueba de oficio contenida en el artículo 16 de la LOGJCC cuando lo considere necesario, u otros principios constitucionales, además, hay que tener en cuenta que la etapa en la que el juzgador forma el razonamiento suficiente para motivar la decisión ocurre durante la valoración del conjunto de material probatorio que se ha producido

en la audiencia, y es en ese momento donde determina la insuficiencia o no de la prueba a medida que analiza el valor o peso de cada uno de los elementos del acervo probatorio.

Sin embargo, cuando el juez ordinario influenciado por las normas procesales rígidas, tradicionalmente formalistas, se enfrenta a las acciones de protección y sus extensas peculiaridades, desnaturaliza la garantía y básicamente ordinariza la acción dejando de aplicar principios como el pro homine, la inversión de la carga de la prueba, la prueba de oficio, en una clara evasiva por ser un juez activo, y por el contrario, ajustándose al modelo dispositivo de los procesos no constitucionales que está acostumbrado a tramitar.

### **8.3. Objeto de la prueba**

Una vez evidenciado que sí existe controversia en la acción de protección y esta produce la necesidad de probar algo, en ese caso, se debe considerar que los jueces se apartan del sistema de justicia ordinario, para convertirse en jueces constitucionales y esto conlleva un cambio en el objeto que persigue la prueba, donde el objeto de la acción de protección, y de las garantías en general exige que el juez constitucional sustancie el proceso, según la Corte Constitucional en la Sentencia Nro.001-16-PJO-CC (2016), con el fin de 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 (...)” (párr. 40).

Si bien en los procesos ordinarios, se reconoce el principio de que quien alega tiene que probar para conseguir convencer al juez y lograr su pretensión, como la declaración de dominio sobre un bien inmueble en el caso de la prescripción adquisitiva, o el derecho de cobro de una letra de cambio, sobre una eventual controversia en materia de obligaciones. Esto no sucede en la acción de protección, donde “no se busca probar la situación de hecho, sino principalmente la crisis del derecho constitucional amenazado o afectado” (Porras, 2011, p. 50).

Así, este abandono de la obligación individual de probar al que afirma, ha permitido un cambio en las reglas de la valoración probatoria, orientándola hacia la búsqueda de la verdad, por sobre el método tradicional de acreditación individual de las pretensiones a cargo de las partes (Gozaíni, 2014), esto provoca la exclusión de aspectos del formalismo probatorio tradicional en cuanto a que por falta de prueba que respalde la pretensión del actor se obtienen decisiones desfavorables.

Se observa que situaciones como estas en la acción de protección no pueden suceder, puesto que en la etapa de valoración se deben considerar principios como el pro homine, donde en caso de duda se aplicará lo más favorable para la protección del derecho, o el de formalidad condicionada, e inclusive la iniciativa probatoria de oficio del propio juez, como elementos que, en consecuencia, influyen en el proceso de valoración y prácticamente obligan al juzgador a recurrir a cierto sentido de discrecionalidad para resolver cuestionamientos de si la prueba en calidad y cantidad de información posee el grado valorativo suficiente para dictar sentencia, u otros generados por el propio artículo 14 de la LOGJJCC en cuanto al ejercicio de formular un criterio suficiente sobre la violación de los derechos.

De lo examinado en este capítulo, se verifica que si existe un uso inadecuado de la discrecionalidad durante la valoración de la prueba en las acciones de protección provocada por factores procesales que representan características únicas o particularidades del tipo de procedimiento:

- 1) La desformalización del proceso que influye en la actividad probatoria general y da paso a la iniciativa probatoria oficiosa como una valoración anticipada donde conforme avanza el proceso el juez va analizando el nivel de suficiencia de la información que le proporcionan las pruebas;

- 2) Respecto de la admisión de medios probatorios, se sostiene que el criterio de *utilidad* se traslada a la etapa de valoración, allí los jueces acostumbrados al proceso ordinario amplían su ámbito discrecional, y la colocan en la fase de admisión, cuando los únicos criterios para inadmitir de inicio prueba, son la impertinencia y la inconstitucionalidad.
- 3) La práctica de la prueba, pues esta depende de la estrategia de las partes y el nivel de certeza que busca el juez con la información que proporcionan las pruebas.
- 4) La carga de la prueba, con dos posiciones para el juez: que no exista ningún otro medio probatorio que pueda ser objeto de valoración adicional y solo le quede analizar la coherencia entre el hecho y el daño producido y, el riesgo que corre de valorar los elementos de convicción como suficientes para concluir que no hay vulneración, por sujetarse comúnmente al formalismo de no intervenir en la práctica probatoria.
- 5) El sistema de la sana crítica, que dirige la valoración conjunta de las pruebas presentadas y el estándar de prueba de la mayor probabilidad según la cual se elige la hipótesis más probable, que tenga un grado de corroboración mayor;
- 6) La bilateralidad y contradicción de la acción de protección implica que en este proceso no se puede prescindir de prueba, y por ende del examen valorativo que debe hacer el juez constituye la base del razonamiento que motiva la decisión, sin embargo los jueces hacen uso de la discrecionalidad para alejarse del análisis probatorio y centrarse en la descripción normativa o doctrinaria del contenido de los derechos vulnerados.
- 7) La transformación de jueces ordinarios a constitucionales, implica un elemento de carácter práctico, donde a los jueces influenciados por el formalismo de los procesos ordinarios que están acostumbrados a conocer, se les dificulta cambiar el chip y adaptarse al procedimiento desformalizado de la acción de protección donde el rol que desempeñan es más activo que en los otros procesos.



- 8) El objeto de la prueba, evidencia el cambio del modelo que solo persigue el convencimiento de los hechos en el juez, a uno en el que lo que interesa es la crisis del derecho vulnerado, alejándose de la regla de que quien alega prueba, caso contrario, por la insuficiencia probatoria se genera una sentencia desfavorable, esto provoca que el juez durante la valoración haga uso de una discrecionalidad positiva por medio del principio pro homine, o de la iniciativa probatoria oficiosa.

En definitiva, la deficiencia en el establecimiento de las pautas que guían el sistema de valoración en la legislación y el incipiente desarrollo jurisprudencial que apenas está surgiendo de la Corte Constitucional tienen incidencia en el ejercicio práctico al que está sometido el juez, que una vez transformado a juez constitucional, tienen que cambiar su razonamiento ordinario y adaptarse a las particularidades de la acción de protección para cumplir con el objeto proteccionista de amparar eficazmente los derechos constitucionales.

### Capítulo III.- Análisis de casos

Una vez analizadas las implicaciones de la discrecionalidad del juez en la valoración de la prueba y cómo inciden las particularidades procesales del proceso de la acción de protección en la valoración de la prueba, en este capítulo corresponde examinar los efectos prácticos que resultan de la discrecionalidad del juzgador, de tal forma que apoyen la hipótesis propuesta y brinden más elementos para responder el cuestionamiento inicialmente planteado en este proyecto.

Este capítulo consiste en el estudio de casos en los que se resolvieron acciones de protección con valoración probatoria por parte de jueces constitucionales, vale hacer esta aclaración dado que por lo general los argumentos para aceptar o negar la acción se dirigen al análisis de si la vía constitucional es la adecuada o no para resolver el proceso sin llegar a la etapa probatoria, tema que merece un estudio profundo, pero que no es objeto de análisis en este trabajo.

En este sentido, se pretende realizar un análisis comparativo de dos acciones de protección, estableciendo al desarrollo jurisprudencial sobre la valoración de la prueba contenido en las sentencias Nro. 2951-17-EP/21 y Nro. 1095-20-EP/22 del año 2021 y 2022, como criterio diferenciador entre los dos casos, con respecto a lo que sucedía antes de que la Corte Constitucional dicte estos fallos, con la causa Nro. 01333-2015- 05701 resuelta el 14 de julio de 2015 por el Dr. Cesar Palacios Vintimilla, Juez Civil del Cantón Cuenca, y después con la causa Nro. 01333-2022-05015 resuelta el 06 de diciembre de 2022 por el Dr. Esteban Flores Vintimilla, Juez de la Unidad Judicial Civil y Mercantil de Cuenca.

#### **9. Acción de Protección Nro. 01333-2015- 05701**

##### **9.1. Identificación del caso**

**a.- Antecedentes.-** En junio de 2015 María Eugenia Illescas Coronel, por sus propios derechos y en representación de su hijo menor de edad J. A. Armijos Illescas propuso una acción de

protección en contra del Hospital Regional Vicente Corral Moscoso (en adelante el Hospital) y del Coordinador Zonal de Salud 6, por la violación de derechos que alega ocurrió el 23 de febrero de 1999 cuando acudió a dicha casa de salud para dar a luz a su hijo, sin embargo, cuando las enfermeras le devolvieron al recién nacido, le entregaron un bebé que vestía ropa de un color distinto al que tenía su hijo, e inclusive en la manilla constaba como madre el nombre de otra persona (Unidad Judicial Civil de Cuenca, 2015).

Años más adelante, en 2014 inició una demanda de alimentos en contra del señor Armijos Armijos Armando Arturo, producto del mismo en 2015 se inició una impugnación de paternidad en contra de la accionante, cuya prueba de ADN resultó negativa a los exámenes de maternidad y paternidad de la señora Illescas y el señor Armijos para con el menor que hasta ese momento creían era su hijo biológico, posteriormente con un nuevo examen en un laboratorio privado confirmó dicho resultado. En junio de 2015 dirigió una solicitud al Director del hospital solicitando el historial de nacimientos de aquel día y que emprenda las acciones necesarias para ubicar a los menores nacidos en esa fecha y dar con el paradero de su hijo biológico (Unidad Judicial Civil de Cuenca, 2015).

**b.- Derechos vulnerados.-** El acto de la institución pública que vulnera derechos, fue el ocurrido en 1999 cuando al interior del Hospital el personal sanitario cambió al hijo biológico de la señora Illescas por otro niño nacido el mismo día. Asimismo, se identifican como víctimas de la vulneración de derechos a tres personas: la señora Illescas, el adolescente Armijos Illescas y el hijo biológico no conocido aún; quienes sufrieron la vulneración del derecho a la identidad, en el caso de los dos niños, consagrado en los artículos 44, 45 y 66 numeral 28 de la Constitución; y en lo que corresponde a la madre, el derecho a recibir servicios públicos de calidad, en el área de la salud, que si bien no se analiza por el juzgador, debe ser tomado en cuenta.

Por ello, la accionante en su pretensión solicitó que se ordene a la institución que realice las diligencias necesarias para la ubicación de los menores nacidos el 23 de febrero de 1999 y la correspondiente verificación genética a fin de identificar a su verdadero hijo y a los padres biológicos del menor Armijos Illescas; atención psicológica para superar los traumas, y la reparación económica por los gastos incurridos (Unidad Judicial Civil de Cuenca, 2015).

**c.- Contestación del accionado.-** En audiencia la institución accionada señaló que no existen tales vulneraciones, ya que tras recibir la solicitud de la señora Illescas remitió enseguida la información proporcionada por el área de Estadística y Registros Médicos así como de Obstetricia, documento según el cual aquel día nacieron 12 niños, de entre los cuales 10 eran de sexo masculino. Indica además que en el año 1999 no existía un protocolo del Ministerio de Salud para el tratamiento de los recién nacidos y que la accionante no presenta pruebas que justifiquen la negligencia del Hospital en el cambio de los niños (Unidad Judicial Civil de Cuenca, 2015).

Alega que la institución no es competente para realizar diligencias investigativas de ubicación a personas, y por último presenta un documento denominado “Ruta Crítica en la Atención del Recién Nacido” en el que consta el procedimiento que debe observar el personal en la atención de los recién nacidos, como elemento de convicción para contradecir lo alegado por la accionante, que según dicha defensa evita la inversión de la carga de la prueba (Unidad Judicial Civil de Cuenca, 2015).

**d. Problema jurídico.-** El juez para determinar la vulneración divide al problema jurídico en dos partes: ¿se cometió la vulneración? y ¿quién cometió la vulneración?

**e. Resolución.-** El juzgador resuelve aceptar parcialmente la acción de protección, declara que hay la vulneración del derecho de identidad, pero le libera de responsabilidad al Hospital, pues señala que *no se ha probado* que el accionado haya cometido el acto vulneratorio y que el

proceso de investigación le corresponde al órgano competente (Fiscalía), y no al accionado (Unidad Judicial Civil de Cuenca, 2015).

## 9.2. Análisis con relación a la discrecionalidad en la valoración de la prueba

### Elementos probatorios practicados.

Previo a establecer la existencia o no de vulneración de derechos, en aplicación del artículo 16 de la LOGJCC, el juzgador suspende la audiencia y ordena la práctica de prueba por el término de 6 días, así solicita la siguiente información:

- INEC: certificado de nacido vivo del menor Jorge Arturo Armijos Illescas.
- Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Girón: el juicio de alimentos y el de impugnación de paternidad.
- Al Hospital: toda la información sobre los nacidos el 23 de febrero de 1999, y de las personas que laboraron en ese día en el área de maternidad

**Tabla 1.**

*Detalle de los elementos probatorios Caso Nro. 01333-2015-05701*

Accionante	Accionado	Juez
1. Copia del examen de ADN, en el que se excluye la maternidad y paternidad 2. Original del Informe de la prueba de maternidad de estudio de ADN, de la incompatibilidad con la madre. 3. Datos de Filiación del menor 4. Partida de nacimiento del menor	1. La Ruta Crítica en la Atención del Recién nacido. 2. “Normas y Procedimientos para la Salud Reproductiva” 3. Acuerdo Ministerial 0474 (2008) en el que consta el protocolo de manejo de la recepción del recién nacido <b>Presentado después de</b>	1. Copia certificada del Juicio de Alimentos 2. Copia certificada del juicio de Impugnación de paternidad 3. Testimonio de la accionante (el juez realiza preguntas en base al art. 14 de la Ley) 4. Información solicitada como prueba de oficio.

	<p><b>ser solicitado por el juez</b></p> <p>1. Registro de datos de personas atendidas en el Centro Obstétrico el 23 de febrero de 1999.</p> <p>2. Certificación de Talento Humano sobre el personal que laboró en los turnos del 22 al 23 de febrero de 1999 en el Centro obstétrico y en Ginecología y Pediatría.</p>	
--	---	--

**Nota.** Elaboración propia. Información obtenida de la Causa Nro.01333-2015-05701

### **Análisis**

*1. El juzgador no determinó a quién correspondía la carga de la prueba.*

Esta característica es una de las más importantes de la acción de protección, pues si bien es cierto, la accionante logra demostrar que el menor no es su hijo biológico con los exámenes de ADN como prueba científica y el testimonio, con lo contenido en el libelo de la demanda señala que el cambio se produjo en el Hospital, sin embargo, no está en posición de verificar esto último, pues quien tiene que desvirtuar dichos argumentos es el Hospital.

Primero, porque es quien puede acceder a los archivos necesarios para justificar aquello, y segundo porque la Ruta Crítica que presenta como elemento de convicción para contradecir los hechos, es un documento normativo que regula el procedimiento de atención a los recién nacidos, no demuestra que la actuación del personal en 1999 no produjo el cambio de los niños, o que alguna tercera persona le entregó el niño equivocado a la señora Illescas, o que el cambio no sucedió en el hospital sino en otro escenario, entre muchas otras opciones que podrían haber contradicho lo alegado por la accionante. Por el contrario estas reflexiones surgen más adelante

directamente del razonamiento del juzgador, que además provoca un vacío en el acervo probatorio por lo que el juez tuvo que ordenar la práctica de prueba de oficio considerando que lo presentado es insuficiente para lograr formar un criterio.

### *2. El rol activo del juez con la prueba de oficio*

Producto de lo anterior, con la prueba de oficio que obtuvo y la valoración que realiza el juzgador, se observa que con la impugnación de paternidad logra corroborar que el menor no es hijo biológico de los que se creían sus padres, no obstante, resulta totalmente contradictorio, la convicción a la que llega de que no se ha logrado probar quien cometió la vulneración del derecho, cuando con la información que obtuvo del Hospital donde en el Registro del Departamento de Obstetricia consta que la señora Illescas efectivamente fue atendida en dicha casa de salud; y con las preguntas que realizó a la accionante durante la audiencia, obtiene una clara confirmación de que las enfermeras le entregaron un niño con ropa y una manilla distinta a la de su hijo.

### *3. No estableció que sistema de valoración de la prueba aplica.*

Se relaciona con la segunda pregunta establecida en el problema jurídico ¿quién cometió la vulneración?, sin embargo vemos que para el juzgador no hay elementos en todo el acervo probatorio analizado que le permitan resolver esta pregunta, a pesar de que según el análisis anterior hay elementos que en buen grado corroboran los hechos, pues al parecer para el juez existen otras posibilidades al hecho de que “el personal del hospital cambió al niño de la señora Illescas”, que en realidad fue la única alternativa planteada, porque ni de los hechos, ni de los argumentos de las partes y las pruebas, se desprende que hubo otra situación en la que se haya producido el cambio, por ejemplo, cuando la paciente ya había salido del hospital.

Aquí encontramos una clara evidencia de cómo la discreción del juez, puede ampliar sus reflexiones, a un razonamiento que contiene información absorbida de experiencias de vida o de

lo que se conoce del mundo en general, pero que no corresponde al sistema de la sana crítica, donde se especificó que las reglas de la experiencia, que aparentemente fueron aplicados en este caso, debía ser máximas generales y de consenso común que analizamos en capítulos anteriores.

Por el contrario, se observa que la experiencia común para la época en la que sucedieron los hechos era que los cambios de los recién nacidos en los hospitales era frecuente, apoyada por argumentos, como la deficiente regulación de normas de procedimiento para atender a los recién nacidos, que incluso fue confirmado por la institución al aseverar que no existía un protocolo en 1999, o de los varios casos que se conocen sobre la misma situación.

*4. Centra el análisis en la improcedencia de la acción por no ser la vía idónea (debía acudir a Fiscalía, órgano competente para investigar).*

Los elementos de la discrecionalidad del juzgador en este caso le conducen a buscar un argumento distinto para justificar lo que según su razonamiento no se ha probado, esto es que quien cometió la vulneración fue el Hospital, lo que le lleva a considerar que la vía constitucional no es la idónea para proteger o en este caso reparar la violación del derecho a la identidad, sino la penal, con la actuación investigativa de Fiscalía.

## **Conclusiones**

- a. La discrecionalidad del juez en la valoración de la prueba, en este caso constituye una problemática para la efectividad de la justicia constitucional porque los razonamientos del juez le llevaron a dictar una sentencia contradictoria, señalando que si existe la vulneración del derecho a la identidad, pero no se sabe quién la produjo, que en consecuencia afecta la reparación integral que exige la accionante, de conocer la identidad de su hijo biológico y la del menor Armijos Illescas de sus padres biológicos.



- b. Hay un uso inadecuado de la discrecionalidad influenciado por el factor procesal de no invertir la carga de la prueba sobre el accionado, provocando que el juez considere que el grado de valoración de la prueba no era suficiente para verificar que el Hospital cometió el acto que vulnera el derecho, pues al parecer en la valoración que hace de la Ruta Crítica, esta es suficiente como elemento de convicción para no invertir la carga de la prueba.

### **9.3. Segunda Instancia**

El caso fue apelado por la accionante en julio de 2015 ante la Corte Provincial del Azuay, principalmente por considerar que el juzgador en la resolución analiza prueba que no tiene pertinencia con la causa y la contradicción en cuanto declara que existe vulneración del derecho a la identidad, pero que el responsable no es el Hospital.

#### **Análisis**

Al contrario del juez de primera instancia, la Corte provincial señala que la acción si es procedente y a través de una nueva valoración probatoria, considera que la vulneración del derecho si fue cometida por el Hospital.

##### *1. Se tenía que invertir la carga de la prueba*

Establece que con el documento del Registro de Obstetricia, el testimonio de la señora Illescas y los exámenes de ADN, se demuestra que el parto fue atendido en dicha casa de salud, y que el menor fue cambiado porque no es su hijo biológico, sin embargo, con la información que presenta el accionado no contradice que el cambio no se hubiese dado en el Hospital, por lo que llega a la convicción de que los hechos ocurrieron tal como fueron narrados por la accionante. Así, se evidencia que para el Tribunal, al contrario de primera instancia, valorando el grado de confirmación de la prueba presentada por el accionado, se determina que esta no fue suficiente para evitar la inversión de la carga de la prueba.

### *2. Valoración de la Ruta Crítica presentada por el accionado.*

En el nuevo análisis que realiza la Corte se puede evidenciar, considera el estándar de prueba “mayormente probable”, que actualmente ha desarrollado la Corte Constitucional, a pesar que en 2015 aun no existía, puesto que concluye que se ha probado en mayor medida que el cambio se produjo por negligencia del Hospital, que lo que se prueba con la Ruta Crítica, pues este documento normativo sólo determina los pasos a seguir en la recepción de los recién nacidos, pero no garantiza que en dichos pasos no se haya producido una omisión o equivocación que diera origen al cambio de los niños.

### *3. Aplicación de la sana crítica.*

El argumento donde se puede evidenciar la discrecionalidad con la que los jueces de la Corte Provincial valoran el testimonio de la accionante se refiere a que con dicho testimonio se evidencia que ella había expresado su duda sobre la identidad del niño que le fue entregado al momento de realizar el reclamo a las enfermeras, pues el bebé no tenía el mismo color de ropa y la manilla no era la correcta, debido a que para la Corte “carece de toda lógica el siquiera pensar que la señora Illescas después de haber salido del Hospital con su hijo recién nacido lo haya confundido o cambiado con otro” (Corte Provincial del Azuay, 2015), como si un ser humano se redujera a un objeto, que fácilmente puede ser confundido o cambiado por otro. De esta manera, aplican reglas de la lógica con ciertos tintes de discrecionalidad en cuanto a sus opiniones personales sobre el hecho de que una madre no puede cambiar a su hijo recién nacido, que le dirigió en una dirección mucho más proteccionista de derechos, que la del juez de primera instancia.

## 10. Acción de Protección Nro. 01333-2022-05015

### 10.1. Identificación del caso

**a.- Antecedentes.-** En abril del 2022 la señora Guadalupe Gutiérrez Calderón presentó una acción de protección en contra de la empresa privada INDUGLOB S.A por la vulneración de sus derechos y los de su nieta de 12 años, provocada principalmente por las vibraciones y temblores que desde el año 2016 producen en su vivienda las maquinarias de la sección de inyección de plásticos de la Empresa INDUGLOB S.A (antes INDURAMA), que a pesar de los reclamos realizados a la empresa, esta no ha implementado un Plan de Mitigación efectivo para eliminar las vibraciones, pues dicha contaminación auditiva ha venido afectado su derecho a la salud en detrimento de su sistema auditivo, al de vivir en un ambiente sano y al de vivir una vida digna libre de contaminación, tanto de ella, que es una persona de la tercera edad, como de su nieta de 12 años que padece cáncer, así como el deterioro en la infraestructura de su vivienda debido a los temblores que produce dicha maquinaria. (Unidad Judicial Civil de Cuenca, 2022)

**b.- Derechos vulnerados.-** Según el artículo 41 numeral 4 literal c) de la LOGJCC, el acto que produce el daño grave, son las vibraciones y temblores que al provocar contaminación auditiva vulnera los derechos del buen vivir de la accionante en cuanto a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que se considera vinculado con el derecho a una vida digna. Por ello solicita en la demanda como reparación integral que se disponga a la empresa INDUGLOB S.A la reubicación de la maquinaria que provocó el daño de conformidad con las recomendaciones periciales y la reparación de la infraestructura de la vivienda (Unidad Judicial Civil de Cuenca, 2022).

**c.- Contestación del accionado.-** Señala que la carga de la prueba le corresponde a la demandante en cuanto a demostrar que el daño fue provocado por la falta de implementación de un Plan de Mitigación efectivo. Establece que la maquinaria produce elementos huecos para la

línea de refrigeradoras, y que a pesar de que funciona en turnos diurnos y nocturnos se encuentra dentro de los límites establecidos por la normativa ambiental vigente del Acuerdo Ministerial 097-A, de 89,0 decibeles para el día y 86,0 decibeles para la noche en áreas residenciales habitables, que se demuestra con la Auditorías Ambientales realizadas por la Comisión de Gestión Ambiental del Municipio de Cuenca (CGA) de los periodos 2015-2017; 2017-2019; y, 2019-2021, ésta última aprobada el 16 de febrero de 2022, en las que consta que la actividad se desarrolla dentro de los parámetros ambientales establecidos (Unidad Judicial Civil de Cuenca, 2022).

Además que desde que conoció de la queja de los vecinos se tomaron medidas como: la insonorización en el muro perimetral de esa zona, la reubicación de las máquinas que se encontraban cerca de la pared que colinda con la accionante y la adecuación de cabinas de aislamiento acústico. Asimismo, en septiembre de 2020 presentó el Plan de Mitigación a la CGA, mismo que fue aprobado, y que el informe pericial en el que se sustenta la accionante de octubre de 2020 donde se indica que, a pesar de que las vibraciones no alcanzan el nivel perjudicial para la salud; se transfieren directamente a la vivienda porque se encuentra anclada en la pared adosada al colindante, las medidas de mitigación no se habían terminado todavía a esa fecha (Unidad Judicial Civil de Cuenca, 2022).

**d. Problema jurídico.-** El juzgador establece como problema jurídico a resolver: ¿existe vulneración del derecho a vivir en un ambiente sano?, tras haber aclarado que la empresa sí es responsable de la contaminación auditiva en base a las Auditorías realizadas por la CGA.

**e. Resolución.-** En la sentencia emitida en diciembre de 2022 el juez acepta la acción de protección y declara la vulneración del derecho a vivir en un medio ambiente sano a raíz de la contaminación acústica proveniente de las vibraciones y temblores de la maquinaria de inyección

de plásticos de INDUGLOB, pues el Plan de Mitigación ha sido insuficiente (Unidad Judicial Civil de Cuenca, 2022).

Como la acción fue presentada en abril de 2022 y han transcurrido ocho meses desde la última medición de vibraciones, señala que la empresa accionada debía comprobar que en la actualidad, el rango de las vibraciones era menor al máximo permitido por la ley, sin embargo, no se contó con el medio probatorio necesario por cuanto la empresa reportó en el mes de septiembre el daño de la maquinaria en cuestión, cuya reparación tomaría de 20 a 21 semanas, y dado que el proceso tiene que ser rápido, sencillo y eficaz (Art. 86 numeral 2 literal a) CRE) y no puede quedar indefinidamente sin resolución, considera que el accionado solo justificó que hasta el 16 de julio de 2021 las vibraciones estaban dentro del rango permitido, pero no hay evidencia que desde esa fecha hasta la interposición de la acción se hayan mantenido por debajo de los parámetros legales, pues esto era lo más importante de demostrar, por cuanto el nivel de las vibraciones depende de que se mantengan las mismas condiciones de trabajo y del correcto funcionamiento de la maquinaria, conforme se establece en los informes periciales que constan en las Auditorías Ambientales (Unidad Judicial Civil de Cuenca, 2022).

Además, señala que con la inspección judicial logró percibir las vibraciones y los daños en la vivienda a simple vista en techos y paredes, y esto analizado en conjunto con la sustentación de los informes periciales sobre la frecuencia de las vibraciones de entre 30 a 60 segundos, el daño en la estructura de la vivienda y su incidencia psicológica en la habitabilidad de las personas que permanecen en la vivienda, concluye que evidentemente provoca detrimento en el nivel de vida de la accionante y su familia, pues les impide mantener un grado apropiado de confort en su hogar y la realización de su derecho a vivir en un ambiente sano.

Aclara que existe *duda razonable* sobre si las vibraciones desde la última medición (julio 2021) aumentaron o se mantuvieron en el mismo nivel y esto no depende solo de las obras realizadas para mitigar las vibraciones, sino del buen o mal funcionamiento de la maquinaria y el ritmo de trabajo, dado que inclusive el reporte del daño de la maquinaria demuestra la falibilidad de la misma y que en cualquier momento puede dañarse y provocar vibraciones mayores a los niveles permitidos. Por último, considera el estado de doble vulnerabilidad de la accionante y su nieta, por lo que se deben privilegiar sus derechos (Unidad Judicial Civil de Cuenca, 2022).

## 10.2. Análisis con relación a la discrecionalidad en la valoración de la prueba

### Elementos probatorios practicados.

**Tabla 2**

*Detalle de los elementos probatorios Caso Nro. 01333-2022-05015*

Accionante	Accionado	Juez
<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Certificado médico del Instituto del Cáncer consta que el diagnóstico de la niña Cobos Ordoñez de 10 años, de Rabdomiosarcoma de Ala nasal derecha tratada con radioterapia.</li> <li>2. Certificado médico de febrero de 2022 la señora Guadalupe Gutiérrez ha sido diagnosticada de Hipoacusia neurosensorial de oído derecho moderada (H903) 60 %, la recomendación del médico es cuidados de oído y no exposición a ruidos intensos</li> <li>3. Informe pericial de Ingeniería Civil, consta en las conclusiones “El total para</li> </ol>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. El Plan de Acción de Mitigación de Vibraciones en la Sección de Inyección.</li> <li>2. La 4ta. Auditoría Ambiental de Cumplimiento y Actualización del Plan de Manejo Ambiental.</li> <li>3. La 5ta. Auditoría Ambiental (2017-2019)</li> <li>4. La 6ta. Auditoría Ambiental (octubre 2019 a octubre 2021)</li> <li>5. Informe preliminar de Mediciones de Vibración, Inyectora # 21, realizado por INGEMET, de 18 de septiembre de 2020</li> </ol>	<p>No se ordena la práctica de prueba de oficio.</p>

<p>realizar el reforzamiento a la vivienda es de \$30.360,28 y deja evidenciada los daños ocasionados.</p> <p>4. Informe de Monitoreo de Ruido Ambiental, en las conclusiones contiene: "Al término del presente informe se evidencia que el ruido existente dentro de la vivienda supera los límites permisibles"</p> <p>5. Informe pericial que ha sido presentado por el Psicólogo Clínico</p> <p>6. Informe pericial de Arquitectura</p> <p>7. Solicita inspección judicial en la vivienda</p>	<p>6. Informe Alcance de Plan de Mitigación de vibraciones Inyectora # 21, de septiembre de 2021</p> <p>7. Informe Final de Cumplimiento Plan de Mitigación de Vibraciones generadas por la operación de las inyectoras</p>	
--	---	--

**Nota.** Elaboración propia. Información obtenida de la Causa Nro.01333-2022-05015

**Análisis**

*1. La carga de la prueba*

El razonamiento de la carga de la prueba en este caso es complejo, puesto que a pesar de que se trata de una acción contra particulares y no se encuentra dentro de los dos únicos casos que establece el artículo 16 de la LOGJCC para la inversión de la prueba, el juzgador amplía el análisis al tema del daño ambiental, estableciendo que a quien le corresponde demostrar la no existencia de la contaminación acústica y del daño ambiental era a INDUGLOB, y eso en consecuencia, demostraría que no se produjo ningún daño grave en la vivienda y el derecho a vivir en un ambiente sano de la accionante.

*2. La discrecionalidad en la valoración de prueba no presentada.*

En este caso el juzgador cambia el enfoque de la valoración de la prueba, pues en su argumento fundamental para aceptar la acción, pasa a valorar las consecuencias de una prueba que no fue

presentada, ni practicada. Se refiere al informe de medición de vibraciones que no se realizó en la máquina de inyección #21 que afectaba directamente a la vivienda de la accionante, porque se encontraba dañada, a partir de ello llega a la conclusión que ese hecho apoya la tesis de que los niveles de vibración no son fijos y pueden aumentar dependiendo principalmente el estado de la máquina, pues si la misma se encuentra en mal estado podría aumentar las vibraciones a tal punto que puede pasar de la contaminación acústica a provocar daños en la salud al futuro.

En consecuencia, se observa que el juzgador recurre a la discrecionalidad en cuanto a valorar una prueba que no pudo ser practicada para sustentar el argumento más fuerte de su decisión. A pesar de que agrega el análisis que hace de la sustentación del perito de la accionante, quien por medio de una demostración didáctica con un vaso de agua, explicó los efectos de las vibraciones en la infraestructura de la vivienda.

### *3. La “duda razonable” que aplica el juzgador*

En este caso el juzgador en la decisión hace uso del estándar de *duda razonable*, comúnmente aplicado en el modelo anglosajón, para fundamentar su argumento de que las pruebas, como los informes periciales, las auditorías y demás documentos presentados por el accionado le dejan una duda con respecto a que las vibraciones desde julio de 2021 hasta abril de 2022 que se propone la acción se hubiesen mantenido en los niveles permitidos como alega en la contestación, lo que le lleva a concluir que pudieron haber aumentado y afectado a la accionante tal como lo establece en el libelo de la demanda.

## **Conclusiones**

- a. Utiliza la discrecionalidad en la valoración probatoria de una prueba no presentada para sustentar argumentos que pueden ocurrir en el futuro, evidenciando que cumple con un rol más activo en el proceso, alejándose de lo estrictamente producido en audiencia para detener



la vulneración del derecho que está sucediendo en el presente y evitar que se siga suscitando en el futuro, pues indica que el daño de la contaminación acústica puede ser incluso mayor afectando la salud auditiva de la accionante.

- b. Se observa que la discrecionalidad y la falta de regulación en la Ley sobre el estándar de valoración de la prueba que debe aplicar el juez constitucional, a pesar que debía recurrir al COGEP como norma supletoria, le lleva a aplicar un estándar que difícilmente es adaptable al sistema constitucional ecuatoriano, puesto que generalmente se utiliza en el proceso penal, para preservar la presunción de inocencia cuando la prueba genera en el juez una duda razonable (Carnevali y Castillo, 2011), contrario al proceso constitucional, donde el juez no puede eximir de responsabilidad al accionado por insuficiencia de pruebas o dudas, cuando tiene una herramienta fuerte, como la potestad de ordenar prueba de oficio justamente para solventar aquellas dudas.

#### **11. Conjunto de lineamientos específicos que debe observar el juzgador durante la valoración de la prueba en las acciones de protección.**

En atención al objetivo planteado sobre el establecimiento de un esquema de lineamientos, es preciso aclarar que no se considera necesario realizar un proyecto de reforma legal en cuanto al artículo 16 de la LOGJCC para incluir a la sana crítica como sistema de valoración de la prueba porque la Corte Constitucional por medio de la jurisprudencia, ha indicado que los jueces cuando conozcan garantías constitucionales tienen que remitirse al COGEP como norma supletoria y aplicar el sistema de la sana crítica, por lo que sin perjuicio de los parámetros que la Corte ha establecido en las sentencias recientes, y las particularidades que poseen los procesos de acciones de protección, se proponen los siguientes lineamientos:

1. En la valoración de la prueba de las acciones de protección rige el sistema de valoración racional de la prueba bajo las reglas de la sana crítica.
2. Las reglas o máximas de la experiencia se refieren a aquellas que son de carácter común o general, y no las que son del conocimiento privado del juez
3. Para la aplicación de las reglas de la lógica se tiene que observar los principios de contradicción, identidad, razón suficiente y del tercero excluido.
4. La insuficiencia probatoria en la acción de protección no produce que la valoración de la prueba se oriente a una resolución desfavorable, sino a la inversión de la carga de la prueba.
5. El testimonio del accionante tiene que ser valorado en conjunto con los medios probatorios restantes, excepto cuando ocurre la inversión de la carga de la prueba.
6. El juzgador tiene la posibilidad de valorar prueba no presentada siempre que su alcance sea lo más favorable para la protección de derechos.
7. La adecuación de las formalidades en los medios probatorios de la acción de protección, no puede vulnerar el derecho de contradicción de las partes.

### Conclusiones

De conformidad con los objetivos que se plantearon en este trabajo de investigación y tras el análisis teórico, doctrinario, legal y práctico se obtuvieron las siguientes conclusiones:

Primero, desde el ámbito teórico, el avance jurídico analizado por doctrinarios y por la Corte Constitucional del Ecuador en el Derecho Procesal Constitucional sobre la valoración de la prueba nos ha permitido identificar como implicaciones en la discrecionalidad, al activismo judicial en el modelo de proceso constitucional de las garantías jurisdiccionales, donde el juez abandona su rol pasivo de árbitro y observador para convertirse en garantista de derechos que le permite acudir a dicha discrecionalidad para fundamentar los argumentos de sus decisiones; también a la sana crítica como el medio más idóneo para la valoración de la prueba en la acción de protección, en cuanto le da flexibilidad al juzgador en esta etapa probatoria, pero a la vez le establece los límites adecuados para que no cruce la línea de la arbitrariedad, en conjunto con el estándar de prueba *más probable que no*, como la herramienta con la que se mide si un hecho se ha probado o no.

Segundo, se obtuvo la confirmación de la hipótesis planteada y una respuesta afirmativa a la pregunta de investigación pues se verificó que la discrecionalidad en la valoración probatoria de las acciones de protección constituye una problemática para la justicia constitucional basado en que existe un uso inadecuado de esa discrecionalidad en la etapa de valoración, esto provocado principalmente por factores procesales del tipo de procedimiento como características únicas o particularidades que diferencian a esta acción de los otros procesos, como la admisión y práctica de la prueba, la inversión de la carga probatoria, el sistema y el estándar de valoración, la bilateralidad y contradicción de la acción, la transformación a jueces constitucionales y el objeto de la prueba.

Tercero, se evidenció que la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales carece de normas expresas con relación al sistema de valoración que deberían aplicar los jueces en las acciones de protección, y que con el actual desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional se ha subsanado este vacío legal y se han establecido ciertos parámetros concretos en la sentencia Nro. 1095-20-EP/22. Sin embargo, con el escaso desarrollo de la valoración de la prueba que esto representa se encuentran efectos interesantes en la práctica judicial como la valoración de pruebas no presentadas, la emisión de sentencias que aceptan parcialmente la acción, la no inversión de la carga de la prueba, aplicación de estándares de prueba no adecuados para el proceso constitucional, entre otros.

Cuarto, se concluye que difícilmente se puede limitar al juzgador en la etapa de valoración a un sistema restringido por un número determinado de lineamientos o pautas, que le permitan ser discrecional, pero de tal forma que no se invierta en contra del objeto de la acción de protección, como sucede en el sistema de la prueba tasada, por ello, como lo ha establecido la Corte Constitucional se acude al sistema de la sana crítica, configurada de acuerdo a las particularidades que comportan estos procesos constitucionales, en conjunto con los aportes que se plantearon en este trabajo.

### Recomendaciones

A lo largo de este trabajo se ha evidenciado que la discrecionalidad del juzgador debe ser vista desde un enfoque positivo en la valoración de la prueba y no como una herramienta que permita justificar la continuación de vulneración de derechos como algunos jueces actualmente la aplican, como consecuencia de la cultura tradicional formalista que están acostumbrados a aplicar en los conflictos ordinarios que resuelven cotidianamente en la práctica judicial, lo que demanda una formación académica en el ámbito procesal constitucional de los juzgadores que conocen las acciones de protección, dado que la utopía de contar con jueces especializados en materia constitucional implica una transformación de mayor magnitud tanto en la legislación como en la estructura de la Función Judicial.

De los primeros elementos base que se desarrollaron con respecto al sistema de valoración de la prueba y las reglas que constituyen la sana crítica que como se ha identificado, es el sistema aceptado en el ordenamiento jurídico procesal constitucional, sin embargo, es un tema amplio que necesita un estudio profundo con relación a otros elementos que influyen directamente en el razonamiento de valoración probatoria del juzgador como el principio de formalidad condicionada, que recae sobre los medios probatorios practicados en audiencia, pues la adecuación de las solemnidades al proceso constitucional, por ejemplo en la prueba documental, cuando el juzgador elimina la certificación de documentos fotocopiados, pueden afectar el grado de confiabilidad y veracidad con el que se pretende confirmar una hipótesis.

Otro de los aspectos que merecen un estudio profundo corresponde al activismo judicial como doctrina procesal, pues si bien existen estudios teóricos y doctrinales que desarrollan la corriente como fundamento de los nuevos Estados Constitucionales de Derecho, poco es el análisis de la influencia de esta corriente en la actividad probatoria, con relación a la admisibilidad de los medios probatorios, la práctica en audiencia y la valoración que hace el juzgador del acervo

probatorio formado por dichos elementos. Por estas razones, la discrecionalidad en la valoración de la prueba y los factores que influyen en ello exigen un examen mucho más amplio.

### Referencias

- Acción de Protección Nro. 01333-2015-05701 (2015, 21 de agosto). Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial del Azuay (Magalli Granda, J.P).
- Acción de Protección Nro. 01333-2015-05701 (2015, 14 de julio). Unidad Judicial Civil de Cuenca (César Palacios, J.P).
- Acción de Protección Nro. 01333-2022-05015 (2022, 06 de diciembre). Unidad Judicial Civil de Cuenca (Esteban Flores, J.P).
- Alarcón, P. (2013). *La ordinarización de la acción de protección*. Corporación Editora Nacional.
- Amado, J. (2006). ¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial? *Isegoría: Revista de Filosofía Moral y Política* (35), 151-172. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2309683>
- Armijos, D. (2022). Curso Intensivo Acción de Protección y Medidas Cautelares. [Seminario Web]. LATIN IURIS. <https://fb.watch/i0zl5m829n/>
- Atancuri, R. (2021). *La prueba en la acción de protección. Elementos para una teoría de la prueba*. [Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar]. <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/8351/1/T3646-MDC-Atacuri-La%20prueba.pdf>
- Atienza, M. (2018). Siete tesis sobre el activismo judicial. En F. Juaristi (Ed.), *La Justicia* (pp. 39-49). Fundación Mario Onaindia.
- Barrios, B. (2018). *Teoría de la Sana Crítica: Interpretación, valoración y argumentación de la prueba*. Ubijus Editorial.
- Carnevali, R., y Castillo, I. (2011). El estándar de convicción de la duda razonable en el proceso penal chileno, en particular la relevancia del voto disidente. *Ius et Praxis*, 17(2), 77-118. [https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122011000200005#:~:text=Este%20consiste%20en%20que%20el,una%20participaci%C3%B3n%20culpable%20al%20acusado.](https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122011000200005#:~:text=Este%20consiste%20en%20que%20el,una%20participaci%C3%B3n%20culpable%20al%20acusado.)

- Cevallos, F. (2021). La inversión de la carga de la prueba en la acción de protección. *KAIRÓS*, 4(7), 25-53. <https://kairos.unach.edu.ec/index.php/kairos/article/view/176>
- Constitución de la República del Ecuador. (2008, 20 de octubre). Asamblea Constituyente. Registro Oficial Nro. 449.
- Constitución Política de la República del Ecuador. (1998, 11 de agosto). Asamblea Nacional Constituyente. Decreto Legislativo No. 000. RO/ 1
- Dworkin, R. (1977). *Taking rights seriously*. (M. Gustavino, Trad.; 2.º ed.). Editorial Ariel S.A. (Trabajo original publicado en 1984)
- Etcheverry, J. (2014). Discrecionalidad Judicial, Causas, Naturaleza y Límites. *Teoría & Derecho. Revista De Pensamiento jurídico* (15), 148-171. <https://teoriayderecho.tirant.com/index.php/teoria-y-derecho/article/view/123>
- Ferrer, J. (2003). Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales. *Jueces para la democracia* (47), 27-34. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=668796>
- Ferrer, J. (2018). Los Poderes Probatorios del Juez y el Modelo de Proceso. En J. Ferrer, M. Vázquez, y M. Taruffo, *Teoría de la Prueba* (pp. 36-88). Publicación Oficial Tribunal Constitucional Plurinacional del Bolivia. <https://tcpbolivia.bo/tcp/sites/default/files/TEOR%C3%8DA%20DE%20LA%20PRUEBA.pdf>
- Giacomette, A. (2005). *La prueba en los Procesos Constitucionales* [Tesis de pregrado, Universidad de los Andes]. Archivo digital. <https://repositorio.uniandes.edu.co/bitstream/handle/1992/9016/u271021.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- González, R. (2012). Eficientismo y Garantismo Procesales en Serio: Pasando la Página del Debate entre Publicismo y Dispositivismo Procesales. *Derecho & Sociedad* 38, 281-295. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13127>



- Gozáini, O. (1996). *Teoría General del Derecho Procesal: jurisdicción, acción y proceso*. Editorial Ediar.
- Gozáini, O. (2014). *Tratado de Derecho Procesal Constitucional Latinoamericano Tomo I*. Editorial La Ley.
- Guerra, J. C., y Martínez, M. (2019). *El sistema de valoración de la prueba en la acción de protección*. [Tesis de pregrado, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil]. Repositorio Digital UCSG. <http://repositorio.ucsg.edu.ec/handle/3317/13086>
- Guzmán, N. (s.f). Discrecionalidad y Valoración de la Prueba. *Academia.edu*. [https://www.academia.edu/44328175/DISCRECIONALIDAD\\_Y\\_VALORACION\\_DE\\_LA\\_PRUEBA](https://www.academia.edu/44328175/DISCRECIONALIDAD_Y_VALORACION_DE_LA_PRUEBA)
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. (2009, 22 de octubre). Asamblea Nacional. Registro Oficial Suplemento Nro. 52
- Lifante, I. (2002). Dos conceptos de Discrecionalidad Jurídica. *Doxa* (25), 413-419. <https://doxa.ua.es/article/view/2002-n25-dos-conceptos-de-discrecionalidad-juridica>
- Lluch, A. (2015). Estándares de Prueba y Reglas de la Sana Crítica. En R. Vásquez, *Derecho procesal y perspectiva científica de la prueba* (pp. 89-119). Universidad Simón Bolívar.
- Lozada, A. (2018). Activismo Judicial y Derechos Sociales: Un enfoque postpositivista. *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho* (41), 211-226. <https://doxa.ua.es/article/view/2018-n41-activismo-judicial-y-derechos-sociales-un-enfoque-postpositivista>
- Maraniello, P. (2012). El activismo judicial, una herramienta de protección constitucional. *Tlamelaua* 32, 121-165. <http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/tlamelaua/article/view/25>
- Nieva, J. (2010). *La Valoración de la Prueba*. Editorial Marcial Pons.

- Niquinga, R. M. (2021). *La prueba en la acción de protección. Elementos para una teoría de la prueba*. [Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar] Repositorio UASB-Digital. <https://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/8351>
- Ovalle, J. (1974). La Teoría de la Prueba. *Revista de la Facultad de Derecho de México* (93), 273-302. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3842/4.pdf>
- Parodi, C. (2008). ¿Activismo y Garantismo Judicial? En E. Ferrer Mac-gregor, y A. Lelo de Larrea, *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional* (pp. 311-366). Editorial Marcial Pons.
- Porras, A. (2011). La prueba en los procesos constitucionales: aproximaciones a los principales retos en el caso ecuatoriano. En J. Montaña. y A. Porras (Eds.). *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional* (pp. 39-64). Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.
- Rea, N. (2013). *Análisis de Doctrinas Procesales: Activismo Judicial o Garantismo Procesal y su Aplicación en la Administración de Justicia del Ecuador*. [Tesis de pregrado, Universidad de las Américas]. Repositorio Digital Universidad de las Américas. <http://dspace.udla.edu.ec/handle/33000/108>
- Rodriguez, S., y Tuirán G, J. (2011). La valoración racional de la prueba. *Jurídicas CUC*, 1(7), 191-208. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4919245>
- Ruiz, M. (2021). Hart y la tesis de la discrecionalidad judicial. *Revista Saber, Ciencia y Libertad en Germinación*, 14, 39-42. <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/germinacion/article/view/9233>
- Sentencia Nro. 001-10-PJO-CC. (2010, 22 de diciembre). Corte Constitucional del Ecuador (Roberto Lemarie, J.P).
- Sentencia Nro.001-16-PJO-CC. (2016, 22 de marzo). Corte Constitucional del Ecuador (Alfredo Ruíz, J.P).

Sentencia No. 2951-17-EP/21. (2021, 21 de diciembre). Corte Constitucional del Ecuador (Daniela Salazar, J.P).

Sentencia Nro. 2936-18-EP/21. (2021, 28 de julio). Corte Constitucional del Ecuador (Daniela Salazar, J.P).

Sentencia Nro. 1095-20-EP/22. (2022, 24 de agosto). Corte Constitucional del Ecuador (Daniela Salazar, J.P).

Taruffo, M. (2008). Algunos comentarios sobre la valoración de la prueba. (D. González, Trad.) *Discusiones: Prueba y conocimiento*, 81-97. <https://www.cervantesvirtual.com/obra/algunos-comentarios-sobre-la-valoracion-de-la-prueba/>

Taruffo, M. (2013). *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos*. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Cuadernos de Divulgación de la Justicia Electoral.

Taruffo, M. (2018). La Verdad y Prueba dentro el Proceso. En J. Ferrer, M. Vázquez, y M. Taruffo, *Teoría de la Prueba* (pp. 11-36). Publicación Oficial Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia.

Taruffo, M. (2020). *Hacia la decisión justa*. (M. Moreno, Trad.). Zela Grupo Editorial. (Trabajo original publicado en 2009)

Torres, M. (2019). Análisis Constitucional a la Sana Crítica o Libre Valoración Probatoria Penal. *Revista Direito e Justicia: Reflexoes Sociojurídicas Santo Angelo*, 85-98. <https://core.ac.uk/download/pdf/322641571.pdf>

Tribuna Constitucional. (2021, 13 de septiembre). *¿Por qué el debate Activismo Judicial vs. Garantismo Procesal?* [Video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=Td3kXUXeomo>

Velasco, M. (2013). *Análisis comparativo del activismo judicial en Estados Unidos de América y Ecuador* [Tesis de grado, Pontificia Universidad Católica del Ecuador]. Repositorio PUCE.  
<http://repositorio.puce.edu.ec/handle/22000/5903>