



KAIRÓS, Revista de Ciencias Económicas, Jurídicas y Administrativas

ISSN: 2631-2743

ISSN-L: 2631-2743

kairos@unach.edu.ec

Universidad Nacional de Chimborazo
Ecuador

Cevallos Cabezas, Franklin
ESPEJISMOS PROBATORIOS DEL JUEZ CONSTITUCIONAL. LA VERDAD
ENTRE PRUEBAS Y PODERES EN GARANTÍAS JURISDICCIONALES
KAIRÓS, Revista de Ciencias Económicas, Jurídicas y
Administrativas, vol. 6, núm. 10, 2023, Enero-Junio, pp. 91-115
Universidad Nacional de Chimborazo
Ecuador

DOI: <https://doi.org/10.37135/kai.03.10.05>

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=721977383012>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica Redalyc
Red de revistas científicas de Acceso Abierto diamante
Infraestructura abierta no comercial propiedad de la academia

Franklin Cevallos Cabezas

franklinc8@hotmail.com

Instituto Ecuatoriano de Derecho

Procesal

(Quito - Ecuador).

ORCID: 0000-0002-4178-1857

**ESPEJISMOS PROBATORIOS
DEL JUEZ CONSTITUCIONAL
LA VERDAD ENTRE PRUEBAS
Y PODERES EN GARANTÍAS
JURISDICCIONALES**

*EVIDENCE MIRAGES OF THE
CONSTITUTIONAL JUDGE
THE TRUTH BETWEEN
EVIDENCE AND POWER
IN JURISDICTIONAL
GUARANTEES.*

DOI:

<https://doi.org/10.37135/kai.03.10.05>

Recibido: 24/11/22

Aceptado: 31/12/22

Resumen

Coloquialmente nos referimos a los espejismos como ilusiones ópticas sobre un determinado objeto; apariencias de la realidad. El ejercicio del Derecho en Ecuador está compuesto por varias de estas distorsiones que en la práctica se ven reflejadas por las costumbres comunes de jueces y abogados. En tal virtud, este artículo se compone de 3 espejismos en los procesos de tutela constitucional: i) La ilusión de la verdad como objeto de la prueba; ii) la utopía de la corrección epistémica de los hechos a través de los poderes probatorios del juez; y, iii) los laberintos del estándar de prueba propuesto por la Corte Constitucional para los procesos constitucionales. Tres tópicos que jueces y abogados saben de su importancia en una democracia. Empero, parecería que cuando entramos a la sala de audiencias vale más un buen relato bien contado que la corrección epistémica en aras de la verdad y la justicia ¿Será que algún día tomamos a los hechos en serio?

Palabras clave: verdad, poderes probatorios y estándar de prueba.

Abstract

We refer to mirages as optical illusions of a certain object, appearances of reality. The practice of Law in Ecuador is made of several of these utopian illusions that are diluted by the reflections of the common customs of judges and lawyers. This article presents 3 mirages in constitutional processes: i) The illusion that truth can be verified with evidence; ii) the utopia of the epistemic correction of the facts through the evidence practice authority of the constitutional judge; and iii) the labyrinths of the standard of evidence proposed by the Constitutional Court for constitutional trials. Three topics that judges and lawyers know about their importance in a democracy. However, it seems like in court great storytelling is worth more than epistemic correction for the sake of truth and justice. ¿Is it possible that one day we take the facts seriously?

Key Words: Truth, probative Powers, standard of evidence.

ESPEJISMOS PROBATORIOS DEL JUEZ CONSTITUCIONAL LA VERDAD ENTRE PRUEBAS Y PODERES EN GARANTÍAS JURISDICCIONALES

EVIDENCE MIRAGES OF THE CONSTITUTIONAL JUDGE THE TRUTH BETWEEN EVIDENCE AND POWER IN JURISDICTIONAL GUARANTEES

DOI:

<https://doi.org/10.37135/kai.03.10.05>

Introducción

Uno de los principales problemas en la región es la falta de una *disciplina probatoria constitucional* que profundice las reglas y principios especiales que rigen estas garantías de amparo directo de derechos constitucionales (Nisimblat, 2012). Como dicen los profesores Ferrer Mac-Gregor (2006) y Rubén Hernández (2006), esta laguna se da, como sucede actualmente en el Ecuador, debido a que en estos procesos la violación o amenaza de un derecho fundamental se debe acreditar sin mayor debate probatorio; tal es así que la misma Corte Constitucional ha dejado claro la flexibilidad de la práctica probatoria, la informalidad de los medios de prueba y la constitucionalidad de la inexistencia de una etapa probatoria propia.¹

En tal virtud, esta investigación buscar aportar a la construcción de un Derecho Probatorio Constitucional en Ecuador, como a distinguir la existencia de reglas y principios propios, desde tres tópicos de la dinámica probatoria, que en la práctica se han visto deformados y distorsionados: i) el objetivo de la prueba; ii) la relación de este objetivo con las capacidades oficiosas del juzgador; y, iii) la construcción de la premisa fáctica en la decisión.

Tres temas interrelacionados entre sí y que están enmarcados en la Constitución (en adelante CRE) y en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (en adelante LOGJCC). A partir de allí, la Corte Constitucional trazó ciertos lineamientos básicos para el adecuado manejo de las reglas procesales de este tipo de garantías jurisdiccionales que serán analizados a lo largo de este estudio.

Este fue el marco de esta investigación, de corte cualitativo; bibliográfico, que incorpora doctrina nacional, extranjera e internacional, y jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador.

1. Primer espejismo: La verdad, prueba y proceso.

1.1. La verdad y el Estado de derecho

En estos últimos años la embriaguez posmoderna defiende la proscripción de la verdad hasta deconstruirla y volverla inservible. La filósofa americana Susan Haack (2007) -considerada una de las voces más relevantes en epistemología contemporánea-, define como los *New Cynics* a sociólogos, feministas, multiculturalistas, etc, que han negado que cualquier tema concerniente

¹ La Corte Constitucional en sentencia No. 1095-20-EP/22, sobre las pruebas y su relación con el proceso en garantías jurisdiccionales, dijo lo siguiente: “La Corte ha determinado que en esta materia se acepta una mayor flexibilidad en la forma de actuar los medios probatorios. Esto debido a que el procedimiento en el que se conoce vulneraciones de derechos debe ser sencillo, rápido y eficaz, pues tales vulneraciones son de tal magnitud que para su verificación debe bastar con una actividad probatoria razonablemente flexible”.

a la verdad tenga sentido, imponiendo la idea de múltiples verdades, según los puntos de vista y los grupos sociales de pertenencia -como Rorty (1998)- o que la realidad y la verdad sean producto únicamente del lenguaje -como Derrida-. Recordemos que históricamente la relativización de la palabra verdad resultó inútil para la humanidad. El impacto en las controversias judiciales llegaba a tal punto que se solucionaban interpretando el vuelo de un pájaro, recurriendo a la intervención divina (ordalías), o bien envenenando un pollito y ver su comportamiento (Gascón, 2010).

Sin perjuicio de que lo anterior parezca una trivialidad, hasta hace muy poco, el problema de la verdad y la relación con la prueba y proceso no ocupaba un lugar central en la agenda de los juristas y teóricos del derecho. Esta marginación se debía principalmente por las concepciones del tipo de procedimiento, toda vez que era indiferente la verdad y su justificación (Dei Vecchi, 2013, 234). El giro epistémico se da en torno a varios textos, entre ellos el de Michele Taruffo: Discusiones 3, que delinea la conexión que existiría entre la epistemología y el derecho. Las propuestas del tratadista italiano han tenido sus matices en múltiples obras de Susan Hack, Marina Gascón, Perfecto Andrés Ibañez, Damaska, Tuzet, Jordi Ferrer, entre otros.

Actualmente y como parte del orden constitucional, los tribunales representan la quintaesencia de una sociedad gobernada por el Estado de Derecho (Zuckerman, 2018, 83), siendo crucial la aspiración de una verdad como fuente de decisiones judiciales. Si no importase perseguir el unicornio de lo verdadero, todo el edificio de derechos y libertades se desplomaría. Si se aplicase una norma sobre hechos falsos, se estaría burlando los principios de la vida social y no tendría sentido la seguridad jurídica ni la democracia (Chaves, 2021, 292). La verdad es una condición para que el ciudadano confíe en el Estado. Es más, la propia subsistencia de los derechos fundamentales, que es esencial para un sistema democrático, se basa en una concepción objetiva de la verdad: si se tienen en una alta estima los valores de la democracia es necesario tener también en estima a la verdad.

1.2. Aproximaciones generales

Para emprender con esta empresa, como es claro (aunque no siempre lo fue), la materia prima de los procesos judiciales no está constituida por hechos, sino por enunciados lingüísticos relativos a acciones que habrían podido suceder o no, de los que por ello cabe predicar verdad o falsedad (histórica). Los hechos, como parte del pasado, ya no están, son irrepetibles. Pero esos rastros y vestigios son susceptibles de *comprobación* y sobre el resultado se obtiene una conclusión (Ibañez, 2015, 261).

Esta comprobación demanda decidir sobre una versión correcta de los hechos, que es una cuestión de probabilidad, nunca de certeza. Es decir: riesgo inevitable de error. Surge, por

tanto, la pregunta ¿cómo confiar en que la decisión tomada de los hechos es la correcta? (Zuckerman, 2018).

Aquí cobra relevancia la figura del juez o los tribunales de justicia. Estos muchas veces encuentran hechos notorios, aceptados o no negados por quien tenía la carga de prueba. En dichos casos, la plataforma está lista para aplicar el derecho. Empero, puede que los hechos sean controvertidos, en donde el espejo de la verdad se ofrece a los ojos del juez quebrado y en pedazos con la misión de reconstruirlos, quedando reparado del resultado de la valoración de pruebas (Bentham, 1835, 716).

Sin perjuicio de aquello, aun admitiendo la importancia de los hechos y la verdad en el proceso, ¿cuál debería ser la aptitud que los jueces deben tener para asumir que está probado (p)? ¿deben limitarse a creer que p sobre la base de pruebas, o deben saber que (p), o deben constatar que se produjeron elementos suficientes para aceptar que (p)? La última no requiere creencia: los jueces pueden creer que alguien es culpable, pero reconocer que no existieron elementos suficientes en su contra, así como podrían creer que no lo es y constatar que hay elementos suficientes para inculparlo (Tuzet, 2021, 96). Con esto, es importante realizar algunas distinciones que nos ofrece la epistemología y teoría del derecho.

Por un lado, tenemos a las **verdades absolutas vs las relativas**. Taruffo (2010) nos refiere que es un error tal distinción, toda vez que la verdad de un enunciado se determina por la realidad del evento que representa, siendo absoluta y no dejando margen a la graduación. Un enunciado es verdadero o falso: no puede ser “más o menos” verdadero. Lo que si puede variar es el grado de confirmación (aproximaciones) por el conocimiento disponible y las limitaciones del juez o del proceso. (p. 99)

Otra distinción difusa es entre la **verdad y la certeza** (del juez). Como ya se dijo, la verdad es objetiva y depende de la realidad de los hechos. Por el contrario, la certeza es un estado mental subjetivo (Ibid., p. 103).

Sin ser exhaustivo en las distinciones, la más relevante ha sido la de **verdad procesal y material**. La primera es la establecida en el proceso y la segunda es la verdad que se corresponde con la realidad. Son varios los autores que afirman que esta distinción carece de fundamento debido a que la verdad sigue siendo la misma, solo que por varias limitaciones puede alcanzarse en un cierto grado -aproximaciones- (Schum y Twining, 2015).

Sin desmerecer dicha postura, el filósofo estadounidense Robert Summers aporta en el debate indicando que, si aceptamos que la función primaria del proceso es descubrir la verdad, los dos tipos de verdades deben coincidir, no solo por razón de justicia, sino también por razones de

utilidad y compromiso con las reglas del juego (Summers, 1999, citado en Tuzet, 2021, 99).

En un sistema saludable, las dos verdades deben coincidir. Pero entre ellas puede haber divergencias patológicas debidas a un error del juez o justificadas por el mismo sistema debido la existencia de reglas o motivos epistémicos que prohíban la admisión de ciertas pruebas, por cuanto su adquisición viola derechos protegidos -tortura o intervenciones telefónicas-. En tales casos, hay una ponderación de valores en juego donde la verdad cede ante la protección de ciertos derechos (Ibid., p. 99). Summers concluye su idea indicando que los motivos legítimos de divergencia entre estas dos verdades justifican el precio que como sociedad debemos pagar por un sistema que persigue muchos fines no siempre compatibles. (Summers, 511).

Sin perjuicio de lo expuesto, Taruffo insiste en la verdad material como absoluta poniendo en duda esa división. Su hipótesis se sostiene desde las concepciones del proceso, en donde plantea dos alternativas: i) concebir al proceso como un método para la resolución de conflictos; y ii) el proceso como método para aplicar la ley, poner en práctica el derecho y garantizar efectivamente los derechos individuales y colectivos (Taruffo, 2003, 14). La primera opción refleja la premisa: “No gana quien tiene la razón; tiene la razón quien gana”. La justicia tiene una personalidad meramente procedimental; es decir, un mero respeto al ritual y reglas que resuelven un conflicto, siendo irrelevante la verdad. Esta perspectiva se alinea con ver a la **verdad como coherencia**, que significa tener en su centro a los relatos que presentan los abogados, las partes y sus testigos (Taruffo, 2008, 27).

La segunda perspectiva reviste la justicia del procedimiento como condición necesaria pero no suficiente de la justicia de la decisión. Para Taruffo la justicia respondería no solo al respeto de las reglas del juego, sino también a la correcta aplicación de las normas, y esta condición se daría únicamente si: i) la norma es adecuada para el caso y ha sido correctamente aplicada, y si ii) se ha determinado la verdad acerca de los hechos que constituyen el caso. Esta versión del proceso ve a la **verdad como correspondencia**, en donde los enunciados probados se ajustan o se aproximan a la verdad objetiva” (Ibid., p. 28).

La segunda condición de justicia -la verdad de los hechos- ha sido objetada en el sentido de que el juez no es un Oráculo y no tiene un ojo de Dios para saber cómo verdaderamente fueron las cosas. (Tuzet, 2021, 103). Sin desmerecer las múltiples razones que limitan la propuesta de Taruffo, algo que muchos concuerdan es que esta verdad como correspondencia es un “ideal regulativo necesario hacia el cual el juez debe orientar su decisión”. Taruffo al igual que Summers ve las limitaciones del proceso, pero en su opinión: “a despecho de estos límites, no hay dudas de que la búsqueda de la verdad tiene un sentido, y que el decidor debe tender a maximizar la veracidad de sus conocimientos sobre los hechos que le interesan si quiere maximizar la validez de sus decisiones y reducir el riesgo de errores” (Taruffo, 2002, citado en

Tuzet, 2021, 104).

1.3. Rompecabezas del proceso constitucional

De los matices y controversias que el mismo Taruffo aduce sobre la distinción de verdad procesal y material, muchos civilistas la resaltan por la existencia del principio dispositivo, según el cual el proceso está a disposición de las partes, a quienes compete iniciarlo, el objeto de la controversia y la selección de pruebas. Si esto es así, la verdad y su corrección pasa a segundo plano, siendo el objetivo del proceso evaluar las pretensiones y resolver el conflicto.

En el Ecuador, el rompecabezas probatorio de los procesos de tutela constitucional se erige por el art. 86.3 de la CRE y los artículos 14 y 16 de la LOGJCC, que prescriben reglas y condiciones especiales a todos los procesos de garantías constitucionales (distintas a los ordinarios), dotándole al juez de plenas capacidades oficiosas probatorias, mismas que serán analizadas en el segundo capítulo.

En dichas normas se construyen mecanismos dialógicos para que en «la conformación del conjunto de elementos de juicio o pruebas» (Ferrer, 2021)², las partes y el juzgador adquirieran el mayor número de pruebas relevantes posible y de la mayor fiabilidad (Ferrer, 2007: 68). Esto se funda en la idea de que los errores judiciales en los que se pudiera incurrir respecto de los hechos disminuirán en razón de que el juez disponga de la mayor cantidad y calidad posible de elementos de juicio relevantes del caso (Osornio, 2022, 178).

Ahora bien, introducidos varios de los relatos que dan los contornos a la relación entre la prueba, verdad y proceso, el primer espejismo lo encontramos en la distorsión de uno de los principales enunciados normativos que presenta el Art. 14 de la LOGJCC: “*La audiencia terminará sólo cuando la jueza o juez se forme criterio sobre la violación de los derechos*”.

El mandato es claro: el juez debe estar comprometido con la búsqueda de la **verdad como correspondencia** y no conformarse con discursos que encierran verdades aparentes -**verdad como coherencia**-. Como se dijo, los procesos no están constituidos por hechos, sino por enunciados lingüísticos relativos a acciones que habrían sucedido o no. Los hechos, como parte del pasado, ya no están, son irrepetibles. Pero esos rastros y vestigios son susceptibles de *comprobación*. Para esta empresa el juez necesariamente deberá apoyarse en pruebas como principal insumo para obtener un mayor grado de certeza sobre la vulneración o no un derecho constitucionalmente protegido.

² Según Ferrer (2021: 22-23) son tres los momentos de la actividad probatoria: 1) El momento de la conformación del conjunto de elementos del juicio o acervo probatorio; 2) El momento de la valoración de la prueba y 3) El momento de la decisión sobre la prueba.

Esta afirmación se complementa por la particularidad que tienen los procesos constitucionales frente a los ordinarios, en donde las capacidades oficiosas del juzgador constitucional son plenas, mientras que en otras jurisdicciones se encuentran restringidas por otro tipo de reglas y principios. En este orden, ¿cuál sería el sentido de otorgar plenas facultades probatorias al decisor?, si no se le va a exigir un compromiso con la verdad.

Por tanto, si bien a lo largo de este capítulo se ha sostenido la necesidad de mantener la búsqueda de la verdad como un ideal en democracia, mientras se siga contemplando al proceso constitucional como un debate dialéctico particularmente sobre derechos, en donde los hechos y las pruebas no merezcan una atención oportuna, persistiremos en dar más relevancia a las historias bien contadas y al cuento de la verdad procesal. La distorsión del objetivo real de la prueba, sumado a un arbitrario manejo de los efectos de las cargas de prueba, se traduce en espacios de arbitrariedad que atrofian los valores en juego dentro de los procesos de amparo constitucional. Este, sin dudas, es el espejismo de la verdad y la prueba en el proceso: ilusiones normativas que se ven distorsionadas en la práctica por jueces y abogados.

2. Segundo espejismo: Los poderes del juez constitucional

2.1. Las partes y su compromiso

En los procesos de tutela constitucional, como dice Nisimblat (2012), el dominio de la prueba no es solo de las partes, sino también del juez, quien debe sustraerse de los límites impuestos en los procesos ordinarios para ampliar sus capacidades y determinar si un hecho ocurrió o no. Para aquello debe valerse de las herramientas procesales que la ley y la constitución le brindan, atendiendo a los medios de prueba previstos y a la conducencia y eficacia de cada uno de ellos, por lo que es imperativo modular la actividad procesal con los principios del derecho procesal general y éstos, a su vez, con los principios del derecho procesal constitucional. (p. 339)

En tal sentido, si asumimos en el primer capítulo que la actividad probatoria tiene como objeto el descubrir la verdad, vale cuestionarse si las partes buscan lo mismo en el proceso.

La respuesta es que no necesariamente y ello obedece a que las partes, como en cualquier proceso, defienden sus intereses (Osornio, 2022, 82). Como señaló Aguiló, el litigio es un juego no cooperativo y las partes no buscan dotar al juez de toda la información para resolver al caso (Aguiló, 2013, citado en Cervantes *et. al.*, 2022, 56). Es más, pueden manipular el material probatorio (testigos falsos) o dejar de presentar medios de prueba que, aun cuando pudieron ser útiles para la búsqueda de la verdad, no son compatibles con sus pretensiones (Ferrer 2007, 39). Por tanto, lo que interesa a las partes es demostrar lo que tienen la carga de probar, con independencia de si se corresponde o no con la realidad (Taruffo, 2010, 192).

Con esto, la posibilidad de que el juez ordene la práctica de prueba parece una herramienta necesaria, en tanto que permite contrarrestar la falta de información o minimizar los riesgos que genera la defensa de los intereses de las partes. (Osornio, 182).

Con esta primera premisa, el presente apartado exhibe cuáles podrían ser estas condiciones y facultades oficiosas del juez de instancia constitucional junto con propuestas de regulación, sin que esto pretenda ser una posición acabada o definitiva.

2.2. Poderes y prejuicios

La misión del juez de determinar si un hecho ocurrió o no es irrenunciable, sin poder aferrarse a una confianza infantil en su poder de vislumbrar lo cierto ni en un escepticismo cínico que le lleve a dar por probado lo que se le antoje más oportuno (Chaves, 295). Sobre esa base, hay que prevenir ciertos “prejuicios probatorios” que debaten las capacidades oficiosas del juez por considerarlo contrario al principio dispositivo y cercano al sistema inquisitivo (Osornio, 198).

El primero de estos prejuicios es considerar que la capacidad oficiosa *atenta contra el principio dispositivo*. Si esto fuese así, vulneraría el artículo 186.6 de la CRE, que indica que “La sustanciación de todos los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo”. Al respecto, Cervantes trae una distinción útil formulada por Jordi Nieva en la que diferencia el principio dispositivo con el de aportación de parte de prueba (Cervantes, *et. al.* 2022).

El principio dispositivo abarca el poder de iniciar el proceso, continuarlo y lo más importante: determinar el objeto de la controversia. Cuando un juez de amparo practica prueba de oficio no dispone del objeto del juicio ni lo activa en un inicio. Taruffo nos dice que en estos casos es preferible hablar de procesos mixtos en los que se prevén poderes de instrucción más o menos extensos al juez junto con la plena posibilidad de las partes de aportar prueba (Taruffo, 2010). Por su parte, el principio de aportación de prueba supone que solamente las partes pueden aportar pruebas al proceso para acreditar sus afirmaciones. (Nieva, 945, citado en Cervantes *et. al.*, 65)

Al ser dos principios independientes, el de aportación de prueba se encuentra recogido en el Art. 76.7.h de la CRE como una de las garantías esenciales del derecho a la defensa. Tal como lo indica Cervantes (2022), si bien la CRE reconoce el derecho de las personas a presentar prueba, no especifica quien puede hacerlo. En consecuencia, no existe prohibición para que la prueba sea ordenada judicialmente y esta actividad no trasgrede el principio dispositivo. (p. 68)

Otro prejuicio probatorio es un presunto *carácter inquisitivo del juez* que provocaría imparcialidad en el proceso. Al respecto, hay que advertir preliminarmente que, aunque el diseño de los procesos constitucionales en Ecuador no imponga mayor regulación a la actividad probatoria del juez de instancia, esta no se traduce en un juez defensor de las partes (que atentaría su imparcialidad), pues siempre hay límites que blindan derechos fundamentales (como el debido proceso) al no tratarse de una actividad arbitraria ni de discrecionalidad absoluta (Hurtado, 2016, 410). En esa misión de prudente detective de hechos y armado con la lupa jurídica, el juez tomará más o menos iniciativa probatoria de acuerdo con el orden jurisdiccional que se encuentre (Chaves, 295). En la esfera constitucional, se espera un juez más activo que en los procesos civiles y penales.

En relación con principio de *imparcialidad*, Papayannis nos dice que este tiene dos dimensiones: una de carácter personal vinculada con las circunstancias del juzgador y otra funcional, predicable de las garantías que debe ofrecer el órgano encargado de juzgar. La primera debe ser presumida mientras no se demuestre lo contrario. La segunda reclama garantías suficientes para excluir cualquier duda legítima sobre su imparcialidad (Papayannis, 2016, 38).

Desde esta perspectiva, Osornio plantea 3 argumentos que invalidan el sesgo de falta de imparcialidad del juzgador: i) Durante la sustanciación del juicio el juez dispone de todo el proceso, con la consecuencia de poder beneficiar o perjudicar a alguna de las partes con la toma de alguna determinación, por lo que no es factible considerar que ello solo acontecerá cuando ordena prueba de oficio; ii) Antes de ordenar una diligencia para mejor proveer (el juez) no se sabe cuál va ser el resultado y, en consecuencia, a cuál de las partes puede beneficiar o perjudicar su incorporación; iii) Con independencia del origen de la prueba (aportada por las partes o por el juez) una vez incorporada al juicio, en virtud del principio de comunidad de prueba, cualquiera de las partes puede valerse de esta (o contradecirla), de modo que no es factible sostener que la prueba de oficio solo favorece a una de las parte. (Osornio, 203)

Lo anteriormente expuesto deja en evidencia el error que significa una supuesta pérdida de imparcialidad por el despliegue de cualquier potestad probatoria, por lo que el prejuicio y temor no tiene asidero en este tipo de procesos. Como reiteran constantemente Taruffo (2008 y 2010), Ferrer (2017) y Damaska (1986), entre otros, el juzgador no puede ser un espectador pasivo e indiferente de una competencia entre dos partes. Todo lo contrario, a este le debe importar que gane el proceso quien deba ganarlo, respetando un debido proceso y conforme a los hechos acaecidos en el mundo. Es decir, la imparcialidad exige la indiferencia entre las partes, pero no neutralidad entre la verdad y falsedad: exige que se busque la verdad con independencia de a que parte beneficie.

2.3. Poderes probatorios del juez constitucional

Antes de examinar la relación entre poderes probatorios de las partes y el juzgador en el diseño establecido en el Art. 86.3 de la CRE y 16 de la LOGJCC, Jordi Ferrer nos presenta dos ideas preliminares que hay que anticipar: i) rechazar la asimilación entre un modelo de proceso dirigido a encontrar la verdad y el inquisitivo, que se centra en la figura del juez; y, ii) la expresión “poderes probatorios del juez” suele centrarse únicamente en la facultad de ordenar pruebas no solicitadas por las partes, suponiendo aquello en una reducción excesiva del tema, por lo que hay que poner en contexto todas y cada una de las capacidades y poderes probatorios de oficio. (Ferrer, 2017, 10) Acogiendo el modelo presentado por Ferrer, sin ser exhaustivos, a continuación, se presentarán 6 poderes probatorios que rodean y desarrollan la actividad del juez dentro del proceso de garantías jurisdiccionales. (Ferrer 2017 y 2022)

i) La potestad del juez de admitir o inadmitir pruebas:

Esta actividad tiene dos aristas a considerar: i) El Art. 86.3 de la CRE y Art. 16 de la LOGJCC establece dos criterios de exclusión probatoria (relevancia y constitucionalidad), que permiten filtrar los medios de prueba que serán admitidos; y, ii) que la prueba necesariamente tenga relación con los hechos controvertidos (principio de idoneidad/utilidad de la prueba). Estas reglas le permiten al juez aceptar o desechar pruebas.

ii) La capacidad de intervenir en la práctica de pruebas:

De acuerdo con la norma indicada, existe la facultad de intervenir especialmente en las pruebas personales (testificales y periciales), formulando preguntas, pidiendo aclaraciones, solicitando mayores detalles o precisiones (Ferrer, 2017, 11). Asimismo, cuenta con la capacidad para requerir a alguna autoridad o particular la aportación de documentos que las partes la hubieran pedido con anterioridad para exhibirlos como prueba en el juicio (Osornio, 184).

iii) La capacidad del juez de indicar a las partes lagunas probatorias:

Este es un poder menos intenso que el de ordenar directamente las pruebas de oficio. Significa que el juez podría indicar a las partes las lagunas probatorias para que las colmen, llegando incluso a determinar el tipo de prueba que se debería ingresar. Esta capacidad es vista generalmente como un poder/deber. (Ferrer, 2017, 11)

vi) La capacidad de disponer la incorporación de pruebas no solicitadas por las partes:

Considerado como el supuesto típico de poder probatorio del juez, los citados artículos facultan al juez a exigir pruebas en cualquier momento del proceso, cuestión que debería ser regulada y matizada como una facultad *excepcional*, de ultima ratio, y una vez que las partes hayan

agotado sus intervenciones (Hurtado, 411).

La pregunta que surge de dicho postulado es ¿cuáles serían las condiciones de excepcionalidad? Parra Quijano (2007) nos habla de la deficiencia probatoria por vacío cognitivo (insuficiencia de prueba e incertidumbre por ausencia de pruebas). Al respecto, para evaluar el uso de una prueba de oficio, habla de dos condiciones: i) Que las partes hayan agotado la aportación de sus medios de prueba; y, ii) que el juez se encuentre en una situación de indecisión frente a las pruebas y los hechos, siendo insuficientes los medios de prueba presentados.

El problema que se presenta en el proceso de tutela constitucional es cuando el juez ve enfrentada los efectos de la carga de prueba (a quien le correspondía probar) y la posibilidad de actuar prueba de oficio (actividad probatoria oficiosa). Velásquez (2015) analiza esta complejidad y resalta que la prueba de oficio es excepcional, alternativa o subsidiaria, precisando los siguientes presupuestos: i) la relación de la carga de prueba y la prueba de oficio es de alternatividad, es decir, que queda a discreción del juez decidir que institución aplicar; ii) la relación es de subordinación, donde ante la indecisión, debe agotarse la prueba de oficio y solo de mantenerse la incertidumbre, aplicarla carga de prueba; iii) una relación de subordinación inversa, donde la regla sea aplicar la carga de la prueba y solo en forma excepcional, aplicar la prueba de oficio. (p. 249)

Al respecto, la Corte Constitucional indicó que “...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.”³ Sin embargo, esto no ayuda a resolver el enfrentamiento de las dos instituciones. A criterio de este investigador, el diseño de los procesos constitucionales debería renovarse bajo el concepto establecido en el segundo supuesto (subordinación). Esto es, si del debate de las partes existiesen elementos que aún están en la incertidumbre, el juez tiene la capacidad excepcional y de última ratio para activar la vía oficiosa y pedir pruebas -que las partes han referido y no presentado-. Luego, una vez agotados todos los esfuerzos en esa dinámica dialógica de las partes con el juez, asegurando que las partes han tenido la oportunidad de ejercer su derecho a la contradicción sobre los poderes oficiosos activados, aplicar los efectos de las cargas de prueba que correspondan a las partes y decidir sobre los hechos en conflicto.

v) La capacidad de alterar la carga de prueba (carga dinámica de la prueba)

La doctrina ha reconocido dos dimensiones de la carga de prueba: La primera es la objetiva, que responde a la pregunta ¿quién pierde si no hay prueba suficiente? Esta es una regla de juicio dirigida a los jueces. Frente al fracaso de las partes al acreditar los hechos que debían

³ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 1095-20-EP/22

probar, el juez queda habilitado para imponer los efectos adversos que merezca la parte y dar cumplimiento a su obligación de dictar sentencia. (Nieva, *et al.*, 2019). En otras palabras, “determinar las consecuencias de la incertidumbre acerca de un hecho” (Rosenberg citado en Nieva, *et al.*, 2019, p.57). La segunda es la dimensión subjetiva, que responde a la pregunta ¿qué parte debe aportar prueba al proceso? Al respecto, Ferrer la llama “regla técnica” (Nieva, *et al.*, 2019, p. 61) y Echandía como regla de conducta de las partes, que les señala qué hechos les conviene probar a fin de obtener una solución favorable (Echandía, *s.f.*, p. 427).

Con esto claro, en los amparos constitucionales tenemos el siguiente diseño: el Art. 86.3 de la CRE refiere dos escenarios: i) se invierte la carga de prueba cuando el accionado es el Estado, por lo que el accionante parte con presunción a favor de sus afirmaciones hasta que se demuestre lo contrario o siempre que de otros elementos se desprenda lo contrario; y, ii) en caso de que la parte accionada sea un particular y siempre que en la demanda se alegue discriminación o violación de los derecho de la naturaleza o del medio ambiente, se revertirá la regla general de la carga de la prueba y esta recaerá en la parte accionada. Para el resto de los casos, aplica la regla general: el que afirma prueba (Cevallos, 2021).

Con lo dicho, existe otra forma de distribuir el riesgo del error o las cargas de prueba, denominada la carga dinámica de la prueba. En sentencia No. 639-19-JP/20, la Corte Constitucional de Ecuador reconoció la carga dinámica de la prueba en procesos constitucionales sin mencionar detalles de su regulación. Sobre la teoría de la carga dinámica de la prueba, Gianinni refiere que esta regla implica poner en la cabeza de quien está en mejores condiciones de probar determinados hechos, la carga de la prueba (Nieva, *et al.*, 2019, p. 100). Empero, de acuerdo con el mismo autor, esta categoría probatoria hay que diferenciarla con el principio de colaboración que, en el ámbito de la prueba, conlleva la posibilidad de extraer indicios o sanciones propiamente dichas, como derivación de la omisión de aportar elementos de juicio razonablemente disponibles para esclarecer un hecho (*ibid.*, 101).

Esto último le permite al juez, frente a la incertidumbre, establecer que quien estaba en mejores condiciones de aportar una prueba que sirva para brindar certeza a la incertidumbre, ocultó, tergiversó o simplemente no presentó los elementos que tenía a su disposición, dejando expuesta su intención de no colaborar en el proceso (Cevallos, 2021, 46). El impacto de esta omisión la podemos ver en el contexto de descubrimiento del juez, que irradiará negativamente en la decisión final.

Sobre el anuncio de la Corte Constitucional, Polo establece 4 ideas que controvierten la inclusión de esta categoría en el tratamiento de las pruebas en garantías jurisdiccionales: i) el primero hace referencia a que ya existen normas previas y claras para la distribución de la carga de prueba, por lo que al dejar esta capacidad en manos del juez, se actuaría en desmedro y

contradicción de estos preceptos; ii) No existe norma alguna que dé al juzgador esta capacidad, por lo que se estaría atentando contra los principio de legalidad; iii) Afectación al derecho al debido proceso y seguridad jurídica, toda vez que las partes no conocerán de antemano quien asumirá el peso de la carga de prueba, sino hasta la sentencia; y, iv) Desequilibrio procesal al permitirles que los jueces desconozcan las reglas constitucionales y legales de la inversión de la carga de prueba. (Polo, 265, en Cervantes *et al.*, 2022)

Los temores y advertencias realizadas por Esteban Polo son plausibles. Esta figura no tiene asidero en nuestra legislación y la Corte Constitucional debe explicar sus razones para su inclusión en los procesos constitucionales; caso contrario, expulsarla de sus precedentes.

vi) La imposición al juez del deber de decidir qué hipótesis fácticas se consideran probadas (estándar de prueba).

Este poder probatorio del juez es el más intenso. A criterio de Jordi Ferrer, el denominado estándar de prueba significa decidir el grado de corroboración que una hipótesis fáctica debe tener para ser considerada probada (Ferrer, 2017, 103). Este tema será tratado en el siguiente capítulo.

La descripción de las capacidades oficiosas que puede tener el juez, junto con el respectivo análisis y propuestas de regulación de los artículos 86.3 de la CRE y 16 de la LOGJCC, nos permite tener una aproximación al tipo de comportamiento esperado del juzgador en el trámite de estos procesos de tutela, que difiere sustancialmente a la pasividad que muestran en los procesos ordinarios de otras jurisdicciones.

Sin perjuicio de aquello, parecería que existen dos zonas borrosas que limitan esta empresa: i) que los jueces de instancia de otras jurisdicciones, como la civil, penal, laboral, etc, son los encargados de tramitar las acciones de tutela constitucional, tarea que se cumple en ocasiones bajo las reglas procesales generales y no con las particularidades que encierran los procesos de tutela, como alterar erróneamente las cargas de prueba, exigir formalidades -propias de otros procesos- a los medios de prueba y descuidar las garantías del debido proceso, derecho a la defensa y contradicción probatoria, justificando su arbitrariedad en la elasticidad de los procesos constitucionales; y, ii) la falta de regulación de las capacidades oficiosas ha derivado en que los jueces asuman la relación de la carga de prueba y la prueba de oficio como de “alternatividad”, en donde queda a su discreción decidir que institución aplicar, siendo muchas veces una vía fácil y rápida el imponer las cargas de prueba sin llegar a cumplir el mandato del Art. 14 de la LOGJCC, que es formarse un criterio de lo que realmente pasó. Este es el segundo espejismo encontrado: capacidades oficiosas probatorias distorsionadas por la falta de regulación y de jueces especializados en materia constitucional.

3. Tercer espejismo. Estándares de prueba

La concepción racionalista de la prueba impulsada por Jordi Ferrer mantiene el uso de estándares de prueba en el desarrollo de la decisión sobre la prueba. Indica que en los procesos judiciales encontramos estándares de prueba que apelan a elementos mentales o psicológicos del juzgador -más allá de toda duda razonable o íntima convicción-. A su juicio, dichos estándares no permiten un control toda vez que la convicción *-irracional-* varía entre jueces, resultando totalmente subjetivo e injustificable (Ferrer, 2019).

El hecho de que el juez tenga una determinada creencia o convicción no infiere en nada en la probabilidad o no del hecho. Por tanto, entendiendo que el razonamiento probatorio es probabilístico, Ferrer plantea la existencia de estándares de prueba objetivos, con dos premisas: i) tratar de evitar las pruebas con las creencias; y, ii) estar formulado con referencia exclusiva a las pruebas y sus características. La fórmula debe indicarle al juez qué debe buscar en las pruebas y qué particularidades deben tener. (Ferrer, 2019)

Sin el ánimo de profundidad en su propuesta, otro detalle importante es que los estándares cumplen tres funciones en la decisión probatoria: 1) aportar los criterios imprescindibles para la justificación de la decisión misma (suficiencia probatoria); 2) sirven de garantía para las partes, pues les permitirán tomar sus propias decisiones respecto de la estrategia probatoria y controlar la corrección de la decisión sobre los hechos, y 3) distribuyen el riesgo del error entre las partes. (Ferrere, 2021, 107). Para el objeto de estudio, cabe desarrollar dos de estas funciones:

i) Criterios imprescindibles para la justificación de la decisión

Al igual que Marina Gascón (2005, 137), Ferrer indica que los estándares de prueba cumplen una función heurística y justificativa. La primera, al ofrecer al juez guía acerca de los criterios que debe tener presente al momento de valorar la prueba. La segunda, al proveer, precisamente, de criterios que determinan el umbral de suficiencia probatoria para considerar un hecho como probado (Ferrer, 2021, 108).

ii) Garantía para las partes

Solo si las partes pueden conocer el umbral de suficiencia probatoria, podrán tomar decisiones racionales antes y durante el proceso respecto de la estrategia de defensa a presentar. Esto significa la posibilidad de contralar la corrección del razonamiento probatorio mediante recursos, fiscalizando si la valoración individual y conjunta fue la adecuada y si la hipótesis fáctica alcanzó el grado de corroboración exigido para este tipo de procesos (ibid., 112).

3.2. Primera arena movediza: Gama y el Dorado

Raymundo Gama postula 3 objeciones a la propuesta de Ferrer (Gama, 2021, 14):

i) Sobre considerar irracional la incorporación de creencias y estados mentales del juez, sostiene que dicha postura estaría justificada únicamente si estas creencias operasen de forma aislada al razonamiento. En cambio, si la convicción del juzgador se obtiene del resultado del análisis probatorio, estaría sustentada en pruebas. Creencias y pruebas no deben disociarse.

ii) Parecería que Ferrer coloca una disyuntiva de escoger entre una concepción racional centrada en las pruebas y otra persuasiva centrada en las creencias. Al respecto, Gama dice que es un falso dilema que condena al irracionalismo cualquier teoría que incorpore creencias o convicciones sin examinar si operan de forma aislada o como resultado de las pruebas.

iii) Finalmente, interpreta que al condenar al subjetivismo cualquier teoría de la prueba que aluda a estados mentales, pasa por alto que la convicción del juez puede ser entendida como un ejercicio de convicción razonada y justificada producto del análisis de las pruebas y del razonamiento del juez.

Con esto, concluye que, sin ser una hipótesis acabada, debe existir la búsqueda de armonía de la prueba y convicción *-racional-*, acompañado del diseño de metodologías para el análisis de pruebas y la motivación en juicio. (Ibd., 17)

3.3. Segunda arena movediza: Entre aceptar y creer

Juan Carlos Bayón y Daniel González Lagier son escépticos en la formulación de estándares de prueba, inclinándose a intentar la distribución del error sobre la prueba en reglas de prueba (Dei Vecchi, 2020, 232).

Como ejemplo, para formar la decisión judicial, Daniel González Lagier traza la diferencia que entre aceptar y creer algo. Dice Daniel:

Yo no puedo creer algo que sé que es falso; en cambio, puedo aceptar algo sobre lo que tengo dudas, o incluso que creo que es falso, y actuar como si fuera verdadero. Aceptar, por tanto, es una actitud proposicional que también tiene relación con la verdad, pero de una manera distinta de la creencia: el que cree algo tiene la pretensión de que su creencia es verdadera, pero esta pretensión no está necesariamente presente en la aceptación. El que acepta algo puede pretender solo que hay razones para actuar como si la afirmación fuera verdadera, aunque no lo sea. (Gonzales Lagier, 2020, 425)

Creer es una razón para aceptar, pero no la única. Puede haber aceptación por razones epistemológicas o de otro tipo. Sin embargo, cuando se acepta por razones epistemológicas, entonces no basta con cualquier grado de justificación de la creencia, y el criterio para establecer qué grado de justificación es necesario es un criterio de tipo práctico relativo al contexto y a los fines del agente (Ibid., 425).

Esta precisión es relevante, toda vez que, dado que las creencias no están completamente bajo nuestro control, no tiene sentido pretender que las normas puedan obligarnos a tener una u otra creencia. Por otro lado, si la aceptación es una acción voluntaria, las normas sí pueden obligarnos a aceptar una determinada hipótesis como premisa fáctica de la decisión judicial. Algunas de estas normas exigen aceptación de un determinado resultado probatorio por razones epistémicas (nos obligan a aceptar porque hay razones para creer); otras, por razones prácticas (protección de algún bien jurídico) (Ibid., 426).

3.4. Estándar de prueba propuesto por la Corte Constitucional

En el Ecuador tenemos dos estándares de prueba conocidos: “más allá de toda duda razonable” para procesos penales y una especie de “íntima convicción” en procesos civiles. Larry Laudan (2005) refuta dichas fórmulas por vagas e imprecisas, con lo que acaban dependiendo de la estimación subjetiva del juez o del jurado, sin que cuente con la orientación de criterios racionales (p. 28).

Para los procesos constitucionales, en sentencia No. 2951-17-EP/21, la Corte Constitucional del Ecuador indicó lo siguiente:

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.

En los términos de Ferrer, la propuesta cae en el misma distorsión y apariencia de objetividad de las otras fórmulas, por lo que se traduce en un tercer espejismo. En principio, no parecería compatible darle al juez capacidades oficiosas y luego hablar de un estándar menos riguroso que en otras materias. Por otro lado, ¿cuáles serían los criterios para que un juez concluya que una hipótesis es más o menos razonable?, ¿acaso el juez debe llegar a un estado mental “de convencimiento” de la hipótesis más razonable?, ¿qué significa que sea razonable? Para el control en la motivación ¿se exige el descarte de la hipótesis alternativa?; en apelación, ¿cómo es posible el control del razonamiento del juzgador de la hipótesis descartada?

Visto desde la óptica de Gama, el estado mental del juez para determinar la razonabilidad de

una hipótesis sería plausible siempre y cuando la conclusión se desprenda del razonamiento del acervo probatorio practicado y no de forma aislada.

La alternativa de González Lagier y el diseño de cargas procesales de las garantías jurisdiccionales en Ecuador tienen cierta similitud, en los siguientes términos: si una norma -Art. 86.3 de la CRE y el Art. 16 de la LOGJCC- que establece la obligación de dar por probado un hecho si se da cierta combinación de elementos de juicio -presunción legal relativa- (Cevallos, 2021, 19), exige -como hemos visto- que la afirmación de que ese hecho ha ocurrido debe ser aceptado. Esto significa un criterio de aceptación, de manera que no es necesario un nuevo criterio -el estándar- para saber si ese hecho debe ser aceptado o no.

3.5. Criterios para orientar la decisión

Sin que sea un estándar de prueba propiamente dicho, con el fin de complementar la propuesta realizada por la Corte Constitucional y tomando una posesión ecléctica entre las versiones presentadas, voy a tomar un criterio de EEUU que se presenta como una alternativa de racionalización del sistema de la libre valoración o apreciación de la prueba, denominado “*probabilidad prevaleciente*” o “*más probable que no*”, comparable con “la formula norteamericana *preponderance of evidence*” (Taruffo, 2008, p. 274). Estos criterios sirven para evidenciar las consecuencias de los grados de confirmación de las afirmaciones realizadas por las partes.

Siguiendo la línea de Ferrer y Taruffo, sin ánimos de exhaustividad y con el fin de aportar al estándar propuesto por la Corte Constitucional, a continuación, se presenta criterios de orientación de la decisión exclusivo para las acciones constitucionales y que podría ser un punto de partida para la racionalización de los grados de confirmación de los hechos por parte del juez.

Tabla 1: Criterios de orientación de la decisión exclusivo para las acciones constitucionales

“Una hipótesis sobre los hechos se considerará probada, cuando:”
a) La hipótesis sea la mejor explicación disponible de los hechos cuya ocurrencia se trata de probar, a la luz de los elementos de juicio existentes en el expediente judicial.
b) Debe haberse refutado la hipótesis alternativa que se derive de los mismos elementos de juicio existentes en el expediente y que fueron propuestos por la parte que pierda.

Fuente: elaboración propia.

Ahora, para complementar estos criterios, se acompaña la propuesta de Taruffo para verificar

los grados de confirmación con las fórmulas de la “*probabilidad prevaleciente*”. Este método se presenta en el siguiente esquema que pretende demostrar todos los escenarios que el juez puede presentar en su sentencia sobre la base de una situación simple que se pretenda resolver sobre la base de pruebas disponibles.

Ejemplo:

X= (afirmación de un hecho)⁴

VX= Verdadero

FX=Falso

Tabla 2: Grado de confirmación probatoria fuerte

1) Si VX ha recibido un grado de confirmación probatoria FUERTE :			
Posibilidad	Grado de confirmación	Situación de X	Método
1	FX no confirmación.	X=verdadero	VX está justificada y se valida con el estándar propuesto.
2	FX confirmación débil.	X=verdadero	Si VX es la mejor explicación, se justifica siempre y cuando se refute la hipótesis alternativa de FX.
3	FX confirmación fuerte.	X=(incertidumbre)	Ver cuál de las dos propuestas tiene las mejores y razones sostenibles.

Fuente: elaboración propia.

Tabla 3: Grado de confirmación probatoria débil

2) Si VX ha recibido una confirmación probatoria DÉBIL (parte con presunción a favor)			
Posibilidad	Grado de confirmación	Situación de X	Método
1	FX confirmación fuerte.	X=falso	Si FX es la mejor explicación, se justifica siempre y cuando se refute la hipótesis alternativa de VX.
2	FX confirmación débil.	X= incertidumbre	Si FX ofrece una alternativa plausible y sostenible, la presunción puede ser derrotada. Si no, por las reglas de la carga de la prueba, se presume VX.
3	FX no confirmación	X= verdadero	Se invierte la carga de prueba y se presume VX.

Fuente: elaboración propia.

⁴ Tomando como referencia el Art. 16 de la LOGJCC, la afirmación de un hecho (X) parte con la presunción de veracidad (VX), que tiene que ser contradicha por el demandado (FX).

Tabla 4: Si no se ha recibido una confirmación probatoria.

3) Si VX NO ha recibido una confirmación probatoria (parte con presunción a favor):			
Posibilidad	Grado de confirmación	Situación de X	Método
1	FX confirmación fuerte.	X=falso	FX está justificada y se valida con el estándar propuesto.
2	FX confirmación débil.	X = incertidumbre	Si FX ofrece una alternativa plausible y sostenible, la presunción puede ser derrotada. Si no, por las reglas de la carga de la prueba, se presume VX.
3	FX no haya recibido confirmación	X= verdadero	Se invierte la carga de prueba y se presume VX.

Fuente: elaboración propia.

Estos cuadros representan las fórmulas de la “*probabilidad prevaleciente*”, que sirven de guía para que el juez sepa los escenarios que pueden darse al momento de decidir sobre la vulneración o no de derechos puestos a debate a través de garantías jurisdiccionales, sin que esto signifique un estándar de prueba objetivo en los términos propuestos de Jordi Ferrer.

Culmino este trabajo con un voto de confianza a la labor del juez. Entiendo que ingresan en este oficio con altas ilusiones y propósitos: hacer justicia y servir a los demás. Comparto con Botein en el ideal del buen juez en las siguientes palabras:

Del buen juez esperamos y exigimos competencia profesional, independencia, integridad y entereza. Esperamos también que un juez guarde la debida consideración a los sentimientos y a los derechos de los demás. Que nadie, ni aun siquiera el litigante derrotado, o su letrado, abandone la Sala, humillado en su moral y en su dignidad, o creyéndose víctima de un atropello. Cuando regrese a su hogar por la noche a reunirse con su esposa, con sus hijos, con sus amigos y parientes, que el abandone el juzgado con la satisfacción de no haber mancillado en lo más mínimo su propia estimación y dignidad. (Botein, 2018, 12)

Conclusiones

Este trabajo evidencia la necesidad de una disciplina que estudie el derecho probatorio constitucional, con sus reglas y principios particulares. La Corte Constitucional es la única que ha intentado diseñar criterios que sirvan de guía en las contiendas constitucionales, mismos que en la práctica diaria se ven diluidos por costumbres y desconocimiento de jueces y abogados.

Sin ser que sean ideas acabadas, considero importante resaltar las siguientes:

1) Para los procesos de tutela constitucional, uno de los núcleos esenciales debe ser siempre

la relación teleológica entre prueba y verdad, de modo que esta se configura como uno de los objetivos principales a alcanzar mediante la prueba en el proceso.

2) El diseño institucional del proceso reconoce una serie de caminos que conducen a ella, entre ellos, el que coloca al juez como el guardián y garante de la corrección epistémica de los hechos, al dotarlo con poderes en materia de prueba. El juez no es un árbitro pasivo de las actuaciones de los actores, sino parte del juego dialógico del proceso.

3) El concepto de verdad que resulta útil es el de verdad como correspondencia. Esta debe funcionar al menos como ideal regulativo que, pese a las limitaciones cognoscitivas del juez y del proceso, se debe intentar alcanzar como condición necesaria -pero no suficiente- de una decisión justa.

4) Los poderes probatorios del juez intervienen en el principio de aportación de parte y no en el principio dispositivo, por lo que no es inconstitucional que el juez tenga capacidades probatorias, siempre y cuando las partes tengan la capacidad de defender sus posturas frente a la activación de los poderes del juez.

5) Si asumimos valores como el de la verdad como correspondencia y la protección de la Constitución, frente a la pugna entre las reglas de carga de prueba y los poderes probatorios del juez, el diseño de los procesos constitucionales debería renovarse bajo el concepto de *subordinación* expuesto en este trabajo, que sugiere: i) si del debate de las partes existiese elementos que aún están en penumbra, el juez tiene la capacidad excepcional y de última ratio para pedir pruebas -que las partes han referido y no presentado-. ii) luego, una vez agotados los esfuerzos de las partes y el juez, asegurando el derecho a la contradicción de las partes sobre los poderes oficiosos activados, aplicar las reglas de las cargas de prueba.

6) El razonamiento probatorio requiere de criterios que le permiten al juez orientar la decisión. Para esto, se complementa el estándar establecido por la Corte Constitucional con los criterios expuestos en el capítulo 3 de este trabajo. Junto con estos, se ofrece el sistema de la “*probabilidad prevaleciente*” de EEUU para guiar al juez en los escenarios que se pueden dar en los procesos de amparo constitucional.

Referencias

1. Aguiló Regla, J. (2013). Cuatro modos de debatir. *Doxa* 36. <https://doi.org/10.14198/DOXA2013.36.10>
2. Anderson, T.; Schum, D. y Twining, W. (2005). *Analysis of Evidence*. 2 Ed., Cambridge University

Press, Estados Unidos.

3. Bentham J. (1835). *Tratado de las pruebas judiciales*. 1ed, Comares S.L.
4. Botein B. (2018). *El juez de primera instancia. Memorias de un Juez*. Biblioteca de Derecho Procesal. Editorial Lex.
5. Chaves Garcia, J. R. (2021). *Como piensa un juez. El reto de la sentencia justa*. 1era ed. Bosh.
6. Cervantes, A. (2022). Los límites de la prueba de oficio en el COGEP. Cervantes A. (coord.) *La actividad probatoria en el proceso*. Instituto Ecuatoriano de Derecho Procesal.
7. Cevallos Cabezas, F. (2021). La Inversión de la carga de la prueba en la acción de protección. *Kairós. Revista De Ciencias Económicas, Jurídicas Y Administrativas*, 4(7), 25–53. <https://doi.org/10.37135/kai.03.07.02>.
8. Constitución de la República del Ecuador (2008). Registro Oficial número 449 de fecha 20 de octubre de 2008.
9. Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 639-19-JP/20.
10. Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 1095-20-EP/22
11. Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 2936-18-EP/21
12. Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 2951- 17-EP/21
13. Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 1214-18-EP/22
14. Damaška, M. (1986). *The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process*. New Haven: Yale University Press.
15. Dei Vecchi D. (2013). Tres discusiones acerca de la relación entre prueba y verdad. *Discusiones 3*, ISSN 1515-7326, n° 13, 2|2013, 233-264
16. (2020). *Los confines pragmáticos del razonamiento probatorio*. Zela.
17. Echandía, D. (1988). *Teoría general de la prueba judicial*. (6ª ed.), Zavalía
18. Ferrer Beltrán, J. (2007). *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons
19. (2017). Los poderes probatorios del juez y el modelo de proceso. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 36, 88-108. <https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/view/10632>

20. (2019). *Prueba y racionalidad de las decisiones judiciales*. CEJI
21. (2021) “Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso”. 1ed. Marcial Pons.
22. (2022) “La conformación del conjunto de elementos de juicio I: proposición de pruebas”. En Ferrer Beltrán (coord.) “Manual de Razonamiento probatorio”. Corte Suprema de Justicia del a Nación, México. Pag. 79-129
23. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. (2006). *Derecho Procesal Constitucional*, Ed. Porrúa, 5ª ed., México, IV Tomos.
24. Gama, R. (2021). En búsqueda de El Dorado. La concepción racional de la prueba y la formulación de estándares de prueba precisos y objetivos. *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law/Revija za ustavno teorijo in filozofijo prava*, 43, <https://doi.org/10.4000/revus.6773>.
25. Gascón Abellán M. (2010). *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*. 3era edición, Madrid: Marcial Pons.
26. Gonzales, D. (2020). ¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba”. En Ferrer, J y Vázquez C. (Ed.) *El razonamiento probatorio en el proceso judicial. Un encuentro entre diferentes tradiciones*. 1era Ed. Marcial Pons.
27. Haack, S. (2007). *Defending Since. Within Reason. Between Scientism and Cynicism*. Amherst, New York: Prometheus Books.
28. Hernández Valle, Rubén (2006). La prueba en los procesos constitucionales. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, Proceso y Constitución*, 5, 183-196.
29. Hurtado Reyes, M. (2016). La prueba de oficio a partir de la modificatoria del artículo 194º del Código Procesal Civil. *Revista Oficial del Poder Judicial*, 8(10), 407-436.
30. Ibáñez P. (2015). *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del estado constitucional*. 1era Ed. Trotta.
31. Laudan, L. (2005). Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar. *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, 28, 95-113. https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10003/1/Doxa_28_08.pdf
32. Nieva Fenoll, J., Ferrer Beltrán J., y Giannini. L. (2019). *Contra la carga de prueba*. (1a ed.). Marcial Pons.
33. Nieva Fenoll, J. (2014). La cattiva reputazione del principio inquisitorio. *Rivista trimestrale di*

dirrito e procedura civile, 68, 3, 943-970.

34. Nisimblat, N. (2012). Derecho procesal constitucional y derecho probatorio constitucional en Colombia. *Estudios Constitucionales*, 10(2), 323 – 368.
35. Osornio Plata, V. (2022). Los poderes probatorios del juez de amparo. Un garante de la corrección epistémica de los hechos. *Quaestio facti. Revista internacional sobre razonamiento probatorio*, 3, 173-213. http://dx.doi.org/10.33115/udg_bib/qf.i3.22727
36. Papayanis, D., (2016). Independence, impartiality and neutrality in legal adjudication. *Revus, Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, 28, 33-52. <https://journals.openedition.org/revus/3547>.
37. Parra Quijano, J. (2007). *Manual de Derecho Probatorio*. 6ta ed. Librería Ediciones del Profesional.
38. Polo, E. (2022). La carga de la prueba y su aplicación en los procesos constitucionales”. Cervantes A. (coord.) *La actividad probatoria en el proceso*. Instituto Ecuatoriano de Derecho Procesal. Quito-Ecuador
39. Porras, A. (2012). La prueba en los procesos constitucionales: aproximaciones a los principales retos en el caso ecuatoriano. *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional*, Tomo 2, Corte Constitucional para el periodo de transición, Quito-Ecuador.
40. Rorty, R. (1998). *Truth and Progress. Philosophical Papers*. Vol. 3, Cambridge-Massachusetts: Cambridge University Press.
41. Rosenberg, L. (1956). *La carga de la prueba* (1a ed.), Olejnik
42. Summers, R. S. (1999). Formal legal truth and substantive truth in judicial fact-finding--their justified divergence in some particular cases. *Law and philosophy*, 18(5), 497-511. <https://link.springer.com/article/10.1023/A:1006327205902>.
43. Taruffo, M. (2003). Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad. *Discusiones*, 3, 15-41. <https://doi.org/10.52292/j.dsc.2003.2400>.
44. (2008) “La Prueba” (L. Manríquez y J. Ferrer Trad.; 1a ed.). Marcial Pons. (libro original 2008)
45. (2010). *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*. (D. Accatino, Trad.; 1a ed.) Marcial Pons. (libro original en ingles 2009)
46. Tuzet G. (2021). *Filosofía de la prueba jurídica*. 1ed. Marcial Pons.
47. Van Fraassen, (1996). *The Scientific Image*. Oxford: Oxford University Press.

48. Velásquez Meléndez, R. (2015). Líneas generales de las “pruebas de oficio ¿porqué, dónde, cuándo y cómo usarlas? *Gaceta Civil y Procesal Civil*, Tomo 22/abril 2015, pp. 249-271
49. Zuckerman A. (2018). *La averiguación de la verdad y el espejismo del proceso inquisitorio*. J. Ferrer Beltrán y C. Vásquez (Eds.) *El razonamiento probatorio en el proceso judicial. Un encuentro entre diferentes tradiciones*. 1era ed. Marcial Pons.