

ISSN No. 2631-2743

KAIROS

*Revista de ciencias económicas,
jurídicas y administrativas*

KAIROS, Vol. (4) No. 7, pp. 25-53, julio-diciembre |2021

Franklin Cevallos Cabezas

franklinc8@hotmail.com

Red Iberoamericana de Argumentación
Jurídica
(Quito - Ecuador).

ORCID: 0000-0002-4178-1857

LA INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA EN LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN

*INVERSION OF THE BURDEN
OF PROOF IN THE PROTECTIVE
ACTION*

DOI:

<https://doi.org/10.37135/kai.03.07.02>

Recibido: 30/09/20

Aceptado: 23/02/21

Resumen

La prueba ha sido uno de los tópicos que ha merecido un importante desarrollo estos últimos años, dado que los hechos no deben ser vistos de manera superficial. Requiere, más bien, tanta o más exigencia como cuando se interpreta y se argumenta sobre asuntos de derecho. Esta idea está en el corazón de este trabajo que versará sobre el trazado que el legislador ha diseñado para la distribución del riesgo del error, a través de la inversión de la carga de prueba en la acción de protección. Como resultado, con aciertos y desaciertos, a través de un método dogmático jurídico, se ha identificado a las presunciones legales relativas como el eje de este sistema distributivo probatorio y al estándar de prueba como llave maestra que eleva el nivel de exigencia de la justificación de los hechos.

Palabras clave

carga de prueba, presunciones, distribución del error, disposición normativa vs. norma, estándar de prueba.

Abstract

The evidence has been one of the topics that have taken part as an important development in recent years since evidence must not be analyzed in a superficial way. Moreover, it requires as much or more demand as when analyzing and arguing on Law matters. This idea is at the heart of this work, which will deal with the layout that the legislator has outlined for the risk-distribution of error through the reversal of the burden of evidence in the Protective Action. As a result, with successes and failures, through a dogmatic legal method, relative legal presumptions have been identified as the axis of this evidentiary distributive system and the standard of proof as a master key that raises the level of requirement of the justification of the facts.

Keywords

burden of proof, assumptions, error distribution, regulatory provision vs. regulatory, evidence standard.

LA INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA EN LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN

INVERSION OF THE BURDEN OF PROOF IN THE PROTECTIVE ACTION

Introducción

El diseño de este artículo investigativo enlaza uno de los ejes medulares de la prueba en una de las principales garantías constitucionales de tutela de derechos que mantiene el Ecuador: la acción de protección. Como es conocido, actualmente este tópico no ha merecido un examen especializado por mantener una única concepción de que los procesos constitucionales son, en gran medida, contiendas de derecho o de iure, donde la controversia se concentra en la interpretación y alcances de los derechos constitucionales en pugna, siendo el *questio facti* o los hechos, una cuestión de carácter supletorio o secundario (López, 2012).

A la luz de estos primeros trazos, errados o no, López (2012) resalta que lo cierto es que una de las principales metas de los procesos constitucionales es llegar a la verdad sobre la vulneración de derechos constitucionales, por lo que esta se constituye en núcleo esencial y condición necesaria para la correcta aplicación del derecho. Por tanto, es imperante buscar un “contacto con la realidad del caso en concreto” (p. 11) y esto es posible únicamente mediante “la reconstrucción de los hechos” (p. 11).¹

En este orden de ideas, el núcleo del presente trabajo versará sobre la inversión de la carga de la prueba como uno de los vértices del tratamiento de la prueba en la acción de protección. Cabe recordar preliminarmente que tanto el artículo 86.3 de la Constitución de la República del Ecuador (en adelante CRE), como el artículo 16 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (en adelante LOGJCC), presentan a esta figura como péndulo para distribuir las cargas de prueba entre las partes de este proceso constitucional.

Con este preámbulo, en un primer espacio se detallarán los 3 momentos principales de la prueba en la acción de protección. Seguidamente, se presentarán los rasgos principales que ha delineado el legislador sobre la carga de prueba dentro de la acción de protección, para finalizar con un detalle pormenorizado de la estructura de la presunción legal relativa que contiene el artículo 16 de la LOGJCC.

1. Los momentos de la prueba en la acción de protección

En su momento Porras (2012) resaltaba que la prueba en materia constitucional solo ha sido analizada desde el punto de vista del derecho objetivo, “ya sea como procedimiento,

1. Ver también: (León, 2010)

medio o resultado”, dejando totalmente inadvertida la dimensión subjetiva, esto es, como derecho (p. 49). En otras palabras, no como una simple parte del proceso, sino como un elemento fundamental del debido proceso y del derecho a la defensa.²

En este orden, desde el prisma de esta dimensión subjetiva del derecho a la prueba, siguiendo la línea expuesta por el Tribunal Constitucional español, este derecho se ve matizado cuando existe una intermediación legal que sirve para determinar los requisitos de tiempo y forma de la proposición de pruebas en los momentos del proceso (Tribunal Constitucional español, sentencia No. 51/1985).

Con esto expuesto, Ferrer (2007) apunta a que son 3 los momentos de la prueba en todo proceso de toma de decisiones; etapas sucesivas y que se encuentran entrelazadas entre sí: “a) la conformación del conjunto de elementos de juicio sobre cuya base se adoptará una decisión; b) la valoración de estos elementos; y c) propiamente, la adopción de la decisión” (p. 41).

1.1. Primer momento: “conformación de la prueba”

La conformación de la prueba en juicio siempre estará sustentada por un conjunto de elementos que apoyen o refuten las hipótesis de las partes (Ferrer, 2007). En este sentido, tanto el art. 86. 2. y 3 de la CRE como el art. 16 de la LOGJCC establecen de forma general algunos presupuestos del tratamiento de la prueba.

Preliminarmente, de acuerdo con el art. 86.2.c de la CRE, la persona que presente una demanda podrá hacerla de forma oral o escrita sin la necesidad de defensa técnica o abogado patrocinador. En consecuencia, no se exige la necesidad de citar la norma infringida que da sustento la petición. Sin embargo, el art. 16 de la LOGJCC lo que sí exige al accionante es que demuestre los hechos que alega, excepto en los casos en que se invierte la carga de la prueba.

Sobre este primer espacio, la conformación de pruebas parte con su ingreso en el proceso con la demanda y contestación. Se entiende que, *prima facie*, el accionante debe presentar los medios de prueba que estén a su disposición y que contengan información o indicios que justifique sus alegaciones. En el evento de no contar con los medios probatorios,

2. Al respecto, la Corte Constitucional del Ecuador ha subrayado que, sobre la base del principio de contradicción como garantía del derecho a la defensa y del debido proceso, se debe velar que las partes puedan aportar y desvirtuar pruebas en igualdad de armas. Sentencia No. 56-11-CN/19, dentro del caso No. 56-11-CN, dictada el 07 de mayo de 2019.

podrían ser enunciados a través de una carga argumentativa que justifique una presunta vulneración de un derecho que invierta la carga de prueba al demandado.

Seguidamente, el ingreso de información al proceso se regula mediante la calificación de la demanda en dos espacios marcados: i) el primero se encuentra en el art. 42 de la LOGJCC y tiene relación con la procedencia de la acción. Por defecto, cuando de los hechos no se desprenda que existe una violación de derechos en su dimensión constitucional, esta se declarará improcedente; y, ii) el segundo se encuentra enmarcado en el art. 13 *ibidem* y refiere a los medios probatorios en dos subespacios: ii.i) en el caso de pasar el filtro de procedencia, en la misma calificación el juez debe disponer que las partes presenten los medios probatorios que justifiquen los hechos alegados; y, ii.ii) además, el juez haciendo uso de su capacidad oficiosa puede o bien pedir la práctica de otras pruebas distintas a las solicitadas por la parte accionada o la conformación de comisiones para recabar información.

Una vez instalados en audiencia las partes emprenden con sus intervenciones, empezando por el accionante que, de acuerdo con el art. 16 de la LOGJCC, tendrá 20 minutos para demostrar la vulneración del derecho alegado. Así mismo, el accionado tendrá la misma cantidad de tiempo para contestar la demanda y presentar las pruebas que respalden su hipótesis. La diferencia está en que, de ser el caso, tienen la obligación de presentar las pruebas que sean requeridas a través de la figura de la inversión de la carga probatoria. Finalmente, las partes tendrán la opción de realizar sus réplicas y contrarréplicas, teniendo el accionante el derecho a la última intervención.

La costumbre de jueces y abogados ha flexibilizado este espacio de la audiencia, sin que se pueda distinguir una estación probatoria en sí, ya que en la generalidad de los casos mientras se va construyendo los alegatos orales, paralelamente se van practicando las pruebas que respalden las tesis presentadas. Al respecto, la Corte Constitucional ha manifestado que las reglas del trámite dentro de una acción de protección responden a los principios de *rapidez y eficacia*, por lo que, salvo escenarios excepcionales que están considerados en el art. 16 de la LOGJCC y que están a discrecionalidad del juez, el hecho de que no exista una estación probatoria o no se abra un término para el efecto no atenta al debido proceso en la garantía de presentar pruebas y contradecirlas.³

Siguiendo la línea expuesta por la Corte Constitucional, a pesar de que no exista un

3. Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 729-14-EP/20, dentro del caso No. 729-14-EP/20, dictada el 25 de noviembre de 2020.

espacio de controversia probatorio definido, es importante resaltar que los controles de validación y contradicción que hacen las partes para excluir prueba se encuentran determinados en el art. 16 *Ibidem*, siendo estos condicionales la constitucionalidad y la pertinencia. Ahora, la oportunidad para la realización de estos controles de las partes no es clara por lo que el juez, sin una estación definida, puede validar los medios de prueba en la audiencia o en sentencia.

Finalmente, hay que subrayar la capacidad oficiosa del juez para pedir pruebas con el fin de aclarar los hechos que le han sido presentados en dos oportunidades: al momento de calificar la demanda o en audiencia. Sobre esta última, el art. 16 de la LOGJCC indica que el juez tiene la facultad de suspenderla para pedir que las partes presenten pruebas y establecer el término en el cual se practicarán, que no será mayor de ocho días; por excepción podrá ampliar el termino siempre y cuando se justifique la complejidad del caso. Por otro lado, una de las novedades que presenta esta jurisdicción es la capacidad del juzgador de solicitar la creación de una comisión para recabar pruebas, misma que podrá ser unipersonal o pluripersonal, para que puedan visitar lugares, recoger versiones, entre otras pruebas, para posteriormente presentar un informe de lo constatado (Quintana, 2019).

1.2. Segundo momento: “valoración de la prueba”

El segundo momento tiene que ver con la valoración de los elementos de juicio o pruebas disponibles, tanto de forma individual como en conjunto. En este sentido, toda vez que la LOGJCC no indica un sistema propio de valoración de pruebas, subsidiariamente el art. 164 del Código Orgánico General de Proceso (en adelante COGEP) 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.⁴

Sobre este punto, Ferrer (2007) realiza un matiz en dos vertientes:

[E]n primer lugar, el resultado de la valoración de la prueba es siempre contextual, esto es, referido a un determinado conjunto de elementos de juicio. Si cambia el conjunto, por adicción o sustracción de algún elemento, el resultado puede perfectamente ser otro. En segundo lugar, la libre valoración de la prueba es libre solo en el sentido de que no está sujeta a normas jurídicas que predeterminen el resultado de esa valoración (p. 45).

4. Ver también en: (Ampuero, 2012); (González, 2016); (Palavecino, 2018).

Sin perjuicio de la vaguedad del concepto de esta institución y de que cada legislación a nivel iberoamericano ha tratado reglas epistémicas distintas, se enuncia brevemente las tres reglas esenciales que ha manejado la doctrina y jurisprudencia local, en mayor o menor medida: a) los principios de la lógica; b) las máximas de experiencia; y c) los conocimientos científicos afianzados (Coloma & Agüero, 2012). Con esto, el juzgador constitucional debe tener presente estas herramientas epistémicas y su funcionalidad si se quieren tomar los hechos en serio (Twinning, 2009), ya que como dice Daniel González (2020):

[E]l hecho de que el legislador diga o no que debe respetarse el principio lógico de no contradicción no cambia el carácter necesario de las leyes de la lógica, tampoco las reglas de racionalidad epistemológica requieren ser positivizadas para ser vinculantes o necesarias. Su inclusión en textos normativos sólo tendría, por tanto, una función orientadora, ejemplificativa, indicativa. (p. 85)

La graduación de la valoración *racional* de la prueba tiene al menos dos consecuencias que son importantes de apreciar: i) la primera es que establecer una confirmación de una hipótesis requiere “un juicio global a la luz de todos estos criterios [de la sana crítica]” (González, 2020. p. 86), ya que ninguno de estos presupuestos por sí solo es condición necesaria ni suficiente de un cierto grado de confirmación; y, ii) que estos criterios lo que permiten determinar es “si una hipótesis es o más o menos probable (en sentido lógico inductivo) que otra, pero no cuanto más probable” (p.86).

1.3. Tercer momento: “decisión”

Finalmente, el tercer momento se relaciona con la decisión. Al respecto, el art. 14 de la LOGJCC indica que “[l]a audiencia terminará sólo cuando la jueza o juez se forme criterio sobre la violación de los derechos y dictará sentencia en forma verbal en la misma audiencia, expresando exclusivamente su decisión sobre el caso”. Así mismo, el art. 17 *ibid* prescribe que una de las partes del contenido de la sentencia son los fundamentos de hecho que respaldan la resolución (Quintana, 2019).

Este esquema refiere particularmente a “decidir si la hipótesis H puede o no declararse probada con el grado de confirmación que disponga. Esto depende del estándar de prueba que se use” (Ferrer, 2007, p. 47). Es importante subrayar que no se evidencia en la LOGJCC y en el COGEP un estándar de prueba (en adelante EdP) para justificar “el umbral de suficiencia de los hechos en una decisión”. En un trabajo posterior se trazarán unos primeros esbozos de lo que podría ser un EdP para la acción de protección.

2. La carga de la prueba en la acción de protección

Uno de los puntos más sensibles del tratamiento de la acción de protección es la distribución de las cargas de prueba o distribución del error.⁵ Para instrumentalizar esta institución, siguiendo a Nieva, Ferrer & Giannini (2019), es importante revelar que históricamente en las ordalías esta figura era excluida debido a que, ante la insuficiencia de pruebas y la falta de recursos de los litigantes, para tomar decisiones se acudía a esa especie de *ojo que todo lo ve de la época*: la divinidad. Posteriormente se creó la carga de prueba para suplir esa irracionalidad de los procesos, al eliminar el recurso de la divinidad⁶ y exigir a las partes que aportaran prueba para que se crean los hechos alegados (principio de necesidad de prueba). Con este antecedente, para los efectos de este trabajo, hay que puntualizar una distinción útil que diferencia la carga de la obligación.

Carnelluti (2003) fue quien presentó las primeras hipótesis y su teoría se resume en que la inobservancia de la carga, a diferencia de lo sucede con una obligación, no deviene en un acto ilícito propiamente dicho. Ahondando, la carga responde a una *necesidad* de ejercicio para obtener un beneficio a favor de una parte, con plena libertad de elegir la graduación de la actuación dentro del proceso (Michelli, 1961). En consecuencia, la parte asume el riesgo procesal que su actuación u omisión implique -ganar o perder el proceso-. Por otro lado, la obligación conlleva un *deber* definido por un vínculo jurídico impuesto a la voluntad del sujeto por un interés ajeno, siendo esta coacción la que impide la elección de su ejercicio (Rodríguez, 2020).

Desde esta perspectiva, dentro de la teoría de la carga de prueba, existiría una carga a las partes para presentar prueba y una obligación como regla de juicio para el juez, que implícito lleva una segunda carga de persuasión. Las dos cargas de las partes se traducen en que “quien hace una afirmación debe estar listo y dispuesto, si es requerido, a demostrar la verdad de lo que ha afirmado”, cumpliendo una “función epistémica” (Taruffo, 2010d, p. 225). La regla restante se constituye en una norma imperativa que le proyecta un criterio al juez para resolver, partiendo de la premisa de que: “ante la incertidumbre, se tratan los hechos como si se hubiera probado su inexistencia” (Taruffo, 2008c, p. 146), siendo este un recurso de *última ratio* en el proceso.

5. La doctrina de la distribución del error es creada por Larry Laudan y compone un conjunto de conceptos tales como las presunciones, estándar de prueba y cargas de prueba en los procesos penales. (Laudan, 2013)

6. Sobre esto ver Gascón (2010).

Estos escenarios fueron previstos por primera vez por Julius Glaser en 1883 y su conclusión consistió en diferenciar dos dimensiones de la carga de prueba: “una objetiva (también llamada material o directa) y una subjetiva (también llamada formal o indirecta)” (Nieva, et al., 2019, p. 57).

La dimensión objetiva responde a la pregunta ¿quién pierde si no hay prueba suficiente? Esto se traduce en una regla final del proceso (Michelli, 1961) que, ante el fracaso de las partes al acreditar los hechos dentro de la actividad probatoria y no llegar al estándar previsto para aquellos casos, el juez queda habilitado para tener un criterio y poder dar cumplimiento a su obligación de dictar sentencia y “prohibirle el *non liquet* [sin sentencia]” (Echandía, s.f. p. 428). En otras palabras, “determinar las consecuencias de la incertidumbre acerca de un hecho” (Rosenberg citado en Nieva, et al., 2019, p.57). Otros juristas subrayan que el centro de esta regla presume un “riesgo de persuasión”, pues establece las consecuencias de no convencer al tribunal o juzgador de la ocurrencia de un hecho (Taruffo, 2008c, p. 146). De esta forma queda configurada la regla de distribución de la carga de probar y de perder el proceso por falta de prueba (Nieva, et al., 2019).

La dimensión subjetiva 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 Rosenberg subraya que “[l]a circunstancia de que la incertidumbre acerca de un hecho pueda significar la pérdida del proceso para una parte... tiene como consecuencia evidente, que esta parte se esfuerce y deba esforzarse por aclarar la situación de hecho discutida para evitar el resultado desfavorable” (Rosenberg, 1956a, p. 31). Esto quiere decir, impulsar una “norma de conducta” para las partes que les señala qué hechos les conviene probar a fin de obtener una solución favorable (Echandía, s.f., p. 427).

Ahora, referencialmente se deja anotada la crítica que se hace a esta posición ya que si bien las partes se hallan con una verdadera carga de la prueba (un acto de entrega de prueba), se reprocha que no se puede decir lo mismo en la relación al juzgador (dimensión objetiva), ya que lo que existe no es una carga sino una norma imperativa cuya aplicación se traduce en un deber aplicable en sentencia ante incertidumbres de los hechos presentados (Rodríguez, 2020, 168). De forma particular me aparto de la crítica realizada, dado que como quedó anotado anteriormente, la carga de la prueba supondría no solo *entregar la prueba* (dimensión subjetiva), sino una necesidad de *persuadir al juez* con aquellas, implicando claramente una carga adicional (dimensión objetiva).

Así mismo, también es importante resaltar que tanto Ferrer como Taruffo "entre otros"

han sido claros en evidenciar problemas en los niveles de justificación de los dos aspectos cuando se invierte las cargas: la inversión de la dimensión subjetiva se justifica cuando “...una de las partes disponga de una prueba relevante o tenga mayor facilidad para producirla pareciendo una buena razón para imponerle de que la aporte al proceso” (Nieva, et al., 2019, p. 77). Empero, esto no siempre justifica la inversión de la dimensión objetiva de la carga de prueba o el riesgo de perder el proceso por insuficiencia probatoria (incluso en el caso de que aporte la prueba que disponía) (Nieva, et al., 2019).⁷

2.1. Distribución de las cargas de prueba

Para los juristas ha sido un verdadero rompecabezas determinar una norma general de carácter universal que distribuya la carga de prueba conforme a las exigencias de un ideal regulativo como lo es el principio de justicia distributiva, anclado en el principio de igualdad.⁸ La dificultad que supone el diseño de una norma general de distribución del *onus probandi* y que responda a los principios enunciados es alta y problemática. Suficiente justificativo para preguntarse: ¿de qué serviría, en efecto, establecer derechos y facultades si, llegado el caso, en el momento de hacerlos valer ante los tribunales, la prueba resultase extremadamente dificultosa o inasequible? (Ormazabal, 2011, p. 61).

Para resolver esta interrogante se parte señalando que la distribución de la carga de probar es alterada por algunos actores en las diferentes legislaciones: el legislador, un juez, o incluso las altas magistraturas con la jurisprudencia (Nieva et al., 2019).

En el trámite de la acción de protección fue el constituyente (86.3⁹ de la Constitución

7. Sobre esta distinción es importante el debate en el campo de las presunciones que se da en el Common Law de las doctrinas Thayer-Wigmore y Morgan-McCormick.
8. A manera de ejemplo, pasaré revista por ideas de 3 grandes tratadistas que se enfrentan al momento de crear una teoría “general” de las cargas distributivas de la prueba. El alemán Leo Rosenberg (2019, p. 43-44) es creador de la teoría denominada “prueba del supuesto de hecho de la norma invocada”: esto es, “cada parte ha de probar los presupuestos fácticos de la norma jurídica que pretenda sea aplicada en su beneficio” (Rodríguez, 2020, p. 198). Por su parte, el jurista italiano Gian Michelli (1961, p. 430) expresa su teoría de “la prueba del supuesto de hecho de la pretensión”: sacándole del foco de atención a la norma invocada y concluyendo que correspondería a las partes la prueba que se relacione con la propuesta fáctica de su pretensión. Paralelamente a las otras 2 teorías, la que más ha sido reconocida es la del tratadista Giuseppe Chiovenda, que presenta la “teoría de la clasificación de los hechos”: i) constitutivos: que son los que componen el supuesto fáctico de la parte actora; ii) impeditivos: siendo estos previos o sincrónicos a los constitutivos y que no permiten que desplieguen su eficacia jurídica desde el principio; iii) extintivos: sobrevienen a los constitutivos y suprimen, a partir de un momento dado, su eficacia; y, iv) los excluyentes: que conforman los hechos de una contranorma que le permite al demandado excluir el efecto del constitutivo. (Chiovenda 1940, 1954).
9. **Art. 86. 3.** “...Se presumirán ciertos los fundamentos alegados por la persona accionante cuando la entidad pública requerida no demuestre lo contrario o no suministre información”.

del Ecuador) y el legislador (art. 16¹⁰ de la LOGJCC) los que, en términos similares, modularon las cargas probatorias para las acciones constitucionales. Por su extensión y detalle, el examen se realizará al art. 16 de la LOGJCC. Del primer párrafo podemos extraer dos reglas: la (1) primera refiere a que el *accionante demostrará los hechos que alega*: esto significa que la carga de prueba (como aporte y persuasión) recae sobre quien afirma la existencia de un hecho u omisión que vulnere un derecho. Seguido a esto, la (2) segunda regla es una excepción a la (1) primera: se “*invierte la carga de prueba*” cuando el caso lo amerite.

Ahora, se advierte que la (1) regla responde a la máxima: el que afirma prueba. Sin embargo, la (2) segunda regla si requiere de razones subyacentes para su justificación. Por lo que, es necesario encontrar cuáles serían los móviles que tuvo el constituyente y legislador para modificar o manipular las reglas de la carga de la prueba.

La respuesta más generalizada nos la trae el maestro Michelle Taruffo (2020d), al manifestar que “usualmente el legislador recurre a estas técnicas cuando considera conveniente favorecer en alguna medida la posición de la parte débil o la parte que de otra forma se encontraría en la imposibilidad o en la excesiva dificultad de probar un hecho en el que se funda su pretensión” (p. 298)¹¹. Esto quiere decir que se trata de elecciones políticas muchas veces discutibles, pero que en todo caso tienen la ventaja de estar traducidas en normas y, por ende, ser conocidas por las partes al inicio del proceso

10. **Art. 16.-** La persona accionante deberá demostrar los hechos que alega en la demanda o en la audiencia, excepto en los casos en que se invierte la carga de la prueba. La recepción de pruebas se hará únicamente en audiencia y la jueza o juez sólo podrá negarla cuando la haya calificado de inconstitucional o impertinente. En la calificación de la demanda o en la audiencia, la jueza o juez podrá ordenar la práctica de pruebas y designar comisiones para recabarlas, sin que por ello se afecte el debido proceso o se dilate sin justificación la resolución del caso. Cuando la jueza o juez ordene la práctica de pruebas en audiencia, deberá establecer el término en el cual se practicarán, que no será mayor de ocho días y por una sola vez. Por excepción, la jueza o juez podrá ampliar de manera justificada este término exclusivamente por la complejidad de las pruebas y hasta cuando éstas sean practicadas. En caso de ser injustificada la ampliación o de retardar en exceso la resolución de la causa, se considerará como falta grave y se aplicará la sanción correspondiente, de conformidad con el Código Orgánico de la Función Judicial. La comisión para recabar pruebas podrá ser unipersonal o pluripersonal, para que realice una visita al lugar de los hechos, recoja versiones sobre los hechos y las evidencias pertinentes y elabore un informe que tendrá el valor de prueba practicada. Se presumirán ciertos los hechos de la demanda cuando la entidad pública accionada no demuestre lo contrario o no suministre la información solicitada, siempre que de otros elementos de convicción no resulte una conclusión contraria. En los casos en que la persona accionada sea un particular, se presumirán ciertos los hechos cuando se trate de discriminación o violaciones a los derechos del ambiente o de la naturaleza.

11. Josep Aguiló (2006) replica la razón de “restablecer un equilibrio probatorio entre las partes en conflicto dada la diferente dificultad de prueba que para las partes tienen los hechos relevantes” (p. 16), favoreciendo de algún modo la posición débil del accionante en el proceso, haciendo de este modo que se “materialice el principio de igualdad de las partes” (Nieva, et al, p. 46).

para que los litigantes puedan modular sus estrategias probatorias con previsión y considerando los efectos que derivan de dichas normas.¹²

Así las cosas, existe una diversidad de mecanismos que el legislador tiene para modificar las cargas probatorias. Al respecto, Guillermo Ormazabal (2011) nos presenta las siguientes:

- a. Alterar las reglas relativas a la distribución de la carga probatoria, de suerte que la incerteza sobre el acaecimiento de los hechos constitutivos de la pretensión perjudique al demandado, en vez el actor.
- b. Mantener inalterada la distribución del riesgo de incerteza o carga probatoria sin producir normas que la modifiquen, pero estableciendo presunciones de hechos.
- c. Rebajar o disminuir el grado de certeza de los hechos a través de los medios de prueba que tengan que ser presentados al juez para fijar los hechos constitutivos de la pretensión; y,
- d. Combinar los mecanismos a) y c), para dar lugar a la inversión de la carga de la prueba si se aportan indicios que hagan plausible, sugieran o indiquen posibilidad que los hechos constitutivos de la pretensión hayan sucedido (p. 62).

De estos 4 escenarios, parecería que el literal d) es el que más se ajusta al diseño del art. 16 de la LOGJCC, ya que se disminuye el grado de certeza de los hechos constitutivos a “*simples afirmaciones*” y, a su vez, se implementa una “inversión de la carga de prueba” como excepción a la regla.

En lo que cabe, es importante advertir que esta inversión del *onus probandi* viene siendo discutida por juristas que indican que no existiría una inversión de cargas probatorias, sino que “del mismo modo que el legislador establece una regla general, [únicamente] dispone una serie de reglas especiales de distribución para determinados supuestos” (Rodríguez, 2020, p. 215).

Sobre esta disputa, considero que el artículo 16 de la LOGJCC sí contiene una inversión de carga de prueba y no “reglas especiales de la prueba”, ya que la carga no es solo de presentar pruebas, sino de persuadir al juez y evitar consecuencias negativas. Esto significa que no solo hay una regla de distribución de cargas, sino de consecuencias jurídicas en el caso de no convencer al juez.

12. Jordi Ferrer (Nieva, et al., 2019) en el mismo sentido indica que “Hay casos en los que la parte a quien se atribuye la carga de prueba tiene muchas más dificultades para producirla y aportarla que la parte contraria o, incluso, le resulta imposible, puesto que es esta última quien dispone de ella. En esos casos, sin embargo, la parte que dispone de la prueba o la tiene más accesible no tiene incentivo alguno para aportarla al proceso puesto que la ausencia de prueba suficiente le beneficiará (por efecto de la carga de la prueba como regla de juicio.” (p. 64)

De este modo, prosiguiendo con el examen de esta figura, la jurista Mercedes Fernández nos exhibe una división tripartita de la inversión de la carga de prueba: i) la inversión legal, que son normas incluidas (falsas presunciones, presunciones aparentes o verdades interinas); ii) en un segundo plano, la inversión judicial o jurisprudencial, de acuerdo a lo denominado “facilidad o disponibilidad probatoria”; y, iii) por último, tenemos a la convencional, que tiene lugar con la voluntad y compromiso de las partes al momento de dividirse las cargas de la prueba. (Fernández (2006), citado en Rodríguez 2020, p. 214).

Con esta clasificación, la respuesta a la pregunta de cuál es la forma en que se invierte esta carga de prueba la encontramos en el art. 86.3 de la Constitución y el último párrafo del art. 16 de la LOGJCC. Estas normas plantean una clara *presunción legal* que se enlaza con el primer estadio presentado por Fernández y su uso, a criterio de Michelle Taruffo, es el que comúnmente se tiene para distribuir, modificar e invertir de varias formas la carga de prueba (Taruffo, 2008c).

Con esta idea, desde el *Common Law* se reconoce algunas razones para que el legislador opte por las presunciones: 1) razones de tipo probabilístico, 2) conveniencia procesal instrumental; y, 3) razones de policy -valorativas- (Dennis, 2002). Así mismo, Edmund Morgan (1940) dentro de otras razones, registra otro rasgo importante que significa institucionalizar expectativas y objetivos que se consideran socialmente deseables.

En la presunción estudiada son claros los siguientes rasgos: i) el de una conveniencia procesal al buscar corregir un desequilibrio entre las partes, asignando la prueba a quien le resulta más fácil de presentar y probar; y, ii) se encuentra una justificación valorativa por la protección y reconocimiento de una situación considerada valiosa; misma que es enlazada con la propuesta de Morgan al establecer expectativas y objetivos socialmente deseados, como lo son la supremacía de la Constitución y los derechos constitucionales como núcleo axiológico de la acción.

A nivel jurisprudencial, en similar sentido la Corte Constitucional en la sentencia No. 116-13-SEP-CC, dentro del caso No. 0485-12-EP, ofrece una de las principales razones subyacentes que responden a esta modulación probatoria, ya que al separarse de la generalidad de los principios que regulan la dinámica probatoria en los procesos ordinarios, presenta el núcleo distintivo que soporta la distribución de cargas del art. 86.3 de la Constitución y el art. 16 de la LOGJCC. Al respecto, nos empieza marcando que los fines de los procesos constitucionales difieren de los primeros (ordinarios) toda vez que estos pretenden resolver un conflicto entre privados, bajo el prisma del

principio dispositivo; mientras que los segundos no involucran solo un interés privado sino público y concerniente al Estado, ya que lo que está en juego es la supremacía de la Constitución y la protección de los derechos constitucionales, teniendo como base la idea de que un criterio de igualdad formal puede generar desequilibrio en cuanto al acceso a la información que permita comprobar o desvirtuar la existencia del hecho (p. 14).

En un fallo más reciente, la Corte Constitucional en sentencia No. 639-19-JP/20, dentro del Caso No. 639-19-JP y acumulados, ha insistido en esta distancia de los procedimientos ordinarios con los constitucionales, al ser estos últimos de trámite sencillo, rápido y eficaz, aceptando "...categorías probatorias e instituciones flexibles, como la carga probatoria dinámica, la inversión de la carga de la prueba, la formación de comisiones para recabar la prueba, o las presunciones cuando el elemento probatorio está en manos del presunto responsable por la vulneración de derecho" (par. 92). De esta forma, entendida la existencia de una inversión de cargas de prueba, a continuación, se desarrollará la forma en como el legislador ha dispuesto esta distribución de cargas dentro de la norma estudiada.

3. Presunciones

3.1. Concepto y estructura

Generalmente el término *presumir* es aceptar como verdadera una proposición fáctica sobre la base de ciertas consideraciones (Dei Vecchi, 2020). En la dogmática jurídica tradicional las presunciones en sentido abstracto son consideradas como razonamientos, inferencias, como una actividad, proceso lógico o un proceso mental que lleva a cabo un juez o el legislador (Gama, 2019b, p. 55).

El maestro Devis Echandía (1988) ilustra este concepto de la siguiente forma:

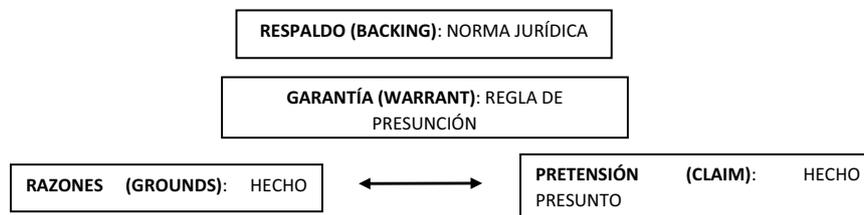
[L]a presunción es un juicio lógico del legislador o del juez, en virtud del cual se considera como cierto o probable un hecho (lo segundo es presunción judicial o de hombre), con fundamento en las máximas generales de la experiencia que le indican cuál es el modo normal cómo se suceden las cosas o los hechos (p. 964).

Complementariamente, Montero Aroca (2002) nos presenta el diseño o estructura tradicional que la doctrina mantiene sobre las presunciones:

En todas las presunciones, sea cual fuera la clase de la misma, tiene que existir necesariamente: un

hecho base o indicio, un hecho presumido y un nexo lógico entre los dos hechos (p. 128). En este orden, el maestro Josep Aguiló toma estos elementos y los diagrama en el popularizado esquema inferencial de Stephen Toulmin para representar la forma de presentación general de las presunciones (Toulmin, 1958, citado en Aguiló 2006).

Figura 1. Esquema tradicional de la presunción



Fuente: elaboración propia

3.2. Tipología de las presunciones

Ahora bien, si tomamos en cuenta el sujeto que realiza el enlace dentro del diagrama propuesto, de acuerdo con Gama (2013), se podría presentar una primera clasificación de las presunciones: legales y judiciales. En términos de Dei Vecchi (2020), presunciones *iuris* y *hominis*. En las presunciones *iuris* o legales “es el legislador quien determina previamente y con carácter general el enlace de la presunción y quien ordena al juez que dé por existente el hecho presumido cuando se haya acreditado el hecho base” (Gama, 2019b, p. 57). Por otro lado, en las *hominis* o “...presunciones judiciales, en cambio, es el propio juez el que establece la conexión entre un hecho conocido y un hecho desconocido”, sobre la base de máximas de experiencia (Gama, 2019b, p. 57).

Cerrando con las generalidades de esta concepción tradicional, Serra Domínguez intuye una identidad estructural en la naturaleza de los dos tipos de presunción, ya que las razones que hubiera tenido el legislador igualmente hubieran podido ser usadas por el juez para disponer de una presunción. Por lo que la única diferencia sería el sujeto que la aplica, más el resultado debería ser el mismo (Serra Domínguez, 1991).

Ahora, si bien esta tradición ha sido acogida por gran parte de la doctrina, en relación con la naturaleza y estructura de las presunciones legales, al igual que varios destacados juristas italianos, me aparto de dichos postulados por las siguientes razones:

1. La estructura tradicional de la presunción cabe únicamente para las presunciones (judiciales / *hominis*) formuladas por el juez, en donde se parte de un hecho conocido

(x) a un hecho por conocer (y). Esto se constituye, en palabras de Andrioli (1966) en “el banco de control de la lógica del juez” para valorar las probabilidades del hecho presunto derivado de otros hechos. Contrario a esto, las presunciones legales no son inferencias que parten de un hecho conocido (x) para determinar la existencia de un hecho desconocido (y) (Gama, 2019b), por lo que no se constituyen en una modalidad cognoscitiva de los hechos. Como indica Sacco (1957), estas no sirven para sustentar la verdad de un hecho, sino que establecen un deber de comportamiento y operan únicamente dentro de la modulación de las cargas de prueba y sus consecuencias jurídicas.

2. En esta misma línea, Taruffo ilustra de forma clara que incluso “la presunción [legal], en realidad, no impone al juez la obligación de aceptar como verdadero el hecho presunto, sino de afirmar los efectos de la hipótesis normativa como si ellos fueran verdaderos, aun cuando no se haya probado en el juicio” (Taruffo, 1991a, p. 2)¹³.
3. Finalmente, las inferencias que hace el legislador para crear una presunción normativa no son basadas únicamente en máximas de experiencia como usualmente sí lo hacen los jueces en su ejercicio, ya que también se pueden encontrar otros valores de distinta índole: institucionales, procesales, valorativos etc. (Gama, 2019b, p. 65).

Con esto, una segunda división distingue 3 tipos de presunciones: “i) las presunciones legales absolutas; ii) las presunciones legales relativas; y, iii) las presunciones judiciales o simples” (Gama, 2019b, p. 66). Por defecto, en vista del contenido del art. 16 de la LOGJCC, al ser el legislador el que ha trazado la distribución de cargas probatorias, se tratarán exclusivamente las presunciones legales absolutas y relativas.

3.3. Presunciones *iusuris* o legales

Las presunciones legales son construidas por el legislador en los cuerpos normativos para que el juez las aplique. La doctrina ha diferenciado dos tipos de presunciones legales: las relativas (*iusuris tantum*) y las absolutas (*iusuris et de iure*) (Gama, 2013a). Como refiere Aguiló (2006), esta clasificación tiene sentido básicamente “para diferenciar entre presunciones que admiten prueba en contrario y las que no admiten” (p. 21).

13. En el mismo sentido, Josep Anguilo manifiesta que el legislador “...no obligan al destinatario [juez]... a presumir ninguna verdad procesal (verdad en el proceso); sólo le obligan a aplicar las consecuencias jurídicas derivadas de la ocurrencia de ciertos hechos” (Aguiló, 2006, p. 35).

Las presunciones legales absolutas no admiten prueba en contrario y determinan finalmente una verdad formal sobre el hecho presumido, que es vinculante para el Tribunal...Las presunciones relativas admiten prueba en contrario presentadas por la parte a la cual se le ha trasladado la carga de prueba...solo ofrecen una verdad provisional [interina] al Tribunal (Taruffo, 2008c, p.152).

En el mismo sentido, Dei Vecchi (2020) describe que la clave para distinguir estas normas presuntivas (relativas) está en advertir si admiten o no la invocación y verificación de la derrotabilidad probatoria característica de las presunciones judiciales. Es decir, que admitan prueba en contrario. Siguiendo este hilo conductor, la doctrina ha argumentado además que la diferencia entre estos dos tipos de presunción va más allá de las exclusiones o manejo de la prueba contraria. En este sentido, otra diferencia medular se encuentra en que:

“[M]ientras las segundas [relativas] son establecidas a través de normas que afirman un hecho como verdadero salvo prueba en contrario, las primeras (absolutas) no son establecidas por normas que afirman como verdadero un hecho excluyendo la prueba en contrario” (Taruffo, 1991a, citado en Gama, 2019b, p. 74).¹⁴

3.4. Presunciones legales relativas o *iusuris tantum*

Ahora, regresando a la diferencia de admitir o no prueba en contrario, se examina el último párrafo del art. 16 de la LOGJCC para delinear con qué tipo de presunción nos encontramos:

“Se presumirán ciertos los hechos de la demanda cuando la entidad pública accionada no demuestre lo contrario o no suministre la información solicitada, siempre que de otros elementos de convicción no resulte una conclusión contraria. En los casos en que la persona accionada sea un particular, se presumirán ciertos los hechos cuando se trate de discriminación o violaciones a los derechos del ambiente o de la naturaleza.”

De acuerdo con esta transcripción, existen dos espacios en que la norma señala se presumirá cierto -x- (hecho constitutivo). Ahora, cuando el Estado es el demandado es clara la regla al advertir el “salvo prueba en contrario”; sin embargo, cuando el accionado

14. Ahondando en esta diferencia, las presunciones relativas son disposiciones normativas que establecen una presunción normativa, teniendo como base la obligación de considerar como probado un hecho hasta que no se acredite una postura contraria. En cambio, las presunciones absolutas estrictamente no afectan a la distribución de las cargas de prueba ni establecen una presunción en sí, sino que, a través de un razonamiento presuntivo realizado ex ante por el legislador, determinan una consecuencia jurídica (Gama, 2013). En otras palabras: [En] las presunciones relativas la presunción forma parte del contenido de la norma que establece la presunción. En las presunciones absolutas la presunción no forma parte del contenido de la norma, sino que constituye la premisa, la ratio sirve para explicar o justificar los motivos que condujeron a la creación de una norma (Taruffo, 1991, citado en Gama, 2013 p. 79).

es un particular en casos de discriminación o cuando existen vulneraciones a los derechos de la naturaleza, de forma expresa no se establece el mismo axioma, situación que atentaría contra el debido proceso en la garantía del derecho a la defensa y de contradicción. Por tanto, para evitar esto, atendiendo al contexto y estructura del diseño normativo, debe entenderse que las dos reglas descritas sí pueden ser derrotadas con pruebas contrarias.

Recopilando, es evidente que el legislador dispuso una presunción legal relativa para invertir la carga de la prueba en estos espacios. Como se ha dicho, la dogmática jurídica ha relacionado siempre esta categoría probatoria por “ser un mecanismo procesal cuyo objeto es distribuir estas cargas de prueba entre las partes y brindar al tribunal criterios a aplicar en la decisión final” (Taruffo, 2008c. p. 152).

Por su parte, Gama (2019b) presenta tres notas distintivas de estas presunciones:

En primer término, [i] dichas presunciones dispensan a una de las partes de la necesidad de probar un hecho, concretamente, el hecho presumido. La dispensa de prueba se traduce en que el hecho presumido deja de formar parte de los presupuestos exigidos por la norma para la producción de determinados efectos jurídicos...En segundo lugar, [ii] las presunciones legales relativas se caracterizan por trasladar a la contraparte la carga de aportar prueba en contrario para desvirtuar la presunción, a fin de evitar que se produzcan los efectos jurídicos que la norma prevé. En otros términos, las presunciones legales relativas se caracterizan por invertir la carga de la prueba a la contraparte (p. 80). “Como tercera característica, [iii] las presunciones relativas serían normas que establecen una presunción, esto es, ordenan [al juez] que se asuma un hecho jurídicamente relevante como existente y producen efectos jurídicos [en sentencia] como si dicho hecho hubiera sido efectivamente establecido” (p. 78).¹⁵

Ahora bien, Michele Taruffo a este “salvo prueba en contrario” lo ha denominado *prueba negativa* ya “que pretende demostrar la fundamentación de una aserción que niega el hecho a probar” (Taruffo, 2002b, citado en Gama 2019b, p.81).

Así mismo, esta prueba negativa puede ser directa o indirecta: “la prueba en contrario puede dirigirse *directamente* a acreditar que el hecho presumido no ha ocurrido, o bien, *indirectamente*, acreditando otro hecho que es incompatible con la existencia del hecho que se intenta desacreditar” (Gama, 2019b, p. 81)¹⁶. Esta diferencia nos sirve para poder

15. Estas notas distintivas se pueden ver desde dos enfoques: Desde la perspectiva de la parte favorecida se puede hablar de “alivio”, “dispensa” o “exención” de prueba. Mientras que, si se mira desde el otro frente que sería la parte desfavorecida, se hablaría de “inversión” o “desplazamiento de la carga de prueba. (Gama, 2019)

16. Gama nos presenta un ejemplo: la presunción de muerte de la persona desaparecida puede impugnarse directamente mediante la prueba de que dicha persona está viva. Y de manera indirecta,

identificar los mecanismos de defensa que puede tener la parte accionada para desvirtuar el hecho base de la presunción con la que parte el demandante y su acto constitutivo.¹⁷

Finalmente, otro punto destacado es que, contrario a la presunción legal absoluta, en este tipo de reglas (relativas), la presunción forma parte del contenido de la norma. Esto quiere decir que no está presupuesta, sino que es afirmada en la propia ley -como se lo hace en el art. 16 de la LOGJCC-, por lo que no derivan de la ilación de un hecho conocido a uno por conocer y tampoco contiene la aptitud para ofrecer pruebas a favor de una hipótesis fáctica; únicamente le impone al juez que aplique el efecto jurídico de la hipótesis normativa (Taruffo, 1991a).

Llegados a este punto, es necesario profundizar aun más en otra distinción que se hace acerca de esta presunción legal relativa: saber si nos encontramos ante una presunción verdadera, si es aparente o contiene una verdad interina.

3.5. Presunciones verdaderas y verdades interinas

Para Joseph Unger (1857) la diferencia fundamental entre estas dos propuestas es que las verdades interinas toleran que la ley establezca un hecho que debe ser considerado por verdadero hasta que no se pruebe lo contrario, mientras que las presunciones verdaderas exigen que el juez considere como verdadero un hecho en consecuencia siempre y cuando esté acreditado otro hecho (Gama, 2019b).

Ihering (1896) nos conduce a considerar que estas son dos mecanismos usados por el legislador para que la práctica de la prueba sea viable. Por su parte, Hedemann (1931) plantea las siguientes formulas que abarcan estos dos conceptos:

Verdaderas presunciones: si se da (x) se presupone que (y)

Verdades interinas: debe presumirse x

Hay que tener en cuenta que las verdaderas presunciones pueden modificar el *tema probandi* siempre y cuando la parte que alega la presunción pueda acreditar un hecho

si se demostrara, por ejemplo, que esa persona tuvo un hijo tiempo después de su desaparición (Gama, 2019).

17. En el Comon Law, *mutatis mutandis*, nos encontramos con la doctrina Thayer-Wigmore, que implica el uso de las presunciones para el traslado de la carga de ingresar pruebas, mas no la carga de persuadir. Esto significa que, si el oponente ingresa las pruebas, la presunción resulta inexistente. Como los americanos indican, la teoría se identifica con el nombre de la “teoría de la burbuja que estalla”, por la desaparición de la presunción si se opone prueba en contrario. (Gama, 2019)

distinto para que se produzcan deseados. Mientras que las verdades interinas establecen un hecho que debe presumirse sin más, liberando por completo la carga de probar del hecho constitutivo al accionante y trasladando la carga de prueba al adversario (Gama, 2019b, p. 89).

Esta propuesta ha sido discutida por varios juristas, como por ejemplo Leo Rosenberg (2019b), quien indica que en realidad se trata es de reglas de cargas de prueba formuladas en términos presuntivos, mas no presunciones estrictas. En un sentido similar Serra Domínguez (1963) considera que estas presunciones aparentes son fruto de una mala técnica legislativa, ya que, en lugar de establecer una regla de carga de prueba, la esconde a través de una presunción, sin ser la distribución de las cargas la finalidad primordial de las presunciones.

Difiero con esta posición toda vez que no se trata solo de reglas simples de carga de prueba, ya que muchas veces son el fundamento para determinar ciertos efectos jurídicos. Ihering ilustra esto con el siguiente ejercicio: si el hecho presumido es configurado como un hecho constitutivo que produce efectos jurídicos, pero que es dispensado de prueba, estamos antes una presunción; mientras que, si el hecho presumido únicamente tiene la función de indicar a quien le corresponde la carga de prueba, estamos ante una regla de carga de prueba (Gama, 2019b, p. 101). Por lo que es claro que estas presunciones estudiadas no se reducen solamente a cargas de prueba, sino que tienen otra función esencial que es la de establecer los efectos jurídicos previstos en la norma.

Otro detalle bastante peculiar es que la misma Corte Constitucional en la sentencia No. 639-19-JP/20, dentro del Caso No. 639-19-JP y acumulados, volviendo a separarse de la tramitación de los procesos ordinarios, ha considerado plausible una flexibilización en la presentación de información por parte del accionante dando como "...admisibles copias simples de documentos públicos, recortes de prensa, declaraciones de funcionarios públicos en medios de comunicación etc." (parr. 91). Dejando claro que no es necesario que el accionante compruebe el hecho constituyo para que opere la inversión de la carga de prueba, sin perjuicio de que el accionado se defienda mediante pruebas negativas (directas o indirectas) para modular los efectos jurídicos de la presunción.

Dicha conclusión debe entenderse con el matiz indicado dentro del voto salvado de la sentencia No. No. 1973-14-EP/20, en la que el Dr. Hernán Salgado aclara que:

"Si bien es cierto que en materia de garantías jurisdiccionales rige la reversión de la carga probatoria, aquello no significa que siempre la presunción de los hechos alegados ocasione la procedencia de

la acción. A partir de este principio se presumen ciertos los hechos descritos, pero para que la acción de protección proceda, aquella base fáctica debe acreditar para el juzgador una violación de derechos...”

Con lo expuesto, parece que no hay duda de que lo diseñado por el legislador en el último párrafo del artículo 16 de la LOGJCC es una presunción legal relativa que contiene una verdad interina. Esto debido a que la norma indica de manera general que se presumirán ciertas las afirmaciones del accionante siempre que se dirijan a describir la vulneración de un derecho constitucional -sin que sea necesaria la acreditación de otro hecho-, salvo prueba en contrario, Además, esta regla no debe ser tratada como una simple imposición de cargas, ya que también cumple la función de determinar los efectos jurídicos, que en este caso sería que el juez tome como ciertos (no como verdaderos) los hechos constitutivos y que el accionado pierda la contienda.

4. Cargas dinámicas de la prueba

Como se expuso anteriormente, la Corte Constitucional al flexibilizar las instituciones de distribución de cargas de prueba, señala que en los procesos constitucionales también se usan las denominadas “cargas dinámicas de la prueba”. Si tomamos en cuenta el sujeto que activa esta institución, la pregunta inicial sería ¿cuál es el rol del juez en el trámite de la prueba en la acción de protección?

Partamos recordando que el segundo párrafo del art. 16 de la LOGJCC dice que “[e]n la calificación de la demanda o en la audiencia, la jueza o juez podrá ordenar la práctica de pruebas y designar comisiones para recabarlas”. Esta es otra de las características esenciales de los procesos constitucionales que difieren de los ordinarios, ya que como lo indica Angelica Porras (2012), esta nueva actividad hace que el juez abandone un papel pasivo en el proceso, permitiéndose de esta forma dilatar el principio dispositivo en relación con las pruebas al distribuir las cargas probatorias a las partes de acuerdo con su criterio y necesidad para resolver (Quintana, 2019).

Ahora, sobre la teoría de la carga dinámica de la prueba *Gianinni* refiere que es “una regla diferenciada de distribución del *onus probandus*, que 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). Sin embargo, de acuerdo con el mismo autor, esta categoría probatoria hay que saberla diferenciar 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. p. 101).

Esto último le permite al juez, frente a una 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.

Ahora bien, en la acción de protección el art. 16 de la LOGJCC nos indica que la facultad oficiosa se activa en dos espacios: en el auto inicial o en la audiencia. En el auto inicial se entiende que el juez observa que, de existir algún medio probatorio que considera relevante, solicitará a las partes para que sea presentado en audiencia o recabado mediante comisiones. En un segundo momento, el juez pone en operación su capacidad oficiosa cuando del debate se desprendan hechos que aún no los considera claros.

Hay que advertir que de ninguna manera este escenario cambia la distribución de cargas de pruebas establecidas por las presunciones estudiadas. Esto es, a pesar de que el juez está en capacidad de imponer la carga -objetiva- de presentar un elemento de prueba, la carga de persuasión -subjetiva- sigue en manos del accionado. Sin embargo, la distinción que se hizo *supra* sirve para demostrar que existe un espacio que rompe con este esquema: en el evento de que se requiera al accionante un medio de prueba y no la presente, automáticamente se puede generar indicios en su contra, en la medida que se pueda afirmar que la misma está o razonablemente puede estar en su poder (Nieva, et al., 2019).

En este escenario, sin dejar de lado el poder del indicio al generar efectos negativos al accionante, hay que graduar su fuerza por el nivel de desigualdad que puede existir en el proceso (Giannini, 2016), que es lo usual en las acciones constitucionales. Sin embargo, en el evento descrito, si contamos al indicio como una prueba negativa indirecta que ataque a la regla de la inversión de la prueba inicial, la presunción se deshace y el efecto en la decisión va a variar en contra del accionante.

5. Disposición normativa y normas

Para culminar con la interiorización de la de distribución de cargas probatorias que presenta el art. 16 de la LOGJCC, es importante construir su contenido desde la distinción entre disposición normativa y norma. Al respecto, como es conocido, el realismo jurídico tiene como uno de sus máximos exponentes a Ricardo Guastini, quien se encuentra a la

cabeza de la escuela genovesa y propuso esta distinción entre los conceptos aludidos.

Generalmente, es común escuchar a juristas hablar sobre “disposiciones normativas”, “proposiciones jurídicas” o “enunciados normativos” sin tomar en consideración la precisión que debe mantenerse al momento de referir un cuerpo normativo como Fuente de Derecho o el contenido de este y las expresiones lingüísticas que puede tener (Pozzolo & Escudero, et al, 2018).

Evidenciado este problema, Guastini (2018) indica que “llama “disposición” a cada enunciado que forme parte de un documento normativo, es decir, a cada enunciado del discurso de las fuentes” (p. 136). Contrario a esto, “llama “norma” a cada enunciado que constituya el sentido o significado atribuido (por alguien) a una disposición” (p. 136). En otras palabras, “...la disposición es (parte de) un texto aún por interpretar; la norma es (parte de) un texto interpretado” (p. 136).

Con esto claro, el jurista Genovés presenta tres escenarios que distinguen esta diferencia:

1. El primer postulado establece que toda disposición es más o menos ambigua, por tanto, su interpretación puede tolerar o atribuírsele distintos significados. “[U]na única disposición —a toda disposición— corresponde no ya una única norma, sino más bien una multiplicidad de normas diversas” (Pozzolo & Escudero, et al., 2018, p. 145). Simbólicamente se representa así:

$$D = N1? N2? N3?$$

2. El segundo esquema identifica que una disposición expresa no solo una norma, sino una multitud de normas complejas. “En tal sentido, a una sola disposición corresponden varias normas en conjunto” (Pozzolo & Escudero, et al., 2018, p. 145). Simbólicamente se representa así:

$$D = N1 + N2 + N3$$

3. Finalmente, puede suceder que dos disposiciones pueden corresponder una misma norma. Que “...una sea la mera reiteración de la otra” (Pozzolo & Escudero, et al., 2018, p. 146). Simbólicamente se representa así:

$$D1 \rightarrow N \leftarrow D2$$

Diagramados los tres escenarios, queda revisar la distribución que encarna el contenido de la inversión de la carga de prueba a través de esta presunción legal relativa a la luz de esta distinción entre disposición y norma. El art. 16 de la LOGJCC presenta la arquitectura de la segunda propuesta y la *disposición normativa* se constituye en el conjunto de sus enunciados -no interpretados-. Ahora, para presentar las normas que se derivan de esta disposición normativa, se usará el diagrama de Toulmin expuesto más arriba y que consta de los siguientes caracteres:

I. Primera norma

Claim (pretensión): Los hechos de la demanda son ciertos.

Qualifiers (enlace): Se presumen.

Grounds (razones): La entidad no demostró lo contrario.

Rebuttals (refutaciones): Siempre que de los elementos de convicción no resulte una conclusión contraria.

Warrent (garantía): Siempre que una entidad pública no demuestre lo contrario, se tendrán por ciertos los hechos de la demanda.

Backing (respaldo): Parte del enunciado normativo del art. 16 de la LOGJCC.

II. Segunda norma

Claim (pretensión): Los hechos de la demanda son ciertos.

Qualifiers (enlace): Se presumen.

Grounds (razones): La entidad no entregó la información solicitada.

Rebuttals (refutaciones): Siempre que de los elementos de convicción no resulte una conclusión contraria.

Warrent (garantía): Siempre que una entidad pública no entregue la información solicitada, se tendrán por ciertos los hechos de la demanda.

Backing (respaldo): Parte del enunciado normativo del art. 16 de la LOGJCC

III. Tercera norma.

Claim (pretensión): Los hechos de la demanda son ciertos.

Qualifiers (enlace): Se presumen.

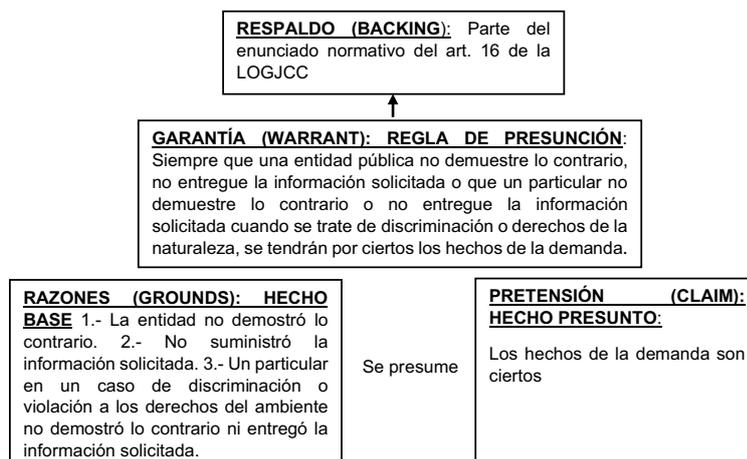
Grounds (razones): El particular no demostró lo contrario y/o no entregó la información solicitada, en un caso por discriminación o violación de derechos del ambiente.

Rebuttals (refutaciones): Siempre que de los elementos de convicción no resulte una conclusión contraria.

Warrent (garantía): Siempre que estemos frente a un caso de discriminación y/o violación de derechos del ambiente y un particular no demuestre lo contrario y/o no entregue la información solicitada, se tendrán por ciertos los hechos indicados en la demanda.

Backing (respaldo): Parte del enunciado normativo del art. 16 de la LOGJCC

Figura 2. Esquema de las presunciones en la acción de protección



Fuente: elaboración propia

Concluyendo el análisis, de lo estudiado y relacionado a los esquemas presentados, los *Rebuttals -refutaciones-* están en el art. 16 de la LOGJCC que funcionan como respaldo de la garantía y revela que la presunción podrá ser controvertible “siempre que de los elementos de convicción no resulte una conclusión contraria”. Al respecto, estas verdades interinas contenidas en las presunciones estudiadas sí pueden ser controvertidas y la forma de hacerlo es presentar pruebas -negativas- para destruir el hecho base de la presunción mas no sobre el enlace que es normativo.

Conclusiones

1. Existen tres momentos particulares en el tratamiento de la prueba en la acción de protección: 1) la conformación de la prueba y su práctica dentro del proceso, siendo aquí el lugar en donde entra en juego la dimensión subjetiva de la carga de prueba; 2) la valoración de la prueba a través de las reglas de la sana crítica; y, 3) la confirmación de los hechos para la decisión final, siendo este el momento para que el juez distribuya la carga de prueba en consonancia con la dimensión objetiva de esta institución.
2. La prueba en los procesos constitucionales tiene como eje orientador que estos sean sencillos, rápidos y eficaces, por lo que sus peculiaridades se distancian de la formalidad de los procesos ordinarios y de los principios que abrazan su trámite, aceptando categorías probatorias flexibles con ritualidades más informales y concentradas.
3. El artículo 16 de la LOGJCC describe las siguientes instituciones probatorias: i) una inversión de la carga de prueba como excepción de la regla general; ii) una presunción legal relativa que contiene una verdad interina; iii) cargas dinámicas de la prueba como

expresión de la capacidad officiosa del juzgador.

4. La verdad interina que contiene la presunción del artículo estudiado no responde a la estructura de las presunciones tradicionales -un hecho conocido a un hecho por conocer-, sino que establece un hecho que debe presumirse sin más, liberando por completo la carga de probar del hecho constitutivo al accionante y trasladando la carga de prueba y el riesgo de perder el proceso si no convence al adversario.

5. En comunión con lo expresado por la Corte Constitucional, la presunción de iure que mantiene la norma estudia contiene los siguientes rasgos: ii) una conveniencia procesal que busca la corrección del desequilibrio de las partes, impulsando la igualdad de armas en el proceso; y, ii) una justificación valorativa de protección y reconocimiento de objetivos socialmente deseados, tales como la supremacía de la constitución y los derechos constitucionales.

6. La presunción puede ser atacada mediante prueba negativa directa o indirecta, que justifique una hipótesis plausible y que le permita al juzgador distribuir las cargas de prueba conforme a las necesidades de caso, para así determinar si la presunción se mantiene y si produce o no los efectos jurídicos en el proceso.

7. Presumiblemente parecería que esta presunción como forma de inversión de la carga de prueba está medianamente justificada. Esto es, solo en su dimensión subjetiva, que refiere a ese acto de entrega de información. Ahora, en referencia a la dimensión objetiva, relacionada con la persuasión al juez de mi hipótesis, estaría medianamente justificada. La imposibilidad en el acceso no puede dar como consecuencia que la otra parte pierda el proceso por no convencer así presente las pruebas requeridas.

Referencias

1. Aguiló Regla, J. (2006). Presunciones, verdad y normas procesales. *Isegoría*, (35), 9–31. <https://doi.org/10.3989/isegoria.2006.i35.27>
2. Andrioli, V. (1966), *Presunzioni (Diritto civile e Diritto processuale civile)*, (1ª ed.) Novissimo Digesto Italiano.
3. Carnelutti, F. (2003) *Teoría general del Derecho. Metodología del Derecho*, (1ª ed.) Comares.
4. Chiovenda, G. (1940a) *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, vol. II, editorial Revista de Derecho Privado.
5. Chiovenda, G. (1954b) *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, vol. III, editorial Revista de Derecho

Privado.

6. Código Orgánico General de Procesos (2015). Registro Oficial Suplemento 506 de 22 mayo de 2015.
7. Coloma, R. y Agüero, C. (2014) Lógica ciencia y experiencia en la valoración probatoria, *Revista Chilena de Derecho*, 41(2), 673-703. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372014000200011>
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. 56-11-CN/19, caso No. 56-11-CN, dictada el 07 de mayo de 2019. <http://portal.corteconstitucional.gob.ec:8494/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=56-11-CN/19>
10. Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 729-14-EP/20, caso No. 729-14-EP/20, dictada el 25 de noviembre de 2020. <http://portal.corteconstitucional.gob.ec:8494/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=729-14>.
11. Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 116-13-SEP-CC, caso N.º0485-12-EP, dictada el 11 de diciembre de 2013. <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=116-13-SEP-CC>
12. Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 639-19-JP/20, caso No. 639-19-JP y acumulados, dictada el 21 de octubre de 2020. <http://portal.corteconstitucional.gob.ec:8494/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=639-19-JP/20>
13. Corte Constitucional del Ecuador, voto salvado de la sentencia No. 1973-14-EP/20, caso No. 1973-14-EP, dictado el 21 de octubre de 2020 http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBlDGE6J3RyYW1pdGUUnLCB1dWlkOic1M2IzNDdkOS02YWY1LT-Q5ZWItOGUxZS0yMjhiYzE2MDczNzcucGRmJ30=
14. Dennis, I. (2002), *The law of evidence*, (2ª Ed.). Londres, Sweet& Maxwell.
15. De Vechii, D. (2020). *Los confines programáticos del razonamiento probatorio* (1ª ed.) Zela.
16. Devis Echand, H. (1988). *Teoría general de la prueba judicial*. (6ª ed.), Zavalia.
17. Fernández López, M., (2006). *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, (1ª Ed.) La Ley.
18. Ferrer Beltrán, J. (2007). *La Valoración racional de la prueba*, (1a ed.), Marcial Pons.
19. Gama, R. (2013a). Concepciones y tipología de las presunciones en el Derecho Continental. *Revista de Estudios de la Justicia*, (19), 65-89. <https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/36187>
20. (2019b). *Las presunciones en el Derecho*. Entre la perplejidad y lo fascinante de los juristas. (1ª ed.), Tiran Le Blanch.
21. Gascón, M. (2010). *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*. (3ª ed.). Marcial Pons.
22. Glaser, J., (1883). *Handbuch des Strafprozesses*. (1ª ed.) Leipzig.
23. González, D. (2020). ¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, (23), 79-97. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7474922>
24. Gonzales, J. (2006) La Fundamentación de las sentencias y la sana crítica. *Revista chilena de Derecho*,

25. Guastini, R. (2018). Disposición vs Norma. En S. Pozzolo y R. Escudero (Eds). *Disposición vs Norma*. (1ª ed.) Palestra.
26. Hedemann, J. (1931), “Las presunciones en el derecho”, (Sancho Seral L. Trad.), *Revista de Derecho Privado*.
27. Hunter A. I. (2012) Control judicial de las reglas de la sana crítica (Corte Suprema), *Revista de Derecho*, 35(1), 243-251. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502012000100012>
28. Ihering, R. (1896). *La voluntad en la posesión, con crítica del método reinante*. (A. Posada Trad.), Imprenta de la revista de legislación.
29. Laudan, L. (2013). *Verdad error y proceso penal* (C. Vásquez y E. Aguilera, Trad., 1ª ed.). Marcial Pons. (Trabajo original en inglés, 2006).
30. Micheli, G. A., (1961). *La carga de la prueba* (1ª ed.) ediciones jurídicas Europa-América.
31. Montero Aroca, J. (2002). *La prueba en el proceso civil* (3ª ed.), Civitas.
32. Morgan, E. (1943). Further observations on presumptions. *Southern California Law Review*. California.
33. León, Felipe, (2010) Sobre la prueba en el Amparo. En Sevilla, C. (coord.) *La prueba en el proceso constitucional* (1ª ed.). Editorial el Buho.
34. Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009). Registro Oficial Suplemento 52 de 22 octubre de 2009.
35. López, B. (2012) *Los medios probatorios en los procesos constitucionales* (1ª ed.). Gaceta Jurídica S.A.
36. Nieva Fenoll, J., Ferrer Beltrán J., y Giannini. L. (2019). *Contra la carga de prueba* (1ª ed.). Marcial Pons.
37. Ormazabal, G., (2011). *Discriminación y carga de la prueba en el proceso civil* (1ª Ed.) Marcial Pons.
38. Porras, A. (2012). La prueba en los procesos constitucionales: aproximaciones a los principales retos en el caso ecuatoriano. En J. M. Pinto y A. P. Velasco. (Eds.) *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional*, Tomo 2, Corte Constitucional para el periodo de transición.
39. Quintana, I. (2019) *Acción de protección* (2ª ed.). Corporación de Estudios y Publicaciones.
40. Rodríguez, A., (2020). La carga de la prueba en supuestos de discriminación. *Su regulación en el proceso civil* (1ª ed.) Tirant lo Blanch.
41. Rosenberg, L. (1956a). *La carga de la prueba* (1ª ed.), Olejnik.
42. (2019b). *La carga de la prueba* (E. Krotoschin Trad.; 2ª ed. revisada) editorial B de F.
43. Sacco, R. (1957). Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova. *Rivista di Diritto Civile*.
44. Serra Domínguez, M. (1991). Comentarios a los arts. 1249 a 1253 del Código Civil, en Albadalejo M. y Silvia D. (dirs.) *Comentarios al Código civil*. Edersa.

45. Taruffo, M. (1991a). *Presunzioni (Diritto Processuale Civile)*. Enciclopedia Giuridica Teccom.
46. (2002b). *La prueba de los hechos*. (Ferrer J. Trad.), (4ª ed.) Trotta.
47. (2008c). *La Prueba* (L. Manríquez y J. Ferrer Trad.; 1ª ed.). Marcial Pons. (libro original 2008).
48. (2010d). *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos* (D. Accatino, Trad.; 1ª ed.) Marcial Pons. (libro original en inglés, 2009).
49. (2020e). *Hacia la decisión justa*. Zela.
50. Tribunal Constitucional español, Sentencia 51/1985 (1985, 10 de abril), <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/431>
51. Toulmin, S. E. (2003). *The Uses of Argument*, (updated ed.) Cambridge University.
52. Twining, W. (2009). De nuevo los hechos en serio. *Revista DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (32), 317-340. <https://doi.org/10.14198/DOXA2009.32.14>