

DIÁLOGOS ³ JUDICIALES



Tema central:
El Código Orgánico General de Procesos

enero - junio 2016

Diálogos judiciales 3

Tema central:

El Código Orgánico
General de Procesos

Corte Nacional de Justicia

Diálogos judiciales 3

Tema central:

El Código Orgánico
General de Procesos



Enero - Junio, 2016
Quito - Ecuador

 **Gaceta
Judicial**

Corte Nacional de Justicia
Revista Diálogos judiciales 3. El Código Orgánico General de Procesos.
Enero-Junio 2016, Quito, Corte Nacional de Justicia, 2016
366 p; 19X25 cm
Derecho de Autor: 044822
ISBN: 978-9942-22-024-0
ISSN: 2806-5743
Corte Nacional de Justicia. Título. III. Serie.
CDD ab.14 347 R4251d
Catalogación en la fuente: Biblioteca de la Corte Nacional de Justicia

Corte Nacional de Justicia

Dr. Carlos Ramírez Romero
Presidente de la Corte Nacional de Justicia

Dra. María Paulina Aguirre Suárez
*Presidenta Subrogante
de la Corte Nacional de Justicia*

Comité Editorial:

Dr. Carlos Ramírez Romero
Dra. Cynthia Guerrero Mosquera
Dra. Ana María Crespo Santos
Dra. Gladys Terán Sierra
Dr. Óscar Eduardo Bermúdez Coronel
Dra. María Paulina Aguirre Suárez
Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo
Dr. Juan Montaña Pinto

Editor:

Dr. Juan Montaña Pinto

Diagramación e impresión:

Javier Leiva Espinoza
Santiago González Muñoz
Jaqueline Espinosa Guerrero
Dina Lima Castillo

Santiago Aráuz Ríos
*Jefatura de Biblioteca, Gaceta y Museo
de la Corte Nacional de Justicia*

Portada y separatas:
María Fernanda Gallo Landaeta

Corte Nacional de Justicia
Av. Amazonas N37-101
y Unión Nacional de Periodistas, esq.
Quito, Ecuador
Tels.: (593-2) 23953500
www.cortenacional.gob.ec

Índice

1. Presentación	9
<i>Juan Montaña Pinto</i>	
2. Editorial:	13
<i>Carlos Ramírez Romero</i>	
3. Dossier Central:	21
<i>El Código Orgánico General de Procesos</i>	
La argumentación en el proceso oral por audiencias, en relación al COGEP	23
<i>Silvia Sánchez Insuasti</i>	
La importancia del anuncio de la prueba en la demanda, en la contestación y en la demanda de reconvencción	49
<i>Marcia Flórez Benalcázar</i>	
Formas extraordinarias de terminación del proceso civil en Ecuador	61
<i>Pablo Vaca Acosta</i>	
Análisis sobre la audiencia preliminar y la audiencia de juicio diferenciaciones	105
<i>Raúl Mariño Hernández</i>	
El recurso de apelación con efecto diferido, alcances y efectos	129
<i>María Rosa Merchán Larrea</i>	

Desafíos y ventajas de la oralidad en materia contencioso administrativa: un análisis comparado <i>Pablo Tinajero Delgado</i>	143
La ejecución de las sentencias <i>Paulina Aguirre Suárez</i>	157
La ejecución de las sentencias de dar dinero o bienes de género en el COGEP <i>Edwin Quinga Ramón</i>	185
De la construcción normativa a la consolidación judicial de la oralidad en los procesos de niñez y adolescencia <i>Arturo Márquez Matamoros</i>	201
4. Derecho Comparado	231
La prueba en el proceso por audiencias en el Código General del Proceso uruguayo <i>Jorge Chediak González y Gustavo Nicastro Seone</i>	233
La oralidad en materias no penales como herramienta procesal encaminada a la agilidad en la administración de justicia <i>Fidel Mora Centeno</i>	259
La oralidad como instrumento de humanización del proceso <i>Omar Alfredo Mora Díaz</i>	303
La oralidad en el proceso contencioso administrativo <i>Ernesto Jinesta Lobo</i>	321

5. Entrevista	337
La constitucionalización del derecho administrativo y oralidad en Colombia <i>Jorge Ramírez Ramírez</i>	339
6. Comentario de Jurisprudencia	347
Análisis jurisprudencial Caso de responsabilidad médica M.A.A.T vs. B.B.P. 158-2014 <i>Edgar Ulloa Balladares</i>	349
7. Política Editorial	361



SDU... PLK... N... F... K... S... U... f... s... d... h... d... d... d... k... g... k... a... r...
dlfif slhkdl slfkñdk slfokd JS
a dkv ckljfk slsjfl slldgkd skfjd
sdflidl slfk... L... S... E... O... P...
... stük lñasñfñh

PRESENTACIÓN

Díálogos judiciales, llega en este número a su mayoría de edad; lo cual implica, en términos editoriales, que hemos podido entregar al público el tercer número de nuestra revista.

A pesar de algunos cambios formales en la estructura de la revista, para hacerla más moderna y dinámica, que buscan fortalecer su carácter académico, y de realizar algunas modificaciones en la parte gráfica para que sea más legible y atractiva visualmente; en lo que atañe al fondo nos mantenemos fieles a nuestra filosofía y seguimos en la búsqueda de los mismos objetivos que nos impulsaron hace ya algún tiempo a crear este proyecto editorial: la revista continúa siendo un espacio plural de reflexión sobre el derecho judicial en nuestro país, con la única condición de que las aportaciones mantengan un espíritu democrático, pluralista y una visión crítica acerca de las persistencias y los cambios ocurridos en el derecho judicial latinoamericano y ecuatoriano.

Las principales innovaciones materiales de las que corresponde dar noticia precisa son afianzamiento del carácter monográfico de la revista, en este caso con la publicación de una serie de ensayos críticos sobre el flamante Código Orgánico General de Procesos. La otra gran innovación editorial es la organización y estructuración de secciones permanentes claramente identificadas, entre las que merece la pena destacar obviamente nuestro dossier central o la sección sobre derecho comparado que incorpora aportes de importantes juristas latinoamericanos sobre la oralidad en América Latina: También es importante destacar la permanencia de la sección de entrevistas como un elemento central de la publicación. En este caso hemos incorporado al número 3 de **Díálogos** la entrevista al Consejero de Estado colombiano Dr. Jorge Octavio Ramírez Ramírez en

la que nuestro invitado especial nos habló de la oralidad en el ámbito contencioso administrativo. La revista también incorpora como novedad un comentario de la jurisprudencia de la Corte Nacional, en este caso de la sentencia de la Sala Civil de la Corte Nacional. También incorporamos como novedad un índice de colaboradores y la publicación de un resumen de nuestra política editorial.

En ese sentido, **Diálogos judiciales** sigue siendo el medio que utilizamos desde la Corte Nacional para provocar discusiones y debates teóricos sobre los problemas, los tópicos y las novedades del derecho judicial contemporáneo, tanto en nuestro país como en América Latina; todo con el objetivo final de darle al país un escenario de reflexión jurídica que sirva tanto a juristas y académicos como a operadores prácticos de la justicia para fortalecer y profesionalizar su trabajo cotidiano.

Esperamos que este nuevo número de nuestra revista cumpla sus objetivos y llene las expectativas de los lectores interesados. Bienvenidas sean las sugerencias y las críticas que nos permitirán seguir fortaleciendo este espacio académico de reflexión jurídica.



EDITORIAL

Carlos Miguel Ramírez Romero
Presidente de la Corte Nacional de Justicia

En los últimos 20 años, en toda Iberoamérica, se ha producido un importante proceso de cambio en las normas procesales. A pesar de que para algunos sectores minoritarios se trata de un movimiento cíclico que pretende cambiar todo para que todo siga igual;¹ en realidad hay un relativo consenso sobre la importancia de las transformaciones operadas, con ocasión de las reformas procesales implementadas.

El punto común de todas las reformas adoptadas se refiere al reemplazo del tradicional modelo escriturario y formalista de justicia heredado de nuestro pasado colonial por un sistema de justicia en audiencias, parecido al ya probado para los procesos penales y como éste, basado en la aplicación prioritaria del principio de oralidad.

Por supuesto que una mutación de este calado no se limita solamente a un cambio normativo sino que envuelve, sobre todo, una auténtica revolución cultural que como todo proceso de esa naturaleza tiene como propósito acercar el proceso a la vida y enseñar a actuar y resolver en los procedimientos judiciales como se actúa y se resuelve en la vida cotidiana: a través de la palabra. No se trata pues de reemplazar en el juicio las letras de molde por el discurso oral, sino que se intenta adoptar una nueva manera de entender lo procesal, como un instrumento dirigido a generar información inmediata que sirva la toma de decisiones y la resolución de los conflictos. Esto por supuesto va mucho más allá de la modernización de las normas procesales.

¹ Cfr. Rueda Fonseca María del Socorro, *La raíz del Código General del Proceso*, En: Cruz Tejada Horacio, *El proceso civil a partir del Código General del Proceso*, Ediciones Uniandes, Bogotá, 2014, pp. 27 a 58

En realidad el *leit motiv* que justifica y explica la transformación del sistema judicial es la consideración del ser humano como centro y fin de los procedimientos ya que lo que se procura con el cambio normativo y la transformación institucional consustancial a éste es garantizar la efectividad real de los derechos y la satisfacción de las necesidades de las personas que acuden a la administración de justicia para resolver sus conflictos en justicia.

En ese sentido, el eje central de todas las reformas judiciales que se han desarrollado hasta ahora en la región se basa en la exploración de dispositivos que permitan asegurar efectivamente el derecho constitucional a acceder a una justicia pronta y eficaz; ya que uno de los grandes problemas que ha sufrido la administración de justicia en nuestro país y en todos los países de Iberoamérica es, justamente, la demora en la resolución de los conflictos; tardanza que a la postre ha generado la creciente ilegitimidad del sistema y lo que se conoce en la doctrina y la jurisprudencia como “estado de Cosas inconstitucional”.

El camino escogido para superar esta situación y cumplir con estas metas tiene que ver con el fortalecimiento de los poderes del juez; con la implementación del sistema oral por audiencias; con la unificación y simplificación de los procedimientos, y con el establecimiento de términos perentorios de duración de los procesos y procedimientos todo lo cual redundará en la materialización del derecho al acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva.

No cabe duda que la implementación adecuada de la oralidad como sistema procesal, contribuirá a mejorar la calidad de las decisiones judiciales y la transparencia de los procesos, a la vez que promoverá el desarrollo de una nueva cultura del litigio premiando la buena fe y facilitando la labor probatoria.

En relación con esto último, si tomamos en cuenta que la actividad probatoria es con mucho la parte más importante del proceso, porque por medio de ella se busca alcanzar la verdad procesal, en los nuevos códigos de la región se observa también una tendencia creciente a potenciar la capacidad del juez de decretar pruebas de oficio en uso de sus atribuciones de director del proceso.

Adicionalmente un sistema procesal oral como el que se está poniendo en práctica en la región, comporta una reestructuración general de todo el sistema probatorio, que pasa por la adopción de medidas audaces como aquella que busca propiciar una nueva distribución de la carga de la prueba de tal suerte que ya no dependa exclusivamente del clásico principio de autorresponsabilidad², y se transforme paulatinamente en un sistema dinámico de carga de la prueba que no solo tome en cuenta la posición de las partes en el proceso sino que además atienda a la capacidad del sujeto procesal y su mejor o peor acervo para probar determinado hecho.

Se han propuesto además la adopción de algunas iniciativas relacionadas con la generación de nuevas reglas para la realización de la prueba pericial, ya que las listas de peritos judiciales se han cambiado por la figura del perito de parte. Con este nuevo diseño el peritaje adquiere una importancia fundamental para el acervo probatorio que debe valorar el juez, ya que si bien el perito no va a reemplazar la labor crítica del juez, una sólida argumentación oral de los peritos de parte en la audiencia, seguramente tendrá un peso muy grande en la generación de la convicción del juez. Esta situación, por supuesto, favorece a las partes pero por otro lado genera algunas incertidumbres porque ahora más que nunca la capacidad económica de la parte determinará la experticia y la calidad de la pericia judicial; razón por la cual hay que buscar mecanismos para que el juez pueda mantener y garantizar la igualdad entre las partes.

Otro elemento fundamental presente en los códigos procesales latinoamericanos de última generación, y por supuesto del GOGEP es el de la búsqueda de la igualdad real de las partes en el proceso que se concreta en las herramientas de dirección del proceso en cabeza del juez que muchos de los códigos contemplan.

Todo esto con el objetivo final de mejorar radicalmente la calidad de las decisiones judiciales y así garantizar el derecho a la tutela

² En virtud del principio de autorresponsabilidad cada una de las partes debe probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que persiguen sea declarado por el juez.

judicial efectiva. El concepto de tutela judicial efectiva comporta, como es bien conocido, no solo la posibilidad de acceder a la jurisdicción en cualquier momento y lugar; sino el derecho a contar con garantías mínimas del debido proceso; a lograr la resolución del litigio en un tiempo razonablemente corto; y a obtener una sentencia de fondo que solucione el conflicto y a lograr su ejecución efectiva, puesto que ya no se trata solo de que las partes accedan a la administración de justicia sino que además ésta debe lograr efectivamente resolver los conflictos que conoce haciendo justicia.

En ese contexto, se considera que el escenario ideal es que todos los ecuatorianos contemos no solo con normas procesales adecuadas sino con administradores de justicia diestros en su aplicación.

El nuevo Código Orgánico General de Procesos entró en vigencia el pasado 23 de mayo después de un prolongado proceso de *vacancia legis* que se justificó según los legisladores en la necesidad de generar un proceso real de apropiación del sistema por parte de los jueces, juezas y operadores jurídicos. Esta primera fase ya culminó con significativo éxito después de un extenuante proceso de capacitación desarrollado por la escuela judicial y el consejo de la judicatura. Falta ahora la consolidación del cambio cultural y este sin duda es un proceso de reflexión más largo y más complejo.

A este propósito es que justamente apunta la Revista Diálogos Judiciales 3 cuando insiste en analizar distintos tópicos relativos al Código General de Procesos, una vez ya entrado en vigor, falta comenzar un proceso de reflexión colectiva sobre las urgencias de esta verdadera revolución cultural. El reto es generar consensos no solo sobre la coherencia de los cambios normativos, sino generar un acuerdo fundamental sobre la racionalidad funcional de la reforma de tal suerte que se genere un acuerdo social general sobre la pertinencia de las nuevas instituciones para afrontar los problemas que históricamente han aquejado al sector justicia, pero ahora en el contexto de los imperativos éticos que implican tomarse en serio nuestro Estado Constitucional de Derechos y Justicia. Y para ello es indispensable el debate franco y abierto.

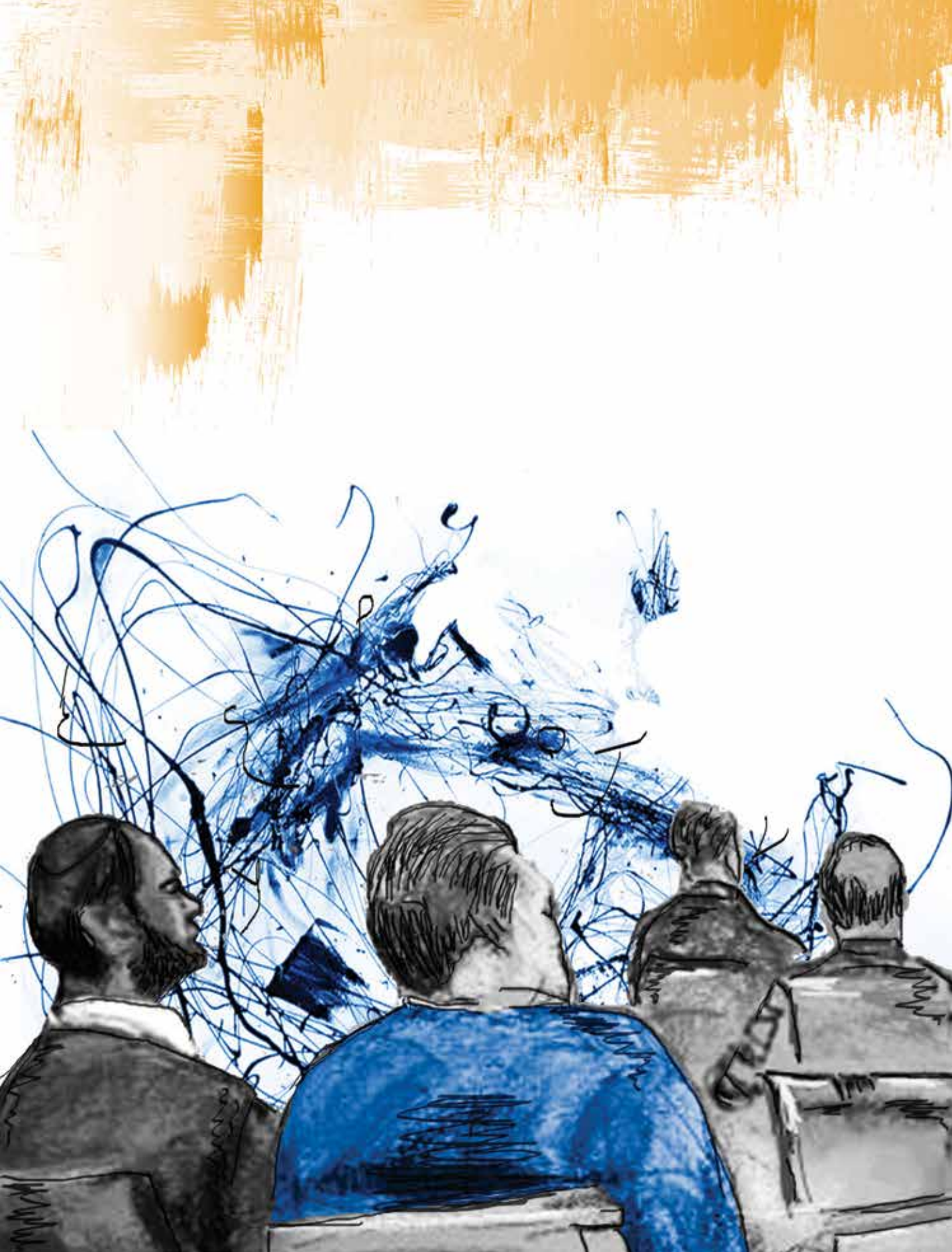
Para lograr generar este espacio de discusión, hemos convocado a una serie de expertos nacionales e internacionales para que den sus puntos de vista sobre algunos de los más importantes tópicos relacionados con el COGEP. En primer lugar, dentro del DOSSIER CENTRAL encontramos el artículo de la jueza nacional doctora Silvia Sánchez que nos plantea algunas reflexiones teóricas sobre las particularidades de la argumentación en el sistema oral por audiencias. En segundo término la doctora Marcia Flórez nos plantea ciertos interrogantes sobre la importancia del anuncio de la prueba en el nuevo sistema procesal ecuatoriano; mientras que el doctor Pablo Vaca Acosta examina críticamente la nueva regulación de las formas extraordinarias de terminación del proceso. También encontramos el artículo del Doctor Raúl Mariño Hernández, juez provincial y asesor de la Corte Nacional de Justicia, sobre las diferencias sustanciales entre la audiencia preliminar y la audiencia de juicio dentro del procedimiento ordinario regulado por el COGEP. Por su parte la doctora María Rosa Merchán Larrea, jueza de la sala de familia, niñez y adolescencia de la Corte Nacional realiza un estudio crítico del recurso de apelación en el efecto diferido; mientras que el juez nacional Dr. Pablo Tinajero nos ilustra con un comentario acerca de los retos y las ventajas del sistema oral en materia contencioso administrativa. A su vez la doctora Paulina Aguirre Suárez, presidenta subrogante de la Corte Nacional de Justicia y presidenta de la sala laboral hace un interesante análisis de la fase de ejecución de las sentencias en el COGEP; mientras el doctor Edwin Quinga aporta un ensayo sobre el régimen creado por el COGEP para la ejecución de las obligaciones dinerarias. Finalmente el doctor Arturo Márquez Matamoros estudia el principio de oralidad en los procesos de niñez y adolescencia desde su consagración normativa hasta su consolidación judicial.

Adicionalmente en la sección dedicada al derecho comparado hemos escogido cuatro aportes internacionales, uno del presidente de la Corte Suprema de Justicia de Uruguay sobre el modelo probatorio en el código general de procesos uruguayo, mientras que el profesor y magistrado, venezolanos, Fidel Mora y Omar Mora nos hablan de la oralidad como herramienta adecuada para agilizar la administración de justicia y la oralidad como instrumento de humanización del proceso. Finalmente el profesor de la Universidad de

Costa Rica, Ernesto Jinesta nos da su visión sobre la oralidad en el proceso contencioso administrativo.

A su vez en la sección de entrevistas recogemos un interesante diálogo que los redactores de esta publicación tuvimos con el doctor Jorge Ramírez Ramírez magistrado del Consejo de Estado colombiano con ocasión de una visita que este jurista realizó a la Corte Nacional de Justicia, hace algunos meses.

Finalmente, el lector interesado también encontrará en este tercer número de la revista Diálogos judiciales la reseña de una de las sentencias más importantes y controvertidas de la Corte Nacional de los últimos tiempos la que resolvió el caso M.A.A.T. vs B.B.P. (158-2014) de la sala civil sobre responsabilidad médica, realizada por el prestigioso jurista ecuatoriano Edgar Ulloa Balladares.



DOSSIER CENTRAL

Auditorios y aceptabilidad de la argumentación, en el proceso oral por audiencias, en relación al Código Orgánico General de Procesos

Silvia Sánchez Insuasti

Sumario:

1. Racionalidad jurídica; **1.1.** Lógica jurídica y teoría de la consecuencia lógica; **1.2.** El Derecho como argumentación; **1.3.** Razonamiento y racionalidad; **2.** Interpretación jurídica; **2.1.** La justificación; **2.2.** Justificación interna y justificación interna; **2.3.** Juicio de valor y probabilidad lógica; **3.** La aceptabilidad; **3.1.** La motivación; **3.1.1.** La motivación como requisito técnico; **3.1.2.** El principio de obligatoriedad de la motivación; **3.2.** Aceptabilidad de la argumentación; **3.3.** Motivación y argumentación; **3.4.** La argumentación como discurso argumentativo; **4.** Los auditorios; **4.1.** El sistema de audiencias; **4.2.** Auditorios y argumentación; **4.3.** Argumentación y persuasión; **4.3.1.** Concesión y adversación; **4.3.2.** Falacias; **5.** Bibliografía.

1. Racionalidad jurídica

1.1. Lógica jurídica y teoría de la consecuencia lógica

Siempre me he preguntado por qué existen reglas específicas y exclusivas, que regulan la estructura del razonamiento en temas jurídicos, si, el Derecho, como cualquier otra disciplina del conocimiento, está sometida a los dictados y reglas de la lógica formal como rama filosófica; y al ser así, carecería de justificación que la ciencia jurídica tenga una lógica “expresa y única”, pues, también habrían de asistirle al resto de ciencias, las suyas propias.

¿Acaso es porque una es la lógica general (la que ordena el proceso de elaborar juicios racionales) y otra la lógica jurídica (la que se encarga de que las proposiciones constitutivas del juicio crítico en el Derecho sean válidas y suficientes)? Al buscar la respuesta en la teoría del conocimiento, diríamos que no, ya que la estructura del razonamiento es una sola y que, por ello, la abducción, en tanto separación de un mismo plano en dos dimensiones que definan a lo verdadero de lo falso, sería suficiente; pero, si lo que se pretende es entender el valor de las decisiones que demandan los problemas jurídicos propuestos en la dinámica de la intersubjetividad de quienes ejercen y aplican el Derecho, el camino hacia la respuesta empieza en la teoría de la ciencia, como herramienta cognoscitiva que permite construir una doctrina sobre el instrumento (el objeto o episteme), con el propósito de lograr un conocimiento científico amplio que comprenda a la racionalidad jurídica en función de las inferencias deductiva e inductiva, y de los subprocesos del razonamiento.

Al efecto, un capítulo inicial es el de la lógica formal, que se encarga de establecer normas de razonamiento para extraer proposiciones no existentes de aquellas impuestas de antemano, sin que sea necesario considerar el significado material de aquellas; y otro, es el que encarna la teoría de la consecuencia lógica (Bochenski, 1990, p.2), como instrumento que permite distinguir a las argumentaciones válidas de las que no lo son. En el Derecho, esta separación entre lo que tiene validez y lo que carece de ella, es capital –aunque no suficiente–, porque la estructura del razonamiento requiere de justificación a la hora de exponer los argumentos que sustentan una ponencia jurídica y exhibir las pruebas que evidencian los asertos.

1.2. El Derecho como argumentación

La necesidad de comprender a la lógica como hito instrumental de la racionalidad jurídica no puede tener más límite (no cabe exigirle más) que el de la validez

lógica como criterio de racionalidad de la argumentación jurídica, pues, su objetivo es ordenar la estructura del razonamiento deductivo, sin que represente por sí mismo, o en forma descriptiva, la actuación del juez, pues, lo que importa es que las premisas se conecten formalmente con la conclusión (Feteris, 2007, p. 60):

Estructura Silogística	Argumento Válido	Argumento No Válido
Si P entonces Q	Si X actual lícitamente y causa un daño a Z entonces responde por el hecho y repara el daño	Todos los fiscales son abogados
P	X actuó lícitamente, ex causó un daño a Z	X es abogado
Entonces Q	X responde por el hecho y repara el daño	X entonces es fiscal

Este es el caso en el que el Derecho es sinónimo de argumentación, como construcción deductiva desde las premisas que originan el razonamiento y llegan a la conclusión mediante criterios de correcta inferencia (concepción formal de la argumentación); en suma, es el argumento deductivamente válido deducido a partir de la pregunta: ¿Qué se puede inferir a partir de premisas determinadas? (Atienza, 2001, p. 258).

Si bien este es el primer elemento del razonamiento jurídico, no es el único, y generalmente no reparamos que quien razona el Derecho, debe hacerlo dentro de la lógica. Esta es una verdad incuestionable, porque el objetivo del ejercicio jurídico de argumentar es persuadir y/o convencer, mas no descubrir la verdad; el ideal de conocer la verdad es axiológico y optimizador, se revela en el valor que supone al Derecho como instrumento o vía para realizar la justicia como valor.

Esto último, es en lo que llamamos la argumentación en función de las buenas razones, que supone la realización de una acción; el empleo de los implementos formales de la (deducción ceden paso a los aspectos materiales, en un proceso cualitativo de selección en que la mera inferencia (verdadero-falso), es desplazada por la calidad de las premisas en el silogismo (concepción material de la argumentación), lo cual se resumiría en la pregunta: ¿Qué debe hacerse o se cree que debe hacerse? (Atienza, 2001, p. 259), y que se formula considerando que la veracidad de la premisa fáctica depende de su correspondencia con la realidad, p.e. “la nieve es

blanca es verdadero si, sólo si, la nieve es blanca”. Y, el tercero es el despliegue de la confrontación de la argumentación (concepción dialéctica) en la que la interacción con quien asume una posición contraria, si bien tiene un propósito persuasivo de adhesión a la tesis esgrimida, es objeto de aceptabilidad desde el punto de vista de la interpretación por parte de los auditorios o audiencias, lo cual, se sintetizaría en la pregunta: ¿Cómo se puede persuadir de la tesis propuesta? El esquema sería el siguiente, siguiendo la propuesta de Manuel Atienza (2001, p. 260):

Elementos	Concepción formal	Concepción material	Concepción dialéctica
Pregunta	Que se puede inferir a partir de premisas determinadas	Que debe hacerse o se cree que debe hacerse	Como se puede persuadir de la tesis propuesta
Estructura	Premisas: verdadero / falso	Buenas razones: realidad	Tesis
Criterio	Inferencia	Utilidad	Persuasión
Argumento	Razonamiento	Justificación	Motivación
Control	Interno		Externo
Finalidad	Determinar corrección de las inferencias valorar	Valorar la funcionalidad de la decisión	Persuadir al auditorio

1.3. Razonamiento y racionalidad

El pensamiento procesalista clásico, concibe al razonamiento como un proceso intelectual basado en la estructura lógica exegético-normativa, circunscrita a las disposiciones previstas en las leyes procesales, a las cuales la conducta judicial debe ajustarse.

El episteme, es decir, el objeto de estudio, ha sido para el clasicismo procesal la adecuación de la decisión judicial al marco procesal, sin posibilidad alguna de que el proceso argumentativo sea visto fenomenológicamente, sino como una operación silogística de adecuación de una proposición fáctica concreta, a la proposición jurídica abstracta (la descripción normativa-regla como premisa mayor), en la que la decisión judicial constituye la conclusión de un procedimiento simple de carácter subsuntivo de la segunda a la primera, conforme las reglas estatutarias procesales.

Sin lugar a dudas, eso condujo a hacer del juez un autómat, que entendía al razonamiento judicial como un proceso de adecuación de forma y contenido. O, más grave aún, en una especie de fabricante de soluciones que de antemano tenía la respuesta jurídica al problema litigioso de manera sempiterna y uniforme, sin distinguir la fenomenología distintiva de la casuística y la riqueza que la dimensión regulatoria de la institución del precedente jurisprudencial ofrece.

El automatismo en el ejercicio del derecho procesal se patenta, entonces, en el estándar de la lógica formal como suficiente, pues, el razonamiento lógico deductivo bastaría para resolver el problema en cuestión; a fin de cuentas, el juez sería aún boca de la ley encargado de “dar el derecho cuando le son entregados los hechos”, sin más obligación procesal que la de resolver las cuestiones sometidas a su competencia dentro de un auditorio procesal bipartito, solamente sujeto a revisión por efectos de la recurribilidad.

Subsiguientemente, la discusión jurídica se constituye en un control de racionalidad, cuyas reglas hacen del juicio eficaz, esto es, lógico, o ilógico, y por tanto inválido.

2. Interpretación jurídica

2.1. La justificación

Con la irrupción de la hermenéutica como mecanismo interpretativo de las reglas, que procura la elaboración del razonamiento sobre la base de normas establecidas, la racionalidad de la decisión judicial despegó hacia un horizonte más elaborado. A mediados de los años setenta y ochenta del siglo pasado, se publicaron obras dedicadas al razonamiento y la justificación jurídicas, haciendo de la argumentación un puente entre el Derecho y la razón. Los aportes de Neil Mac Cormick (1978) en el razonamiento jurídico, sumados a los de Alexander Peczenik (1983) y Aulus Aarnio (1987) en la justificación jurídica, a los que se agrega el de Robert Alexy (1978) (citados por Taruffo, 2011, p.11), en el campo de la argumentación jurídica, constituyen referentes a la hora de reflexionar sobre la importancia del razonamiento y argumentación jurídica de quienes, por obligación institucional-funcional, deben resolver los problemas jurídicos: los jueces.

En otras palabras, sin justificación, el razonamiento se mantiene solo, sin que el valor de su estructura formal pueda bastar para explicar suficiente y válidamente

las actuaciones judiciales: la racionalidad no es autosuficiente, depende de la fuerza argumentativa de la justificación para soportar el peso de la crítica analítica a la decisión. Dicho de otro modo, sin justificación que exprese adecuadamente el razonamiento, no habrá motivación, y sin ésta o con una insuficiente, la sentencia carecerá de una justificación apreciable.

2.2. Justificación interna y justificación externa

¿Cómo se justifica y qué sentido tiene justificar la decisión? La calidad combinatoria de las premisas determina la validez lógica de la decisión final, y en esta labor la calidad interpretativa de la disposición normativa es vital para lograr una norma de adecuado significado jurídico'. Si la premisa jurídica se conecta subsumiendo a la premisa fáctica, la deducción tendrá como consecuencia una conclusión inobjetable en su definición racional. Este proceso es denominado como justificación interna, en el que prima la coherencia conectiva entre la regla general hipotética y los hechos sobre los cuales se ha de aplicar.

Las razones en virtud de las cuales, esa aplicación resultante de la elección de una disposición normativa o la interpretación que de ella se haga, como regla jurídica de solución del problema; y, además, la argumentación que sustenta la decisión del juez para la reconstrucción de los hechos materia del proceso judicial, constituyen la justificación externa. En este sentido, la utilidad de la argumentación es doble: por un lado, sirve de guía a los operadores jurídicos (utilidad prescriptiva), y por otro, ayuda a los jueces a ser conscientes de cómo han desplegado su trabajo (utilidad descriptiva).

El art. 90 del Código Orgánico General de Procesos, (en adelante, COGEP), contempla la operación silogística y la justificación interna al determinar que, en términos generales, las sentencias y autos deberán contener la “4. Enunciación resumida de los antecedentes de hecho” y la aplicación de la normativa a esos hechos, cuando dice que debe expresar “6. La decisión adoptada con precisión de lo que se ordena”. En el art. 95 *ibíd.*, la disposición procesal es más descriptiva al establecer: “4. La enunciación breve de los hechos y circunstancias objeto de la demanda y defensa del demandado”; y, la conexión de éstos con las reglas o subreglas jurídicas aplicables, de forma que: “8. La decisión que se pronuncie sobre el fondo del asunto” sea racional; “7. La motivación”, forma parte de la exteriorización justificativa de ese razonamiento.

2.3. Juicio de valor y probabilidad lógica

Ahora bien, ¿En cuántos y cuáles elementos se desagregaría el proceso constructivo de la justificación externa? Esta es una cuestión no definible en una norma; lejos de establecer rigurosidad y limpieza en el método, alejaría la facultad valorativa y clarificadora que al juez le asiste para valorar los hechos y la prueba demostrativa de su existencia o suscitación.

El juicio de valor, que es un concepto aparentemente subjetivo, en el Derecho, no lo es, en la medida en que obliga al juez a justificar su elección y a determinar las premisas de derecho y de hecho en su decisión. La valoración de las normas y la reconstrucción enunciativa de los hechos justiciables, es una tarea consecuente de la libertad razonable y de los criterios de valor para justificar, mediante el argumento, los juicios de valor.

A esa regla racional específica del “criterio de valor”, el COGEP (art. 95.6), lo denomina “relación” ves un interesante aporte que amerita ser comentado desde la perspectiva de la admisibilidad de los hechos y su limitación en función de la relación que exista entre ellos, sin que en la abundancia descriptiva radique la riqueza de la base informativa de la decisión, sino en la posibilidad probatoria –es decir, en la posibilidad de atomizar los hechos en la medida necesaria– y en la fuerza probatoria de los hechos admisibles exclusivamente, como lo afirma Posner (2008, p. 201). A fin de cuentas, la decisión judicial es de aquellas que soportan su validez en información necesaria y suficiente.

En efecto, cuando el art. 95 *ibíd.*, enumera que el proceso constructivo de la decisión, debe contener: “6. La relación de los hechos probados, relevantes para la resolución”; establece este elemento como uno de los criterios que ha de ser argumentativamente explicado por el juez en su resolución, a lo cual se suma la justificación que haga de la veracidad/falsedad de los hechos y la indicación de las razones por las cuales hubo de apreciar la confiabilidad de las pruebas practicadas para tal efecto, sea para considerarlas en la resolución, o para despreciarlas.

El art. 158 *ibíd.*, indica el valor de la prueba a partir de su finalidad demostrativa y apunta al convencimiento del juzgador sobre los hechos y circunstancias disputados. Su admisibilidad, obviamente estará determinada por cumplir con la conducencia, pertinencia y utilidad requeridas en el marco de la lealtad y veracidad procesal, de acuerdo al artículo 160 *ibid.*

Esta definición es decisora. La seguridad jurídica no es (nunca ha sido) un mero derecho predeterminado, sino una obligación exigible a quienes, para realizar su labor de resolver jurídicamente, deben materializar sus decisiones previo un control racional y argumentativo. Para ello, y en el afán de adentrarnos en el derecho a la seguridad jurídica en el ámbito de la motivación, debe cuestionársela antecediéndola con varias preposiciones gramaticales que le otorgan valor aplicativo distinto y preciso a la hora de calificar la situación jurídica por la que se la invoca.

La seguridad jurídica, lejos de ser un derecho de mera invocación mediante la retórica, es un elemento que hace de la argumentación una herramienta procesal no limitada a la aplicación lógica de la normativa jurídica, sino a la comprensión técnica y precisa, de lo consignado en los estatutos jurídicos, pues, no es suficiente con decidir —el juez no está obligado a explicar su *iter* decisorio, por no ser de interés público—; justificar lo resuelto, en cambio, constituye la exposición que hace el juez de los argumentos resolutivos del problema jurídico sometido a su jurisdicción, ante la audiencia o auditorio naturalmente atento a la respuesta.

En eso radica la seguridad jurídica en el ámbito procesal: “como un derecho en el Derecho”, y solamente en estas dos acepciones es que debe empleárselo al momento de tomar la decisión judicial (en las cortes de legalidad o de constitucionalidad) o de impugnar las resoluciones de las autoridades públicas, cuando lo que se persigue es atacar a la sentencia por falta de motivación, invocando vulneración del derecho a la seguridad jurídica.

3. La aceptabilidad

3.1. La motivación

3.1.1. La motivación como requisito técnico

Si bien es cierto que la motivación puede ser vista como fuente de indicios o como discurso justificativo, también se lo puede hacer desde su estructura racional. Desde tales perspectivas, la motivación es vista como un requisito técnico del **razonamiento jurídico desde una línea jurídica y filosófica. Una revisión de la motivación como obligación** constitucionalmente consagrada, nos permite valorarla como inflexión ideológica y política que marca una ruptura entre el *Ancien Regime* y el Estado liberal de derecho, a partir de finales del siglo XVIII.

Sin embargo, y a manera de explicación, puede anotarse que si bien son dos fases en las cuales el razonamiento del juez actúa en función de su capacidad electiva de construir hipótesis silogísticas (justificación interna), hasta arribar a una sola solución o respuesta correcta a todo problema jurídico como sostiene Posner (2008, p. 198)”, y exponer las razones por las cuales la premisa de derecho y la premisa de hecho fueron formuladas de una manera específica (justificación externa), la motivación encarna un rol preponderante en el campo de las fuentes normativas (fuentes del derecho). Ya en el contexto de la justificación, la motivación no es simplemente un requisito técnico, es, conceptualmente, una obligación de entregar las razones jurídico-ideológicas de la decisión judicial a quienes aspiran expectantes la respuesta autorizada de solución.

La función de la motivación de la sentencia, así pues, es doble: por una parte es endoprosesal, ya que va dirigida a satisfacer el interés de las partes procesales y su posibilidad de recurrirla ante el superior que, de suyo, como juez de alzada, someterá a examen al fundamento de la sentencia impugnada; y, por otra, es extraprosesal, dentro de un contexto jurídico superior e insoslayable, que impone como mandato constitucional el derecho ciudadano de exigir de la autoridad judicial (y administrativa) que justifique política e instrumentalmente sus decisiones, y que estas hayan sido adoptadas cumpliendo los principios de legalidad, responsabilidad, control, imparcialidad e independencia.

En este punto se aprecia, también, al paradigma del Estado constitucional de derechos y justicia, como uno en el que las autoridades tienen facultades administrativas ejercidas por el poder público que ostentan, pero siempre limitadas por imperio de la supremacía constitucional, en armonía con el ordenamiento jurídico.

3.1.2. El principio de obligatoriedad de la motivación

No fue sino hasta finales del siglo XVIII que, con la Revolución Francesa, en la Constitución de 1795, el Iluminismo estatuyó el principio de obligatoriedad de la motivación, aunque no como una evolución jurídico-política o de ruptura del periodo del *Ancien Regime* —en el que lo predominante era la motivación desde su función endoprosesal de control burocrático de las resoluciones judiciales—; en virtud del cual, los jueces por derecho natural, tienen la responsabilidad moral de justificar sus decisiones a los ciudadanos soberanos, si bien dirigiendo la motivación hacia el Tribunal de Casación como su destinatario principal. La función endoprosesal (orientada al beneficio cognitivo y de impugnación de las partes, y de control

administrativo de la justicia) y la extraprocesal.(cuyo propósito es el escrutinio y control externo sobre las actuaciones judiciales), entonces, integran la motivación como instrumento de un nuevo concepto de justicia.

Previo a este periodo, la motivación existía, pero como práctica difusa de las autoridades judiciales, con diferentes fisonomías procesales. Las experiencias de Lombardo en el siglo VII o Pisa en el siglo XIII, en las que la consigna era la de motivar de una forma “culta” y “articulada”, son excepciones territoriales que no constituyen demostración de la motivación como obligación ni como fenómeno de evolución doctrinaria. La obligatoriedad de la motivación era una excepción, y la práctica judicial se explica como un catalogado requisito propio del *iter* racional de pensar el problema para resolverlo, más que una obligación judicial de carácter estatutario. (Taruffo, 2008, p. 293 ss.).

La motivación como exigencia estatutaria empieza a cobrar fuerza en el siglo XVIII en los estados italianos. Un antecedente próximo lo constituyen las experiencias florentina, a mediados del siglo XVI o piamontesa, a inicios del siglo XVII, que fueron determinantes. En ellas, la obligación de los jueces de motivar sus sentencias “a las partes” o “por órdenes de quien manda el magistrado”, o sea, el juez de impugnación, refiere, exclusivamente a la función endoprocesal de la motivación, y por ende, a un control del comportamiento judicial por parte del poder centralizado. Igual cosa ocurre, con matices de gran importancia, pero que no cambian sustancialmente el concepto, en la legislación prusiana de 1748 (Codex Fridericianus Marchicus de Federico II) y 1793 (Ley de Reforma General del Proceso, de Federico El Grande), o la pragmática napolitana de 1774. (Taruffo, 2008, p. 293 ss.)

La motivación pasó a ser instituida como un instrumento de control del poder burocrático de administración de justicia, más que como una institución ideológico-política inherente a un Estado democrático, y en términos procesales, supo utilizarse como un requisito técnico de control racional decisorio de las actuaciones judiciales en términos endoprocesales, que se intensificó en el periodo napoleónico, cuya influencia irradió desde España hasta América. En efecto, en el art. 141 del Código Procesal Civil napoleónico, se estableció que el contenido de la sentencia debía contemplar las cuestiones jurídica y fáctica, con las razones por las cuales el juez decidía en un sentido explícito. (Taruffo, 2008, p. 293 ss.).

La influencia del derecho napoleónico, irradió al derecho sur continental americano. El Código de Procedimiento Civil ecuatoriano, (en adelante CPC) es una

muestra de su legado. El art. 276 del CPC, establece que: “en las sentencias y en los autos que decidan algún incidente o resuelvan sobre la acción principal, se expresara el asunto que va a decidirse y los fundamentos o motivos de la decisión”. La mención de las premisas jurídicas, entendiéndose reglas o principios como elementos del examen de racionalidad, como sinónimo aparente de justificación externa, que no de motivación, dan cuenta de que la estructura racional del silogismo de la decisión judicial supone un control de legalidad, lo cual, en sentido estricto, implica una formulación enteramente endoprosesal de la motivación, sin que pueda, ni por extensión, significar el control externo de la resolución.

En concordancia, en el art. 274 *ibid.*, se ordena que en las sentencias y autos, los puntos sobre los cuales se resuelva, la decisión adoptada habrá de fundarse en la ley, los méritos del proceso, y en subsidio por ausencia de norma, en los precedentes jurisprudenciales obligatorios, y por último, en los principios universales de derecho. También es cierto que, en aquellos ordenamientos pertenecientes al *common law*, la motivación no existe como exigencia constitucional; pero no por eso, puede considerársele como un sistema en el que la aplicación del Derecho como límite al ejercicio del poder político del Estado, no exista.

La tradición motivacional en las decisiones judiciales de dicho sistema es conocida, sin que, por ejemplo, en los Estados Unidos, los fallos de los jueces de primer nivel o los veredictos de los jurados al no ser motivados, impliquen que todo el sistema no exija que las decisiones judiciales lo sean, pues, los de segunda y última instancia, son jueces que motivan sus resoluciones al enunciar las razones jurídicas para confirmar un precedente, o resolver un posible conflicto entre precedentes de cortes inferiores, o fijar uno nuevo. Esto puede explicarse en tanto las decisiones judiciales de las cortes superiores constituyen criterios de formulación de la decisión de derecho, por su propia función creadora de reglas de decisión.

En la Constitución de 1978, replicada en el texto constitucional de 1998, se aprecia a la motivación como una garantía que el régimen democrático del Estado, (definido en su art. 1, como social de derecho), reconocía como idónea para ejercer el control externo de las decisiones judiciales y administrativas del Estado. El art. 24.13 de la Constitución de 1998, estableció, por primera vez, como un elemento del procedimiento jurisdiccional independiente de la conducta del juez o del interés de las partes, amén del control interno del órgano de control administrativo de la Función Judicial, que la motivación formaba parte de las garantías del debido proceso, haciendo de ella una obligación judicial.

La misma matriz garantista se mantiene en la CRE, en la que, en la línea conceptual del paradigma constitucional de derechos y justicia, se establece, primero, que no solamente las resoluciones “que afecten a las personas” –como lo establecía la normativa constitucional codificada de 1998–, deben ser motivadas para ser válidas, sino todas sin excepción; y, segundo, que en lo estrictamente procesal, devienen nulos los actos administrativos, fallos y resoluciones judiciales que no cumplan el estándar y los criterios de la motivación.

Esta precisión no constaba en la codificación constitucional de 1998: la declaración que aquella hacía tenía un significado procesal ambiguo, pues, por una parte hacía entender, como fuente de inferencias, que la ausencia de motivación debía ser declarada directamente por el juez de impugnación que la descubra y la declare nula; y, por otra, que el acto no sería nulo, sino anulable, para lo cual debía anteceder un proceso declarativo de nulidad del proceso. Esa imprecisión fue aclarada con la actual definición constitucional, recogida en el COGEP, que admite la nulidad como pena sancionatoria de (una resolución no motivada).

El examen endoprocesal está claramente definido en la disposición constitucional: el modelo del silogismo judicial debe guardar unidad y coherencia en su estructura interna de modo que la decisión se justifique por sí misma sobre la base de la correcta elección de la premisa jurídica y su aplicación pertinente a los hechos litigiosos. No obstante, el examen no es ajeno a la subjetividad con la que pudiera actuar el juez, en la medida no discutible de que en la elaboración del juicio racional, la calificación que se hace de los hechos (premisa de los hechos) para aplicar la norma es inicialmente provisional, y en esa calificación jurídica también es subjetivo el condicionamiento normativo de los hechos (premisa del derecho).

No es suficiente, entonces, sustentar lógicamente en la resolución lo denunciado/demandado, si no es aceptable en su justificación demostrativa, pues, la racionalidad y la aceptabilidad son condiciones inexcusables para la sustentabilidad de la argumentación jurídica, sin que por el hecho de que, como lo contempla el inciso final del art. 79 del COGEP, los procesos se resuelvan y se notifiquen oralmente en la misma audiencia, la motivación no suponga el mismo rigor en el control de racionalidad y la justificación debidas en la resolución. En la definición del art. 89 del COGEP, se advierte todo lo anteriormente comentado:

Motivación. Toda sentencia y auto serán motivados, bajo pena de nulidad. No habrá tal motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación

a los antecedentes de hecho. Las sentencias se motivaran expresando los razonamientos fácticos y jurídicos, que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas como a la interpretación y aplicación del derecho. La nulidad por falta de motivación única y exclusivamente podrá ser alegada como fundamento del recurso de apelación o causal del recurso de casación.

3.2. Aceptabilidad de la argumentación

Eveline T. Feteris, abstrae a la logicidad de la aceptabilidad de la argumentación, para demostrar que una y otra no son suficientes por si mismas: “G.) Aunque la validez lógica es una condición necesaria para la racionalidad de la argumentación jurídica, no es una condición suficiente. Para establecer la aceptabilidad de la argumentación jurídica se requieren normas materiales de aceptabilidad, además del criterio lógico de validez”. (2007, p. 283). Esta afirmación es concluyente. La aceptabilidad racional es característica del resultado final del procedimiento de justificación jurídica, y se basa en la racionalidad comunicativa. La racionalidad de la interpretación no la hace aceptable, sino la coherencia de las fuentes con los métodos de interpretación generalmente aceptados por la comunidad legal, y la coherencia está determinada por las normas, preceptos y valores que la constituyen.

No es suficiente, entonces, sustentar lógicamente lo denunciado si no es aceptable en su justificación demostrativa, pues, la racionalidad y la aceptabilidad son condiciones inexcusables para la sustentabilidad de la argumentación jurídica y la coherencia interpretativa, habida cuenta de que la afirmación de un hecho, o en el caso del ejemplo, de un daño causado “(...) no equivale a la constatación de un resultado, sino que con ella se inicia una calificación jurídica aun elemental, pero que sin duda se circunscribe al supuesto de hecho a la luz de ciertas categorías normativas (...)” (Prieto Sanchis, 1987, p. 89). El uso de un lenguaje común, mismas bases cognitivas, coincidencia de códigos valorativos y de argumentación jurídica, y el propósito argumentativo de alcanzar una solución y justificación tales para los casos difíciles que la mayoría de los miembros que piensan racionalmente puedan aceptar, hacen de la aceptabilidad de la argumentación un aspecto de gran valor en el escrutinio externo de la actuación judicial.

En cuanto al control extraprocesal, se puede añadir que el principio de obligatoriedad de la motivación se consagra constitucionalmente como una declaración de la justiciabilidad y racionalización del poder, reconociendo que las resoluciones judiciales son evaluables y revisables con el rasero del control democrático al poder del Estado. La decisión judicial, en este caso, es institucionalmente considerada

en su posible falibilidad, y por lo tanto, es objeto de potencial cuestionamiento desde dentro del proceso judicial cuanto desde fuera de el; en el primer caso, por las partes procesales que en ejercicio de la recurribilidad reprochan la ausencia de motivación de los autos y resoluciones, y deciden el cambio de decisor hacia el juez superior, y en el segundo por quienes forman parte de las audiencias o auditorios, esto es, los destinatarios de la interpretación jurídica que como integrantes de una sociedad tienen puntos de partida diversos que norman la aceptabilidad racional no arbitraria, la cual, por lo tanto, no esta sujeta a la valoración binaria verdadero/falso sino a su significación social, como propone Aulis Aarnio, citado por Feteris (2007, p. 202).

3.3. Motivación y argumentación

El grado de entendimiento respecto de la definición o delimitación significativa de una disposición normativa no puede reducirse a la lectura textual de un concepto general o jurídico, sino que aun en ese caso, está supeditado a la comprensión que el lector, devenido en interprete, tenga respecto de ella, en el entendido de que, en términos epistemológicos, el texto normativo regulador, ya está hipotéticamente definido, por lo que es su alcance respecto del bien jurídico, o la situación, hecho o acto que tipifique, proteja o castigue, lo que habrá de establecerse, pues, es la realidad tética la que ha de determinar la aplicación de cierta regla al caso concreto, y la probabilidad de certeza –y por lo tanto de eficacia–, la que ha de establecerse con la interpretación, considerando a esta como el discurso del interprete construido sobre enunciados que adscriben significados al discurso de las fuentes.

Según Ribeiro Toral (s.f., p. 4). En este punto, es importante definir en términos de la probabilidad lógica, que la certeza es la precisión hacia la cual está orientado el control racional del silogismo judicial. Así lo determina, en el ámbito penal, el art. 5.3 del Código Orgánico Integral Penal (en adelante, COIP) que manda a que el juzgador dicte sentencia (condenatoria), siempre que tenga el convencimiento de la culpabilidad penal de la persona procesada, sin que el círculo de la duda razonable invada, o siquiera roce, con el de la certera convicción.

En sentido estrictamente técnico, si como se ha dicho, la argumentación es un puente que comunica al Derecho con la razón, el intérprete transita entre la disposición normativa, para elaborar mediante el método escogido, la norma como resultado de la actividad del interprete. La argumentación no es tal, si no se asume como un proceso de selección de probabilidades normativas, gobernado restrictivamente por la rigurosidad del razonamiento y el cálculo propositivo, a resultados de

escoger, entre varias opciones interpretativas igualmente validas, la opción correcta que sustente racionalmente la decisión interpretativa.

A eso que la teoría de la argumentación llama justificación, la lógica la denomina proposición, pues, se relaciona con una probabilidad demostrativa sujeta a derrota por otra proposición diferente, resultante de otro cálculo. Dentro de las teorías prácticas de la argumentación jurídica, la de Perelman (1958) resalta. Para este autor polaco, en el examen lógico o la construcción del proceso deductivo con las reglas de la inferencia radica la demostración, y en la adhesión a la tesis expuesta, consiste la argumentación; se demuestra los hechos y verdades, aun las presunciones –premisas de lo real–, y los valores, jerarquías (relaciones de prioridad) y lugares (topos o lugares comunes/entimemas: premisas de tipo general, o implícitas, que pueden servir para fundamentar los valores y las jerarquías) –premisas de lo preferible–. (Alexi, 2010, p. 240).

Empero, no es solo el rigor lógico con el que se calcula la proposición el que determina finalmente el juicio interpretativo de la regla, sino también el valor axiológico no atribuido no autónomamente por el o los principios que la irradian ideológicamente. En suma, y como lo ratifica Peczenik, “por el cristal apreciativo del interprete que le dará calibre; y en ello radica la importancia de la argumentación, tanto por la consistencia de la respuesta lógica producida por la interpretación normativa, cuanto por la valoración que el intérprete tenga de la justicia –tanto más el juez, o la autoridad pública administrativa del Estado hacia el administrado– al resolver el caso justiciable o administrable” que, por el impacto social que ocasiona, se constituye en un resultado de la objetividad hermenéutica de escrutinio público.

En todo caso, la argumentación no es ajena a la teoría del derecho, y tampoco la visión y praxis del derecho puede ser ajena a sus fuentes. En este sentido, el juicio lógico es antecedente del juicio de valor, sin que necesariamente este le siga a aquel, pues, para el cálculo lógico bastan las premisas de lo real para operar la deducción, en tanto que para la valoración interpretativa, denuncian importancia las premisas de lo preferible, en función de conceptos implícitos o sobreentendidos (entimema) en el enunciado, y que aseguran o perjudican al cálculo correcto.

3.4. La argumentación como discurso

La argumentación jurídica se soporta en la calidad de las fuentes normativas. En el sistema de fuentes, el positivismo no admite sino al silogismo jurídico como

mecanismo de argumentación, y el *ius naturalismo* ve en los principios y los valores la base de la interpretación; para el sicologismo jurídico las normas son hechos y creaciones, y para la jurisprudencia de intereses el derecho es el resultado de los intereses de las minorías y mayorías existentes en la sociedad. En todo caso, al igual que la tridimensionalidad de la norma es la que propone un paradigma estructural compuesto por valores, principios y reglas, y en fin, es la ideología jurídica asumida la que marca el pensamiento y práctica del interprete, la argumentación no busca la verdad sino que la asume como un valor para, sobre la base del conocimiento verdadero, protegerla, defenderla y demostrarla, con el propósito de convencer al juez y/o a los auditorios en los que convergen distintos intereses y posiciones.

En el escenario del debate de posiciones dentro de la comunidad jurídica, la versión representada en el discurso es aceptada por evidencias argumentativas sólidas, o rechazada por carecer de ellas. En fin, la realidad expuesta en la disputa interpretativa se somete al rigor propositivo de la lógica y depende de la capacidad y fuerza persuasiva del discurso argumentativo para imponerse como verdad demostrada, aunque siempre refutable o rebatible, y hasta derrotable, en el caso de los operadores jurídicos no judiciales, e impugnables en el de los jueces.

En resumen, para que sea justificable, esto es, aceptable la justificación de la decisión jurídica, la argumentación jurídica debe reunir las condiciones de suficiencia y validez, basadas en hechos conocidos y probados, y norma legal válida o interpretación aceptable de una norma jurídica válida; y, en una decisión que debe ser consecuencia de las razones expuestas.

Resulta redundante, decir que el razonamiento de la actuación judicial solamente es analizable cuando se exterioriza en forma escrita, es decir, en la motivación, pues, el proceso mental del razonamiento es interno y no evaluable. Por eso es que, el proceso de elección que cada juez hace es importante en tanto tiene ante sí la posibilidad de escoger una de las opciones válidas que solucionen el problema propuesto; y es en la producción de un examen apropiado de racionalidad de esa elección, en que basará su decisión. Se vale, pues, de insumos para el razonamiento decisorio, como la interpretación de las normas, valiéndose de los estándares interpretativos y del precedente jurisprudencial, pensamiento doctrinal, argumentos hermenéuticos y, obviamente, posición ideológica frente al Derecho, entre otros componentes.

Es ese descubrimiento de los elementos, el que le permite al juez construir su razonamiento; lo que hará que su elección sea cualificada, sin que por eso deba explicar las razones por las cuales escogió una y no otra de las opciones

racionales que hubo de ser la que regle al caso concreto. Y ello es obvio, pues, el proceso mental decisorio no es materia de interés de auditorio alguno; no es digno de atención discutir en torno al como de la decisión, sino a la manera en que la justifica. Si bien los elementos para decidir son diferentes de los que se emplea para justificar, no hacen a la justificación distinta de la decisión, sino que es el razonamiento aplicado a legitimar el proceso de selección mediante insumos argumentativos, tales como materiales cognoscitivos, informaciones y valoraciones. La justificación surge al agotarse la decisión judicial. El COGEP hace esa distinción: el art. 90 distingue a la “5. Decisión adoptada con precisión de lo que se ordena” de la “6. Motivación de su decisión”; igual ocurre con el art. 95, en el que “7. La motivación” de la sentencia es diferenciable de la “8. La decisión que se pronuncie sobre el fondo del asunto, determinando la cosa, cantidad o hecho al que se ordena, si corresponde”.

Entonces, el potencial de inferencia que se pueda obtener de las premisas normativas escogidas para reglar el caso concreto, se somete a un primer control de racionalidad, que tiene, en el razonamiento decisorio, el estándar limitante de aplicabilidad. Así, la corrección de las inferencias es un primer examen de evaluación. Ese primer estadio de razonamiento se agota en la correcta utilización de la lógica jurídica. Un segundo estadio es el que comporta la valoración funcional de la decisión escogida y en el que la elección de las opciones no es discrecional, sino técnicamente asumida sobre la base de la utilidad resolutoria de la decisión. Y, un tercero, es la exposición dialéctica de la decisión y la justificación argumentativa, sometidas al escrutinio de los auditorios, sobre las razones que justifican la decisión.

4. Los auditorios

La publicidad de los procesos judiciales es un precepto universal. La valoración preceptiva hace de este, un principio que involucra a todos. El art. 168 de la CRE, declara que la administración de justicia atiende ese principio disponiendo que: “5. En todas sus etapas, los juicios y sus decisiones serán públicos”, y “6. La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral”. En ambas disposiciones normativas, la oralidad y la publicidad son los ejes conceptuales. El interés público de un proceso es insoslayable. Incluso el surgimiento de la consideración del aspecto social –por sobre el excesivo individualismo– en una tendencia llamada “publicitación” (término acuñado por Hans Klein), dice mucho de la función social que el proceso judicial tiene

para esta concepción, que trata de “garantizar no solo los derechos de las partes, sino principalmente los valores e intereses de la sociedad”, como lo afirma Juan Montero Aroca”.

En este sentido, también es recuperable lo que anotó Francesco Carnelutti: “El interés público por los procesos, ante todo penales, pero también civiles, ha existido siempre; pero hoy, acaso, con los estímulos de la prensa y del fotograbado, ese interés ha llegado al paroxismo. El palacio de justicia de Roma, en los días del proceso Muto, estaba más concurrido acaso que el estadio el día del partido entre el Lacio y el Roma; y el apasionamiento no era menor entre la muchedumbre. El proceso contra el joven Muto era un proceso penal; pero recuerdo que cuando hace muchos años defendí ante la Corte de Apelación de Florencia la famosa causa civil entre los esposos Bruneri y aquel que otra familia había reconocido como el desaparecido capitán Canella, los accesos a la calle Cavour, en las proximidades de la plaza de San Marcos, estaban interceptados, para contener el alud de agente que quería asistir, por una compañía de soldados. ¿Por qué tanta curiosidad? ¿Queréis que respondamos crudamente? Pues, porque la gente está ávida de diversión”. (2004, p. 3)

Ambas citas forman parte de una misma paradoja: la una, representa la idea de la publicitación del proceso judicial como manifestación del interés social sobre el mismo, y por ende, de la expectativa que la sociedad tiene sobre su desarrollo y finalización (a través de la sentencia); y la otra, mas “dramática”, y “cruda”, pero no por ello, menos apreciable por su criticidad, refleja la creciente atracción del público, atento a los procesos judiciales, sea por interés informativo, como por el impacto que los hechos judicializados causen en la población, o también, por la connotación pública y cobertura mediática de los hechos antecedentes y de los procesos consiguientes.

En todo caso, siempre habrá alrededor de un proceso judicial, audiencias o auditorios expectantes a su desarrollo y a las que, con sus propias convicciones y comunidad de valores, la “razón pública” les mueve a exigir de las autoridades judiciales las justificaciones inherentes a sus decisiones, como lo afirma Rawls”.

¿Cuáles son esas audiencias? Es obvio que la primera será la conformada por las partes, a las que, como hemos visto, les interesa que la decisión judicial se justifique endo y extraprocesalmente, y que la motivación refleje un correcto y adecuado control de racionalidad jurídica y seguridad constitucional; también son los jueces del mismo nivel del que la tomó, a quienes interesa conocer el fallo, pues, en la aplicación que en igual instancia se haga de la norma, se construye el pensamiento de la autoridad judicial. Y no se diga de los jueces de apelación o casación, pues a ellos les

competente conocer la impugnación de la sentencia por causa de falta de motivación o motivación insuficiente.

Así mismo, forman parte de las audiencias prestas a conocer las decisiones judiciales, las universidades y círculos académicos, habida cuenta del estudio de los casos como herramienta pedagógica de conocimiento empírico y desarrollo de insumos doctrinales. Los colectivos de abogados, en fin, la sociedad entera está atenta al desarrollo judicial, y de la formación intelectual de quienes se interesan –y comentan– desde fuera del proceso, depende también que el valor democrático del control motivacional se fortalezca. Por eso es importante que la discusión sobre las decisiones judiciales sea razonable *in strictu sensu* y trascienda la crítica basada en paralogismos o aun falacias. Al respecto, es oportuna la cita de Gozaini, al definir a la publicidad como:

“El proceso judicial tiene dos variables: Por un lado se puede interpretar que es una actividad política del Estado por medio de la cual ejerce el poder de resolver el conflicto que tienen las personas que habitan en su suelo, y por otro, el proceso judicial es una garantía constitucional. Preexiste el conflicto y es la reserva de justicia que tiene asegurada cualquier persona cuando encuentra que sus derechos están afectados” (Gonzaini, citado por Parodi, 2008, p. 317).

4.1. El sistema de audiencias

El reconocimiento constitucional del sistema oral como mecanismo de aproximación y cercanía al proceso, así como de efectividad y celeridad procesal, no es nuevo. Ya fue declarado en la codificación constitucional de 1998, cuyo art. 194, previo que la sustanciación de los procesos debía realizarse mediante el sistema oral, de acuerdo a los principios dispositivo, de concentración e inmediación. También debe destacarse la excepción del esquema de audiencias con el último Código de Procedimiento Penal del año 2000 (en adelante CPP) y todas sus reformas, como un intento primigenio de ingresar a la oralidad.

En el art. 168 de la CRE, la oralidad se instituye como un mecanismo de realización de la justicia en el proceso, que, siguiendo el precepto del art. 8.1 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos y el art. 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, garantiza a toda persona el derecho a la defensa y particularmente, el derecho a ser escuchado oportunamente y en igualdad de condiciones. Mientras, el art. 18 del Código Orgánico de la Función Judicial, define a la oralidad como sistema medio, entendiendo que la contradicción

dialéctica opera de forma presencial ante el juez que, de suyo, se encarga de dirigir el debate judicial, garantizando que el debido proceso sea el marco único dentro del cual la confrontación argumentativa se desarrolle y la justificación probatoria se despliegue.

El Capítulo V, del Título 1 del COGEP, dedica ocho artículos (art. 79 al 87) para reglar el mecanismo de audiencias. En el art. 79, inciso final, se expresa que “se resolverá de manera motivada en la misma audiencia. Las personas serán notificadas con el solo pronunciamiento oral de la decisión”, y, en el último inciso del art. 80 se establece que el juzgador “dirigirá la audiencia de tal manera que las partes y el público comprendan lo que ocurre”, lo cual, se complementa con lo dispuesto por el art. 84 que impone que quienes asistan a las audiencias deberán guardar respeto y silencio”, sin que puedan llevar ningún elemento que perturbe el orden de la audiencia, como tampoco adoptar un comportamiento intimidatorio, provocativo o irrespetuoso.

4.2. Auditorios y argumentación

Por audiencia o auditorio, se entiende al grupo de personas que acepta las condiciones generales de racionalidad y el sistema de valores constitutivo de la base de la posición interpretativa. Y es la audiencia a la que va dirigida o destinada la interpretación jurídica, y consiguientemente, a la que le correspondería, desde fuera del proceso, seguir el control externo de la resolución judicial.

En este sentido, destaca el pensamiento argumentativo de Perelman para quien la audiencia a la que se dirige un juez no es solamente la que la integran las partes procesales, sino también la de los abogados que conforman la comunidad de profesionales del derecho, y la opinión pública, que la solidez de la argumentación no depende de la fortaleza silogística de la racionalidad sino de que sea aceptada por la audiencia a la que se dirige el argumentador. (Feteris, 2007, p. 105). Este autor, propone pensar al Derecho a partir del campo de los valores, como sitio en el que se da la elección, que se necesita para la justificación; así, cuando el juez necesita tomar la decisión, acude a los valores y a justificar su recurrencia.

Esta justificación no es más que la aceptación de un auditorio (universal y particular), al cual va dirigida la decisión judicial; es el marco o contexto de comunicación de su justificación. Se destacan, entonces, dos elementos: la adaptación y la adhesión. La primera, constituida por las creencias o valores del auditorio al cual se adaptará el orador. Un ejemplo, es el principio universalmente aceptado de que:

“todos los individuos deben ser considerados iguales”, sin que por ello, quepa no hacer distinciones, entre ellos, vb. gr. la acción afirmativa. Y, la segunda, la racionalidad del argumento, cuya constitución y contenido estarán determinados por la adhesión que se tenga del auditorio; las decisiones judiciales son racionales porque han logrado una aceptación social. (Feteris, 2007, p. 204).

Aarnio (citado por Feteris, 2007), propone la existencia de dos dimensiones en la aceptabilidad del argumento por parte de la audiencia: la primera, que distingue entre una audiencia concreta, que puede componerse de dos o mas personas, aunque con un número limitado, y otra audiencia ideal, que esta formada por individuos capaces y preparados para obedecer las reglas de las discusiones racionales, si bien no es usual que todos los miembros de una comunidad legal ostenten las condiciones de racionalidad en el mismo grado.

La audiencia concreta, a su vez, es universal, y se refiere a todos los individuos vivos en el mundo en un momento determinado. Este tipo de audiencia no existe, por la imposibilidad de que un argumento se someta a la expectativa y atención de todos los individuos. Y, también puede ser particular, cuando hablamos de aquellas personas realmente existentes, que satisfacen las características para la audiencia. En este caso, hablamos, en términos generales, de una comisión legislativa, o de un órgano jurisdiccional (individual o pluripersonal), o un grupo de académicos, o abogados. En este particular tipo de audiencia, la aceptación de la interpretación jurídica no necesariamente se produce por consideraciones racionales, sino no racionales, como por ejemplo, las características propias y aun el interés personal de quien emite la opinión, y es por esto que se la descarta para desarrollar adecuadamente el concepto de aceptabilidad racional.

La audiencia ideal universal es la conformada por todos los seres racionales que se encuentran en la misma posición, o por una sociedad igualitaria en la que no hay manipulación ni se ejerce la persuasión bajo ningún método. Y, la audiencia ideal particular es la constituida por un grupo de personas que comparten ciertos valores comunes, y por tanto pertenecen a la misma forma de vida; difiere de la audiencia concreta particular porque los individuos que la conforman cumplen las condiciones de racionalidad. (Feteris, 2007, pp. 203-209).

En la audiencia ideal particular, la forma de vida esta dada en función de que necesariamente debe haber una para que exista una discusión racional, y de que constituye el marco en el que aquella se desarrolla. En una sociedad, los valores que la cimentan son convencionalmente compartidos, incluso son constitucionalmente

declarados como es el caso ecuatoriano, en cuya Constitución se cataloga a los deberes y responsabilidades en el art. 83, sin perjuicio de otros consignados en otra disposición normativa del mismo texto o de la ley.

Se ha cuestionado la teoría de Aarnio, por la imposibilidad de discutir las normas y los valores de una forma de vida en cuyo marco contextual y desarrollo vivencial, la discusión racional se despliega, no es menos cierto que por la publicitación del proceso judicial y la sucesiva importancia que este toma en la vida de las sociedades, cada vez más, hay público atento al desenvolvimiento institucional del sistema de administración de justicia, y la visión de Aarnio se consolida como una propuesta teórica no sin fuerza dentro de la posición del sociologismo jurídico y las teorías estándar de la interpretación.

En todo caso, como todo cuerpo orgánico, la sociedad debe estar abiertamente dispuesta a la crítica. De hecho, el reconocimiento del Estado ecuatoriano como intercultural y plurinacional constituye una superación dialéctica del Estado liberal hacia uno en el que progresivamente el ser humano es beneficiario de la aplicación normativa y su interpretación más favorable para su efectiva vigencia. Esa definición política exige asumir a los valores como guías de maximización y como objeto de discusión y modificación en el afán de discutir racionalmente entre miembros de comunidades cuyas formas de vida, por ser diferentes, no se constituyen en factores disuasivos de llegar al convencimiento de la aceptabilidad de un punto de vista.

4.3. Argumentación y persuasión

4.3.1. Concesión y adversación

Como queda dicho, la confrontación dialéctica supone oposición argumentativa. Y en el desarrollo de las audiencias, la concesión y la adversación son recursos que pueden emplearse de forma combinada, en el escenario judicial de la litigación oral.

Por concesión, se entiende el reconocimiento de que al oponente le asiste también la verdad, y quien la esgrime se muestra como alguien a quien le interesa encontrar la verdad mediante el diálogo confrontativo, mas allá de las diferencias sin que lo desfavorable le reste en su objetivo. A la concesión le sigue inmediatamente la adversación, pues, la pretensión del debatiente que acepta y reconoce como veraces los planteamientos del contrario, es precisamente fortalecer su posición descubriendo las debilidades del oponente.

Si se concede y se adversa, complementariamente, al no reconocer como válidos los argumentos en su integralidad, la fuerza de la contradicción se concentra en la posibilidad de que mediante la refutación o del rebatimiento, el argumento contrario termine por ceder en la disputa. Refutar es superar la evidencia y el razonamiento del oponente, calificándolo como falso o erróneo; mientras que rebatir es la acción de superar la evidencia y el razonamiento del oponente suministrando otra evidencia y otro razonamiento que eliminen su efecto.

4.3.2. Falacias

Cuando se produce una idea, sin la corrección argumentativa ni el control de racionalidad necesario como para que el argumento sea justificado, sino que se lo ha expuesto con el afán único de demandar simple convicción por la vía de la retórica, se habla de falacia. Es cualquier tipo de modo argumentativo indebido que parece demandar la convicción del destinatario del mensaje discursivo por ser decisivo de la cuestión tratada, sin embargo el carecer de perfección y corrección argumentativa. Y en el ejercicio de la oralidad, las falacias suelen ser expuestas de cuerpo entero, sin ser advertidas a causa de la altisonancia o relieve del discurso, aunque si examinadas en el análisis del contenido discursivo al momento de resolver y justificar la decisión en el ejercicio jurisdiccional de administrar justicia; en eso consiste, precisamente el principio constitucional de contradicción procesal que garantiza el desarrollo del derecho a la defensa y de réplica, como baluarte de la tutela judicial efectiva.

En ese sentido, la argumentación cobra un valor sustantivo. La labor de control racional y justificación probatoria son vitales. Y por eso, es que debe repararse en que el error o insuficiencia lógicas en la construcción argumentativa pueden aparecer sin ser percibidas. En eso radican las falacias. Estas pueden ser involuntarias o accidentales, cuando su construcción errónea no es deliberada y sin intención de engañar al auditorio, pero aparenta una logicidad que no tiene (paralogismo); o deliberadas, cuando se la hace con el propósito de suplir con ella un vacío argumentativo con la mera presencia retórica (sofisma), y es utilizada en el discurso, sin mostrarse en ocasiones de forma del todo evidente y con la intención de simular veracidad y engañar al auditorio.

En ambos casos, los errores lógicos constituyen evidencias de violación de las leyes del pensamiento (Ulrich, 1990, pp. 205-206) y tienen la apariencia de un argumento que es inducido para aceptar una proposición no justificada. Si el proceso es un camino que debe transitarse hasta llegar a una meta o final judicial argumentativo, las falacias podrían figurarse como trampas que, en el desarrollo del discurso

argumentativo, aparecen sin que su existencia supla la necesaria validez lógica del juicio propositivo.

5. Bibliografía

Alexy Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Palestra Editores, Lima, 2010.

Atienza Manuel, *El sentido del derecho*, Editorial Ariel, Madrid, 2001.

Avila Humberto, *Teoría de la seguridad jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 220.

Avila Santamaria Ramiro, “*El principio de legalidad vs. el principio de proporcionalidad (Reflexiones sobre la constitucionalidad de las leyes penales y el rol de los parlamentos y los jueces)*”.

En Carbonell Miguel, editor, *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

Bielsa Rafael, *Derecho Constitucional*, EDIAR, Buenos Aires, 1964.

Bobbio Norberto y otros, *Diccionario de Política*, Fondo de Cultura Económica, México, 2000.

Carnelutti Francesco, *Como se hace un proceso*, 4ª reimpression de la 2ª edición, Editorial Temis, Bogotá, 2004.

Damborenea Ricardo García, Diccionario de falacias,
<http://www.usoderazon.com/conten/arca/ARCAPDFCOMPLETO.pdf>.

Dworkin Ronald, *La justicia con toga*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

Feteris Evelin T., *Fundamentos de la argumentacion jurídica*, Universidad Externado de Colombia, 2007.

Hauriou Andre, *Derecho constitucional e instituciones políticas*, Ariel, Barcelona, 1971. 20

Klug Ulrich, *Lógica jurídica*, Temis, Bogota, 1990.

Posner Richard, *Como deciden los jueces*, Marcial Pons, Madrid, 2008.

Prieto Sanchis Luis, *Ideología e interpretación jurídica*, Editorial Tecnos, Madrid, 1987.

Parodi Remon Carlos, “*Activismo o Garantismo Judicial?*”. En *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional*, Tomo X Tutela Judicial y Derecho Procesal, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Marcial Pons, 2008.

Ribeiro Toral Gerardo, *Verdad y Argumentación Jurídica*, México, Edit. Porrúa.

Taruffo Michele, *La motivación de la sentencia civil*, Editorial Trotta, Madrid, 2011.

Taruffo Michele, *La prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2008.

La importancia del anuncio de prueba en la contestación a la demanda y reconvención

Marcia Flórez Benalcázar

Sumario:

1. Introducción; **2.** La importancia de anunciar la prueba; **3.** Celeridad y anuncio de prueba; **4.** Conclusiones; **5.** Bibliografía.

1. Introducción

Para introducirnos en el tema, es necesario considerar el antecedente consuetudinario que se ha vivido en el país durante más de un siglo. Los abogados, jueces, estudiantes de derecho y la ciudadanía en general, han estado acostumbrados a un proceso lento, vago, que no ha exigido mayores esfuerzos por lograr una tutela judicial efectiva; por el contrario, se entendía que, acudir al órgano jurisdiccional para hacer valer sus derechos, consistía en la mejor manera de evadir la solución del problema, o la dilatación en el cumplimiento de las obligaciones; de ahí que, han nacido varios aforismos populares como por ejemplo “es mejor un mal arreglo que un buen juicio”.

Varias han sido las formas en las que, a pesar de los esfuerzos del Estado, se ha logrado burlar a la justicia, haciendo de la institución judicial una de las más ineficientes y carentes de credibilidad. Es por esto, que la innovación en la aprobación de un nuevo Código Orgánico General de Procesos, revoluciona no solo la actividad de los juristas, sino a toda la ciudadanía. El salto que se ha dado en el derecho procesal es extraordinario, ya que de un sistema judicial escrito, pasamos a un sistema jurídico oral, en el que todos los “actores”, y todas aquellas personas que estén involucradas en el proceso, tienen la obligación de estar preparados para cumplir las expectativas que se pretenden alcanzar.

Si bien es cierto, no somos los precursores del juicio oral en la época contemporánea, pues nos han precedido países como Colombia, Chile, Uruguay, entre otros que nos dan cuenta de que las sociedades, avanzan, cambian y sus necesidades también, es por esto que surge la exigencia de ponernos de frente al problema y asumir la responsabilidad de hacer efectiva la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva, y poner en práctica aquellos derechos aceptados y comprometidos por el Estado ecuatoriano, tanto en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 10¹ como en la Convención Interamericana de Derecho Humanos, en su artículo 8².

¹ Declaración Universal de los Derechos Humanos. Art. 10 “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”.

² Convención Americana sobre Derechos Humanos: Art. 8. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. La importancia de anunciar la prueba

Hablar de la importancia del anuncio de prueba en la demanda, en la contestación a la demanda y en la reconvencción, necesariamente nos obliga a referirnos en primer término al proceso judicial. Proceso que de ninguna manera, equivale a procedimiento, como lo vamos a ver posteriormente.

En el campo doctrinario ecuatoriano, no existe mayor participación de los juristas, que hayan desarrollado una Teoría General del Proceso ecuatoriano, por lo tanto este trabajo está inspirado en doctrina colombiana, argentina, chilena y uruguaya; y se vuelve una necesidad mediática, el producir nuestra propia doctrina, pues ésta necesariamente debe obedecer a nuestra realidad. Si bien es cierto que, desde los órganos administrativos de la Función Judicial, se ha demostrado un gran esfuerzo para equipar a todo el sistema de justicia con infraestructura, medios electrónicos, y en general con materiales necesarios para una buena atención al público en general, no es menos cierto, que quienes administran justicia, los y las operadores de justicia, los abogados en libre ejercicio profesional, los docentes universitarios, son los llamados a innovar sus conocimientos, y dedicar gran parte de su tiempo a crear el nuevo derecho ecuatoriano, pues es en vano todo esfuerzo, si no se cuenta con la decisión de asumir la responsabilidad que nos corresponde a todos los profesionales en el país en los diferentes roles e instancias.

Así pues, proceso según el Diccionario Jurídico Cabanellas entre una de sus acepciones dice que: “Proceso: es progreso, avance. Las diferentes fases o etapas de un acontecimiento. Conjunto de autos y actuaciones de una causa judicial. Litigio sometido a conocimiento y resolución de un tribunal.”, mientras que procedimiento: “En general, la acción de proceder. Sistema, método de ejecución, actuación o fabricación. Modo de tramitar las actuaciones judiciales o administrativas, o sea el conjunto de actos, diligencias y resoluciones que comprenden la iniciación, instrucción, desenvolvimiento, fallo y ejecución en un expediente o proceso.

Hernando Devis Echeandía, cita a Enrico Redenti para referirse al concepto de proceso y así dice: “que proceso procesal es “el conjunto de actos coordinados que se ejecutan por o ante los funcionarios competentes del órgano judicial del Estado, para obtener, mediante la actuación de la ley en un caso concreto, la declaración, la defensa o la realización coactiva de los derechos que pretendan tener las personas privadas o públicas, en vista de su incertidumbre o de su desconocimiento o

insatisfacción (en lo civil, laboral o contencioso administrativo) o para la investigación, prevención y represión de los delitos y las contravenciones (en materia penal), y para la tutela del orden jurídico y de la libertad individual y la dignidad de las personas, en todos los casos (civiles, penales, etc.)”³

En tanto que procedimiento son los métodos que establece la ley para dar vida al proceso.

Queda claro entonces que no es lo mismo proceso que procedimiento, pues el proceso tiene varios elementos que lo conforman, a decir de nuestro Código Orgánico General del Proceso, norma de reciente data, en la que se ha recogido una serie de procedimientos que estaban disgregados en diferentes leyes, para reducirlos a un solo texto, en el que se puede señalar que existen los siguientes elementos: a) la demanda, acompañada de la prueba o del anuncio de prueba; b) el traslado con la demanda al demandado y la respectiva carga probatoria (citación); c) la contestación a la demanda con el anuncio de prueba (en la audiencia); d) la reconvenición, su anuncio de prueba; y, e) la sentencia. Se puede hablar también de los alegatos y de los recursos, en este caso se puede decir que unos son de trascendental importancia, mientras que otros son de mero trámite.

En el Código Orgánico General del Proceso, se establece dos clases de Procesos: “De conocimiento” y “Ejecutivos”.

-
2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:
 - a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
 - b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;
 - c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
 - d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
 - e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
 - f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
 - g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
 - h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.
 3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.
 4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.
 5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.
- ³ Devis Echandía, Hernando Compendio de Derecho Procesal. Teoría General del Proceso. Duodécima Edición. Biblioteca Jurídica Dike. Pág. 159.

Cada uno de estos procesos tiene un procedimiento particular y se inicia con la demanda, que no es otra cosa que ejercitar la acción a la que tiene derecho toda persona que se siente afectada y que es quien acude ante el órgano judicial, para que una vez que exponga su caso, éste sea conocido y resuelto en mérito de las pruebas que se exhiba.⁴

Cabe señalar que, la prueba es el fundamento básico del proceso, pues sin ella, cualquier afirmación o pretensión del requirente gana o pierde fuerza y obliga al operador de justicia a pronunciarse en un sentido u otro; y, la efectividad de que el pronunciamiento sea favorable o desfavorable, justo o injusto depende estrictamente de quien tiene que exponer la prueba tanto al juez como su contradictor, esta sería la primera característica de relevancia que tiene la prueba, en el proceso; más esta prueba expuesta en la demanda, facilita la búsqueda de la solución al conflicto, como veremos más adelante.

El Código General del Proceso, nos enmarca en un escenario en el que la oralidad prevalece como un mecanismo rápido de acceso a los órganos judiciales y, a obtener una solución apegada a derecho en la administración de justicia, lo que implica necesariamente que se cumplan de manera obligatoria los principios de oportunidad, publicidad, inmediación, concentración, contradicción, celeridad, cada uno de los cuales conlleva su propia característica y trascendencia.

Así es imprescindible que el actor anuncie la prueba que pretende actuar para demostrar la verdad real de los hechos; que justifique razonadamente y con argumentos la legitimidad de la prueba que pretende actuar, pues es sabido que, solo la prueba solicitada, actuada y evacuada de conformidad a la ley es la que servirá al juez para dictar una sentencia de fondo entonces, es pertinente hablar del principio de publicidad en primer término.⁵

Si el actor al demandar su derecho, acompaña la prueba que pretende hacer valer en juicio, o a su vez, al ser imposible contar con dicha prueba al momento de demandar, la anuncia; da la oportunidad al juez, para que, al calificar la demanda, conozca que el actor cuenta con elementos probatorios que le van a permitir llegar a la verdad de sus aseveraciones y por tanto de los hechos. Por otra parte, permite

⁴ Rojas López, Juan Gabriel. *Oralidad y Proceso. Los principios de la oralidad procesal* Editorial Medellín 2009, pág. 88.

⁵ Art. 30 Código Orgánico General de Procesos.

que el demandado, al ser citado, esté en pleno conocimiento tanto de los hechos que se le demandan, como de las pruebas que van a ser discutidas en juicio, por lo tanto al ser públicas, brindan la oportunidad de litigar conforme al principio de buena fe y lealtad procesal, ya que no habrán sorpresas de prueba mal actuada o deformada, que deriven en un proceso caótico, en el que no se pueda llegar a la conclusión final, cual es, la demostración de la verdad.

Al respecto, el autor, Frank Petit Da Costa, quien a su vez cita al autor Arístides Rengel Romberg, aclara: “Un sistema procesal es oral cuando el material de la causa, a saber: las alegaciones, las pruebas y las conclusiones, son objeto de la consideración judicial solamente si se presenta de palabra”⁶

Como se puede observar el principio de publicidad representa un elemento de confianza pública, ya que permite a la ciudadanía en general y a las partes procesales en particular el derecho de asistir, presenciar, presentar alegaciones, en el contexto del principio de igualdad en todas las partes del proceso para garantizar una equitativa administración de justicia, “La publicidad, como criterio rector del debido proceso en general y del régimen probatorio en particular, presenta dos dimensiones fundamentales. De una parte, involucra un interés de la colectividad en ejercer un control público sobre las formas como se administra justicia, y de otra, habilita una serie de garantías para que los sujetos procesales y los terceros intervinientes se manifiesten dentro del proceso. Esta última dimensión se presenta en clara imbricación con el derecho de defensa.”⁷

Otro principio que se evidencia en la anunciación de prueba en la demanda es el principio de concentración, pues a través de éste, se pretende que una serie de actos procesales sean ejecutados en una sola audiencia, en la que se presenten documentos, testigos, los peritos de ser del caso informen, se practiquen diligencias como la confesión judicial, etc.; y, de esta forma se evitaría lo que ocurre actualmente en nuestro sistema procesal, pues la cantidad de diligencias que se van incrementando con el paso del tiempo permiten que el procedimiento se diluya y se vuelva un trabajo vago e inoficioso, y se caiga en aquel aforismo popular que dice: justicia que

⁶ Petit Da Costa, Eduardo y Chocano Núñez, Frank Percy : Teoría de la Prueba, Undécima edición, Editorial Heliasta, 2006, Pág. 44

⁷ Sentencia C-880/05. Magistrado Ponente: Dr. Córdoba Triviño Jaime. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 207, parcial, del Código de Procedimiento Civil, Referencia: expediente D-5760 Actor: Arleys Cuesta Simanca (Corte Constitucional de Colombia)

no llega a tiempo no es justicia; llegando a vulnerar el principio del acceso a la justicia, consagrado en el art. 22 del Código Orgánico de la Función Judicial. Se puede afirmar con certeza que el principio de concentración está en íntima relación con el principio de economía procesal; pues al concentrarse en una sola audiencia toda la fase probatoria del proceso, evita lo que actualmente sucede, la práctica de una serie de diligencias probatorias improvisadas, innecesarias y fuera de contexto, que lo que hacen, es desgastar a las partes y alargar el proceso.

Así mismo, al anunciar la prueba en la demanda, permite visualizar al juez, cuál va a ser su tarea en particular y eso permite que la audiencia, se dé cumplimiento al principio de inmediación, en el cual las partes tienen un contacto directo con el Juez y con los demás partícipes del proceso; y, recibir las pruebas de forma directa, permiten al juzgador valorar las mismas y descubrir la verdad material en el menor tiempo posible, trastocando lo que sucede en la actualidad, pues las partes llegan al juez únicamente a través de escritos que muchas veces divagan de la verdad que pretenden, y buscan confundir al operador de justicia exhibiendo prueba innecesaria o ineficiente a sus pretensiones y las de la contraparte.

3. Celeridad y anuncio de prueba

Confluye en esta audiencia y dentro del análisis de la prueba, el principio de celeridad como consecuencia de los otros principios que se desarrollan, pues lo que las partes buscan es la eficacia de la justicia, y esto se logra en la obtención de una sentencia justa y oportuna; la que se va a obtener eliminando todas las actuaciones judiciales actuales ineficientes, tales son los traslados con los escritos que consiguen dilatar el proceso, así como, también se eliminan los términos excesivos para contestar la demanda y la práctica de pruebas que conforme a nuestra realidad nos ha demostrado que son argucias de los abogados para hacer del litigio, no un argumento, sino una dilación innecesaria en la búsqueda de la justicia; por lo tanto anunciar la prueba con la demanda, constituye un verdadero avance en la consecución del principio de contradicción, es decir que el demandado cuente con el tiempo necesario para analizar la prueba anunciada y replique con argumentos lo que corresponda en el marco de sus derechos.

El juicio oral, es la oportunidad que tienen las partes para conseguir del operador de justicia la declaración de su derecho en el juicio ordinario; o, la ejecución de su título en el que ya está reconocido su derecho, por tanto al dictar sentencia en

primera instancia después del análisis de la prueba en audiencia, es probable que ni siquiera sea necesaria la apelación, a pesar de que esto podría resultar contraproducente, para la seguridad jurídica consagrada en el art. 82 de la Constitución de la República; no obstante, lo que sí se consigue es hacer efectivo el principio de eficiencia en la administración de justicia que lo que busca es acortar el tiempo de duración de los procesos, logrando un pronunciamiento judicial.

Respecto al procedimiento oral, Carlos Alberto Colmenares, en su conferencia “La oralidad en el proceso civil”, ha dicho: “En el proceso oral el juez tiene contacto directo y personal con las partes y los demás sujetos que intervienen en su desarrollo, impartiendo una justicia humanizada, que es precisamente la que reclama. La apreciación racional de la prueba sólo es posible en la oralidad”.⁸

De lo dicho, queda claro que es importante el anuncio de prueba en la demanda porque facilita la defensa al demandado; y el análisis humanizado de la prueba al juez, permitiendo de esta forma, que éste dicte una sentencia apegada a la realidad de los hechos y al reconocimiento o ejecución del derecho del demandante.

La contestación a la demanda, es el espacio en el cual, el demandado puede presentar sus excepciones, es decir contradecir las pretensiones del demandante u oponerse a la acción que se está intentando en contra de él. A decir de Eduardo Couture: “...la excepción es, en cierto modo, la acción del demandado (...) equivale a defensa, esto es, conjunto de actos legítimos tendientes a proteger un derecho..., pretensión del demandado; ...procedimiento: dilatorio de la contestación, perentorio o invalidatorio de la pretensión; mixto de dilatorio y perentorio”. (Obra: “Fundamentos del Derecho Procesal Civil, tercera edición póstuma, Reimpresión inalterada. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1958. Pág. 89 y 90). De acuerdo a estos criterios, comparecer a juicio por parte del demandado, en la contestación a la demanda, equivale a decir que pesa sobre él, la demostración de su defensa, pues quien le ataca a través de la demanda es el actor y el demandado, no cuenta con las armas para atacar, sino para defenderse, por tanto es imprescindible que, con el anuncio de la prueba en la contestación a la demanda, se enmarque su defensa, sea para contrarrestar la acción de la demanda o para dilatar el cumplimiento de su obligación, de esta forma el demandado también accede

⁸ Colmenares, Carlos Alberto. “Conferencia sobre la oralidad en el proceso civil”. Universidad Externado de Colombia, 2002.

a la tutela judicial efectiva, puesto que, comparece al órgano judicial, a ejercer su legítimo derecho a la defensa, aun cuando el derecho no le asista, así se consagra la garantía al debido proceso que se enmarca en el art. 76 de la Constitución de la República.

De otro lado, corrientes contemporáneas, al referirse a la contestación a la demanda y a las excepciones, van más allá, y así, no sólo se refieren a las mismas, sino a los presupuestos procesales que no son otra cosa que los fundamentos de hecho o de derecho sin los cuales el proceso no tiene existencia jurídica ni validez formal, y aquello no solo puede ser alegado por las partes; sino también por el juez, quien debe velar porque el proceso o la contienda cuente con los elementos necesarios para su existencia.

Hablar entonces del legítimo derecho a la defensa, es hablar de la oportunidad que tiene el demandado para que a través de la prueba anunciada, obtenga una sentencia que desestime la pretensión del actor; es decir, que el demandado, con la anunciación de la prueba no busca el reconocimiento de un derecho, sino que, el objeto de la prueba anunciada es obtener que se deseche la demanda, y se declare su libertad procesal. De lo dicho se colige, que la importancia de la anunciación de la prueba en la contestación a la demanda tiene como fin, no una sentencia favorable, sino la desestimación de la demanda propuesta por parte del actor, pero dentro de los principios de oralidad, concentración, publicidad, tutela judicial efectiva y contradicción. Como se puede observar el principio de contradicción está contemplado en la Constitución de la República, y está basado principalmente en el derecho a la igualdad de condiciones de las partes para ser oídas por el juez, quien debe actuar de manera imparcial al momento de decidir en sentencia.

Del derecho de contradicción nace la Reconvención que no es otra cosa que una nueva demanda, basada en hechos conexos, los cuales tienen que ser demostrados por el demandado, se trata de una nueva acción, pero en sentido inverso, pues ahora el demandado se convierte en actor y por tanto formula su pretensión basado en hechos diversos pero confluyentes que necesitan ser probados y a la vez contestados por el actor, por lo tanto la traba de la *litis* ya no es únicamente con la demanda y la contestación a la demanda, sino con una nueva demanda que, una vez que es calificada por el juez, debe ser puesta en conocimiento del actor, para que éste ejerza su derecho a la defensa y comparezca a esgrimir la prueba que busque dejar sin efecto tal pretensión por parte del demandado.

Es importante señalar que, la prueba que no se anuncia en el momento procesal oportuno, esto es con la demanda, con la contestación a la demanda y/o con la reconvencción, no se la considera parte del proceso, por tanto, el no hacerlo provocaría que quede en indefensión, aun cuando el derecho le asista, pues aceptarla fuera del término oportuno para hacerlo, equivale a dejar en indefensión a la contraparte, que no contaría con el tiempo necesario para esgrimir su teoría del caso y por tanto la planificación estratégica de desvanecer los hechos que se demandan o se reconviene, respectivamente; y de no anunciar la prueba por parte del demandado, significaría una renuncia expresa a su legítimo derecho a la defensa. Vale establecer que, anunciando la prueba tanto actor como demandado, están en igualdad de condiciones para litigar frente al juez o jueza y así se cumple con otro principio consagrado en la Constitución de la República, cual es, el principio de igualdad.

4. Conclusiones

Como se ha podido ver en este pequeño ensayo, la importancia del anuncio de prueba radica principalmente en la eficacia y cumplimiento de los principios constitucionales de oralidad, publicidad, concentración, contradicción, debido proceso, igualdad, verdad procesal, buena fe, lealtad, economía procesal y sobre todo justicia.

De lo dicho es necesario establecer que con la vigencia del Código General de Procesos, es menester un cambio de mentalidad en la concepción del derecho, de ejercitarlo y de vivirlo. El nuevo profesional del Derecho requiere de unas competencias que le permitan interpretar, argumentar, comunicarse con fluidez y convicción ante cualquier tipo de escenario. Ya no bastan las competencias que requería el viejo sistema basado en documentos escritos; hoy es fundamental que los abogados dominen con propiedad la argumentación jurídica, la expresión corporal y oral. En materia probatoria también se requiere profundizar el tema de la valoración y la práctica de las pruebas en la instancia superior ya que el funcionario *ad quem* no tiene la percepción directa de los factores, que a bien tuvo el juzgador en el momento de la celebración de la audiencia, lo que se denomina evidencia demostrativa, mecanismos auditivos o visuales utilizados para una mayor ilustración del testimonio u alegato en una audiencia. El juez *ad quem*, valorará el comportamiento procesal de las partes en la audiencia que le corresponda asistir y obviamente el tribunal resolverá en base a sus propias convicciones y no aquellas que tuvo el juzgador de primera instancia para hacerlo.

Como hemos podido evidenciar, en el proceso oral el trabajo tanto de las partes procesales como del juez será transparente, ninguna de las partes pueden guardarse cierta prueba para sorprender en el momento mismo del juicio, vale decir en la audiencia, porque esa prueba puede ser excluida.

En el caso de utilizar testigos, éstos tienen que estar preparados para el momento de la contradicción, puesto que no se pueden improvisar, so pena de caer en las repreguntas y de quedar sometidos al juez, quien puede valorar si los testigos son falsos e incurrirían en perjurio, dejando sin piso la defensa o la argumentación de la pretensión en su caso, esta es una gran diferencia respecto al proceso escrito, en el que, simplemente los testigos rinden su testimonio ante un funcionario o ayudante judicial sin tener que someterse a la contradicción y respondiendo únicamente por las repreguntas si las han formulado por escrito, es decir no tienen ninguna responsabilidad en sus declaraciones, frente al juez o tribunal.

El anuncio de prueba debe ser presentada de una manera ordenada, coherente, capaz de convencer al juez o al tribunal de su “verdad”; ya que en el sistema oral, la fundamentación en la valoración de la prueba es elemental. El juez tiene la posibilidad de valorar la prueba individual o en conjunto. Las presunciones dejan de tener valor probatorio, y la sentencia tiene que basarse en certezas; y éstas llegan sólo cuando a través de una buena argumentación han logrado demostrar tanto las pretensiones del actor como las excepciones del demandado.

Al ser transparente el juicio oral, permite la confrontación y por lo tanto explotar los errores de la contraparte. El demandante al formular su pretensión, se debe concentrar en exponer la hipótesis, que se desprende de los hechos fácticos, y basado en esta hipótesis enmarcar la acción dentro del tipo jurídico, para posteriormente explicar en qué se va a basar la prueba para demostrar lo que está aseverando, es decir: ¿Cómo voy a probar los hechos?, ¿Cuáles son los hechos relevantes para probar mi pretensión?; lo fáctico, lo jurídico y lo probatorio.

El abogado debe analizar tanto las fortalezas como las debilidades de la demanda y la pretensión así como de las pruebas, pues se debe entender que toda debilidad mía, es fortaleza de la contraparte.

5. Bibliografía

Colmenares, Carlos Alberto. “Conferencia sobre la oralidad en el proceso civil”. Universidad Externado de Colombia, 2002.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Petit Da Costa, Eduardo y Chocano Núñez, Frank Percy : Teoría de la Prueba, Undécima edición, Editorial Heliasta, 2006.

Rojas López, Juan Gabriel. Oralidad y Proceso. Los principios de la oralidad procesal Editorial Medellín 2009.

Sentencia C-880/05. Magistrado Ponente: Dr. Córdoba Triviño Jaime. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 207, parcial, del Código de Procedimiento Civil, Referencia: expediente D-5760 Actor: Arleys Cuesta Simanca (Corte Constitucional de Colombia)

Formas extraordinarias de terminación del proceso civil en Ecuador

Pablo Vaca Acosta

Sumario:

1. Introducción; **2.** La conciliación; **3.** La transacción; **4.** El retiro de la demanda; **5.** El desistimiento; **6.** El allanamiento; **7.** El abandono; **8.** Conclusiones; **9.** Bibliografía

1. Introducción

Hoy día, se han ampliado notablemente los derechos de la jurisdicción y, en su consecuencia, los límites de la llamada tutela judicial efectiva no se sostienen únicamente en el respeto por el derecho de defensa en juicio.

Por ello, el modelo tradicional que discutió si el proceso era solo una cosa entre partes donde el Juez asistía al debate para luego definir con su sentencia el derecho aplicable a uno y otro; y la renovación que trajo la llamada publicización que le asignó al Juez mayores poderes y deberes, obligándolo a dirigir el conflicto para encontrar la verdad real antes que la confirmación de una u otra de las versiones de las partes; entre ambos modelos existen aproximaciones y diferencias que conviene informar para que a nadie lo tome por sorpresa esta supuesta afectación a la Constitución Nacional y sus principios.

No obstante, debe quedar en claro que si hablamos de garantías constitucionales, en definitiva, no hay más garantía que el proceso judicial, porque será éste el que en definitiva persiga la consagración de los derechos y libertades que trae la Ley Fundamental. (Gozaini, 2011, p.335).

Con el advenimiento del Código Ordinario General de Procesos (COGEP), publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 506 de 22 de mayo del 2015, se modifican en esencia las reglas que regulan los procesos no penales en el Ecuador, bajo el paradigma del Estado constitucional de derechos y justicia (artículo 1 de la Constitución de la República del Ecuador), y las máximas de interpretación devenidas de la tutela judicial efectiva (artículo 75), la seguridad jurídica (artículo 82), la potestad de administrar justicia (artículo 167) y el sistema procesal como medio para realización de la justicia (artículo 169), lo cual debe ser objeto de un minucioso análisis a fin de despejar en lo posible, las obvias incógnitas que deben surgir luego de casi 150 años de tradición procesal civil escrita.

Dentro de estas nuevas creaciones legislativas, trataremos de adentrarnos en el campo específico de la terminación del proceso, y en específico de aquellas formas inusuales, extraordinarias en términos del COGEP o anormales según algunos tratadistas, por las cuales el litigio puede llegar a su fin, y cómo aquellas deben ser entendidas y atendidas a fin de garantizar la observancia del marco constitucional vigente en cada caso.

El proceso, entendido este como una figura heterocompositiva estatal que se traduce en un medio institucional para resolver litigios en sociedad en el que participan distintos sujetos procesales, tales como: juez, auxiliares, partes y terceros, todos ellos con el fin de solucionar el conflicto jurídicamente trascendente (Said Alberto, 2014), puede terminar de varias formas, la más común y por ende la más conocida y regulada jurídicamente, la sentencia, puede ser de tantas formas, cuantos procesos o puntos de vista de su clasificación tengamos, siendo las más comunes, aquellas que en que se establezca la inexistencia de un derecho o situación jurídica concreta (Declarativas estimatorias), las que niegan las pretensiones por extinción o inexistencia del derecho o situación jurídica concreta (Declarativas desestimatorias); las que crean, modifican o extinguen una situación jurídica particular o concreta (Constitutivas); las que imponen o establecen una *prestación de dar, hacer o no hacer* (De Condena o Ejecución) (Couture, 2002); las que ponen fin a la controversia y al proceso en que se discutió aquella (De Fondo o de Mérito); las que ponen fin al proceso pero no a la controversia material discutida en éste, dejando en aptitud de volverse a discutir el objeto central de las pretensiones (Inhibitorias), entre otras formas de sentencia cuyo estudio bien ameritaría un ensayo exclusivo y mucho más complejo que el que hoy convoca nuestra atención.

A más de la sentencia, el proceso puede finalizar también por otros medios que según el caso, bien ser también finales y definitivos, sea que pongan fin al proceso y a la controversia material discutida en él, o simplemente finales con efectos de cosa juzgada formal, al poner fin únicamente al proceso. Sobre dichas formas de terminación del proceso, es que se abordarán varias de las interrogantes que surgen al momento de su aplicación práctica, en especial en aquello que tiene relación directa con los efectos extraprocerales de aquellos, cuando deban ser analizados en ulteriores procesos judiciales, empezando por aquellos mecanismos que contempla el Código Orgánico General de Procesos para los procesos civiles.

2. La conciliación

Los primeros intentos de solución de conflictos que han existido a lo largo de la humanidad, se pueden resumir en tres mecanismos: la autotutela, en el cual, es el propio interesado quien por mano propia realiza lo que considera justo, mecanismo de autodefensa que en las sociedades modernas ha sido ampliamente superado; la autocomposición, donde los conflictos son resueltos por los propios sujetos con pretensiones o intereses contrapuestos sin intermediarios; y, la heterocomposición,

por el cual el conflicto es resuelto por un tercero imparcial y dentro de un proceso determinado previamente.

Las formas Heterocompositivas de las disputas, según Gómez Lara (2000), son cuatro: la mediación, la conciliación, el arbitraje y el proceso, aunque hay quienes sostienen que la conciliación es una forma de autocomposición, al comprender un arreglo que básicamente se logra por la voluntad de los sujetos en controversia que se exterioriza en un acuerdo que satisfaga a todas las partes en conflicto; es decir, la solución surge de las propias partes sin imposiciones de terceros (Véscovi, 1999).

De igual forma, otra corriente mira a la conciliación con una forme mixta de resolución de los conflictos, pues si bien el acuerdo surge de los sujetos en conflicto, ello no hubiera sido posible sin la intervención de un tercero que facilitó el arribo de dicha comunidad de voluntades en un punto en concreto; en todo caso, cualquiera que sea el campo doctrinario en donde queramos ubicar a la conciliación, en la actualidad tiene un papel estelar en la eficiencia de las nuevas reglas procesales, pues antes que desgatar los recurso de los contendientes y del Estado en un litigio, se debe priorizar la solución temprana de aquel, bajo el entendido de que la mejor solución de la mayor cantidad de conflictos posibles, es la que surge de la propia convicción de los titulares de los derechos materiales comprometidos en aquel.

En la Codificación del Código de Procedimiento Civil, la conciliación cedió su espacio a la mera formalidad de la redacción de una acta, donde ni las partes y mucho menos el juzgador, realizaban intento alguno por aplicar dicho medio alternativo de solución de conflictos, aún cuando la falta de conciliación en los juicios ordinarios, debe ser apreciada para establecer la temeridad o mala fe del litigante, según así se deduce del artículo 403 de Código citado.

Con el Código Orgánico de la Función Judicial, se dio el primer paso en el camino hacia una conciliación efectiva, cuando se estableció que ella sea una facultad esencial de las juezas y jueces, que debe ser observada al ejercer sus atribuciones jurisdiccionales (artículo 130.11), la que con el COGEP, ha sido fortalecida e integrada a la apreciación jurídica del proceso, incluso como una actuación obligatoria para el juzgador, según así se puede extraer de su artículo 294.4.

Ya en la forma en la que puede desarrollarse la conciliación dentro de un proceso, e incluso luego de sentencia (artículo 233 del COGEP) esta puede asumir

diferentes matices procesales; así, la conciliación puede contener alguna forma de desistimiento, un allanamiento, o combinación de éstos, puede contener una transacción, diferenciándose de ésta en cuanto la primera es el género y la segunda es la especie; y en que ésta preponderantemente versa sobre cuestiones patrimoniales y aquella sobre derechos sin contenido pecuniario (Fornaciari, 1988), además de que según las reglas legales anotadas, la conciliación por imperativo legal debe procurarse en todo caso por el juez, no así la transacción que no se contempla como un deber intraprocesal que deba agotarse, además de que la conciliación si es total o sobre todos los asuntos discutidos en el juicio, debe ser aprobada en sentencia (artículos 402 CPC y 234.1 COGEP), lo que no ocurre con la transacción que, como se verá más adelante, impone la necesidad de un auto interlocutorio, resolución también aplicable en el caso de que la conciliación fuere parcial en los términos del artículo 234.3 del COGEP.

En definitiva, resumiendo a Fornaciari (1988), las partes pueden concluir sus desavenencias por un simple acuerdo conciliatorio sin intervención de terceros ajenos a la cuestión, o recurrir a un tercero que no resuelve el conflicto pero que coadyuva a su solución acercando a las partes y proponiendo fórmulas conciliatorias, lo que no desnaturaliza la esencia consensual del acuerdo de autocomposición, el que siempre provendrá de los interesados, el conciliador propone fórmulas de avenimiento, estimula el acuerdo, pero no lo concluye, ni dirime el conflicto; el juez, investido de su función de director del proceso, pueden en cualquier momento convocar a las partes para intentar una conciliación, que no por ello altera el hecho de que la conciliación será siempre el resultado de un acto volitivo de los contendores, debiendo observar en cualquier caso los principios que se señala en el artículo 233 inciso segundo del COGEP, que rigen a dicho medio alternativo de solución de conflictos, a saber: voluntariedad de las partes, confidencialidad, flexibilidad, neutralidad, imparcialidad, equidad, legalidad y honestidad.

Sobre la conciliación la Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil (2003), ha señalado:

“...Uno de los modos anormales de terminación de un juicio es la conciliación. Los litigantes crean un estado de conflicto que afecta a la paz social; de ahí que el procedimiento civil establece que en todo proceso contencioso, antes de abrirse la causa a prueba, ha de realizarse audiencia o junta de conciliación.— La voz conciliación deviene de latín *conciliatio*; significa acción o efecto de conciliar, conformidad o semejanza de una cosa con otra; implica conformidad de dos o más proposiciones, doctrinas o argumentos

en apariencia contrarios; apaciguar y componer los ánimos de los opuestos o desavenidos.- Couture define la conciliación como: “acuerdo o avenencia de partes que mediante renuncia, allanamiento o transacción hacen innecesario el litigio pendiente o evitan el litigio eventual.- Cuando se genera una situación controvertida, los sujetos que sostienen diversas posturas pueden someter su diferendo a resolución del órgano jurisdiccional para que mediante sentencia ponga fin al conflicto; en este caso se está adoptando una forma de heterocomposición de la controversia.- Pero las partes pueden muy bien concluir sus desavenencias por un simple acuerdo conciliatorio. En este caso, los sujetos enfrentados que concluyen sus diferencias realizan un acto de autocomposición del conflicto; porque serán siempre los interesados aunque sea en un proceso judicial, los que obtengan un resultado dirigidas sus voluntades hasta tal punto.- En la audiencia o junta de conciliación, el juez está llamado a jugar un papel muy importante, participar activamente en busca de la conciliación, proponiendo incluso fórmulas de avenencia en ejercicio de la función de director del proceso. Desafortunadamente en la practica forense se ha venido desvirtuando la diligencia de conciliación. Es común que las partes hagan largas y engorrosas exposiciones, que van desde repetir los asuntos contenidos en la demanda o contestación a la demanda hasta formular un alegato sobre sus aspiraciones. El juez, con frecuencia, por temor a que se le acuse de estar adelantando el criterio, no asume la iniciativa de aportar una fórmula conciliatoria y se contenta con ser un mero espectador y solicitar tímidamente a las partes que lleguen a un convenio para concluir el litigio. La conciliación, puede contener un desistimiento o una renuncia o un allanamiento o una transacción. También puede concretarse en la combinación de estas figuras produciendo un acto complejo a la conclusión del litigio. Por cierto, los acuerdos tienen que limitarse al ámbito de los derechos disponibles; ya que necesariamente las partes deben tener la posibilidad negocial sobre el objeto de que se trata.- Dentro de este marco, las partes son libres de someter a consideración de la contraparte las fórmulas de avenencia que crean convenientes. Estas fórmulas si no son admitidas por la otra y, por tanto, no se traducen en un acuerdo, no tienen efecto vinculante para el proponente ni dentro del propio juicio ni mucho menos en otro proceso. Precisamente, el error de creer que las proposiciones pueden acarrear efectos negativos al proponente, frenan en mucho que se ensayen fórmulas de advenimiento y tengan éxito las audiencias o juntas de conciliación.”

Según las reglas vigente, la conciliación debe presentarse dentro del proceso, en cualquier de sus fases o etapas, incluida la de ejecución, por personas capaces de obligarse con relación al objeto de las pretensiones y siempre que no medie prohibición legal que haga indisponible o irrenunciable lo que es objeto de la

conciliación, quienes deben comparecer a ella en forma personal o mediante mandatario con facultad suficiente para ello (artículo 130.11 del COFJ), sobre la cual, la actividad del juez debe regirse a los principios antes señalados, dictando una sentencia homologatoria o aprobatoria si es total y aceptable, la que gozará entonces de la calidad de cosa juzgada material y formal, o un auto interlocutorio si el acuerdo conciliatorio es parcial o no aceptable.

3. La transacción

Los actos jurídicos reconocen dentro de su subclasificación a aquellas declaraciones de voluntad que no crean obligaciones, sino que solamente las extinguen o aseguran, entre las cuales tenemos a la transacción (Barandarián, 2002), la que conforme nuestro Código Civil es un modo de extinguir las obligaciones en todo o en parte (artículo 1583.4) que constituye un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual (artículo 2348); y, que el COGEP, determina que si es válidamente celebrada termina el proceso, previa autorización del juez una vez que le sea presentada por cualquiera de las partes (artículo 235).

Sobre este mecanismo autocompositivo de solución de las controversias, en la que las manifestaciones bilaterales de voluntad de las partes, son las que determinan la solución al conflicto, existen varias interrogantes a despejarse, la primera es si realmente tiene como finalidad o es de esencia únicamente la extinción o aseguramiento de obligaciones, la segunda sobre si debe ser aprobada u homologada judicialmente para tener plenos efectos jurídicos; y, la tercera, si dicha aprobación u homologación debe hacerse mediante auto o por sentencia.

En relación con la primera cuestión, Manuel Ossorio (1980), señala:

“Acto Jurídico bilateral, por el cual las partes, haciéndose concesiones recíprocas, extinguen obligaciones litigiosas o dudosas. Es pues, una de las formas de extinción de las obligaciones. Las cláusulas de una transacción son indivisibles. Las transacciones hechas en el curso de los litigios no son válidas sino presentadas al juez de la causa, firmadas por los interesados, y deberán ajustarse a las normas establecidas por la ley procesal. El Juez se limitará a examinar si concurren los requisitos exigidos para su validez, homologándola en caso afirmativo o rechazándola en caso negativo, supuesto en el cual continuará el juicio”. (Pág. 759)

De todo lo dicho, no se puede desconocer que la transacción sin dejar de ser una forma de extinción de las obligaciones, es también un contrato y como tal, no está llamado solamente a ser un mecanismo de cesación de tales obligaciones, sino que bien puede, a la vez que consigue aquello, crear, modificar, transferir o conservar otras, no de otro modo puede entenderse que nuestro Código Civil en el artículo 718, expresamente coloca a las transacciones como un justo título nuevo si transfieren la propiedad de un objeto no disputado, y simplemente como un título si se reconoce o declara derechos preexistentes, o que nuestro Código de Procedimiento Civil, que se mantendrá vigente hasta mayo del 2016, en el artículo 489, establece la posibilidad de modificar incluso la obligación establecida en sentencia mediante una transacción en la etapa de ejecución, siempre que conste de documento público, documento privado judicialmente reconocido o confesión judicial.

En relación con la segunda cuestión, esto es si la transacción debe ser aprobada u homologada judicialmente, es preciso recordar que aquella en otras legislaciones puede presentarse de dos formas o clases: extrajudicial si es anterior al litigio y precisamente busca evitarlo, o también, si pendiente un proceso, se efectúa para ponerle fin, pero si se negocia y concluye fuera de aquel, influyendo luego en su terminación en forma de desistimiento, allanamiento, etc., la que además puede ser objeto – principal o accesorio – de un proceso, cuando es incumplida, por lo que cabe hacerla valer procesalmente como fundamento de una pretensión o como excepción, es decir con influjo indirecto en el proceso; y, judicial, si se produce una vez iniciado el pleito y tiende a ponerle fin, por lo cual necesita ser sometido al órgano jurisdiccional y por su homologación adquiere fuerza en el proceso, ésta supone un negocio jurídico material que ha de ser homologada por el juzgador, mediante la comprobación de los requisitos y presupuestos formales y materiales necesarios para la cuestión de que se trate, con la consecuencia inexorable de una resolución judicial que recoja los pactos transaccionales, confiriéndole fuerza de ejecución, sin posibilidad de recurso alguno. (*De La Oliva, 1996*)

Sobre la homologación, en la Enciclopedia Jurídica Omeba (2001) se encuentra:

“...en el lenguaje forense es la acción y efecto de *homologar*, que significa <dar firmeza las partes al fallo de los árbitros>; y también <confirmar el juez ciertos actos y convenios de las partes>. La palabra *homologación* —se lee en Escriche (*Diccionario de legislación y jurisprudencia*)— es vocablo griego que quiere decir consentimiento o aprobación. En el orden procesal, <llámase homologación el consentimiento tácito que dan las partes a la sentencia arbitral cuando dejan pasar diez días desde su pronunciamiento sin contradecirla

e igualmente la confirmación que da el juez a ciertos actos y convenciones para hacerlos más firmes, ejecutivos y solemnes>. No es general, en nuestra legislación, el empleo de la palabra homologación para referirse a la decisión judicial en virtud de la cual se aprueban ciertos actos o convenciones que así lo requieran para su validez y efectos. En tales casos, la expresión común es “aprobación judicial”...”.

La clasificación doctrinaria de la transacción en extrajudicial y judicial, también la podemos observar en el nuevo COGEP, incluso con la literalidad con la que se expresa en la doctrina, y con contextos claros en los que opera, así se habla de transacción extrajudicial, en el artículo 347.6 o se infiere aquella también de los artículos 153.9 y 373.2, sea que, estemos frente a un título ejecutivo y fundamento necesario para sostener un juicio de igual clase, sea que nos situemos frente a una excepción previa creada fuera del proceso y que tiene por objeto lo que se ha concretado como objeto de la pretensión, o sea que nos encontremos con un mecanismo de oposición a la ejecución igualmente creado en forma independiente a aquella, respectivamente; mientras que, estaremos frente a una transacción judicial, en los casos que se mencionan en los artículos 235 y 363.6, esto es, el acuerdo que celebrado una vez iniciado un proceso, busca ponerle fin; y, la transacción celebrada intraprocesalmente ante autoridad competente que recogida en una acta, no simplemente tenga como finalidad el poner fin al litigio sino que genera obligaciones cuya ejecución puede efectuarse coercitivamente, al ser la transacción así celebrada un título de ejecución.

Es decir, nada obsta que la transacción se pueda presentar a juicio y pueda ser homologada, incluso el artículo 130.11 del Código Orgánico de la Función Judicial contempla expresamente aquella posibilidad en su parte final, siempre que no se halle prohibida, y si ésta cumple con los requisitos especiales que deban observarse según el objeto de la transacción, debiendo observarse los efectos jurídicos surgen de una transacción extrajudicial o de una judicial, pues la primera constituye título ejecutivo, mientras que la segunda se entiende establecer un título de ejecución.

En cuanto dice relación a la tercera cuestión planteada, es preciso señalar que ésta se contrae a la transacción que busca poner fin a un proceso (artículo 235 COGEP), para la cual hay que recordar que conforme a los artículos 269 y 270 de la Codificación del Código de Procedimiento Civil, sentencia es la decisión del juez acerca del asunto o asuntos principales del juicio, y auto es la decisión del juez sobre algún incidente del juicio, entendiéndose por incidente, según se puede extraer de la muy conocida Enciclopedia Jurídica Omeba (2001), en la voz alfabética correspondiente como:

“...una cuestión accesoria dentro del proceso o con motivo de él, pero siempre dentro del curso de la instancia, conforme lo enseña el profesor Al-sina en su conocido *Tratado*, (...) y lo son todos los acontecimientos, todas las cuestiones <que se susciten durante la tramitación de un pleito>, que tienen alguna conexión directa o indirecta con el proceso o cualquier acto procesal cumplido, y <que la ley tiene como incidentales de lo principal>; qué <deriven o tengan su origen en el negocio original>. Dicho en otros términos, incidente es toda articulación procesal ajena a la cuestión principal pero vinculada a la contienda y esta cuestión o controversia da lugar al proceso incidental, que tan acertadamente desarrolla el procesalista español Guasp en su *Derecho Procesal Civil* (...) Este autor afirma que incidente equivale a cualquier cuestión anormal que acaece durante el desenvolvimiento del proceso, y, la palabra incidente, dice Emilio Reus, citado por Pallares, en su Diccionario de *Derecho Procesal Civil*, página 318, deriva del latín *incido*, *incidens* (acontecer, interrumpir, suspender) y <es lo que sobreviene accesoriamente en algún asunto o negocio fuera de lo principal> y entre los litigantes durante el curso de la causa en tramitación...”.

Y, precisamente la transacción, es una forma anormal, en términos de la técnica procesal, de poner fin a una controversia, ya que conforme la primera norma citada, el acto jurídico procesal que por antonomasia está destinado para ello es la sentencia.

“...Un juicio termina: a) En forma normal, mediante la sentencia respectiva, y b) En forma anormal mediante la transacción o conciliación, el desistimiento y el abandono de la instancia o del proceso. Sentencia, según el art. 273 [actual 269] del Código de Procedimiento Civil, es la decisión del Juez acerca del asunto o asuntos principales del juicio. Transacción, según el art. 2372 [actual 2348] del Código Civil, es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual. No es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa. Si bien tanto la sentencia como la transacción terminan el juicio, entre la una y la otra existen diferencias sustanciales. En efecto: La sentencia es un acto jurisdiccional, mientras que la transacción, siendo un contrato, es un concurso real de las voluntades de dos o más personas, con las características de bilateral, oneroso y consensual. La sentencia ejecutoriada puede ser impugnada mediante la acción de nulidad contemplada por los arts. 303, 304, 305 [actuales 299, 300, 301] del Código de Procedimiento Civil. La transacción puede ser impugnada mediante las acciones de nulidad o rescisión, de acuerdo con las normas pertinentes contempladas en el Título XXXVIII, Libro Cuarto del Código Civil (art. 2372 a 2390) [actual 2348 a 2366] y las normas sobre la nulidad y rescisión de los contratos en general.

También puede pedirse la resolución del contrato de transacción por incumplimiento de una de las partes, con arreglo a lo dispuesto por el art. 1532 [actual 1505] del Código Civil. Asimismo, en virtud de que la transacción, produce el efecto de cosa juzgada, cuando ha sido celebrada antes del proceso, puede oponerse como excepción perentoria, como dispone el art. 105 [actual 101] del Código de Procedimiento Civil...” (Corte Suprema de Justicia, 1998).

Por lo tanto, presentada a juicio una transacción a fin de terminar el proceso, es procedente calificarla y si del caso aprobar el acuerdo al que han llegado las partes, mediante auto interlocutorio, al ser un negocio jurídico que además conforme el artículo 2362 de la Codificación del Código Civil, tiene los efectos de cosa juzgada en última instancia, siendo obligación del juzgador el pronunciarse sobre el acuerdo transaccional, debiendo recordar para ello que “...Nuestro sistema procesal contempla la terminación del juicio también por: transacción, allanamiento, desistimiento y abandono, que son medios procesales sustitutivos de la sentencia...” (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, 1999); es decir, es conveniente emitir auto motivado en el cual el Juzgador determine los efectos intraprocesales de dicha forma anormal de terminación del proceso.

4. El retiro de la demanda

En nuestro sistema legal, el retiro de la demanda constituye una figura nueva, aun cuando en la doctrina nacional su antecedente data del año 1960, el que es mencionado por la Corte Suprema de Justicia, a efecto de determinar el momento en que se puede entender la existencia de la relación jurídica procesal, así:

Como señala, el maestro Víctor Manuel Peñaherrera:

“De acuerdo con nuestro sistema procesal y con los principios científicos que lo informan, podemos decir que la notificación de las resoluciones o providencias judiciales a los interesados a quienes van dirigidas, es, por lo general, parte complementaria de la respectiva actuación, indispensable para que dichas providencias o resoluciones surtan sus efectos naturales, ya haciendo correr los términos legales; ya imponiendo la obligación o necesidad de ejecutar ciertos actos o gestiones; o ya dando lugar a las respectivas sanciones civiles, procesales o penales, por la omisión de dichos actos o gestiones.- Un decreto judicial o un fallo que se guarda en el despacho del juez o del actuario, sin comunicarlo a las partes interesadas, no comienza a surtir efectos ni empecé a nadie... La citación de la demanda produce

importantes y trascendentales efectos, de carácter, no sólo adjetivo, sino sustantivo, como vamos a verlo, reconocidos generalmente en las legislaciones y en la doctrina... Antes de la citación, la providencia (que la ordena) no puede surtir ningún efecto, como dijimos en la proposición anterior; la causa no está aún definitivamente radicada en ningún juzgado, y el actor puede retirar la demanda, sin necesidad de desistimiento ni de renuncia de su derecho, porque no ha contraído todavía compromiso alguno con la parte contraria. Por lo mismo no cabe decirse que el juez esté ya conociendo de la causa, esto es, definitivamente encargado de fallarla” (Lecciones de Derecho Práctico Civil y Penal, Editorial Universitaria, Quito, 1960. Tomo III, páginas 342-344)...” (Corte Suprema de Justicia, 2004)

Este criterio que es reiterado por la misma Corte Suprema de Justicia (2004), no tiene antecedente registrado de haber sido aplicado a caso concreto alguno en nuestro país, pese a que incluso ha sido objeto de tratamiento en el sistema interamericano de derechos humanos, como se puede extraer de la siguiente cita:

“Existe una materia de carácter formal sobre la cual la Corte ha debido pronunciarse, cual es, el momento en que se traba la litis y la posibilidad de retirar la demanda. Sobre el momento en que se traba la litis, la Corte ha señalado que esto ocurre al momento de notificarse la demanda al Estado denunciado. En cuanto a la posibilidad de retirar la demanda, ésta sería procedente siempre que no se haya trabado la litis. El retiro de la demanda no debe ser confundido con el desistimiento, que requiere en todo caso de un acto expreso al efecto...” (Medina y Nash, 2007, pág. 87)

En todo caso, la figura del retiro de la demanda, que contempla el artículo 236 del Código Orgánico General de Procesos (2015), constituye un mecanismo procesal de terminación de una causa, que se hacía necesario en nuestro medio y que brinda solución a aquellas personas, que una vez presentada la demanda, por cualquier circunstancia, estaban en la necesidad de no continuar con ella en la forma en que ha sido propuesta, sin que sobrevenga el efecto propio del desistimiento, en cuyo caso podrán retirar su demanda siempre que no se haya establecido la relación jurídica procesal, esto es antes que haya sido citada a la parte demandada, lo que originará el archivo de la causa, dejando en aptitud, a quien retiró la demanda, de volver a demandar.

5. El desistimiento

Conforme nuestra Codificación del Código de Procedimiento Civil (2005), la persona que ha interpuesto un recurso o promovido una instancia, se separa de sostenerlo expresamente por el desistimiento (artículo 373), que será válido: si es voluntario y hecho por persona capaz; si consta en los autos y reconozca su firma en el que lo hace; y, que si es condicional, conste el consentimiento de la parte contraria para admitirlo (artículo 374), reconociendo la legislación y la doctrina procesal dos tipos de desistimiento, el de la demanda y el de la instancia o recurso. Sobre este antecedente normativo, del COGEP (2015) se infiere que, manteniendo los dos tipos de desistimiento señalados, el desistimiento de la demanda, es reemplazado por el desistimiento de la pretensión, lo que en técnica procesal resulta ser más preciso, porque en definitiva de lo que se está desistiendo o renunciando no es de la demanda que constituye un acto jurídico procesal a través del cual se ejerce la acción y en el que se contiene la pretensión, sino que se está separando de continuar con “...el petitum de la demanda, lo que se pide en ella que sea reconocido o declarado en sentencia a favor de demandante...” (Echandía, 1997).

Como dijera en su momento, el ilustre tratadista Juan Isaac Lovato (1992), el desistimiento, es la declaración que efectúa el actor, por la cual anuncia su voluntad de abandonar su pretensión procesal más no el derecho alegado como fundamento, el demandante abandona o desiste del proceso, pero no del ejercicio de los derechos que pueden corresponderle, es decir, los efectos del desistimiento se limitan al proceso y no se extienden al derecho hecho valer en el juicio como fundamento de la pretensión, sin entrar en el fondo del asunto; adicionalmente Carmen García Mendieta, en el Diccionario Jurídico Mexicano, estructurado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sobre el tema señala:

“Los autores de derecho procesal han considerado el desistimiento como un acto de autocomposición o forma de resolver amigablemente un proceso; para ellos constituye uno de los modos extraordinarios, diferentes de la sentencia, por medio del cual se puede poner fin a la pretensión planteada. Entienden por desistimiento en términos generales, la renuncia de la parte actora a los actos procesales o a su pretensión litigiosa (...) independientemente de la clasificación que se ha adoptado por los juristas, todo desistimiento de una acción trae aparejadas las siguientes consecuencias: *a)* con relación al derecho, la no afectación de éste, ya que el mismo subsiste como obligación natural. Puede haber desistimiento de la acción sin que ello implique renuncia a un derecho aun cuando no se demuestre tal derecho en un momento dado; *b)* respecto de la cosa juzgada la existencia de esta figura jurídica resulta

inoperante, por carecer la misma de fundamento legal para producir efectos en tales situaciones; *c)* tratándose de la excepción de *litis pendencia* no procede su alegación en nuevo juicio, toda vez que al haber concluido el pleito anterior, surtió efectos de desistimiento de la acción que se intentó; *d)* las medidas precautorias quedan sin efecto alguno porque al abandonarse la acción de todas las diligencias cautelares carecen de cualquier justificación que pudiera alegarse, y *e)* no puede haber ninguna retractación, ya que al admitirse el desistimiento se da por concluida toda relación procesal entre los litigantes y cualquier pretensión posterior queda sin materia.” (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1994, págs. 541-542)

En cuanto a los efectos del desistimiento de la demanda, ahora de la pretensión, los efectos siguen siendo los mismos, pues el que desistió no puede proponer la demanda, en este caso la pretensión, otra vez contra la misma persona, ni contra las que legalmente la representan (artículos 377 CPC y 237 COGEP), con lo cual asimila sus efectos a los de la renuncia de la acción, no regulada en nuestra legislación, imponiendo la nueva normativa procesal, la obligación al juzgador o juzgadora de examinar si el desistimiento procede por la naturaleza del derecho en litigio y por no afectar a intereses de la contraparte o de terceros, así como reconoce en forma expresa la posibilidad del desistimiento de las pretensiones contenidas en la contrademanda o reconvencción. Igual similitud se encuentra al tratarse del desistimiento del recurso o instancia (artículos 378 CPC y 238 COGEP), precisando el Código Orgánico, que éste debe presentarse desde que se interpuso el medio impugnatorio y mientras no se haya pronunciado sentencia definitiva, lo que producirá la firmeza de la providencia impugnada, salvo que la contraparte también haya recurrido, en cuyo caso requerirá que ella también desista.

Se debe relieves además que el COGEP, entra en una precisión de técnica procesal en cuanto a la firmeza, distinguiéndola de la cosa juzgada que el CPC contempla para el desistimiento, pues:

“...la firmeza es algo predicable de todas las resoluciones judiciales, que produce sus efectos ad intra del proceso en el que se dictan, mientras que la cosa juzgada es efecto exclusivo de las sentencias, produciéndose ad extra del proceso que concluye con la sentencia misma. Es por esto por lo que la firmeza puede referirse a todos los posibles contenidos de las muy variadas resoluciones que en un proceso pueden dictarse, mientras que la cosa juzgada se centra en el contenido de la sentencia que se pronuncia sobre el fondo del asunto.” (Montero, 1996, pág. 265)

Cosa juzgada, que en nuestro país, por disposición expresa del artículo 99 del COGEP, no es característica exclusiva de las sentencias sino que se hace extensiva a los autos interlocutorios que pongan fin al proceso, de lo que se tiene que el auto interlocutorio en el que se acepte el desistimiento de la pretensión por cuanto pone fin al proceso, goza de cosa juzgada, mientras que aquel que acepta el desistimiento de una instancia o un recurso, sin poner fin al proceso, adquiere firmeza con efectos intraprocesales.

En cuanto a los requisitos que deben observarse para considerar como válido al desistimiento, siguen siendo los mismos, esto es: 1. Que sea voluntario y hecho por persona capaz; 2. Que conste en los autos y reconozca su firma en el que lo hace; y, 3. Que si es condicional, conste el consentimiento de la parte contraria para admitirlo (artículo 374 CPC) se agrega la circunstancia del reconocimiento obligatorio del escrito de desistimiento ante el juez de la causa (artículo 239 COGEP), dejando por fuera los desistimientos cuyas firmas han sido reconocidas fuera del proceso ante notario o notaria pública.

Respecto de las inhabilidades para desistir, se mantienen las de aquellas personas que no pueden comprometer la causa en árbitros y las de aquellas que intenten eludir, por medio del desistimiento, el provecho que de la prosecución de la instancia pudiera resultar a la otra parte o a un tercero (artículo 375 CPC), y se agregan las de aquellas personas que representan al Estado y no cuenten con la autorización del Procurador General del Estado, en los términos previstos en la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado y de quienes sean actores en los procesos de alimentos (artículo 240 COGEP), situación que dicho sea de paso, legalmente no era factible, pues conforme los artículos 16 y 3 del Título V reformado del Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, y 362 del Código Civil, el derecho de alimentos, así como su acción es irrenunciable, e incluso, en tratándose de alimentos para niñas, niños y adolescentes, prevalecen sobre los derechos de las demás personas (Constitución, 2008, artículo 44).

Lo que no se encuentra regulado en el COGEP, es la posibilidad de desistir, no de la demanda, ni de un recurso, sino de una petición efectuada dentro de la sustanciación de la causa, como por ejemplo, la petición de la práctica de algún medio de prueba, lo que se resuelve aplicando el argumento “a maiori ad minus” (“si se puede lo más se puede lo menos”), por el cual se:

“...apela a que si resulta autorizado o prohibido jurídicamente una cierta conducta o respuesta jurídica, corresponde una equivalente con “mayor

razón” frente a una situación que es menos grave que la que está prohibida (*a minori ad maius*) o está ya incluida implícitamente entre lo autorizado dado que es menos relevante (*a maiori ad minus*). Si el derecho concede un beneficio o permite ciertas conductas a quien por ejemplo hizo algo muy grave corresponda que lo conceda a quien hizo algo menos grave; y si el derecho prohíbe o impone sanciones a ciertas conductas muy graves están igualmente prohibidas aquellas que son menos graves...” (Vigo, 2008, pág 225)

Por lo tanto, si se puede lo más grave o relevante, que es desistir de una pretensión, o de un recurso, con mayor razón e igual derecho se podrá desistir de una petición efectuada en el proceso.

6. El allanamiento

En lo que respecta al allanamiento, su regulación jurídica no varía sustancialmente con el COGEP, pues se mantiene el hecho de constituir una facultad de la parte demandada de aceptar o conformarse con las pretensiones de la parte actora, en cualquier etapa o fase del proceso, lo que se entiende debe hacerse antes de la emisión de una sentencia, manifestación de voluntad que debe ser aprobado en igual acto jurídico procesal, pues es preciso, a la vez que se analiza el allanamiento, emitir criterio jurisdiccional sobre las pretensiones de la demanda a las cuales se ha allanado la parte demandada, con la aclaración de que en el caso de que obligaciones en disputa sean indivisibles, el allanamiento debe provenir de todas las personas que integran la parte demandada. (Artículos 392 y 394 CPC, 241 y 244 COGEP); y que si es parcial o condicional deberá seguirse el proceso con respecto a lo que no ha sido aceptado, en cuyo caso, corresponde emitir un auto interlocutorio respecto del allanamiento parcial, precisando que si bien se el allanamiento, por disposición legal, puede darse en cualquier estado del juicio antes de sentencia, “...se ha entender que ésta será la de primera instancia, como dispone el Código colombiano. Después de dictada la sentencia de primera instancia no cabrá allanamiento sino desistimiento del recurso interpuesto...” (Lovato, 1992, pág. 241).

En resumen, allanamiento es:

“...el acto procesal espontáneo y unilateral del demandado, por el que expresa su voluntad de no litigar, sin que sea necesario exponer las causas de tal determinación; acto que da fin al proceso civil mediante la providencia definitiva en que el órgano jurisdiccional, vista su legitimidad, acepta el allanamiento, fundado en la disposición legal que lo asimila a una confesión

de la verdad de la demanda, esto es, de los hechos aducidos por el actor y de la pretensión alegada.” (Troya, 2002, págs. 689-690)

De igual forma, se mantienen las causas de ineficacia del allanamiento, en cuyo caso debe ser negado, cuando se trate de derechos indisponibles, cuando la parte que se allana sea incapaz, aclarando que se exceptúan las personas jurídicas que conforme el artículo 1463 inciso tercero de la Codificación del Código Civil (2005) también constituyen una persona incapaz; cuando el demandado sea el Estado o alguna de sus instituciones, para lo cual el COGEP exige la expresa autorización del Procurador General del Estado, cuando los hechos admitidos no puedan probarse por medio de confesión y cuando la sentencia deba producir efectos de cosa juzgada respecto de terceros (artículos 393 CPC y 242 COGEP), como sería el siguiente ejemplo que ilustra la jurisprudencia:

“...Al respecto, esta Sala anota que la tercería excluyente de dominio se propuso con la finalidad de impedir que prospere la ejecución propuesta por el Ing. Galo Salazar Monteros en contra de Wilman Ochoa Iñiguez sobre el bien embargado, por lo que en realidad a quien perjudicaría este incidente de llegar a prosperar sería al ejecutante, de allí que resulta absurdo pretender que por haberse allanado únicamente el demandado, deba aprobarse su allanamiento y declararse excluido el bien cancelándose el embargo; para que este modo extraordinario de conclusión de la controversia pudiera prosperar se habría necesitado que tanto el actor como el demandado en el juicio ejecutivo en que el incidente se promovió, manifesten su expresa voluntad de aceptar la pretensión del tercerista...” (Corte Suprema de Justicia, 2000)

Abundando un poco el tema, se puede señalar que dentro de los derechos indisponibles, sin lugar a duda tenemos a los derechos fundamentales:

“En efecto, los derechos fundamentales constituyen la base de la moderna igualdad, que es precisamente una igualdad en *droits*, en cuanto hacen visibles dos características estructurales que los diferencian de todos los demás derechos, a empezar por el de propiedad: sobre todo su universalidad, es decir, el hecho de que corresponden a todos y en la misma medida, al contrario de lo que sucede con los derechos patrimoniales, que son derechos excluyentes, de los que un sujeto puede ser o no titular y de los que cada uno es titular con exclusión de los demás; en segundo lugar, su naturaleza de indisponibles e inalienables, tanto activa como pasiva, que los sustrae al mercado y a la decisión política, limitando la esfera de lo decidible de uno y otra y vinculándola a su tutela y satisfacción.” (Ferrajoli, 2004, pág. 23)

La cuestión a abordar en relación con el allanamiento, surge en torno a si se hace necesario o no que se reconozca firma y rúbrica en el escrito de allanamiento por quien lo hace, ante el o la jueza de la causa. La legislación nada impone al respecto y deja la duda, pues si para el desistimiento, es decir para que la parte actora se separe de continuar con sus pretensiones, ahora se exige el reconocimiento incluso ante el juzgador de la causa, el allanamiento debería contemplar igual requisito. A fin de atender la inquietud, se debe revisar los artículos 75 de la Constitución de la República del Ecuador y 23 y 140 del Código Orgánico de la Función Judicial, por los cuales, es obligación de las juezas y jueces, garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos declarados en la Constitución, instrumentos internacionales de derechos humanos o leyes, cuando sean reclamados por sus titulares o quienes invoquen esa calidad, cualquiera sea la materia, el derecho o la garantía exigido, siendo obligación también el resolver siempre las pretensiones y excepciones que hayan deducido los litigantes sobre la única base de dichos cuerpos jurídicos normativos y los méritos del proceso, aplicando el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente, por lo que él o la juzgador debe resolver la controversia, dentro de sus facultades y atendiendo a lo delimitado por las mismas partes en aplicación del principio dispositivo consagrado en el artículo 168.6 de la Constitución y 19 del Código Orgánico de la Función Judicial, para lo cual, al amparo del artículo 118 de la Codificación del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 130.10 del Código Orgánico de la Función Judicial, bien podría de oficio ordenar el reconocimiento de firma y rúbrica en el escrito de allanamiento, facultad contemplada también en el artículo 168 del COGEP, bajo el entendido de que el reconocimiento de firma y rúbrica de un instrumento privado, es también un medio de prueba de los que puede disponer el juez para mejor resolver (artículos 121 CPC y 217 COGEP).

De igual forma, conviene señalar que en el COGEP se mantiene, lo que la jurisprudencia ha llamado, el allanamiento tácito, que se presente en el caso de que presentado al cobro un título ejecutivo, dentro del proceso ejecutivo, una vez citada la parte demandada, no ha propuesto excepciones dentro del término legal contemplado para ello (artículos 430 CPC y 352 COGEP).

“...en este caso concreto o específico, la falta de contestación a la demanda, no por desconocimiento de su existencia ni por ninguna otra causa, razón o motivo imputable al ejecutado, sin por culpa de éste, en haber dejado pasar el término que tenía para hacerlo, significa un allanamiento tácito en reconocimiento de la verdad y juridicidad de la misma, toda vez que, conociendo, como se presume que conocía, que la omisión anotada obliga al Juez a dictar

sentencia, la que causaba ejecutoria, impidiendo todo recurso ordinario, tal conducto no puede llevar a otra conclusión.” (Larrea, 1998, pág. 245).

En definitiva, con el allanamiento la parte accionada declara su voluntad de que, respecto de él mismo, al actor se le otorgue la tutela solicitada. El allanamiento constituye una “declaración de voluntad del demandado por la que éste muestra su conformidad con la pretensión del actor” (Gómez Orbaneja), en el sentido, no sólo de estar de acuerdo y no hacer objeciones a los fundamentos fácticos y jurídicos de la demanda –aun tendrían, en tal caso, que ser reconocidos como acertados dichos fundamentos en relación con lo que se pide–, sino en el de querer que se dicte sentencia según la pretensión del actor respecto de quien se allana, incluso sin expresión de la causa de tal voluntad: por tanto, incluso sin ninguna consideración sobre los repetidos fundamentos; por lo tanto, el allanamiento afecta al allanado, porque en caso de litisconsorcio pasivo, el allanamiento de un único demandado no puede perjudicar a los demás y, por ende, únicamente surtirá efectos respecto del que manifieste su voluntad de allanarse si la condena subjetivamente parcial para nada prejuzga desfavorablemente la decisión sobre las pretensiones relativas a los restantes litisconsortes pasivos. Además, al allanamiento no se debe confundir con el reconocimiento o admisión de hechos por parte del demandado respecto de lo alegado por el actor en la demanda (y, eventualmente, en la réplica). El reconocimiento o la admisión de hechos no determinan necesariamente una condena del demandado que reconoce o admite: fijados los hechos admitidos como ciertos, aún es posible que su subsunción en las normas jurídicas no conduzcan a la sentencia condenatoria. El único efecto de la admisión de hechos es fijarlos como ciertos y exentos de prueba, y tampoco es igual a la confesión judicial, pues por esta, se deben tener unos hechos como probados, pero sin que la condena del confesante resulte siempre inexorable. (*De La Oliva, 1996*).

7. El abandono

Juan Isaac Lovato (1992) citando a Mauro Miguel y Carlos de Miguel, sobre el abandono o caducidad anota:

“Es un modo normal de extinción del proceso que tiene como fundamento jurídico el abandono o negligencia de las partes en un espacio de tiempo determinado y que produce como efecto la extinción de la litispendencia al declararse de oficio esta caducidad.- Se parece la caducidad al desistimiento en el que se da una postura abandonatoria del proceso iniciado. Pero mientras en

éste nos encontramos con una postura expresa en la que el actor dirige su actividad precisamente hacia ese abandono de los actos procesales, en la caducidad, y mediante un abandono tácito (el transcurso de un tiempo determinado permaneciendo ambas partes inactivas), se produce el abandono del proceso. Su parecido es aún mayor si la caducidad tiene lugar antes del emplazamiento del demandado para que conteste a la demanda o si se produce pendiente algún recurso, en cuyo caso se tiene desistido del mismo al recurrente.- La caducidad de la instancia es respecto al proceso lo que la prescripción es respecto a la acción...” (págs. 245-246).

Según la Codificación del Código de Procedimiento Civil, el abandono, o caducidad como se conoce por ciertos doctrinarios y legislaciones, como institución jurídica procesal, es de tres especies: del recurso (art. 383), de apelación, casación y de hecho conforme el artículo 320; de la instancia (art. 386), o prosecución del juicio, desde que se propone la demanda hasta que el juez la decide o eleva los autos al superior, por consulta o concesión de recurso en tratándose del primer nivel, según el artículo 58; y, del juicio (art. 388) o contienda legal sometida a la resolución de los jueces según el artículo 57.

El abandono de la instancia o recurso, con el Código de Procedimiento Civil, debe observar los siguientes presupuestos y reglas: a) Se declara solo a petición efectuada por parte legítima; b) Debe verificarse el vencimiento del plazo legal de 18 meses; c) El plazo legal se cuenta desde: 1. La última providencia dictada en el juicio, 2. La última diligencia practicada en el juicio, o, 3. La última petición o reclamación que hubiese hecho el recurrente; d) Debe apreciarse inacción atribuible a un sujeto procesal, que acontece: 1. Cuando interpuesto un recurso, ha transcurrido el plazo sin remitirse el proceso, o, 2. Cuando no se ha practicado diligencia alguna, en caso de que la última providencia suponga la necesidad de que se practique; e) No cabe en las causas en que sean interesados menores de edad u otros incapaces; f) Tiene como efectos: i. En el caso de abandono del recurso, este se reputa no interpuesto; y todas las providencias anteriores a él quedan vigentes y ejecutoriadas, y ii: En el caso de abandono de la instancia, no impide que se renueve el juicio por la misma causa, pero observando los plazos de prescripción que fija el Código Civil, pues se entiende que la demanda propuesta no ha interrumpido la prescripción.

Por su parte, el abandono del juicio, también según el Código de Procedimiento Civil, debe observar los siguientes presupuestos: a) Acontece por el ministerio de la ley; b) Debe verificarse el vencimiento del plazo legal de 18 meses; c) El plazo legal se cuenta desde: 1. La última diligencia practicada en el juicio, o, 2. La última

solicitud hecha por cualquiera de las partes; d) Verificado el plazo, la competencia del juez se limita a ordenar el archivo de los juicios y levantar medidas cautelares y similares; e) No procede formar artículo o incidente alguno; f) No se pueden tomar en consideración otra cuestión o cuestiones procesales; g) No tiene lugar cuando los actores sean las entidades o instituciones del sector público.

Como se puede observar, los presupuestos del abandono de la instancia o recurso, difieren sustancialmente del abandono del juicio, lo que se puede explicar si nos remontamos a la historia de las normas jurídicas que los regulan. En efecto, antes del 09 de marzo del 2009, fecha en la que se publicó el Registro Oficial Suplemento número 544 que puso en vigencia el CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL, cuyas disposiciones REFORMATORIAS Y DEROGATORIAS 21 y 22, reformaron los artículos 386 y 388 de la Codificación del Código de Procedimiento Civil, unificando como plazo para el abandono el de 18 meses, para el abandono de la primera instancia se requerían 3 años, para el abandono de la segunda instancia 2 años, para el abandono del juicio en primera instancia 8 años y para el abandono del juicio en instancias jurisdiccionales superiores 2 años; es decir, para el abandono del juicio se requería un plazo mayor y por ello dada la gravedad de la inactividad procesal es que se llegaba a tal extrema medida luego de 8 años ante el juez de primer nivel o 2 en jueces de instancias o cuestiones superiores dentro del proceso.

El Código de Procedimiento Civil en el año 1971 contemplaba dos clases de abandono: el del recurso y el de la instancia, que podía ser declarado por el juez ante la petición presentada “por parte legítima” (artículo 385), y luego de un plazo de inactividad de tres y dos años, respectivamente (artículo 386); luego, el Decreto 215 publicado en el Registro Oficial 168 del 24 de febrero de 1971, crea la figura del abandono del juicio, que hoy se regula en los artículos 388 y 389 del Código de Procedimiento Civil (2005) y cuyo texto original en su artículo uno decía: “...los juicios civiles que hubieren permanecido en abandono durante ocho años contados desde la última diligencia que en el juicio se hubiere practicado, en la primera instancia, o cinco en la segunda o tercera, quedan abandonados por el Ministerio de la Ley. Los ocho o cinco años se contarán como plazo”.

Posteriormente, mediante Ley 39 publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 201 del 25 de noviembre de 1997, se reforma la Ley Orgánica de la Función Judicial, y con ello se agregó a continuación del artículo 210 el siguiente texto: “salvo disposición en contrario de la Ley, la Corte Suprema, los Tribunales Distritales

y las Cortes Superiores de Justicia declararán de oficio o a petición de parte el abandono de las causas por el Ministerio de la Ley, cuando hubieren permanecido en abandono por el plazo de dos años, contados desde la última diligencia que se hubiere practicado o desde la última solicitud hecha por cualquiera de las partes...”, con lo que se clarifica que el abandono de la causa, opera también respecto de las que se hallen en conocimiento de las Cortes y Tribunales.

En la Codificación del Código de Procedimiento Civil, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 58 del 12 de julio del 2005, se incluyó como segundo inciso del artículo 388 del Código de Procedimiento Civil el artículo innumerado añadido luego del artículo 210 de la Ley Orgánica de la Función Judicial, y quedó, en cuanto al plazo para el abandono del juicio, en síntesis, de ocho años para la primera instancia y de dos años para la segunda.

Ya en el año 2009, los numerales 2.21 y 2.22 de las disposiciones reformativas y derogatorias del Código Orgánico de la Función Judicial, publicado en el Suplemento del Registro Oficial 544 del lunes 09 de marzo del 2009, establecen un plazo uniforme para todos los tipos de abandono, fijando en dieciocho meses el abandono de la instancia, del recurso y del juicio, figuras procesales cuyas razones de ser, limitaciones y efectos, como se observa, no son similares; vale decir, antes de la reforma del citado código procesal con la entrada en vigor del Código Orgánico de la Función Judicial, el legislador, se entiende que consciente de las cargas y responsabilidades de los sujetos procesales, ha unificado como plazo para el abandono de todas las especies, el de 18 meses, lo que significa que siendo el abandono del juicio aquel que opera por el ministerio de la ley, debe prevalecer antes que el abandono de la instancia o recurso, por lo que las cuestiones procesales no pueden ser consideradas frente al deber y competencia limitada del juzgador de ordenar el archivo de las causas civiles abandonadas por dicho ministerio de la ley, acorde con los artículos 388 y 389 de la Codificación del Código de Procedimiento Civil (2005), archivo que debe ordenarse, “...sin necesidad de artículo o incidente alguno ni la consideración de otra cuestión o cuestiones procesales, pues en el caso, la competencia del juez o tribunales se limitará a ordenar tal archivo...”; lo que incluso impide atender a lo señalado en el artículo 381 *ibidem*, por el cual se limita el abandono de la instancia y del recurso, únicamente a aquellas causa en que no sean interesados menores de edad u otros incapaces.

Por lo tanto, con el Código de Procedimiento Civil (2005) el abandono no tiene más excepciones que la contemplada en el artículo 389 inciso final, es decir

“...cuando los actores sean las entidades o instituciones del sector público.”, y aquella que surge de la interpretación armónica de la Constitución de la República del Ecuador (artículos 11.6 y 44) y el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia (artículos 12 y 16) ya que los derechos de los niños, niñas y adolescentes (menores de edad según la tradicional visión civilista), son derechos inalienables, de orden público, interdependientes, indivisibles, irrenunciables, intransigibles, y de prioridad absoluta e incluso prevalencia frente a los derechos de las demás personas, por lo que en dichos casos tampoco puede operar el abandono.

Fuera de las excepciones señaladas, actualmente y mientras no entre en vigencia el COGEP, no caben más excepciones, y la consideración que efectúa el artículo 381 de los incapaces, no puede extenderse a las personas jurídicas, pues aquello generaría un estado de desigualdad que vulneraría los artículos 11.2 y 66.4 de la Constitución de la República del Ecuador, ya que de considerar como exentos de abandonos aquellos juicios en que actúen como parte interesada las personas jurídicas, está sola consideración es insuficiente para mantener la excepción en tratándose de asuntos de interés particular, no así en el caso de los menores de edad o instituciones del estado donde los intereses en conflicto alcanzan connotaciones sociales de protección en el primer caso, o de orden público en el segundo.

El criterio expuesto no es nuevo y más bien coincide con los precedentes jurisprudenciales expuestos en la resolución sobre el expediente 349 dictada por la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, publicada en el Registro Oficial No. 300 del 5 de abril del 2001 que cita además la Enciclopedia Jurídica del doctor Galo Espinosa, volumen III, páginas 97 y 98; y, en la Gaceta Judicial Serie XI, No. 9 página 1310, en los que se hace la diferenciación entre abandono de la instancia y abandono de la causa o el juicio, pues en el primero es aceptable el criterio por el cual no cabe abandono en tratándose de causas en que sean interesados menores de edad u otros incapaces, aplicando la regla general que regula el abandono; y, en el segundo se ha determinado con especificidad que no cabe más excepción que la señalada *ut supra*, sin que sea procedente efectuar consideración alguna sobre cuestiones procesales, lo cual ahora es inocuo dada la unificación de los plazos para los señalados tipos de abandonos. En todo caso, conveniente es recordar, que acorde con los efectos del abandono, hasta la entrada en vigencia del Código Orgánico General de Procesos, cualquier persona, incluidas las incapaces personas jurídicas, bien pueden renovar la controversia conforme las reglas generales, atendiendo a los plazos de prescripción, o ejercer sus derechos en legal forma, señalándose por sobre todo, que deben tenerse presentes las excepciones anotadas anteriormente.

De igual forma, es preciso señalar que en otras áreas del derecho y del ejercicio de la jurisdicción, el abandono en contra de personas jurídicas es perfectamente aplicable, por lo que el aplicarlo en materia civil en observancia de las normas jurídicas citadas, no es contra legem ni sale de los lineamientos doctrinarios y jurisprudenciales del abandono, así en materia contencioso fiscal o contencioso administrativa el abandono es procedente aún contra personas jurídicas y así lo ha reconocido la misma Corte Suprema de Justicia y la actual Corte Nacional de Justicia, e incluso la Corte Constitucional, ha señalado que “...esta institución se encuentra consagrada en nuestra legislación y en otros países latinoamericanos, como por ejemplo, Perú, Chile, Bolivia, Venezuela, por lo que en este caso su aplicación no se ha visto limitada o condicionada por los textos constitucionales, pues el abandono no contradice ni infringe de modo alguno el derecho a la tutela judicial efectiva.” (SENTENCIA N.º 097-12-SEP-CC, CASO N.º 0468-10-EP).

Especial consideración merece el abandono en materia laboral, en cuyo Código del Trabajo, en su artículo 634 inciso primero, se tiene no cabe el abandono del juicio cuando señala:

“El término para declarar el abandono de una instancia o recurso, dentro de un juicio laboral o ante autoridad del trabajo, será de ciento ochenta días contados desde la última diligencia practicada en el proceso o desde la última petición o reclamación que se hubiere formalizado, excepto que el proceso se encuentre con autos para sentencia o que su impulso no dependiera de las partes. Las autoridades o funcionarios a quienes corresponda presidir en primera o segunda instancia los Tribunales de Conciliación y Arbitraje, de oficio o a petición de parte, mediante providencia ordenarán el archivo de la causa o conflicto colectivo que se encuentre en estado de abandono. Esta providencia no será susceptible de recurso alguno...”

Abandono en materia laboral, que incluso ha sido cuestionado por cierta jurisprudencia que ha negado tal posibilidad, bajo el argumento de la irrenunciabilidad e intangibilidad de los derechos laborales, ahora reconocidas en el artículo 326 de la Constitución de la República del Ecuador, criterio jurisprudencial, que a criterio de este autor, parte de una premisa que no puede generalizarse a todos los casos, cuál es, la de que todos los juicios que se presentan ante los jueces del trabajado, hoy unidades judiciales laborales, involucran la protección de un derecho social, cuando es innegable que existe un porcentaje de procesos en que la relación laboral no solo que se encuentra en discusión sino que resulta inexistente, por lo que en dichos casos, no se estaría protegiendo en estricto sentido, un derecho laboral, sino

se tiene antes la certeza judicial de la existencia de dicho derecho. La jurisprudencia en mención señala:

“...es importante señalar que no puede dársele a los litigios de trabajo el frío rigor de las reglas que regulan las controversias pertenecientes al Derecho Común dado que la Constitución Política de la República, como oportunamente lo invoca la parte accionante sustenta el postulado de que los asuntos que conciernen a los trabajadores están inmersos en el Derecho Social de allí, que en salvaguarda de estos postulados que miran a la intangibilidad, a la irrenunciabilidad y a la protección que los Jueces y Juzgadores han de darle a aquellos, la Carta Política del Estado coloca tanto a la Legislación del Trabajo como a su aplicación dentro de la esfera de los principios de la rama del derecho últimamente invocada. Es en orden a la observancia del criterio que se deja sentado que en la anterior composición de la Corte Suprema de Justicia en la Sala de 5 miembros, la entonces correspondiente de lo Social y Laboral, y actualmente en la nueva composición jurisdiccional esta Primera Sala siempre ha proclamado que no existe en materia laboral abandono de instancia ni de causa. Pensar en forma contrario equivaldría a que por negligencia de jueces y aún de los abogados de las partes procesales puedan verse vulnerados los derechos del trabajador (...) PRIMERA SALA DE LO LABORAL Y SOCIAL.- Méndez-Erco.- Sentencia: 18-jun-97” (Larrea, 1998, pág. 241)

Por otro lado, surge también la inquietud de si el abandono se puede producir en la fase de ejecución, es decir dictada una sentencia ejecutoriada, y si aquel abarca únicamente a la señalada fase procesal o a todo el proceso. Sobre el tema la jurisprudencia ha señalado:

“...Si bien es cierto que el art. 64 (actual 62) [58 según la Codificación del Código de Procedimiento Civil del 2005] del mismo cuerpo de leyes define la instancia como <la prosecución del juicio, desde que se propone la demanda hasta que el juez la decide o eleva los autos al superior, por consulta o concesión de recurso>, en manera alguna se ha de entender a que se tenga por decisión del juez sólo la sentencia que se dicta en la causa. Si normalmente el juicio termina o debe terminar por sentencia, en un procedimiento siguen cuestiones que requieren de permanente decisión del juez, tales como las inherentes al embargo y remate, a la calificación de las posturas, a las tercerías, a la prelación, etc. Lo que significa que la contienda no termina por simple sentencia que sobre lo principal dicta el juez, porque precisamente a ella sigue el procedimiento de apremio, dentro del mismo juicio, como si se abriera una instancia para ello, la que es susceptible de ser abandonada por quien la inició o propuso. El legislador no hace distinción, ni podía hacerlo, porque es de norma interpretativa

dar a la ley una interpretación que no caiga en el absurdo, como sería suponer que dictada la sentencia no pueda en momento alguno abandonar el demandante la prosecución de la causa o abandonar el tercerista la tercería propuesta (4ta Sala, 27 de abril de 1971).” (Espinosa, 1999, págs. 97-98).

En sentido contrario, y de reciente data, la Corte Nacional de Justicia, expresa:

“...el abandono es una figura que pone fin a una instancia o recurso por la falta de seguimiento de su trámite. Ello implica que, para declara el abandono, aún debe existir controversia, debe estar pendiente de resolver la instancia (...) Cuando se dicta y ejecutoria la sentencia, finaliza la controversia y procede la etapa de ejecución de la misma; en esta fase simplemente se debe cumplir con la resolución del juez, sin que se posible la declaratoria de abandono, puesto no nos encontramos frente a una instancia ni un recurso...” (Corte Nacional de Justicia, 2014).

Según el Código de Procedimiento Civil la **instancia** es la prosecución del juicio, y abarca desde que se propone la demanda hasta que el juez la decide o eleva los autos al superior, en el caso de la primera instancia, o desde la recepción del proceso hasta la devolución al inferior, para la ejecución del fallo ejecutoriado, en el caso de la segunda instancia (artículo 58); mientras que **juicio** es la contienda legal sometida a la resolución de los jueces (artículo 57), que indudablemente se presenta también en la fase de ejecución de un proceso, ya que ella se discute ya no las pretensiones materiales objeto de la demanda inicial del juicio principal que terminó por sentencia ejecutoriada, sino los elementos que permitan llevar a ejecución lo resuelto, o la forma en que se debe cumplir con la ejecución de la sentencia a fin de no vulnerar otros derechos que los resueltos en juicio, ni desviar la ejecución a asuntos no controvertidos en la fase de introducción del juicio principal, por lo que es el juez quien debe dirimir la controversia o contienda que esta vez las partes puedan generar en relación con la ejecución del fallo, de ahí que inclusive nuestra legislación hable de juicio en la fase de ejecución como cuando en los artículos 456 y 498, use expresamente el término juicio para referirse a la publicación del remate que se hace luego de sentencia, y a las tercerías excluyentes que también pueden presentarse luego de dictada la sentencia que se está ejecutando. Por lo dicho, la contradicción señalada, ha sido resuelta restringiendo el abandono del juicio a la fase de ejecución, dejando incólume la sentencia ejecutoriada que lo precede.

Otra cuestión que surge alrededor del abandono del juicio, es sobre si aquel procede cuando el juicio se encuentra en estado de resolver, para lo cual han existido

pronunciamientos jurisdiccionales en sentido afirmativo, pues la competencia del juzgador se ha limitado en forma expresa a ordenar el archivo de la causa, debiendo tan solo verificar el tiempo necesario, así:

“Cuando del abandono de los juicios se trata, aparte de las disposiciones de orden general consignadas en el Código de Procedimiento Civil, ha de tenerse presente, en primer término, el Decreto Supremo No. 215 publicada en el Registro Oficial No. 168 de 24 de febrero de 1971 y luego la resolución de la Excm. Corte Suprema de 08 de diciembre de 1971, en la que por unanimidad se estableció que al analizar la petición de abandono las facultades e los jueces son del todo restringidas y limitadas al único y exclusivo aspecto de contabilizar el decurso del tiempo, toda vez que el <el juicio queda irremisiblemente abandono por el ministerio de la ley y queda así terminado en el estado en el que se encontraba al momento en que se cumplió el plazo respectivo. Los jueces o tribunales pierden toda competencia respecto de él, restando como última intervención suya la de disponer, de oficio o a petición de parte, al archivo de la causa en el Juzgado de origen y el archivo de cualquier solicitud que se presentare para la continuación del trámite>. Esta norma interpretativa se ajusta en todo y por todo a la letra y espíritu del Decreto Supremo en mención e impide al juez correr traslado a ninguno de los interesados en el juicio, ni menos ordenar diligencia alguna que comporte trámite o que propicie artículos o incidentes que desvirtúen el muy claro propósito del legislador. (2ª Sala, 16 de febrero de 1976).” (Espinosa, 1999, pág. 96).

“Preciso es consignar que conforme el criterio jurisprudencial del Tribunal Supremo de Justicia, las facultades del Juez, al analizar la petición de abandono, son del todo restringidas y limitadas al único y exclusivo aspecto de contabilizar el decurso del tiempo: no hay duda de que el juicio queda abandonado irremisiblemente por el Ministerio de la ley y queda así concluido al estado en que se encontraba al cumplirse el plazo, perdiendo entonces el Juez o Tribunal toda competencia respecto de él.” (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, 2003).

Como estos fallos, que se citan a manera de referencia haciendo en pequeño muestro de la tesis señalada, existen otros en sentido contrario, concluyendo en resumen que el abandono “...*opera de oficio o a petición de parte, como sanción a la negligencia, omisión, descuido o inactividad de la parte a cuyo cargo esté la actuación*” (Corte Constitucional de Colombia, 2001). así:

“...la inactividad procesal que hace viable la figura del abandono corresponde a los sujetos procesales. Esta inactividad implica el no realizar acto de procedimiento alguno que active procesalmente la litis. Siendo así, cabe

preguntarse ¿qué sucede cuando el procedimiento se ha agotado, cuando el estado de la causa es el de ser resuelta, cuando así lo ha decretado el órgano judicial disponiendo que el proceso pase a estudio para su resolución y cuando a las partes no les cabe sino esperar el pronunciamiento del órgano judicial? Habiendo decretado el órgano judicial que el estado de la causa es el de resolver, cabe hablar de una inactividad procesal de las partes dentro de un procedimiento que ya se agotó, a efectos de declarar el abandono?. La respuesta nos la dan varios precedentes jurisprudenciales según los cuales “Si bien ha transcurrido más del plazo previsto en la disposición legal que ordena a los jueces declarar abandonado el juicio, en la ley reformativa de la Ley Orgánica de la Función Judicial, para que opere el abandono de la causa, de acuerdo con la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema, se requiere que el proceso no se halle en estado de que el Juez o Tribunal lo sentencie y la ley dispone que, para expedir el fallo correspondiente no se observe trámite alguno, la responsabilidad de la demora en sentenciar la causa, recae sobre el Juez o Tribunal que no cumple su deber, cuya falta no es imputable a ninguna de las partes, ni puede utilizarse como antecedente jurídico para que se declare terminado el juicio” (Gaceta Judicial No. 7, Año CII. Serie XVII, P. 1934); “La Sala de instancia sustenta su resolución, declarando el abandono de la causa, en la reforma introducida a la Ley Orgánica de la Función Judicial según la cual las cortes superiores declararán de oficio el abandono de las causas, por el Ministerio de la Ley, cuando hubieren permanecido en abandono por el plazo de dos años contados desde la última diligencia que se hubiere practicado o desde la última solicitud hecha por cualquiera de las partes. Pues bien, en primer lugar, media del proceso, la providencia según la cual el estado del proceso era el de dictar sentencia, de tal modo que no es atribuible a las partes procesales la falta de despacho oportuno, tanto más que la actora había insistido en que se resolviera la causa. Luego de la espontánea razón de la actuaría, pues la Sala de instancia no la ordenó durante largos cuatro años que no mereció ningún despacho el proceso, pasan largos seis meses, para que se dicte el auto de abandono, sin tomar en cuenta que la actora, en ese ínterin, presentó varios escritos solicitando se resolviera el proceso. En consecuencia, no existe abandono de la instancia” (Gaceta Judicial No. 2, Año C, Serie XVII, P. 486); “La debida aplicación del art. 210 de la Ley Orgánica de la Función Judicial, exige, para no sacar las cosas de contexto, interpretarlo en relación al indicado inciso del art. 288. En suma, en el orden tributario, no cabe abandono por el simple transcurso del tiempo, si existe falta de actividad del juez, tanto más que el proceso tributario no se rige por el principio dispositivo de que su impulso corre a cargo de la parte, sino que por el contrario es cuasi-oficioso, según se comprueba por las varias disposiciones que imponen al juez la obligación de velar por su prosecución, sin perjuicio de que las partes lo

hagan. Abona esta forma de interpretación que correlaciona el art. 210 de la Ley Orgánica de la Función Judicial con el inciso primero del art. 288 del Código Tributario, el precepto contenido en el numeral 17 del art. 24 de la Constitución Política, vigente a la época en que se negó la revocatoria del auto de abandono, 30 de octubre de 1998, el mismo que, para garantizar el debido proceso, establece que toda persona tendrá derecho a obtener la tutela efectiva de sus derechos e intereses sin que en caso alguno quede en indefensión. El aceptar el abandono por falta de actividad del juzgador, en los términos del presente caso, constituiría un atentado a la indicada garantía constitucional” (Gaceta Judicial No. 1, Año XCIX, Serie XVII, P. 253); “El representante legal de IBM deduce recurso de casación de la sentencia que declara el abandono de la instancia por haber transcurrido 515 días hábiles desde la última actuación. Al resolver el recurso, la Sala establece que, según la Resolución del extinguido Tribunal de lo Contencioso Administrativo, la única salvedad que exonera a la parte actora de la obligación procesal de impulsar la causa para que no prospere el abandono de la instancia, es cuando se haya dictado autos para sentencia. Por tal razón, no existe error al contabilizar el lapso en que no se ha impulsado el proceso por culpa del accionante. Consecuentemente, se desecha el recurso por falta de base legal” (Gaceta Judicial No. 3, Año XCV, Serie XVI, P.777); “Cuando el proceso se halla en estado de que el juez o Tribunal lo sentencie y la ley dispone que, para expedir el fallo correspondiente, no se observe trámite alguno, la responsabilidad de la demora en sentenciar la causa, recae sobre el juez o tribunal que no cumple su deber, cuya falta no es imputable a ninguna de las partes, ni puede utilizarse como antecedente jurídico para que se declare terminado el juicio de excepciones; porque, para que haya abandono, se requiere que no se haya practicado diligencia alguna, en caso de que la última providencia suponga la necesidad de que se practique, conforme estatuye el inciso último del art. 416 del Código citado, necesidad que no existe en este caso, por cuya razón no se ha operado el abandono solicitado” (Gaceta Judicial No. 1, Año LXI, Serie IX, P. 106). Como vemos, la Corte Suprema de Justicia ha mantenido el criterio uniforme de que resulta improcedente el abandono en aquellos casos en que la demora en el despacho de la causa es atribuible al órgano judicial, principio que además halla su justificación en la garantía del debido proceso prevista en el numeral 17 del art. 24 de la Constitución Política de la República del Ecuador, según la cual toda persona tendrá derecho a acceder a los órganos judiciales y a obtener de ellos la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, sin que en caso alguno quede en indefensión. (...) Por lo tanto, si bien es cierto que entre la solicitud de sentencia presentada por la compañía actora el 7 de enero del 2000 y el escrito de 9 de mayo del 2002 presentado por el Ministerio de Energía y Minas, transcurrieron más de dos años, no es menos cierto

que esta inactividad procesal no es atribuible a ninguna de las partes, vista la providencia de 18 de julio de 1995, las 10h00 en que la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia declaró expresamente “autos para dictar sentencia”, por lo que resultan aplicables al caso los precedentes jurisprudenciales citados en el considerando tercero de esta resolución, a más de que, como se analizó en los considerandos anteriores, la inactividad procesal que hace viable la figura del abandono corresponde a los sujetos procesales, particularmente al demandante o recurrente, según lo dispuesto en los arts. 388 y 389 del Código de Procedimiento Civil y art. 210.1 de la Ley Orgánica de la Función Judicial...” (Corte Suprema de Justicia, 2008).

Similares fallos contradictorios podemos encontrar en torno a la diligencia judicial o petición o reclamación que resulten efectivas, conforme al artículo 384 de la Codificación del Código de Procedimiento Civil, para permitir el inicio del cómputo del tiempo necesario para alcanzar el abandono, o sobre las diligencias, peticiones o reclamaciones que permitan interrumpir dicho cómputo, en donde los criterios giran alrededor de las actuaciones de resorteo de causas, razones de secretaría, escritos señalando casillero, peticiones legalmente improcedentes o absurdas, etc.; lo mismo sucede con aquellos casos en que transcurrido el plazo para el abandono, se presentan escritos tendientes a su tramitación o se dictan diligencias con iguales efectos.

Como se puede observar, las tesis jurídicas respecto del abandono no han sido del todo uniformes y claras, y su tratamiento jurisprudencial evidencian contradicciones; empero, con el nuevo CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS – COGEP, la regulación jurídica se clarifica, tal y como se extrae de los artículos 245 a 249, así:

1. Se excluye la figura legal del abandono del juicio, y se mantienen las del abandono de la instancia y abandono del recurso.
2. El término para el abandono se reduce a 80 días, contados desde el día siguiente de la notificación de la última providencia recaída en alguna gestión útil para dar curso progresivo a los autos, o desde el día siguiente al de la última actuación procesal, lo que se entiende que será efectivo siempre que no medie petición de alguna de las partes procesales, pues no se debe perder de vista que el abandono “...se origina en la incuria de las partes, es obra del tiempo transcurrido sin que éstas hayan impulsado el proceso” (Troya, 2002, pág. 697).

Sobre este término se debe acotar que conforme la DISPOSICIÓN FINAL SEGUNDA del COGEP, las normas jurídicas que regulan períodos de abandono, se encuentran en vigencia, por lo que el artículo 245 del citado Código que establece un nuevo período para el abandono, se halla en vigor y aplica para aquellos casos que se han presentado con posterioridad al 22 de mayo del 2015, en observancia del principio de irretroactividad de la ley que se reconoce en el artículo 7 inciso primero de la Codificación del Código Civil y en la doctrina interamericana y universal, situación que es clarificada por la Resolución 07-2015, dictada por el Tribunal en Pleno de la Corte Nacional de Justicia, el 19 de junio del 2015, publicada en el Registro Oficial 593 de 09 de julio de igual año, que expresamente establece en su artículo tres inciso segundo, que “...El término previsto en el inciso anterior [80 días] se aplicará para aquellas providencias emitidas o actuaciones procesales realizadas con posterioridad a la fecha en que entró en vigencia el COGEP.”

3. Solo procede cuando todas las partes que figuran en el proceso hayan cesado en su prosecución y siempre que exista aún trámite pendiente de efectuarse, por lo que no puede entenderse que el abandono pueda declararse si la causa se encuentra en estado de resolver, pues en tal estado, ya no cabe ninguna “gestión útil para dar curso progresivo a los autos”, sino esperar que la o el juzgador cumpla con su deber de resolver la causa. Lo que no queda claro es qué se debe entender por gestión útil y de qué parte procesal deba provenir aquella, tales los casos en que no obstante que las partes actúen dentro del proceso, ninguna de las actuaciones realizadas sean propiamente de impulso procesal, y menos útiles para llegar al estado de resolver, como serían los casos de señalamiento de nuevo domicilio judicial, el nombramiento de un nuevo representante legal o contractual, el escrito que agrega documento sin petición alguna al juzgador, etc.; en principio, si la gestión o actuación procesal no es “útil” para conducir la causa al estado de resolución o a la resolución misma, ella no sería suficiente para interrumpir el plazo para el abandono.
4. No cabe el abandono en las causas en las que estén involucrados los derechos de niñas, niños, adolescentes o incapaces limitándose el término “incapaces”, según la Resolución 07-2015, únicamente a las personas naturales, lo que como se vio, tiene sustento en la prevalencia de los derechos de los primeros, y en la vulnerabilidad que pueda afectar a los segundos.
5. No cabe el abandono cuando la parte actora sea una institución del Estado, para lo cual habrá que revisar el artículo 225 de la Constitución de la

República del Ecuador, que señala los entes jurídicos que integran el sector público y por ende, en sentido amplio, el Estado.

6. No cabe el abandono en la etapa de ejecución, lo que si bien cierra cualquier discusión respecto a lo que debe entenderse por proceso de ejecución, instancia o juicio, deja de lado ciertos casos en que el abandono se hacía necesario, y traslada en la práctica al ejecutado el impulso procesal del procedimiento de ejecución en su contra, tales los casos, en que dictada una sentencia condenatoria en la que se ha mandado a pagar una suma de dinero, se haya dictado también una medida cautelar de prohibición de enajenar, o el apremio real de embargo sobre un bien de su propiedad, casos en los cuales le resulta más beneficioso a la misma parte demandada que a la actora, concretar el pago efectivo de la obligación, ya que mientras más tiempo transcurra, mayores cantidades se liquidarán por concepto de intereses por mora, a una tasa mucho más conveniente (entre 9.39% anual y 33.55% anual, dependiendo del segmento de crédito al que aplica, según las regulaciones vigentes dictadas por la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, exceptuando las tasas pactadas en montos inferiores, y las que corresponden a vivienda de interés público), que las tasas pasivas referenciales ofertadas en el mercado financiero nacional (entre 1.30% anual para depósitos de ahorro, a 7.74% anual para depósitos a más de 361 días plazo), dictadas por la Junta antes señalada; mientras que si se ejecuta la sentencia en menor tiempo, menores intereses por mora se le cargarán a la parte ejecutada, por lo que es lógico pensar que a la parte ejecutante, en tales casos, le resulte mejor dilatar la terminación del proceso de ejecución.

En todo caso, conviene poner en perspectiva también, que con la entrada en vigencia del COGEP, el proceso de ejecución también se vuelve oral por audiencias por lo que los riesgos de dilación se reducen, además de que con la imposibilidad del abandono en la fase de ejecución, se precautela expresamente la institución de la cosa juzgada propia de la sentencia ejecutoriada, y su inmutabilidad e irrevocabilidad (artículos 295 y 297 CPC y 101 COGEP) o la posibilidad de que pueda sustentar un juicio ejecutivo o tercería coadyuvante, pues la sentencia ejecutoriada también constituye título ejecutivo (artículo 413 CPC) o título de ejecución (artículos 363.1 del COGEP); y, principalmente la tutela judicial garantizada en el artículo 75 de la Constitución de la República del Ecuador y el principio de eficacia del proceso contemplado en el artículo 169 de la Constitución de la República del Ecuador, por el cual el sistema

procesal y las normas procesales deben consagrar la resolución efectiva de la controversia, restableciendo la paz social y ciudadana, así como la tranquilidad individual quebrantada por la inobservancia de las normas jurídicas reconocidas o declaradas por la administración de justicia en sus fallos. Empero, a futuro y una vez analizados los efectos de las reformas luego de un prudencial tiempo, bien podría retomarse el tema y analizar la posibilidad de introducir en nuestra legislación, figuras como el abandono de la fase de ejecución, tomando ejemplos de legislaciones cercanas como la colombiana, en que si bien el abandono o perención, se aplica a los procesos de ejecución (procesos ejecutivos según nuestra legislación), la solución legal que se aplica, ubica la carga procesal en la parte accionante, pues de llegarse a declarar el abandono (perención), se produce el “desembargo” de los bienes objeto de la ejecución, sin posibilidad alguna de que vuelvan a embargarse, sin perjuicio de que la medida de apremio pueda aplicarse a otros de propiedad de la parte ejecutada (Pérez, 2012), lo cual por tanto es responsabilidad de la parte ejecutante.

7. El abandono puede declararse por la o el juzgador mediante auto interlocutorio, de oficio o a solicitud de parte, una vez se ha sentado la razón de que ha transcurrido el término legal para ello, lo que se entiende debe ser efectuado por la secretaria o secretario respectivo, encargados de dar fe en los procesos judiciales, auto cuya impugnación se limita únicamente al error de cómputo, con efecto suspensivo, conforme al artículo 262.2 del COGEP, en el cual además se debe disponer la cancelación de las providencias preventivas que se hayan ordenado en el proceso, así como del embargo si aquello se hubiere ordenado en observancia del inciso tercero del artículo 351 del Código citado.
8. En cuanto a los efectos del abandono, el abandono de la segunda instancia o del recurso extraordinario de casación, hace que se tenga por desistida la apelación o dicho recurso y deja en firme la resolución recurrida, con la consecuente devolución de las actuaciones al tribunal, la judicatura o unidad judicial de donde procedieron; mientras que, en cuanto al abandono de la primera instancia, existe una notable modificación, pues si se llega a declarar éste, la parte actora no podrá interponer nueva demanda sobre lo que fue objeto de sus pretensiones en el proceso abandonado, lo que se puede pensar que puede llegar a vulnerar derechos fundamentales. Sobre dicho efecto, es preciso poner en oposición dos cuestiones, la primera que ha quedado claro que el abandono es una consecuencia procesal que sobreviene por la incuria de la parte interesada en el ejercicio de sus facultades procesales y por la actitud negligente de los litigantes que no

toman conciencia de sus cargas procesales, incluso frente al rol del Estado que ha asumido en su totalidad la gratuidad del acceso a la justicia (artículo 168.4 de la Constitución de la República del Ecuador), es decir, que se trata de una inacción o separación tácita del juicio, imputable en forma culpable a la parte actora que por tanto debe asumir la responsabilidad de su desidia; y, la segunda que el derecho a la tutela judicial efectiva exige a los jueces que dirijan el proceso de modo que se eviten dilaciones y entorpecimientos indebidos, que conduzcan a la impunidad, frustrando así la debida protección judicial de los derechos humanos, propugnando una decisión del caso en un plazo razonable, evitando que prácticas dilatorias tengan el efecto de perjudicar el desarrollo natural de un proceso (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003); así como que el acceso a la justicia, la misma tutela judicial efectiva y el debido proceso, encuentran concreciones más específicas en la gratuidad en la justicia, el libre acceso a instancias judiciales, el derecho a dirigirse a las autoridades jurisdiccionales, a efecto de buscar su actuación y, además, “el derecho de obtener un fallo sobre el fondo de la cuestión debatida en el marco de los procedimientos previamente establecidos” (Cárdenas, 2014, pág. 952).

Al momento en que se limita la posibilidad de iniciar un nuevo proceso, luego de declarado el abandono de la primera instancia, como lo contempla actualmente el Código Orgánico General de Procesos, se está extendiendo los efectos propios de una institución estrictamente procesal y con incidencia directa en el juicio, a las pretensiones introducidas en él, que deben ser analizadas en el ámbito del derecho material, que por lo tanto jamás podrán ser objeto de un fallo de fondo, generando una suerte de desistimiento tácito.

Sobre la tutela judicial en relación con el juicio de expropiación, la Corte Constitucional ha señalado:

“...En doctrina, el derecho a la tutela efectiva, imparcial y expedita de los derechos de las personas, hace relación con el derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales para luego de un proceso imparcial que observe las garantías mínimas establecidas en la Constitución y en la ley, se haga justicia; por tanto, se puede afirmar que su contenido es amplio y que en el que se diferencian tres momentos: el primero relacionado con el acceso a la justicia, el segundo con el desarrollo del proceso, que deberá desarrollarse en un tiempo razonable y ante un juez imparcial; y el tercero que dice relación con la ejecución de la sentencia.- En alusión al principio de interdependencia de los derechos, Pablo Esteban Perrino, establece algunos objetivos que persigue el derecho a una tutela judicial

efectiva: a) <A ocurrir ante los tribunales de justicia y a obtener de ellos una sentencia útil; b) A acceder a una instancia judicial ordinaria y a lograr un control judicial suficiente sobre lo actuado...; c) A un juez natural e imparcial; d) A la eliminación de las trabas que impidan u obstaculicen el acceso a la jurisdicción; e) A la interpretación de las normas reguladores de los requisitos de acceso a la jurisdicción en forma favorable a la admisión de la pretensión, evitándose incurrir en hermenéuticas ritualistas (*in dubio pro actione*); f) A que no se desestimen aquellas pretensiones que padecen de defectos que pueden ser subsanados; g) A la no aplicación en forma retroactiva de nuevas pautas jurisprudenciales con relación a los requisitos de admisibilidad, afín de evitar situaciones de desamparo judicial; h) A petitionar y obtener tutela cautelar para que no se torne ilusorio el derecho que se defiende; i) Al cumplimiento de todas las etapas del procedimiento legalmente previsto, el cual deberá asegurar la posibilidad del justiciable a ser oído, y a ofrecer y producir la prueba pertinente antes de dictarse sentencia; j) A una decisión fundada que haga mérito de las principales cuestiones planteadas; k) A impugnar la sentencia definitiva; l) A tener la posibilidad de ejecutar en tiempo y forma la sentencia y, por ende, a su cumplimiento por parte de la autoridad condenada; m) Al desarrollo del proceso en una dimensión temporal razonable; n) A contar con asistencia letrada...>”.- En esa línea, el derecho a la tutela judicial efectiva será tal si el órgano jurisdiccional reúne ciertas condiciones y previo a dictar sentencia ha observado un proceso debido, y sobre todo expedito e imparcial.” (CORTE CONSTITUCIONAL, 2010).

Por otro lado, el abandono de la primera instancia, o abandono de la instancia, en relación con el abandono de la segunda instancia y el recurso extraordinario de casación o abandono del recurso en pocas palabras, tienen al final, es decir en relación con lo que ha sido objeto de la pretensión, efectos diferentes en situaciones similares, pues el abandono del recurso no desconoce la existencia de un pronunciamiento jurisdiccional sobre el fondo del asunto, cual es, el dictado en primera instancia, con lo que en tal caso, de cierta forma, se cumple con lo que en esencia debe observar la tutela judicial efectiva, esto es, la existencia de un pronunciamiento jurisdiccional de fondo; mientras que, el abandono de la instancia impide que se llegue a algún pronunciamiento jurisdiccional sobre los hechos regulados por el derecho material en el respectivo conflicto.

Esto debe analizarse en relación con los artículos 11.2 y 66.4 de la Constitución de la República del Ecuador, por los cuales, todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades, en igualdad formal, igualdad material y sin discriminación; empero, el establecer efectos diferentes para una misma institución procesal, bien puede ser entendido como un tratamiento desigual a unos

mismos presupuestos fácticos, que en resumen se reducen al transcurso del tiempo sin impulso procesal de la parte actora; la idea de igualdad establece una relación entre dos o más personas, cosas o hechos que, aunque diferenciable en uno o varios aspectos, son consideradas idénticas en otro u otros aspectos conforme a un criterio relevante de comparación, que bien podría ser en este caso, precisamente la inacción procesal. No podemos decir, en cambio, que una persona, una cosa o una situación es igual sin más consideración, ni por referencia a circunstancias semejantes, sino que sólo puede ser igual a alguien o a algo, esto es, igual en relación con alguien o algo (Ruiz, 2003), y ese algo viene a ser los condicionamientos legales para que opere el abandono.

“Ahora bien, el momento de la creación del derecho, sobre todo el que reviste forma de ley, goza de un amplio margen de configuración, del que, evidentemente, carece el juez; en consecuencia, la vinculación del legislador al principio de igualdad es, necesariamente, de menor intensidad. De hecho, es característico de la actividad legislativa establecer diferencias de trato, atribuir especiales beneficios o cargas a determinados grupos de ciudadanos; en palabras del Juez Brewer en “*Atchison, Topeka y S.F.R.R. vs. Matthews*”, de 1898, “la verdadera idea de la clasificación (normativa) es la desigualdad”. ¿Cómo conciliar la contradicción aparente entre el principio constitucional de igualdad y la potestad legislativa de diferenciar o clasificar? Una respuesta clásica la encontramos en el trabajo de Joseph Tussman y Jacobus TenBroek “*The Equal Protection of the Laws*” (1949). Distinguen estos autores entre la doctrina de la clasificación razonable y la doctrina de la clasificación sospechosa. Con carácter general, la cláusula constitucional de igualdad en relación con el problema de la potestad legislativa de establecer diferencias jurídicas de trato se reduce al requerimiento de “razonabilidad”. Los criterios para determinar cuándo una diferencia jurídica de trato es razonable y, por tanto, no discriminatoria, son tomados por el TC español, por el cauce exegético previsto en el artículo 10.2 CE, de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: la desigualdad debe basarse en una justificación objetiva y razonable, esto es, debe perseguir una finalidad constitucionalmente legítima y tal justificación debe apreciarse mediante un examen de la razonabilidad y objetividad, conforme a criterios y juicios de valor generalmente aceptados, de la relación de proporcionalidad, que se exige lógica, entre los medios empleados y los fines y efectos perseguidos por la diferenciación normativa de trato. (...) Por su parte, la doctrina de la clasificación (normativa) sospechosa se refiere sólo a aquellos supuestos en los que el criterio o rasgo de diferenciación de trato jurídico es la raza, el sexo, la religión, la ideología, el nacimiento o cualquier otro que la experiencia histórica evidencie como gravemente odioso para la dignidad de la persona.” (Bilbao y Rey, 2003, págs. 108-111)

Es decir, parafraseando a Carlos Bernal Pulido (2005), la igualdad se presenta en dos niveles distintos, la igualdad ante la ley y la igualdad en la ley. El primero se refiere a la eficacia vinculante de los mandatos de la igualdad en la aplicación administrativa y jurisdiccional de las relaciones entre particulares. El segundo nivel, en cambio, alude al carácter que define a la igualdad como derecho fundamental, es decir, a su eficacia vinculante frente al legislador; y, a primera vista no se puede evidenciar una justificación objetiva y razonable, o una finalidad constitucionalmente legítima, que en base al test de proporcionalidad, permita sostener el porqué a quien tiene sentencia de primera instancia y le sobreviene el plazo para el abandono, le origina el deber de atenerse al pronunciamiento jurisdiccional ulterior, y porque a quien le sobreviene el mismo plazo en primera instancia, se ve impedido de contar con pronunciamiento jurisdiccional alguno, ante la imposibilidad de volver a demandar las pretensiones que fueron parte del objeto del litigio declarado en abandono.

Sobre la igualdad nuestra Corte Constitucional ha señalado:

“...Somos iguales ante la Constitución, pero no ante la ley: la igualdad es la Constitución, la diversidad son las leyes. Justamente la igualdad constitucional no prohíbe que el legislador diferencie, lo que prohíbe es que diferencie de una manera no objetiva, no razonable y no proporcionada. Es decir que, si bien la igualdad ante la ley consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y que no deben concederse privilegios ni imponerse obligaciones a unos que no beneficien o graven a otros que se hallan en condiciones similares”, lo que no equivale por cierto a iguales entre iguales, o peor aún iguales, pero separados, “sepárate but equal”, se trata de proteger al ciudadano frente a las desigualdades de trato en la aplicación de la ley, cuando puedan calificarse de arbitrarias o irrazonables. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Repertorio de Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos 1080-1997, en relación al derecho a la igualdad contenido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, señala que los beneficios o el goce de un derecho civil que recibe un ciudadano de manera diferenciada con otro, deben ser examinados según “el criterio de racionalidad”, que se aplica en general para distinguir entre discriminación y diferencias de trato justificadas. Prohibiéndose la discriminación fundada en otra condición. Esta Magistratura definió que solo es discriminación una distinción cuando [...] “carece de justificación objetiva y razonable”, y que no habrá discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, sino conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza

de las cosas”. Instrumento que además señala que de acuerdo con [...] “el criterio de razonabilidad, una distinción, por alguno de los motivos enumerados en el artículo 1.1 de la Convención o de los similares aplicado en él, sería discriminatoria y, por ende ilegítima, cuando fuere contraria a los principios de la recta razón, de la justicia y del bien común aplicados razonablemente a la norma o conducta correspondiente. De acuerdo con el criterio de proporcionalidad, una distinción, aún siendo razonable en función de la naturaleza y fines del derecho o institución específicos de que se trate, sería discriminatoria sino se adecua a la posición lógica de ese derecho o institución en la unidad de la totalidad del ordenamiento jurídico correspondiente, es decir, si no se encaja armónicamente en el sistema de principios y valores que caracterizan objetivamente ese ordenamiento como un todo” (Corte Constitucional, 2010)

Con este antecedente, no queda muy claro, como en situaciones similares, en la práctica los efectos del abandono de la instancia y del recurso, en relación con lo que debe ser objeto de un pronunciamiento jurisdiccional de fondo, le resulta más gravoso a los sujetos pasivos de éste que de aquel, pues la naturaleza y fines del abandono como institución jurídica procesal son los mismos. Claro está que también podría argumentarse en sentido contrario y señalar que las situaciones no son similares, pues estamos en instancias diferentes, por lo que tampoco cabe una misma solución procesal, o que simplemente la tutela judicial efectiva tiene como supuesto necesario el impulso procesal devenido del principio dispositivo exigible al titular de la pretensión, solo así, como exige la jurisprudencia interamericana, los jueces y juezas pueden propugnar una decisión del caso en un plazo razonable; por lo que, si la parte que tiene a su cargo el impulso procesal, descuida el cumplimiento de sus obligaciones y cargas procesales, lógico es pensar que debe sobrevenir en su contra una determinada consecuencia, independientemente de su drasticidad, que aplicando el mismo test de proporcionalidad, resulta ser idónea y necesaria para permitir la eficiencia y eficacia del sistema procesal oral por audiencias.

En relación con el impulso procesal, se debe señalar que el COGEP, tácitamente está reformando el Código Orgánico de la Función Judicial, pues mientras en éste en su artículo 139 se establece que las juezas y jueces están obligados a proseguir el trámite de los procesos dentro de los términos legales, estableciendo incluso responsabilidades por el incumplimiento de esta norma o en los casos en que se declare el abandono por no haberse proseguido el trámite por el tiempo que señala la ley, como consecuencia de la incuria probada de las juezas o los jueces, y demás servidores y funcionarios que conocían de los mismos; en aquel, en su artículo 5, se

establece que corresponde a las partes procesales el impulso del proceso, conforme con el sistema dispositivo, lo que es reiterado en la Resolución 07-2015, dictada por el Tribunal en Pleno de la Corte Nacional de Justicia, que además señala que “...El impulso del proceso corresponde a las partes y la omisión de esta carga procesal no es atribuible al juzgador”.

Finalmente, se debe tener presente que si se afirma que el abandono es una sanción legal, la declaración del órgano jurisdiccional necesariamente debe ser restrictiva y mesurada, más aún si como indica el artículo 248, solo se requiere la razón de secretaría sobre el transcurso del tiempo necesario para alcanzarla, lo que tácitamente impide, para dichos casos, la aplicación del artículo 4 del COGEP, que impone la obligación de audiencias en todas las instancias, fases y diligencias, salvo los actos procesales que deban realizarse por escrito, pues de lo contrario, si fuera exigible una audiencia para declarar el abandono, no solo que estaríamos frente a una presunción *iuris tantum* *devenida del transcurso del tiempo, que como tal* admite prueba en contrario y por lo tanto podría ser desvirtuada por las partes, y tal razón tendría que materializarse la garantía de audiencia en la cual además se podría contradecir la razón antes aludida.

8. Conclusiones

La terminación del proceso en forma extraordinaria, constituye una manifestación del principio dispositivo contemplado en el artículo 168.6 de la Constitución de la República del Ecuador, y desarrollado en el artículo 19 del Código Orgánico de la Función Judicial y ahora en el nuevo COGEP, en el que se precisan varias regulaciones jurídicas, unas devenidas de la sistematización de varios precedentes jurisprudenciales, otras originadas en el avance del análisis doctrinario, y muchas como manifestación del sistema constitucional que irradia al ordenamiento jurídico ecuatoriano, pues, como indica el mismo COGEP en su exposición de motivos, “la concepción constitucional debe asentarse en normas procesales y materiales que viabilicen los mandatos dogmáticos y orgánicos de la Norma Suprema”, por lo que aún cuando existen ciertas interrogantes aún por dilucidar, ello no afecta la finalidad que la nueva normativa procesal busca alcanzar con la participación efectiva de todas y todos.

9. Bibliografía

Barandarián, Jose León. (2002), *Tratado de Derecho Civil*, Lima, Perú: Gaceta Jurídica.

Bernal Pulido, Carlos. (2005), *El Derecho de los derechos*, Bogotá, Colombia: Universidad Externado Colombia.

Bilbao, Juan; y Rey, Fernando. (2003), *El Principio Constitucional de Igualdad en la Jurisprudencia Española*. En Carbonell, Miguel (2003), *El Principio Constitucional de Igualdad*, México D.F., México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, primera edición.

Cárdenas, Francisco. (2014), *Nulidad Procesal*. En Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas (2014), *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, Tomo II, México D.F., México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Codificación del Código Civil. (2005), Congreso Nacional, Quito, Ecuador: 24 de junio del 2005.

Codificación del Código de Procedimiento Civil (2005), Congreso Nacional, Quito, Ecuador: 12 de julio del 2005.

Código Orgánico de la Función Judicial (2009), Asamblea Nacional, Quito, Ecuador: 09 de marzo del 2009.

Código Orgánico General de Procesos (2015), Asamblea Nacional, Quito, Ecuador: 22 de mayo del 2015.

Constitución de la República del Ecuador (2008), Asamblea Constituyente, Montecristi, Ecuador: 20 de octubre del 2008.

Corte Constitucional (2010), caso No. 0002-09-IN, Sentencia de 08 de abril del 2010, No. 0002-10-SIN-CC, Quito, Ecuador.

Corte Constitucional (2010), caso No. 0041-09-EP, Sentencia de 24 de febrero del 2010 No. 0005-10-SEP-C, Quito, Ecuador.

Corte Constitucional (2012), caso No. 0468-10-EP, Sentencia No. 097-12-SEP-CC, Quito, Ecuador.

Corte Constitucional de Colombia (2001), sentencia de 29 de agosto de 2001, No. C-918. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gpov.ec/relatoria/2001/C-918-01.htm>.

Corte Interamericana de Derecho Humanos (2003). Sentencia del 18 de septiembre de 2003, Caso Bulacio vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Recuperada de http://www.bjdh.org.mx/interamericano/doc?doc=casos_sentencias/CasoBulacioVsArgentina_FondoReparacionesCostas.htm

Corte Nacional de Justicia. (2014), Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, Juicio No. 448-2011, sentencia de 20 de enero del 2014 No. 46-2004. Recuperado de [http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/image/pdf/sentencias/contencioso_administrativo/2014/Resolucion No. 46-2014.pdf](http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/image/pdf/sentencias/contencioso_administrativo/2014/Resolucion%20No.%2046-2014.pdf).

Corte Suprema de Justicia (1998), Primera Sala de lo Civil y Mercantil, Juicio No. 68-97, sentencia de 6 de octubre de 1998 No. 675-98, publicada en el Registro Oficial 102 de 6 de enero de 1999, Quito, Ecuador.

Corte Suprema de Justicia. (1998), Segunda Sala de lo Civil y Mercantil, sentencia de 22 de enero de 2008, No. 07-2008, publicada en el Registro Oficial No. 376 de 08 de julio del 2008, Quito, Ecuador.

Corte Suprema de Justicia. (1999), Primera Sala de lo Civil y Mercantil, Juicio No. 206-98, sentencia de 04 de junio de 1999 No. 334-99, publicada en el Registro Oficial 257 de 18 de agosto de 1999, Quito, Ecuador.

Corte Suprema de Justicia. (2000), Primera Sala de lo Civil y Mercantil, Juicio No. 81-1995, sentencia de 03 de marzo de 2000, No. 110-2000, publicada en el Registro Oficial No. 64 de 25 de abril del 2000, Quito, Ecuador.

Corte Suprema de Justicia. (2003), Primera Sala Especializada de lo Civil y Mercantil, Juicio No. 191-2002, sentencia de 27 de enero del 2003 No. 14-2003, publicada en el Registro Oficial No. 57 de 8 de abril del 2003, Quito, Ecuador.

Corte Suprema de Justicia. (2003), Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 15 de abril del 2003, No. 103-2003, publicada en el Registro Oficial No. 141 de 06 de agosto de 2003, Quito, Ecuador.

Corte Suprema de Justicia. (2004), Primera Sala de lo Civil y Mercantil, Juicio No. 168-2003, sentencia de 28 de enero del 2004 No. 10-2004, publicada en el Registro Oficial 329 de 06 de mayo del 2004 y en la Gaceta Judicial Serie XVII, No. 15, Quito, Ecuador.

Corte Suprema de Justicia. (2004), Primera Sala de lo Civil y Mercantil, Juicio No. 70-2004, sentencia de 14 de octubre de 2004, No. 236-2004, publicada en el Registro Oficial No. 40 de 16 de junio del 2005, Quito, Ecuador.

Couture, Eduardo. (2002), *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Argentina: Editorial IB de F, cuarta edición.

De La Oliva, Andrés. (1996), *Terminación Anormal del Proceso*. En: Derecho Procesal Civil, Vol. II, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. Recuperado de http://sistemas.amag.edu.pe/publicaciones/dere_civil_proce_civil/temas_dere_proc_civil/414-436.pdf

Echandía, Devis. (1997), *Teoría General del Proceso: Editorial Universidad*, Buenos Aires, Argentina.

Enciclopedia Jurídica Omeba, (2001), publicación digital.

Espinosa, Galo. (1999), *La Más Práctica Enciclopedia Jurídica*, Volumen III, Compendio de Setenta Años de Jurisprudencia de la Corte Suprema, (1925 a 1994), Quito, Ecuador: Imprenta Don Bosco.

Ferrajoli, Luigi. (2004), *Derechos y Garantías. La Ley del más Débil*, Madrid, España: Editorial Trotta.

Fornaciari, Mario Alberto. (1988), *Modos Anormales de Terminación del Proceso*, Tomo I, Argentina: Ediciones Depalma.

Gómez Lara, Cipriano. (2000), *Teoría General del Proceso*, México D.F., México: Oxford University Press, Novena Edición.

Gozaini, Osvaldo. (2011), El Desplazamiento de los Principios Procesales hacia las Garantías que Consolidan un Derecho Nuevo: *El Derecho Procesal Constitucional*. En Carbonell, Fix-Fierro, González, Valadés (2015), *Estado Constitucional, Derechos Humanos, Justicia y Vida Universitaria*, Estudios en Homenaje a Jorge Carpizo. Tomo III: Justicia. Recuperado de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros//libro.htm?|=3824>.

Larrea Holguín, Juan. (1998), *Repertorio de Jurisprudencia*, (1997), tomo XLIII, Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Lovato, Juan Isaac. (1992), *Programa Analítico de Derecho Procesal Civil Ecuatoriano*, tomo 9, Quito, Ecuador: Editorial Jurídica del Ecuador, primera edición.

Medina Quiroga, Cecilia y Nash Rojas, Claudio. (2007), *Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus Mecanismos de Protección*: Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, Santiago, Chile.

Montero Aroca, Juan. (1996), *Cosa Juzgada, Jurisdicción y Tutela Judicial*. Revista Derecho Privado y Constitución, (8), 1996, 251-255. Recuperado de <http://file:///C:/Documents%20and%20Settings/pablo.vaca/Mis%20documentos/Downloads/Dialnet-CosaJuzgadaJurisdiccionYTutelaJudicial-181961.pdf>

Ossorio, Manuel. (1980), *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Argentina: Editorial Heliasta S.R.L.

Pérez Garzón, Carlos. (2012), La perención y el desistimiento tácito como formas anormales de terminación del proceso en el derecho procesal civil colombiano. *Revista Justicia y Derecho* (Volumen 1), 2013, 26-45.

Ruiz, Alfonso. (2003), Sobre el Concepto de Igualdad. En Carbonell, Miguel (2003), *El Principio Constitucional de Igualdad*, México D.F., México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, primera edición.

Said, Alberto. (2014), Proceso. En Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas (2014), *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, Tomo II, México D.F, México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Suprema Corte de Justicia de la Nación. (1994), *Diccionario Jurídico Mexicano*: Dirección General de Informática, México.

Troya Cevallos, Alfonso. (2002), *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, Quito, Ecuador: Pudeleco Editores S.A., tercera edición.

Véscovi, Enrique. (1999), *Teoría General del Proceso*, Colombia: Editorial Temis S.A.

Vigo, Rodolfo. (2008), *Argumentación Constitucional*. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, (12), 2009, 215-250.

Análisis sobre la audiencia preliminar y audiencia de juicio: diferenciaciones

Raúl Mariño Hernández

Sumario:

1. Introducción; **2.** Audiencia; **3.** Sistema oral; **4.** Juicio oral; **4.1.** Inmediatez; **4.2.** Imparcialidad de la o el juzgador; **4.3.** Valoración de las pruebas, **4.4.** Centralidad, **4.5.** Publicidad, **4.6.** Concentración, **4.7.** Continuidad; **5.** Audiencia preliminar, **5.1.** Desarrollo de la audiencia, **5.2.** Saneamiento, **5.3.** Fijación de los puntos de debate, **5.4.** Conciliación, **5.5.** Resoluciones al finalizar la audiencia preliminar; **6.** Audiencia de juicio, **6.1.** Alegatos sobre la prueba; **7.** Falta de comparecencia de las partes a la audiencia respectiva; **8.** Diferencias entre la audiencia preliminar y audiencia de juicio; **9.** Bibliografía

1. Introducción

El propósito de este trabajo es analizar el sistema de audiencias en el juicio oral, y en particular sobre la audiencia preliminar y la audiencia de juicio; en el COGEP cada una de ellas con sus características y fases específicas, así como establecer las claras diferencias entre estos dos tipos de audiencias. Para ello, en una primera parte haremos una brevísima introducción sobre lo que significa una audiencia, el sistema de oralidad y el juicio oral propiamente dicho. Luego plasmaremos el estudio en los principios procesales que informan el nuevo procedimiento no penal ecuatoriano. En la segunda parte del documento examinamos con profundidad los principales elementos de la audiencia preliminar y de la audiencia de juicio.

De acuerdo con la historia procesal de nuestro país, antes de 1835, se expidieron diversas leyes con distintos nombres o denominaciones, a fin de regular el sistema procesal en materia civil en el Ecuador, pero, el primer Código de Enjuiciamientos en Materia Civil *stricto sensu* se expidió en el año 1869; más adelante, en el año 1879 es sustituido este Código y en 1938 entra en vigencia el tercer Código de Procedimiento Civil, utilizando siempre el sistema escrito. Es con la Constitución del año de 1998 que se implementa la oralidad en nuestro sistema de administración de justicia, sin embargo, al no haberse efectuado en su totalidad las reformas legales que establecía la Disposición Transitoria Vigésima Séptima de aquella Constitución, sólo se logró que ciertas materias ingresen al sistema oral, faltando justamente en materia procesal Civil la implementación del sistema oral o juicio por audiencias, lo cual se hizo realidad desde el 23 de mayo de 2016 con la entrada en vigencia en forma total del Código Orgánico General de Procesos (COGEP).

La oralidad que no debe considerarse únicamente bajo la perspectiva de la seguridad y el aplomo que desarrollan los profesionales del derecho al hablar en público, sino con la perspectiva de que debe contar con bases sólidas que le permitan una riqueza expresiva y argumentativa en sus planteamientos directos ante la jueza o el juez, en las resoluciones que éstos dicten para las partes en conflicto. La oralidad exige que los profesionales del derecho dominen las técnicas de litigación oral actualmente requeridas, tales como: el desarrollo de estrategias efectivas para formular interrogatorios, objeciones y alegatos, y especialmente los conocimientos y habilidades jurídicas para una verdadera defensa técnica.

La doctrina al respecto se ha pronunciado en el sentido de que, derivado de la prevalencia del principio de inmediación en el desarrollo de los juicios orales, es

esencial la comunicación entre el juez y las partes, éstas, a través de sus abogados, por ello jueces y abogados requieren reforzar sus habilidades comunicativas, sus capacidades mentales, su experiencia y su preparación jurídica.

Así mismo, se ha reiterado en que el esquema de los juicios orales, con un sistema basado en audiencias, se trata de lograr una administración de justicia ágil y oportuna, puesto que ya se limita a las partes de plantear sus peticiones a través de escritos, que a la vez se utiliza como medio para incidentar indebidamente la causa, lo que hace posible que el procedimiento se vea liberado de la tramitación excesiva, con la consecuente agilización del procedimiento y la resolución correspondiente en forma oral en la misma audiencia, a través de la lectura directa de los contenidos que establece el art. 94 del Código Orgánico General de Procesos, es decir, el pronunciamiento claro y preciso sobre el fondo del asunto; la determinación de la cosa, cantidad o hecho que se acepta o se niega; y, la procedencia o no del pago de indemnizaciones, intereses y costas.

2. Audiencia

El término audiencia tiene varias acepciones, así por ejemplo: se puede denominar audiencia a un grupo de personas reunidas en algún espacio público o privado, quienes escuchan a un individuo dar un discurso o que oyen determinado programa de radio o televisión, casos en los que generalmente se dice que es un programa de mucha o poca audiencia.

Se conocía así mismo como audiencia a los tribunales de justicia de un territorio determinado de la Baja Edad Media, cuyas resoluciones eran apeladas a la Audiencia Provincial. Finalmente, en España aún se denomina como audiencia al edificio en donde se reúnen los tribunales de justicia.

También suele conocerse como audiencia cuando cierta autoridad pública o privada recibe a las personas para escucharlas y admitir alguna queja o petición.

De igual manera se denomina audiencia el acto procesal en el que las partes, y los terceros en caso de haberlos, exponen sus argumentos de las pretensiones constantes en la demanda, contestación a la demanda y reconvencción, en caso de haberlo.

De lo expuesto podemos concluir que, el término audiencia está relacionado con un conglomerado de personas en un sitio específico, con el propósito de escuchar y ser escuchado. En el campo jurídico específicamente se utiliza para exponer argumentos legales de las pretensiones y medios de defensa, demostrando lo aseverado para obtener una decisión, misma que implica dar a cada quien lo que le corresponde, que en la práctica viene a ser el sistema de administrar justicia.

La Enciclopedia Jurídica al referirse a la palabra “audiencia” nos dice: “Sesión durante la cual una jurisdicción toma conocimiento de las pretensiones de las partes, instruye el proceso, escucha los alegatos y emite su juicio. Por lo común la audiencia es pública”, salvo las que se tengan que realizar reservadamente como por ejemplo las que tengan que tratar asuntos sobre seguridad del Estado, delitos sexuales, etc. Edición 2014.

3. Sistema oral

Sistema en términos generales, es un conjunto ordenado de elementos que se encuentran interrelacionados y que interactúan entre sí, o también constituye un conjunto de partes o elementos organizados y relacionados que interactúan entre sí para lograr un objetivo. Por lo tanto, sistema procesal podemos decir que es el conjunto de normas, principios o instituciones, íntimamente vinculadas y estructuradas con relación al proceso como instrumento para el ejercicio de la función jurisdiccional.

El sistema oral que en el Ecuador entró en vigencia a partir del 22 de mayo de 2016 con el Código Orgánico General de Procesos, mismo que tiene sustento constitucional cuando el art. 168.6 de la Constitución dispone: “La sustanciación de los procesos en todas las materias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo”. El principio de concentración implica el hecho de reunir la actividad procesal en la menor cantidad posible de actos, para lograr la concentración que contribuya a la celeridad del proceso, ya que la administración de justicia debe ser rápida y oportuna en la tramitación, resolución de la causa y ejecución de lo decidido. Por el principio de contradicción, el sujeto contra quien se dirija la pretensión tiene derecho a defenderse en el proceso, interviniendo en las actuaciones y articulando los medios de prueba pertinentes. En todo caso, cada parte tiene derecho a contar con la oportunidad de exponer su argumentación y rebatir la de la parte

contraria, y sólo cuando expresamente lo disponga la ley podrán adoptarse decisiones sin oír previamente a una de las partes procesales. Así mismo, en virtud del principio dispositivo, todo proceso judicial se promueve por iniciativa de parte legitimada, conforme determina el art. 5 del COGEP, y la o el juzgador debe resolver de conformidad con lo fijado por las partes como objeto de la litis y en mérito a las pruebas pedidas, aceptadas y practicadas conforme a la ley. En conclusión, éste principio consiste en que las partes inician el proceso y dan impulso al mismo, pero en cuanto al planteamiento de la acción y de ciertos actos procesales que determina la propia ley, porque igualmente existe el principio de celeridad (Activismo judicial) que prevé el art. 20 del Código Orgánico de la Función Judicial, según el cual, una vez iniciado el proceso, las juezas y jueces están obligados a proseguir el trámite dentro de los términos legales, sin esperar petición de parte, salvo los casos que la ley disponga lo contrario. Sobre la base de estos principios se llevará a efecto el sistema oral en nuestro país, pero aquello no significa que se debe obviar los demás principios que rigen el sistema jurídico, sin embargo, su aplicación u observancia debe ser oportuna y pertinente, esto es, acorde al desarrollo del proceso.

Se ha expresado en múltiples ocasiones que cuando hablamos de oralidad nos viene la idea de que el hombre se expresa con todos sus sentidos, tacto, olfato, gusto, y sobre todo auditivo y visual. Existen expresiones que no son verbales pero en cambio son extremadamente ricas y significativas, como la gesticulación, pero, la expresión del lenguaje accede a un nivel más complejo con la enunciación verbal, esto es, con palabras, frases, oraciones, etc. El hecho de que esas palabras, frases u oraciones sean bajo la forma de audilectos (código auditivo) y no grafotectos (código visual, como la escritura) crea muchas diferencias.

Los estudiosos efectuados respecto del sonido relacionado con la oralidad como manifestación de la palabra, han determinado que la palabra oral es efímera, ya que ocupa un espacio limitado a su enunciación en el tiempo. En realidad, contrariamente a la lectura, que reconoce la palabra en su globalidad (lectura de método global), la palabra oral no es inmóvil y global. Lo oral tiene una limitación temporal que no tiene la escritura.

La oralidad consiste en el predominio de la palabra hablada sobre la escrita, lo cual se traduce en el hecho de que todos los elementos apartados en el juicio son de forma directa y oral, constituyendo éstos el fundamento de la sentencia, sin que ello implique claro está, el destierro de los escritos dentro de los procesos, dado que aquéllos tienen como función dar el debido soporte material a las evidencias y, en

algunos casos, el anuncio de lo que se pretende ofrecer en el juicio oral, al tiempo que documentan el proceso.

En resumen, podemos manifestar que el sistema oral permite aumentar la transparencia, ya que los justiciables tienen directamente la posibilidad de observar el trabajo o defensa técnica que realicen sus defensores, advertir las fallas de los sujetos procesales y la forma de conducir las audiencias la o el juzgador o tribunal, porque las actividades procesales que se desarrollan, la comparecencia de las distintas personas, como testigos, peritos, etc., son a vista de todos. El sistema oral se caracteriza por ser sencillo, porque no permite que las partes se concentren en alegatos extensos y sin fundamento, por el contrario, las exposiciones deben ser precisas tanto en los hechos como en el fundamento de derecho, pues, hay que recordar que los litigantes dan los hechos y el administrador de justicia da el derecho.

En la Revista “Justicia para todos” No. 1, del Consejo de la Judicatura, al tratar sobre la oralidad procesal, entre otras cosas importantes se dice: “Implementar el principio de oralidad en el ámbito jurídico, en procesos judiciales que antes se resolvían sobre el papel –sobre la argumentación escrita–, se traduce en palabras como agilidad, eficiencia y transparencia. Significa reformular un sistema de justicia que se expresaba en juicios largos, agobiantes e ineficientes, en los que las audiencias orales eran solamente un elemento decorativo –protocolario, si se quiere– pues la presentación y validación de pruebas, la argumentación de las partes, el análisis, la toma de decisión del juez y todo el proceso en general, estaba basado en la revisión de escritos y documentos”. Más adelante también se expresa lo siguiente: “...La oralidad ventila, oxigena, exige celeridad, sentido legal, pertinencia de las pruebas, transparencia, legitimidad y probidad en la argumentación...” (Oralidad Procesal en el Sistema de Justicia-Agilidad, eficiencia y transparencia. Págs. 10-11).

4. Juicio oral

El término juicio presupone la existencia de una controversia o conflicto que se caracteriza por existir intereses contrapuestos, es decir, la sustentación de derechos e intereses contradictorios a lo defendido por la parte contraria, y que la perjudican; en consecuencia, juicio es la contienda legal sometida a la resolución de las juezas y jueces.

El juicio oral es una nueva forma de administrar justicia, que sustituirá al sistema escrito. Según la Enciclopedia Jurídica, el término juicio, que proviene del latín *indicium*, tiene diversos usos. Se trata, por ejemplo, de la facultad del alma que permite distinguir entre el bien y el mal o entre lo verdadero y lo falso. El juicio es, por otra parte, una opinión, un dictamen o un parecer. El juicio está formado por un sujeto (el concepto de objeto del juicio), un predicado (el concepto que se aplica al sujeto) y la cópula (lo que establece si lo pensado es propio o no del objeto del juicio). “El ser humano es malo” es un ejemplo de juicio, donde “ser humano” es el sujeto, “malo” es el predicado y “es” la cópula.

Podríamos decir entonces que juicio oral es la etapa decisiva del proceso, en donde se practican directamente las pruebas y los alegatos ante la o el administrador de justicia; son juicios concentrados, de inmediación judicial con actuación pública de todas las partes e intervención directa y constante de la jueza o el juez.

En doctrina todos los autores coinciden que en el proceso oral se hace realidad varios principios, lo cual no sucede en el proceso escrito, pero que hay ciertos principios fundamentales o básicos que están presentes permanentemente con mayor fuerza que otros, y que además no pueden dejar de ser aplicados, como son por ejemplo los siguientes:

4.1. Inmediatez

En el juicio oral existe un conocimiento director de los sujetos procesales sobre las pruebas anunciadas y presentadas.

Atento a la inmediación, nadie interviene entre quien ofrece la información y quien la recibe. Requiere por lo tanto, durante el juicio, presencia ininterrumpida de todos los que participan. El principio de inmediación implica la necesidad de que el juez asista personalmente a las audiencias para que tenga contacto personal y directo con las partes y con los elementos de prueba, desde el inicio hasta la conclusión del procedimiento. Al establecer que las audiencias serán presididas por la o el juez, queda así debida constancia de la presencia del juez con la grabación de la audiencia.

4.2. Imparcialidad de la o el juzgador

Se manifiesta que este principio se garantiza por dos vías: que será en la audiencia de juicio o en la segunda fase de los otros procedimientos, en donde la o el

administrador de justicia conocerá por primera vez los hechos, respecto de los cuales no se ha manifestado previamente. Por otro lado, la o el juzgador debe adoptar una posesión pasiva respecto de la prueba, y por lo mismo, no puede intervenir en su producción, es decir, les corresponde a las partes presentar, anunciar y practicar las pruebas que justifiquen sus asertos, la jueza o juez sólo podrá ordenar pruebas de oficio en los casos previstos en el Código, como establece el art. 294.7.b del COGEP, en concordancia con el art. 130 No. 10 del Código Orgánico de la Función Judicial, con la única finalidad de esclarecer la verdad.

4.3. Valoración de las pruebas

La valoración de las pruebas conforme a las reglas de la sana crítica produce un efecto distinto al del sistema escrito, porque al existir relación directa con las pruebas, es mucho más fácil descubrir la verdad a través de ellas. Implica también que la o el juzgador debe resolver siempre las pretensiones y excepciones que hayan deducido los litigantes, sobre la única base de la Constitución, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado, la Ley y los elementos probatorios aportados por las partes.

4.4. Centralidad

Implica que el juzgador únicamente puede tomar en cuenta lo acontecido en la audiencia respectiva, para decidir sobre lo que es materia de la *litis*. En el procedimiento oral la sentencia debe estar sustentada en las pruebas evacuadas en ese acto procesal o en la prueba presentada con la demanda.

4.5. Publicidad

La publicidad se refiere al hecho de que, lo que se hace delante de todos no tiene dudas y es democrático, debido a ello los derechos de las partes son más eficaces, pues de esta manera se obliga a la autoridad a respetarlos. El principio de publicidad implica que las audiencias y consecuentemente las actuaciones judiciales, serán públicas. Este principio es concebido como garantía procesal de la autenticidad de los actos procesales y como medio de control social de la actividad jurisdiccional. Implica así mismo que a las audiencias puede comparecer el público interesado en su realización. El principio de publicidad se basa en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por la Organización de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, que en su artículo 10 establece: “...toda persona tiene derecho, en condiciones

de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones...”, en concordancia con lo que dispone el art. 13 del Código Orgánico de la Función Judicial.

4.6. Concentración

Por este principio varios actos procesales se concentran en uno sólo, que es la audiencia, así por ejemplo, en la audiencia preliminar o primera fase, según sea la clase de procedimiento, están concentrados los actos de saneamiento del juicio, la fijación de los puntos de debate y los esfuerzos que se efectúen para conseguir una conciliación; mientras que en la audiencia de juicio o segunda fase, dependiendo del juicio que se esté sustanciando, se desahogarán los actos probatorios de las dos partes y de los terceros, en caso de haberlo, los alegatos y la resolución oral. (En el sistema escrito todos estos actos son por separado). En el caso del procedimiento ejecutivo, sumario y monitorio en un solo acto (audiencia) con dos fases se desarrollan todos estos actos procesales, esto es, se concentran en una sola audiencia toda la actividad jurisdiccional, incluyendo la resolución oral, ya que mediante otro acto posterior se emitirá y notificará el fallo por escrito, debidamente motivado, como dispone la última parte del primer inciso del art. 93 del Código Orgánico General de Procesos.

Se ha dicho por parte de varios tratadistas, que el principio de concentración es una manifestación del principio de economía procesal, en donde se busca reunir la mayor cantidad posible de actividad procesal en el menor número posible de actos procesales, o también aproximar los actos procesales unos a otros en el más breve espacio de tiempo.

4.7. Continuidad

El juicio debe realizarse frente a todos los sujetos procesales, desde el inicio hasta su terminación, de forma sucesiva, sin disolución de continuidad, con el propósito de que exista la mayor proximidad posible el momento que se reciban todas las pruebas, formulan las partes sus argumentaciones y conclusiones sobre ella, delibere el juez y se dicta sentencia. El principio de continuidad implica que las audiencias no deben suspenderse, debiendo continuar su desahogo hasta la conclusión, salvo los casos que expresamente constan en el propio Código Orgánico General de Procesos, que facultan suspender una audiencia, como son los casos en que excepcionalmente la jueza o juez ordene prueba de oficio, cuando tenga que practicarse una prueba trascendental; casos de absoluta necesidad, caso fortuito o

la fuerza mayor o para que el administrador de justicia se forme convicción, entre otros (Arts. 168; 177 No. 2; 222, inc.2º; 295 No. 4, inc.2º; 297 No.7).

Finalmente, en relación al proceso oral, el jurista Enrique Ramírez Martínez en la su obra “Juicio Oral”, al tratar sobre las ventajas que ofrecen los juicios orales nos manifiesta: “son mucho más expeditos que los juicios hoy en día vigentes; previenen la corrupción; producen información de mayor calidad y conceden mejores herramientas al juez para valorar esa información, por tanto, las sentencias son también de mayor calidad; legitiman al sistema frente a la comunidad, quien de esa manera recobra la confianza en el mismo; contribuyendo al Estado de derecho por vía de la cultura de la legalidad; garantiza la igualdad procesal y la adecuada defensa del acusado; son más humanos y equitativos que el escrito” (pág. 104).

5. Audiencia preliminar

La audiencia preliminar como figura procesal sin duda le imprime al proceso judicial un mecanismo ágil, eficiente, donde el juez o tribunal juega un rol importantísimo. La audiencia previa, como también se le denomina, es la etapa procesal en la que habrán de depurarse todos los defectos y óbices impeditivos de una sentencia sobre el fondo del asunto, así como la preparación del juicio y la cobertura hacia una posible conciliación entre las partes.

En esta etapa la jueza o juez tiene un papel activo en la dirección del juicio en cuanto le corresponde el saneamiento del juicio, fijación de los puntos de debate y la conciliación con los sujetos procesales.

La audiencia preliminar propiamente se desarrollará en los procedimientos ordinarios o de conocimiento, puesto que estos juicios tienen dos audiencias: la audiencia preliminar y la audiencia de juicio, ya que en los demás procedimientos habrá una sola audiencia con dos fases. Por el procedimiento de conocimiento se sustanciarán las acciones colusorias conforme al art. 290 del COGEP, la acción contenciosa tributaria y contencioso administrativa (art. 327), así como todas aquellas acciones que no tengan un trámite especial, conforme establece el art. 289 ibídem. De conformidad con lo que dispone este artículo, no hay la posibilidad de que por la simple decisión o acuerdo de las partes, se intente el procedimiento ordinario, como por ejemplo para cobro de una letra de cambio cuya acción ejecutiva no ha prescrito, o una acción posesoria o de cobro de una deuda con un recibo de menos de 50 salarios básicos unificados, puesto que cada una de estas acciones tienen trámites específicos

propios, y no se prevé que por acuerdo de los sujetos procesales se pueda establecer el procedimiento ordinario u otro procedimiento, pues, no existe una norma con el texto similar al artículo 828 del que fue Código de Procedimiento Civil.

Una vez que la o el juzgador haya calificado la demanda, contestación a la demanda, reconvencción y contestación a la reconvencción, en caso de haberla, con la contestación o sin ella, en el término de tres días posteriores a la última citación a la parte demandada, o posterior a los treinta días cuando ha existido reconvencción, se convocará a la audiencia preliminar, la que deberá realizarse en un término no menor de diez días ni mayor de veinte días.

Cabe señalar que la reconvencción debe plantearse al momento de contestar la demanda dentro de los treinta días, en cuyo caso se concederá a la parte demandante el término de treinta días para que la conteste (art. 291), caso contrario habrá precluido el derecho de la parte demandada de reconvenir, tomando en consideración que según el inciso tercero del art. 291 del COGEP, previo a sustanciar el proceso, la o el juzgador debe calificar la demanda, la contestación a la demanda, la reconvencción y la contestación a la reconvencción, por lo tanto, no pudiera cumplirse con este mandato sino se plantea la reconvencción al momento de contestar la demanda.

A la audiencia las partes deben comparecer personalmente, salvo que concurra una procuradora o procurador judicial o procurador/a común con cláusula especial o autorización para transigir, es decir, no puede comparecer la o el abogado ofreciendo poder o ratificación. En el caso de las instituciones públicas, debe comparecer una delegada o delegado, debiendo justificar tal calidad al momento de verificarse la comparecencia de las partes. También se excepciona la comparecencia personal en caso de que se autorice que se lo haga a través de videoconferencia. Cabe que de mutuo acuerdo y por una sola vez se difiera la audiencia. La falta de comparecencia de la parte actora a la audiencia correspondiente en primera instancia, tendrá los efectos del abandono, en cuyo caso no podrá interponerse nueva demanda, o se tendrá por desistida la apelación o recurso de casación y en firma la resolución recurrida, si el abandono se produce es en segunda instancia o en casación; debiendo el administrador de justicia proceder conforme al art. 131 nro. 4 del Código Orgánico de la Función Judicial.

En conclusión, la audiencia preliminar constituye un mecanismo ágil, eficiente para la administración de la justicia, cumpliendo con su cometido eminentemente saneador, y abriendo un espacio hacia la posible conciliación entre las partes procesales, generando un proceso verdaderamente económico.

5.1. Desarrollo de la audiencia

Como ya se dejó dicho, la audiencia preliminar tiene como objeto fundamental el saneamiento del juicio, fijación de los puntos en debate y la conciliación.

Una vez que la o el secretario constante la comparecencia de las partes procesales, para los efectos del art. 87 del COGEP, de ser el caso, la o el administrador de justicia instalará la audiencia y pedirá que las partes se pronuncien sobre las excepciones previas que se hayan propuesto conforme al art. 153 del Código Orgánico General de Procesos. Esta norma establece una lista de excepciones previas, de las cuales unas son subsanables y otras no.

5.2. Saneamiento

En términos generales podemos expresar que saneamiento son las mejoras que se hacen de una cosa para que sea más beneficiosa, más útil, y no existan obstáculos para tal objetivo; pero en el ámbito jurídico, se refiere al procedimiento por el cual un acto procesal es puesto en conformidad con la normativa legal, validando el acto que originariamente estaba afectado de nulidad; ya que también se puede entender por saneamiento a la obligación de indemnizar por la evicción o por los vicios ocultos de la cosa adquirida, sin embargo, en este caso no se refiere a este tipo de saneamiento.

En el acto de saneamiento se examina por parte de la jueza o juez si existe alguna irregularidad o vicio procesal que pueda subsanarse para continuar con el trámite normal del proceso y evitar autos de nulidad o sentencias inhibitorias (Se dictan cuando no se puede resolver sobre el fondo del litigio).

El primer acto de saneamiento será resolver sobre la validez del proceso; determinar el objeto de la controversia; resolver sobre el reclamo de los terceros, en caso de existir; competencia; y, observar si se ha dado el procedimiento respectivo a la causa, es decir, que no esté afectado de nulidad el proceso para declararlo válido. De haber actos que afecten de alguna manera la validez del proceso, pero que no influyan en la decisión de la causa, no vulnere el derecho al debido proceso, ni cause indefensión a las partes, la jueza o juez debe convalidar esos actos, dejando saneado el proceso para que pase a la fase de conciliación y posteriormente a la audiencia de juicio o a la segunda fase, según el caso. Este acto procesal vendría a ser similar al juicio escrito en donde se declara la validez del proceso, o en su defecto de dicta auto de nulidad o sentencia inhibitoria.

Como dice Berizonce, en cuanto a la función saneadora, la audiencia preliminar tiene por genuina función “purgar” el proceso de obstáculos procedimentales, a través de un mecanismo concentrado, posibilitando que el objeto procesal ingrese a la fase probatoria y decisoria purificado y exento de irregularidades; sin perjuicio de que se adosen otras actividades (como el intento conciliatorio, la determinación de los hechos y de las pruebas). Es decir, el juzgador, en ejercicio de la función saneadora, debe procurar corregir o subsanar los vicios, defectos u omisiones a fin de que el proceso pueda avanzar a las etapas subsiguientes sin riesgos de nulidades posteriores. Así –y aunque las legislaciones son muy variadas–, en ejercicio de esta función puede el juzgador emitir resolución sobre cuestiones previas como ser la competencia del administrador de justicia, capacidad de las partes, cuestiones de conexidad, litispendencia y cosa juzgada, litisconsorcio, entre otras.

En la legislación cubana se considera a la función saneadora, como aquella que tiene por objeto el depurar, limpiar, perfeccionar, mejorar o corregir las cuestiones procesales que se hayan citado en los escritos promocionales a favor del resultado eficaz de la resolución judicial que posteriormente se dictamine; por tanto, de ser planteadas, han de analizarse por ejemplo: la prescripción; la falta de competencia por razón de la materia, del territorio o la cuantía; la falta de capacidad o representación; cosa juzgada; la litisconsorcio, la precisión de la pretensión, etc.; y de ser desestimadas dará continuidad a la audiencia.

5.3. Fijación de los puntos de debate

Una vez realizado el saneamiento o convalidación, la o el administrador de justicia fijará los puntos de debate.

Al respecto, los tratadistas coinciden en señalar que es diversa la actividad procesal que puede desarrollarse en una audiencia preliminar, y depende de lo que establezca cada ordenamiento jurídico que contemple esta institución. La fijación de los puntos de debate puede tener dos aspectos: sobre las pretensiones o sobre los hechos; esto es, puede haber fijación de acuerdos sobre hechos no controvertidos, sobre acuerdos probatorios, admisión de pruebas, etc., en consecuencia, las partes pueden ratificar sus pretensiones y aclarar los fundamentos que presenten duda, ambigüedad o imprecisión. Así por ejemplo en el caso de que la parte demandada en su contestación haya alegado hechos prescritos en relación a la pretensión, el demandante puede exponer sus contraargumentos en la audiencia preliminar, y a su vez el demandado sobre la aclaratoria de los fundamentos de la demanda, inclusive

dada la amplitud del derecho de las partes a formular cualquier observación que contribuyan a la fijación de los límites de controversia, considero que las partes pueden ampliar los fundamentos de sus pretensiones sin introducir hechos nuevos, de manera que no resulte alterada o modificada la demanda o la contestación a la misma.

Algunos autores prefieren hablar de “reajuste de pretensiones” o de “reajuste de los hechos”, pero que en sí se trata de una función que pretende o procura determinar con claridad las pretensiones y oposiciones, esto es, precisar cuáles son los verdaderos intereses y reclamos de las partes, ya que no siempre los escritos de demanda y contestación son suficientemente claros o explicativos; lo mismo ocurre en cuanto a los hechos, que tratan de determinar con suficiente claridad los hechos que son conducentes o útiles para la solución del caso, y dentro de ellos, distinguir aquellos sobre los que existe acuerdo de las partes, de aquellos que persiste la controversia, con lo cual se considera que permite precisar las pruebas sobre los hechos conducentes que realmente han quedado controvertidos y desechar los que sean inadmisibles, innecesarios, inútiles o inconducentes.

En conclusión, fijar los puntos de debate significa establecer los puntos sobre los cuales se va a discutir y se actuará la prueba, por ejemplo, los puntos de debate o controvertidos pueden ser la prescripción adquisitiva de dominio demandada y la reivindicación reconvenida, consecuentemente, la prueba que se actúe será únicamente sobre estos puntos controvertidos, pero también puede suceder que los puntos de debate sean muchos más, así por ejemplo en un juicio de trabajo, los puntos de debate pueden ser el despido intempestivo, la legalidad o no del desahucio, la reclamación de sueldos no cancelados, no afiliación al IESS, pago de intereses, etc. En un juicio ejecutivo los puntos de debate se podrían centrar en la nulidad del título, reconocimiento de pagos parciales, pago de intereses, etc.

Los puntos de debate nacen de los hechos expuestos en la demanda, así como de los hechos provenientes de la contestación a la demanda o de una contrademanda, en caso de haberla, y que son objeto de prueba. La fijación adecuada de los puntos de debate permite una fructífera labor del juzgador porque el esfuerzo estará concentrado únicamente en los puntos específicos a debatir y no en puntos alejados del contradictorio o en puntos difusos. Esto nos lleva a establecer con claridad que los hechos no controvertidos se tendrán por ciertos y no cabe discusión alguna sobre ellos.

5.4. Conciliación

La función conciliatoria tiende a lograr el avenimiento total o parcial de las diferencias que separan las recíprocas posiciones de las partes. Por lo tanto, en caso de lograrlo, produce el efecto de excluir el proceso o anticipar su fin. Se ha considerado que “la justicia conciliatoria es una forma que no tiende a resolver el conflicto en forma tajante, sino una manera (más pacífica) de “justicia coexistencial”.

Los autores del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, admiten la posibilidad de que sea un conciliador profesional el que actúe en la etapa pre-procesal, pero dentro del proceso consideran conveniente que sea el juez quien desarrolle esta función, sobre todo, como lo proponen, si se trata de un juez activo, que en un acto triangular junto a las partes y sus abogados, en franca y leal colaboración, procure una solución al conflicto.

Se considera que el mecanismo conciliatorio en esta oportunidad es clave para el avance del proceso, cuando aún no se ha transitado la etapa probatoria, está llamado a rendir grandes frutos en la solución autocompuesta por las mismas partes, bajo el estímulo de la jueza o juez.

La función conciliadora de la jueza o juez no se limita a invitar solamente a las partes a llegar a un acuerdo, pues, es una obligación del administrador de justicia promover la conciliación (art. 294.4 COGEP), en la que la o el juzgador debe tener un mayor protagonismo, incluso proponiendo formas conciliatorias, lo que no implica prejuzgamiento, según lo señala el art. 294.8, inciso segundo, del Código Orgánico General de Procesos, cuando prescribe lo siguiente: “Las manifestaciones de dirección de la audiencia, incluso proposición de fórmulas de arreglo entre las partes y las ordenadas para el cumplimiento de las actividades previstas en la misma, en ningún caso significarán prejuzgamiento. Por esa causa, la o el juzgador no podrá ser acusado de prevaricato, recusado, ni sujeto a queja”.

La doctrina se ha pronunciado en este aspecto en el sentido de que, los magistrados deberán desplegar todos sus recursos persuasivos para lograr que las partes alcancen un mutuo entendimiento, y en ese sentido, “más allá de las destrezas naturales que los jueces puedan tener, es de mucha utilidad conocer técnicas de comunicación, comprender el lenguaje gestual o los modos de abordaje del conflicto.

Si las partes llegan a una conciliación total, ésta debe ser aprobada en el mismo acto mediante sentencia, misma que causará ejecutoria. De producirse una conciliación parcial, debe ser aprobada mediante un auto, pero continuará el proceso sobre lo que no fue materia del acuerdo. Además, de oficio o a petición de parte, la o el juzgador puede disponer que la controversia pase a un centro de mediación, con el propósito de que los litigantes traten de llegar a un acuerdo. Esto puede ocurrir cuando las partes en ese momento no logran conciliar, pese a las fórmulas de arreglo que proponga la jueza o juez y ellas mismas, pero que si demuestran predisposición para seguir conversando o necesitan más tiempo para definir y resolver sobre las pretensiones de arreglo.

5.5. Resoluciones al finalizar la audiencia preliminar

1. Si la jueza, juez o tribunal aceptara alguna excepción de las que no son subsanables como: incompetencia del juzgador, incapacidad de la parte actora o su representante, litispendencia, caducidad, etc., se declarará sin lugar la demanda y se ordenará su archivo.
2. Si se acepta la excepción de defecto en la forma de proponer la demanda, la jueza o juez concederá seis días para que la parte actora subsane esos defectos, en tanto que a la parte demandada le otorgará diez días para completar o reemplazar su contestación y anuncie prueba, pero sólo respecto a las aclaraciones o precisiones realizadas. En caso de no dar cumplimiento, se tendrá la demanda o reconvención como no presentada.
3. Si se aceptan las excepciones de falta de capacidad, falta de personería o de incompleta conformación del litisconsorcio, la o el administrador de justicia concederá el término de diez días para que se subsane el defecto, caso de no hacerlo, se tendrá como no presentada la demanda.

En la misma audiencia preliminar se resolverán los recursos horizontales y verticales. Al efecto, el auto por el cual se rechace las excepciones previas, será apelable únicamente en el efecto deferido. Si se resuelve acoger las excepciones previas o se resuelve cualquier cuestión que ponga fin al proceso, se podrá apelar con efecto suspensivo. Las ampliaciones o aclaraciones se propondrán y decidirán igualmente en la misma audiencia.

6. Audiencia de juicio

Las etapas de esta audiencia son: realización de las pruebas y los alegatos. De acuerdo con lo que dispone el art. 297 del Código Orgánico General de Procesos, la audiencia de juicio debe realizarse dentro del término máximo de treinta días contados desde la culminación de la audiencia preliminar. Como ya se dejó expresado anteriormente, en esta audiencia se evacuarán o realizarán las pruebas que hayan sido presentadas o anunciadas por las partes y admitidas por la o el juzgador en el proceso de saneamiento de la audiencia preliminar, tomando siempre en cuenta la conducencia, pertinencia y utilidad de la prueba.

La audiencia o debate oral es el centro del juicio oral. Es la etapa propiamente oral del juicio, que sigue inmediatamente después de la audiencia preliminar. Su función no se limita exclusivamente a la práctica de las pruebas por los interesados, sino a crear también en esta etapa, un debate contradictorio sobre todas las pruebas, en el cual no sólo pueden intervenir las partes interesadas, sino también el propio juez, incluso con pruebas de oficio en los casos que permite la propia ley, para formular interrogatorios, lo que resulta muy beneficioso para la convicción que debe formarse el juez de la verdad o falsedad de los hechos en la causa y para una decisión más acertada. Tienen así plena vigencia en esta etapa del juicio, los principios fundamentales que rigen al proceso oral: la oralidad, la inmediación, la concentración, entre otros principios que hemos hecho referencia anteriormente. Si bien el principio fundamental es que todas las pruebas deban practicarse por los interesados en la audiencia oral o de juicio, vemos que algunas de las pruebas, por su propia naturaleza, deben practicarse fuera de la audiencia, es decir, antes de la audiencia de juicio, conforme determina el art. 294.7.e del COGEP. En este caso, se exige que la parte que promovió la prueba, trate oralmente sobre ella en la audiencia de juicio, y la contraparte puede hacer a la o el juzgador todas las observaciones que considere pertinentes sobre el resultado o mérito de esa prueba. Esta exigencia no se excluye ni aún en el caso de la prueba de experticia practicada fuera de la audiencia oral, pues en cuyo caso, en cumplimiento de la inmediación, se oirá también en la audiencia la exposición y conclusiones orales de los expertos y las observaciones que formulen las partes, sin lo cual la prueba carecerá de eficacia y será desestimada por el juzgador.

Al tenor de lo establecido en el art. 297 del COGEP, el administrador de justicia debe declarar instalada la audiencia de juicio y disponer que por Secretaría se de lectura de la resolución constante en el extracto del acta de la audiencia preliminar,

luego de lo cual concederá la palabra a la parte actora para que haga su alegato e indique el orden en que desea que se practiquen las pruebas que ha solicitado; lo propio se hará con la parte demandada y terceros, en caso de haberlos; debiendo el juzgador disponer que se practiquen las pruebas admitidas en el orden solicitado. Posteriormente, y una vez terminada la prueba, tanto la parte actora como demandada y los terceros, de éstos existir, alegarán en ese orden por el tiempo que establezca la o el juzgador, con derecho a una sola réplica; pudiendo la jueza o juez ampliar el término, de oficio o a petición de parte y según la complejidad del caso, y también solicitar las aclaraciones y precisiones necesarias.

Un aspecto importante es el hecho de que el juzgador puede suspender tanto la audiencia preliminar (art. 295.4, último inciso) como la audiencia de juicio (art. 297.7) hasta que se forme su convicción, debiendo reanudarla en el mismo día. En el primer caso (audiencia preliminar), para emitir su pronunciamiento oral en una de las formas que establece el art. 295 del COGEP, y en el segundo caso (audiencia de juicio), para emitir la resolución o sentencia oral sobre lo que fue materia del litigio.

6.1. Alegatos sobre la prueba

Conforme a lo ya manifestado, el art. 297.6 del COGEP dispone que una vez actuada la prueba, las partes procesales, incluido los terceros, deben alegar por el tiempo que equitativamente les conceda la o el juzgador, pudiendo éste solicitar las aclaraciones y precisiones pertinentes, alegatos que es sumamente importante y beneficioso para la convicción del juzgador sobre la verdad o falsedad de los hechos, así como para tomar una mejor decisión. En ciertas legislaciones se permite que los alegatos sobre las pruebas se prolongue a petición de cualquiera de las partes hasta agotarse los puntos necesarios de debate, con aprobación de la o del administrador de justicia, incluso si no fuera suficiente el tiempo de la audiencia, se prevé que puede fijarse otro día para continuar con el debate, asegurando según se dice, la vigencia del principio de concentración. En nuestro sistema, lo que se permite es que las partes aleguen por el tiempo que determine equitativamente la jueza, juez o tribunal, con derecho a una réplica, facultándole al juzgador para que de oficio o a petición de parte amplíe el tiempo de debate según la complejidad del caso, pero no se prevé la posibilidad de que se señale otro día distinto para continuar dicho debate, pues, sólo se prevé la ampliación del tiempo de alegatos. En esta virtud, la doctrina ha dicho que éste debate probatorio llega a ser así, un debate vivo, franco, leal y directo, dirigido y percibido inmediatamente por el juzgador, el cual, ya no es un simple espectador, como en el proceso escrito, sino que se encuentra inmerso

en el mismo, ejercitando todas las facultades y deberes que le impone la ley para descubrir la verdad.

La audiencia finalizará entonces cuando concluyan las intervenciones de las partes procesales sobre los alegatos de las pruebas practicadas, luego de lo cual, la jueza, juez o tribunal pronunciará la decisión oralmente, pudiendo excepcionalmente suspender hasta por diez días para emitir la decisión oral, al término de lo cual, la resolución por escrito y debidamente motivada puede también notificarse en el término de hasta diez días. Es decir, si la juez o juez hace uso de los diez días para pronunciar la decisión oral y los diez para notificar la decisión escrita, en total serán veinte días; pero así mismo, pueden existir caso en los que, al término de la audiencia se emita la decisión oral y el mismo día se notifique la sentencia por escrito, que sería lo ideal, sin embargo, habrán casos que necesariamente el juzgador necesita tiempo para pronunciarse verbalmente y también necesitará tiempo para redactar la sentencia motivada. Hay que tener en cuenta que los términos se deben cumplir, caso contrario el juzgador será sancionado conforme a la ley, esto es, si no se cumple con los plazos y términos se estará inmerso en el art. 124 del Código Orgánico de la Función Judicial. El recurso de apelación se puede interponer de manera oral en la respectiva audiencia (art. 256), debiendo fundamentarlo por escrito en el término de diez días de notificado. El término será de cinco días para fundamentar el recurso en materia de niñez y adolescencia (art. 257).

7. Falta de comparecencia de las partes a la audiencia respectiva

En las secciones que tratan sobre la audiencia preliminar y audiencia de juicio, no consta ninguna norma que se refiera a los efectos de la falta de comparecencia de las partes a las audiencias, pero es el artículo 87 del COGEP que se refiere a este aspecto, cuando textualmente establece lo siguiente: “En caso de inasistencia de las partes se procederá de acuerdo con los siguientes criterios:

1. Cuando quien presentó la demanda o solicitud no comparece a la audiencia correspondiente (ordinarios: preliminar o de juicio), su inasistencia se entenderá como abandono.
2. Cuando la o el demandado o la o el requerido no comparece a la audiencia que corresponda, se continuará con la audiencia y se aplicará las sanciones y efectos, entendiéndose siempre que pierde la oportunidad procesal de

hacer valer sus derechos. Sin embargo, “en caso de retraso, se admitirá su participación, tomando la audiencia en el estado en que se encuentre...”.

En el caso que no comparezca a la audiencia que corresponda (preliminar o de juicio) la o el actor o solicitante, está claro el efecto que produce esa falta de comparecencia, esto es, el abandono, y una vez que haya sido declarado, se debe cancelar las providencias preventivas que se haya ordenado. Si el abandono se declara en primera instancia, no podrá interponerse nueva demanda, pero si se declara en segunda instancia o en el recurso de casación, se tendrá por desistida la apelación o el recurso de casación y por firme la resolución recurrida, conforme ya se dijo.

Sin embargo, cuando no concurre la parte demandada o requerida ha surgido dudas, porque si bien se manifiesta que se continuará con la audiencia, aplicando las sanciones y efectos por la no comparecencia, entendiéndose además que la o el demandado pierde la oportunidad procesal de hacer valer sus derechos, no se ha establecido con claridad qué sucede con las excepciones previas o de fondo que fueron planteadas al contestar la demanda. La o el juzgador deberá analizar esas excepciones pese que no se fundamentaron por la falta de comparecencia a la audiencia respectiva de quien las propuso, o cuando la norma dice que: “...pierde la oportunidad procesal de hacer valer sus derechos...”, significa que no debe tomarse en cuenta dichas excepciones y resolver con lo que demuestre quien si compareció a la audiencia. Personalmente considero que la oportunidad de que trata el art. 87 del Código Orgánico General de Procesos, se refiere al acto de la audiencia, es decir, pierde la oportunidad únicamente en ese acto procesal, en consecuencia, sobre los hechos y excepciones que se hayan alegado y presentado prueba al momento de contestar la demanda, como establece el art. 158 del COGEP, si debe la o el administrador de justicia valorar para su resolución, incluso aplicando las reglas de la sana crítica; pero los hechos y excepciones, sean estas previas o de fondo, que requieran de fundamentación, y que no existe por no haberse presentado a la audiencia el demandante, ni haber adjuntado prueba al contestar la demanda, no pueden ser objeto de valoración por parte de la jueza, juez o tribunal, salvo aquellos hechos que no requieren ser probados (art. 163); pues, al respecto el artículo 164 del COGEP dispone: “Para que las pruebas sean apreciadas por la o el juzgador deberán solicitarse, practicarse e incorporarse dentro de los términos señalados en este Código”.

En cuanto a este tema, la tratadista Ana Alejandra Gallego dice: “...a) La falta de comparecencia del actor a la audiencia principal tiene por consecuencia la paralización del proceso, sin que el demandado pueda solicitar sentencia en rebeldía

ni prórroga de la audiencia para fallar sobre el fondo. La ausencia del demandado o del actor a la audiencia preliminar conduce, por el contrario, a la admisión de los hechos afirmados por el compareciente, en cuanto no se hallen contradichos por la prueba en autos; y al dictado de la sentencia definitiva, en rebeldía, a pedido de aquél” (Audiencia Preliminar. Pág. 2).

8. Diferencias entre la audiencia preliminar y audiencia de juicio

Una vez que se ha efectuado un breve análisis sobre la audiencia preliminar y la audiencia de juicio, análisis éste que también es válido para los procedimientos ejecutivo, sumario y monitorio, puesto que, si bien estos procesos tienen una sola audiencia, sin embargo se desarrolla en dos fases, que tienen las mismas etapas de las audiencias preliminar y de juicio, es decir, en la audiencia preliminar o primera fase, según el procedimiento, se llevará a cabo el saneamiento, fijación de los puntos de debate y la conciliación, mientras que en la audiencia de juicio o la segunda fase, según el caso, se desarrollará la prueba y los alegatos.

Es importante determinar que fundamentalmente la audiencia preliminar en los juicios ordinarios o la primera fase en los demás procedimientos, es una forma de depuración, en donde la o el administrador de justicia debe desechar o no admitir lo que no sea válido para el proceso de acuerdo a la o las pretensiones constantes en la demanda, contestación a la demanda, reconvencción y contestación a la reconvencción, en caso de haberlo; de igual forma no será objeto de entrar a debate los hechos que no necesitan probarse, conforme al art. 163 del COGEP.

En conclusión, al hablar de saneamiento se busca depurar el proceso, otorgándole facultades al juzgador para disponer desde el inicio la subsanación de los defectos o vicios que puedan impedir el progreso del juicio para que haya una decisión sobre el fondo del asunto en litigio, por ello en esta fase debe haber la corrección necesaria, pero de forma adecuada y legal, no puede existir arbitrariedad del juzgador, porque repercutiría enormemente en la audiencia de juicio, y sobre todo en la decisión. Roberto G. Loutayf Ranea, al tratar sobre la audiencia preliminar nos dice: “...el tribunal, en ejercicio de la función saneadora, debe procurar corregir o subsanar los vicios, defectos u omisiones a fin de que el proceso pueda avanzar a las etapas subsiguientes sin riesgos de nulidades posteriores” (2004). Como parte de esta labor depuradora de la jueza o juez viene la fijación de los puntos de debate, para tener en claro y de forma precisa qué es lo que se va a discutir para la decisión

de mérito, pues, ya no estarán en el tapete de discusión aquellos vicios que podían causar nulidad o que impedían avanzar al proceso, pues, ya con los puntos jurídicos definidos, las partes pueden llegar a una conciliación y el juzgador también puede hacer manifestaciones o proposiciones de fórmulas de arreglo a los litigantes.

En cambio, la audiencia de juicio en los procesos ordinario o la segunda fase en los demás procedimientos, tiene la finalidad de demostrar con las pruebas admitidas, mismas que deben ser conducentes, pertinentes y útiles, el hecho o hechos sometidos a litigio, para que la o el administrador de justicia otorgue el derecho a quien lo tenga. Como es lógico, una vez que se hayan practicado las pruebas, éstas tienen que ser sustentadas y explicadas, a fin de que la o el juzgador analice si respaldan o no las pretensiones de las partes, para ello la ley ha previsto la etapa de alegatos; con todo aquello la o el administrador de justicia valorará la prueba que le sirva para fundamentar su decisión, aunque en la realidad tiene que observar y hacer razonamientos de toda la prueba desahogada.

9. Bibliografía

Álvarez, Julia, *Derecho Comercial y Civil*, en el sitio web.

Berizonce, Roberto Omar, *La Audiencia Preliminar en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica*.

Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay,
arts. 132,341, 342.

Código Orgánico de la Función Judicial

Código Orgánico General de Procesos COGEP

Constitución de la República del Ecuador

Echerri, Fernando, *Audiencia Preliminar*, Enviado por Monografías.com.

Gallego, Alicia Alejandra, *Audiencia Preliminar*. Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho. Págs. 2, 6, 7.

Loutaryf Ranea, Roberto G. *Audiencia Preliminar*. La Plata-Librería Editora Plan-tense. T. X-A, 2004. Págs. 20-21.

Manual de Procedimiento, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, Juzgados Orales en Material Civil, Marzo 2011.

Mejía A, Luis A, *El Juicio Oral*, Resumen de doctrina. Comentarios.

Morales, Augusto, *Juicio oral y por audiencias* (I y VIII)

Véscovi, Enrique, Ponencia General, *El Proyecto de Código Procesal Civil uniforme para América Latina*.

El recurso de apelación con efecto diferido, alcances y efectos

María Rosa Merchán

Sumario:

1. La oralidad en la administración de justicia; **2.** La apelación; **2.1.** Definición y características del recurso de apelación; **2.1.1.** Es una herramienta procesal: porque utilizada por las partes en un proceso judicial, apertura la revisión de la decisión unipersonal del juzgador, por un órgano pluripersonal; **2.1.2.** Prevista en la ley: porque procede en los supuestos contemplados en la norma procesal; **2.1.3.** A favor del perjudicado: puede ser interpuesta porque se crea perjudicada con la decisión; **2.1.4.** Permite una nueva valoración de los hechos y pruebas aportadas dentro del proceso, a fin de que la resolución sea reformada, revocada, o, confirmada; **2.1.5.** En un recurso vertical: porque su conocimiento y resolución es de competencia de un órgano jurisdiccional jerárquicamente superior. (Tribunal); **2.1.6.** Sin efecto suspensivo; **2.1.7.** Con efecto suspensivo; **3.** La apelación con efecto diferido; **3.1.** El efecto diferido en el Código Orgánico General de Procesos; **3.2.** Alcances del efecto diferido; **3.3.** El efecto diferido en la legislación comparad; **3.3.1.** Legislación argentina; **3.3.2.** Legislación uruguaya; **4.** Conclusiones; **5.** Bibliografía

1. La oralidad en la administración de justicia

La Constitución de la República (2008) define al Ecuador como un Estado Constitucional de derechos y justicia, aquello implica, que el más alto deber del Estado, de sus delegatarios, concesionarios y de toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, es respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución¹, y velar por su directa e inmediata aplicación. El artículo 169 ibídem, prevé que el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia y que “(...) *Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.*”, debiendo aquellas, adecuarse en su aplicación y eficacia al derecho material, el que jamás puede sacrificarse por interpretaciones excesivas del ritualismo procesal, debiendo tenerse en cuenta además, que el proceso judicial, no es, ni puede ser un fin por sí mismo, constituye una vía de conocimiento de la verdad, indispensable para alcanzar la realización de los derechos. Dispone este cuerpo normativo, que “*La sustanciación de 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.*”², a fin de garantizar la efectiva aplicación de los axiomas que sustentan la administración de justicia.

El Código Orgánico General de Procesos, en su artículo 4, a fin de cumplir con el mandato constitucional, prevé:

La sustanciación de los procesos en todas las instancias, fases y diligencias se desarrollarán mediante el sistema oral, salvo los actos procesales que deban realizarse por escrito. Las audiencias podrán realizarse por videoconferencia u otros medios de comunicación de similar tecnología, cuando la comparecencia personal no sea posible.

La oralidad como sistema procesal, propende a que se hagan efectivos de manera prioritaria los principios de inmediación (intervención directa de las juezas y jueces que conozcan de la causa), concentración (reunir la actividad procesal en la menor cantidad posible de actos), celeridad (administración de justicia rápida y oportuna en todas sus fases) y de economía procesal; sin descuidar los demás principios que debe tutelar el sistema procesal, como el de contradicción y el dispositivo.

¹ Artículo 11 numeral 9 de la Constitución de la República.

² Artículo 168 numeral 6 de la Constitución de la República.

En términos de Rubén Morán Sarmiento, la oralidad para la administración de justicia, implica un sistema con menos ritualidades, menos formalista, más pragmático, con logros inmediatos, y seguramente más transparente. (2012, pág. 67)

2. La apelación

La Constitución de la República, entre las garantías básicas del debido proceso, consagra el derecho de las partes, a recurrir de las resoluciones que afecten sus derechos e intereses³; el que se materializa en lo que conocemos como “recurso de apelación” o “recurso de alzada”, del cual surge la segunda instancia.

El Código Orgánico General de Procesos (2015), no contiene en su texto un concepto de lo que constituye el recurso de apelación, por lo que, para definirlo utilizaremos el vigente Código de Procedimiento Civil (2005), que en su artículo 323 dispone *“Apelación es la reclamación que alguno de los litigantes u otro interesado hace al juez o tribunal superior, para que revoque o reforme un decreto, auto o sentencia del inferior.”*, recurso que tiene su fundamento, como bien lo señala Roberto Loutayf Ranea, (1989, pág. 12) citando a Rosenberg:

“(…) en la falibilidad del conocimiento humano. Toda resolución puede ser injusta, y casi siempre la tendrá por tal la parte vencida. Por eso, los recursos, están al servicio de los legítimos deseos de las partes de sustituir la resolución que le es desfavorable por otra más favorable. El Estado apoya esta tendencia, porque el examen mediante el tribunal superior otorga mayor seguridad a la justicia de la resolución y aumenta la confianza del pueblo en la jurisdicción estatal; y además le interesa al Estado porque la jurisprudencia de los tribunales superiores sirve para dirigir y formar a los inferiores, para elevar su administración de justicia y unificar la aplicación del derecho”

Entonces, la importancia de este recurso radica esencialmente en dos aspectos: el primero de ellos, otorgar mayor seguridad a los justiciables a fin de que mediante una revisión del proceso y una nueva valoración de la prueba, se subsanen aquellos aspectos de la resolución que, no corresponden a la realidad procesal y por ello perjudican sus intereses; para así obtener una decisión apegada a los hechos probados y al derecho que los regula, lo que constituye una manifestación efectiva de la

³ Artículo 76 numeral 7 literal m) de la Constitución de la República.

tutela imparcial y expedita de derechos, la que se materializa dentro de un proceso cuando se desenvuelve con absoluto respeto a las garantías básicas, proscribida la indefensión, culmina con una decisión que refleja el valor justicia, y cumple con los requisitos de motivación previstos en la Constitución y en la Ley.

La decisión objeto del recurso de apelación, no favorable al recurrente, no siempre contendrá una indebida valoración de los hechos, o una vulneración de derechos, ni será generalmente reformada o revocada en segunda instancia; al respecto, Eduardo Couture (1958, pág. 351) señala que *“El acto provocatorio del apelante no supone, como se verá, que la sentencia sea verdaderamente injusta: basta con que él la considere tal, para que el recurso sea otorgado y surja la segunda instancia”*.

El segundo aspecto, relacionado con el interés del Estado, encuentra su fundamento en que la naturaleza humana es falible, los operadores de justicia, seres humanos en ejercicio del poder jurisdiccional del Estado, pueden cometer errores que deben ser subsanados, en garantía de los intereses de las partes procesales y en resguardo de la credibilidad y confianza en los órganos de administración de justicia; los que deben mantener independencia, imparcialidad y uniformidad en sus resoluciones.

2.1. Definición y características del recurso de apelación

Con los antecedentes expuestos, podemos definir a la apelación como *“Una herramienta procesal prevista en la ley, con el objeto de que, quien se crea perjudicado por una decisión judicial de primera instancia, la impugne, y pueda obtener su reforma o revocatoria, por un órgano jurisdiccional superior.”*

De la definición señalada, devienen sus características:

- 2.1.1. Es una herramienta procesal: Porque utilizada por las partes en un proceso judicial, apertura la revisión de la decisión unipersonal del juzgador, por un órgano pluripersonal.
- 2.1.2. Prevista en la ley: porque procede en los supuestos contemplados en la norma procesal.
- 2.1.3. A favor del perjudicado: Puede ser interpuesto por cualquier persona, que se crea perjudicada con la decisión.

2.1.4. Permite una nueva valoración de los hechos y pruebas aportadas dentro del proceso, a fin de que la resolución sea reformada, revocada, o, confirmada.

2.1.5. Es un recurso vertical: porque su conocimiento y resolución es de competencia de un órgano jurisdiccional jerárquicamente superior. (Tribunal)

Efectos del recurso de apelación

El Código Orgánico General de Procesos, en sus artículos 261 y 262, señala los efectos y procedencia del recurso de apelación, determinando de manera específica tres efectos: No suspensivo, suspensivo y diferido, de este último hablaremos con detalle más adelante.

2.1.6. Sin efecto suspensivo:

Se cumple lo ordenado en la resolución impugnada y se remiten al tribunal de apelación las copias necesarias para el conocimiento y resolución del recurso. Procede únicamente en los casos previstos en la ley; como por ejemplo:

- De las providencias preventivas.⁴
- De las resoluciones que se dicten en materia de alimentos, tenencia, visitas, patria potestad, despojo violento, despojo judicial.⁵
- De la sentencia dictada dentro de los procedimientos ejecutivos. Sin embargo, si el deudor desea suspender la ejecución de la sentencia deberá consignar o caucionar el valor de la obligación.⁶
- Del auto que declara haber lugar al concurso de acreedores o a la quiebra.⁷
- De la resolución que se dicte dentro de la audiencia de oposición al concurso voluntario.⁸
- De la resolución que se pronuncie dentro del concurso de acreedores.⁹

⁴ Artículo 132 del Código Orgánico General de Procesos.

⁵ Artículo 333 numeral 6 ibídem.

⁶ Artículo 354 inciso tercero ibídem.

⁷ Artículo 424 inciso final ibídem.

⁸ Artículo 425 inciso cuarto ibídem.

⁹ Artículo 427 ibídem.

- De la resolución que resuelva las oposiciones efectuadas a la junta de acreedores.¹⁰
- De la decisión que pronuncie la o el juzgador respecto de los bienes que no han podido venderse por falta de postor (procedimiento concursal).¹¹

2.1.7. Con efecto suspensivo:

No se continúa con la sustanciación del proceso, hasta que el juzgador resuelva sobre la impugnación propuesta por el apelante. Procede cuando se trata de sentencias y autos interlocutorios que pongan fin al proceso.

La apelación se concede por regla general en este efecto.

3. La apelación con efecto diferido

La palabra diferir, proviene del latín “*differre*”, que a su vez quiere decir “*Aplazar la ejecución de un acto.*” (Española, 2012), en el caso de la apelación, debe entenderse como el aplazamiento del conocimiento y resolución del recurso, hasta el momento que se presente apelación sobre lo principal. Lino Enrique Palacio (2003, pág. 592) al respecto señala:

“Si, en cambio, la apelación procede en efecto diferido, la sustanciación y decisión del recurso no tienen lugar inmediatamente después de dictada la providencia que lo concede, sino en oportunidad de encontrarse radicado el expediente en la cámara con motivo de la apelación interpuesta contra la sentencia definitiva. El fundamento de este tipo de apelación reside en la necesidad de evitar las continuas interrupciones que, en desmedro de la celeridad procesal, sufre el trámite de primera instancia en un régimen de apelaciones inmediatas.”

El efecto diferido de la apelación, es una innovación que trae consigo el Código Orgánico General de Procesos, la legislación aún vigente, limita los efectos al suspensivo y devolutivo (actualmente denominado “no suspensivo”), cuyos alcances se centran en la ejecución y no ejecución de la resolución respecto de la cual se

¹⁰ Artículo 428 ibídem.

¹¹ Artículo 437 ibídem.

interpone el recurso de apelación. El efecto diferido, por el contrario, no se centra en la suspensión o no de la ejecución de la sentencia o auto recurrido, sino más bien, constituye una “apelación condicionada”, aquello significa que el trámite del recurso queda supeditado a la interposición de otro recurso de apelación sobre la resolución que puso fin a la instancia (sentencia o auto); entonces, éste no se resolverá sino hasta que exista apelación sobre la cuestión principal del juicio.

Se ha señalado que el “efecto diferido” del recurso de apelación no es más que una modalidad del efecto no suspensivo (ya que su interposición no suspende el proceso principal ni los efectos de la sentencia apelada: “*sin perjuicio del cumplimiento de la resolución impugnada*”), cuya única particularidad reside en que se *difiere* el procedimiento posterior a la interposición del recurso: fundamentación, sustanciación y resolución. (Valentín, 2013). Sin embargo, si bien podría concebirse como una modalidad del efecto no suspensivo, es menester aclarar, que nuestra legislación si lo concibe como un efecto independiente de aquel, aun cuando sus características sean muy similares, de otro modo debería hablarse de un “efecto no suspensivo con carácter diferido” efecto que nuestra normativa no prevé.

3.1. El efecto diferido en el Código Orgánico General de Procesos

El artículo 262 numeral 3 del Código Orgánico General de Procesos, señala que, cuando se concede la apelación con efecto diferido, debe continuarse con la tramitación de la causa, hasta que de existir una apelación a la resolución final, éste deba ser resuelto de manera prioritaria por el tribunal. Procede expresamente en los casos que la ley lo determine, y de manera especial, cuando se la interponga contra una resolución dictada dentro de la audiencia preliminar, en la ***que se deniegue la procedencia de una excepción de resolución previa*** de las previstas en el artículo 153 ibídem, a saber:

- Incompetencia de la o el juzgador;
- Incapacidad de la parte actora o de su representante (ilegitimidad de Personería);
- Falta de legitimación en la causa (legítimo contradictor);
- Error en la forma de proponer la demanda, inadecuación del procedimiento o indebida acumulación de pretensiones;
- Litis pendencia;

- Cosa juzgada;
- Prescripción (opera a petición de parte);
- Caducidad (opera por el simple transcurso del tiempo);
- Transacción;
- Existencia de convenio, compromiso arbitral o convenio de mediación.

También procede **cuando se niegue la práctica de una determinada prueba**, por no ser aquella conducente o útil, o versa sobre hechos que no requieren ser probados, como los aceptados por las partes, los públicos y notorios, los hechos imposibles y los que la ley presume de derecho. Por ejemplo, si en la audiencia preliminar el juez considera que un medio de prueba presentado por la parte demandada no es útil y lo rechaza, la parte agraviada puede apelar de aquella providencia, apelación que el juez concederá en efecto diferido; culminado el proceso, si el juez resuelve desechar la demanda, resolución que efectivamente favorece al demandado, se entendería que nunca hizo falta aquella prueba que fue negada, pero, si la parte actora, que resulta ser la afectada con la resolución, interpone recurso de apelación, es lógico suponer que la parte demandada tendrá que solicitar que el tribunal revise previamente aquella prueba cuya práctica fue negada y cuya apelación fue propuesta en tiempo oportuno.

Otro de los casos en los que se concede la apelación con este efecto, es el previsto en el artículo 121 del Código Orgánico General de Procesos, que de manera expresa señala que, la persona contra quien se promueve una determinada diligencia preparatoria, puede oponerse a la misma al momento de la citación o solicitar su modificación o ampliación, de lo que resuelva el juzgador, si existe agravio, la o el solicitante o la persona contra quien se dicta el acto solicitado, **puede apelar con efecto diferido**.

El recurso de apelación con efecto diferido, debe interponerse de manera oral en la audiencia preliminar y fundamentarse junto con la apelación sobre lo principal o cuando se conteste a la apelación.

3.2. Alcances del efecto diferido

Para establecer los alcances de la apelación con efecto diferido, debemos remitirnos a lo dicho con respecto de la oralidad como sistema procesal, pues que, al

tratarse de un procedimiento por audiencias, en el que debe garantizar de manera prioritaria los principios de inmediación, concentración y celeridad procesal, no pueden aceptarse interrupciones ni dilataciones de ningún tipo, y es justamente eso lo que se pretende con el efecto diferido de la apelación, que los incidentes que pueden generarse durante el juicio no se conviertan en una traba para el desarrollo del proceso el que debe cumplirse de tal forma que constituya una respuesta oportuna y adecuada desde la administración de justicia, a los conflictos puestos a su conocimiento.

Este efecto de la apelación, procura que el desenvolvimiento del proceso no se interrumpa y que, la competencia de la juez o el juez de la causa, no se suspenda, en ninguna de las fases previstas en primer nivel, debiendo estas cumplirse dentro de los términos establecidos, hasta la emisión de la decisión final en la audiencia de juicio (auto definitivo o sentencia), solo luego de ella, en virtud de su apelación, deberá remitirse el proceso al nivel superior para que en este se pronuncie el tribunal de apelación sobre las impugnaciones planteadas en la audiencia preliminar, pues que sobres éstas y aquellas que se dictan en las diligencias preparatorias, procede la apelación con este efecto. Entonces, lo que sucede es que el conocimiento y resolución de aquellas providencias que causan agravio, sea porque no se ha considerado una excepción previa o se ha desechado alguna prueba, se realizará una **vez que se apele contra la resolución que ponga fin al proceso** (sentencia definitiva), para que sean conocidas de manera prioritaria por el Tribunal de apelación.

3.3. El efecto diferido en la legislación comparada

3.3.1. Legislación argentina

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina (1967) cuyas últimas reformas datan de 1981, dispone en su Libro Primero “Disposiciones Generales”, Capítulo IV, Sección 5º, el Fundamento de las Apelaciones Diferidas (artículos 259-260), estableciendo que, dentro del quinto día de notificada la providencia que concede el recurso de apelación, respecto de la sentencia definitiva dictada dentro del proceso ordinario o sumario, la partes en un solo escrito deberán:

“1) Fundar los recursos que se hubiesen concedido en efecto diferido. Si no lo hicieren, quedarán firmes las respectivas resoluciones.

- 2) *Indicar las medidas probatorias denegadas en primera instancia o respecto de las cuales hubiese mediado declaración de negligencia, que tengan interés en replantear en los términos de los artículos 379¹² y 385¹³ in fine. La petición será fundada, y resuelta sin sustanciación alguna.*
- 3) *Presentar los documentos de que intenten valerse, de fecha posterior a la providencia de autos para sentencia de primera instancia, o anteriores, si afirmaren no haber tenido antes conocimiento de ellos.*
- 4) *Exigir confesión judicial a la parte contraria sobre hechos que no hubiesen sido objeto de esa prueba en la instancia anterior.*
- 5) *Pedir que se abra la causa a prueba cuando:*
 - a) *se alegare un hecho nuevo posterior a la oportunidad prevista en el artículo 365¹⁴ o se tratase del caso a que se refiere el segundo párrafo del artículo 366¹⁵;*
 - b) *se hubiese formulado el pedido a que se refiere el inciso 2 de este artículo.*

Cuando se trate de procesos de ejecución, a diferencia de lo que ocurre con el procedimiento ordinario y sumario, el apelante deberá fundamentar su recurso de manera conjunta con la interposición del recurso contra la sentencia.

Como se observa, el Código Procesal Argentino prevé este efecto de la apelación desde hace cuarenta y ocho años, de allí que su procedimiento se encuentre debidamente preestablecido y su aplicación no conlleve mayores complicaciones, a diferencia de lo que ocurre en nuestra legislación, en la que aún no se conocen los alcances reales de su aplicación, por tratarse de un efecto totalmente nuevo.

¹² Serán inapelables las resoluciones del juez sobre producción, denegación y sustanciación de las pruebas; si se hubiere negado alguna medida, la parte interesada podrá solicitar a la cámara que la diligencie cuando el expediente le fuere remitido para que conozca del recurso contra la sentencia definitiva.

¹³ Se desestimará el pedido de declaración de negligencia cuando la prueba se hubiere producido y agregado antes de vencido el plazo para contestarlo. También, y sin sustanciación alguna, si se acusare negligencia respecto de la prueba de posiciones y de testigos antes de la fecha y hora de celebración de la audiencia, o de peritos, antes de que hubiese vencido el plazo para presentar la pericia.

¹⁴ Cuando con posterioridad a la contestación de la demanda o reconvenición, ocurriese o llegase a conocimiento de las partes algún hecho que tuviese relación con la cuestión que se ventila, podrán alegarlo hasta cinco días después de notificada la audiencia prevista en el artículo 360 del presente Código, acompañando la prueba documental y ofreciendo las demás de las que intenten valerse. Del escrito en que se alegue, si lo considerare pertinente, se dará traslado a la otra parte, quien, dentro del plazo para contestarlo, podrá también alegar otros hechos en contraposición a los nuevos alegados. El juez decidirá en la audiencia del artículo 360 la admisión o el rechazo de los hechos nuevos.

¹⁵ La resolución que admitiere el hecho nuevo será inapelable. La que lo rechazare será apelable en efecto diferido.

3.3.2. Legislación uruguaya

En la República Oriental de Uruguay, la normativa que regula los procesos no penales, es el Código General del Proceso (1988), que comenzó a regir el 20 de noviembre de 1989, este cuerpo normativo dentro de su texto al regular la apelación, establece el efecto diferido en los casos expresamente establecidos en la ley, y especialmente:

- Contra las sentencias interlocutorias, en cuyo caso se regirá por lo dispuesto para las sentencias definitivas, con las siguientes modificaciones: Si se tratare de providencia pronunciada en audiencia y procediere la apelación con efecto diferido, el recurso se interpondrá en la propia audiencia, procediéndose, en lo demás, según lo dispuesto en el artículo 246.4¹⁶ y numeral 3) del artículo 251¹⁷. La parte que no tuviera agravios sobre la sentencia definitiva podrá igualmente fundar la apelación concedida con efecto diferido, de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del numeral 3) del artículo 251.

Prevé este mismo cuerpo legal, que si el tribunal de alzada revocare una providencia apelada sin efecto suspensivo o con *efecto diferido*, será ineficaz la actuación adelantada por el tribunal de primera instancia después de la apelación, en lo que dependa necesariamente de aquélla,¹⁸ estableciendo así, el alcance de este efecto, situación que no ocurre en nuestra legislación, en donde aquellos no constan de manera puntual. Señala además este Código, que si la sentencia interlocutoria fuere apelable por su contenido, con efecto suspensivo y con otro efecto diferente, el recurso deberá interponerse y tramitarse con efecto suspensivo, aun cuando la regla general, es que en las sentencias interlocutorias dictadas en audiencia, el recurso de apelación debe concederse en efecto diferido.¹⁹

¹⁶ Si se tratare de recurso de reposición interpuesto en audiencia contra una sentencia interlocutoria, en la misma audiencia se resolverá la reposición y de acuerdo con su resultado se examinará el recurso de apelación de conformidad con el efecto que corresponda legalmente.

¹⁷ Con efecto diferido, limitado a la simple interposición del recurso, en cuyo caso y sin perjuicio del cumplimiento de la resolución impugnada, se reservará fundamentarlo con el de la eventual apelación de la sentencia definitiva. La parte que no tuviere agravios respecto de la sentencia definitiva igualmente podrá fundar la apelación diferida por vía principal en el plazo de seis días o al evacuar el traslado de la apelación interpuesta por su contraparte contra la sentencia definitiva. En este último caso, el plazo del traslado de la apelación diferida será de seis días. Si la de apelación diferida es subsidiaria del recurso de reposición, éste se tramitará y resolverá de conformidad con lo dispuesto por el artículo 246.4.

¹⁸ Artículo 257.5 del Código General de Procesos.

¹⁹ Artículo 342 numeral 2 *ibídem*.

- También procede la concesión de la apelación con este efecto respecto de las resoluciones dictadas por el tribunal sobre producción, denegación y diligenciamiento de la prueba.²⁰
- La sentencia interlocutoria que resuelve los incidentes relativos a cuestiones planteadas en la audiencia, y que se formulen verbalmente son igualmente apelables con efecto diferido al de la sentencia principal.²¹
- La providencia que, haciendo lugar a la reposición, tenga por justificada la incomparecencia del actor, será pasible de reposición y también de apelación con efecto diferido.²²

Como observamos, en la legislación uruguaya, la apelación con efecto diferido se encuentra mucho más desarrollada y organizada, quizá por el tiempo que lleva aplicándose, lo que ha permitido tanto a los operadores de justicia como a los justiciables, ir mejorando su aplicación en los procesos judiciales. De lo anotado se desprende además, que el objeto de implementar el efecto diferido de la apelación, como se había manifestado al inicio del presente trabajo investigativo, es que los incidentes originados durante el juicio no se conviertan en una traba durante el desarrollo del mismo, lo que al parecer se ha logrado, de otro modo no se justifica que su aplicación siga vigente hasta la presente fecha.

4. Conclusiones

El efecto diferido se introduce en nuestra legislación procesal como un componente indispensable en la obtención de la celeridad, concentración y economía procesal principios entre otros, en los que se sustenta el sistema oral, el que por mandato constitucional debe imperar en todos los procedimientos judiciales, pues, reunir la actividad procesal en la menor cantidad posible de actos con la intervención directa de los juzgadores, sin interrupción desde el inicio del proceso hasta su decisión en primera instancia no solo será beneficioso para las partes procesales que buscan un proceso sin dilaciones, sino también para la administración de justicia que logrará un despacho más ágil y efectivo de las causas.

²⁰ Artículo 147 *ibídem*.

²¹ Artículo 322 numeral 2 *ibídem*.

²² Artículo 340 numeral 2 *ibídem*.

Los alcances y la efectividad del efecto diferido de la apelación, no pueden ser delimitados con exactitud sino hasta que éste sea efectivamente aplicado en los casos que la ley expresamente prevé, sin embargo, se espera un procedimiento mucho más ágil, sin trabas para la administración de la justicia, en la que, los incidentes relacionados con las excepciones previas y las pruebas, esperen para prosperar o no que exista un real agravio.

5. Bibliografía

Código de Procedimiento Civil. (12 de julio de 2005). Quito, Ecuador: Registro Oficial Suplemento No. 58 .

Código General de Procesos. (18 de octubre de 1988). Montevideo, Uruguay: Ley No. 15982.

Código Orgánico General de Procesos. (22 de mayo de 2015). Quito, Ecuador: Registro Oficial Suplemento No. 506.

Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina. (07 de noviembre de 1967). Buenos Aires, Argentina: Boletín Oficial Ley No. 17454.

Constitución de la República. (20 de octubre de 2008). Quito, Ecuador: Registro Oficial No. 449.

Couture, Eduardo (1958). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil* (Tercera (Póstuma) ed.). (J. Depalma, Ed.) Buenos Aires, Argentina: Depalma.

Española, R. A. (2012). [www.rae.es](http://lema.rae.es/drae/?val=diferido). Recuperado el 01 de septiembre de 2015, de <http://lema.rae.es/drae/?val=diferido>

Palacio, L. E. (2003). *Manual de Derecho Procesal Civil* (Décimoséptima ed.). Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot.

Ranea, R. L. (1989). *El recurso ordinario de apelación en el proceso civil* (Vol. I). Buenos Aires: Astrea.

Sarmiento, R. M. (2012). *El Código Orgánico de la Función Judicial y su incidencia en el Procesalismo Civil*. Perú: EDILEX S.A.

Valentín Cortes Domínguez, V. G. (1991). *Derecho Procesal* (Quinta ed., Vol. II). (t. I. blanch, Ed.) Valencia, España: tirant lo blanch.

Valentín, G. (21 de septiembre de 2013). <http://gabrielvalentin-derechoprocesal.blogspot.com/>. Recuperado el 03 de septiembre de 2015, de <http://gabrielvalentin-derechoprocesal.blogspot.com/2013/09/modificaciones-al-recurso-de-apelacion.html>

Desafíos y ventajas de la oralidad en materia Contencioso Administrativa: Un análisis comparado

Pablo Tinajero Delgado

Sumario:

1. Introducción; **2.** El proceso de implementación de la oralidad en Uruguay; **3.** El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de Colombia; **4.** La oralidad en el proceso contencioso administrativo de Costa Rica; **5.** El Código Orgánico General de Procesos de Ecuador

1. Introducción

Sin duda alguna, uno de los mayores retos que debe superar el proyecto de reforma judicial en el Ecuador, es la implementación del sistema oral de administración de justicia en las materias no penales, previsto en el numeral 6 del artículo 168 de la Constitución de la República, según el cual *“La sustanciación de 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.”*

Este reto, que de por sí significa grandes dificultades por superar, puede ser considerado de mayor complejidad en materia contencioso administrativa (y también, por qué no decirlo, en lo contencioso tributario), dada la naturaleza de los procesos que en estas jurisdicciones se ventilan. Sin embargo, presentan también grandes ventajas que no pueden desconocerse. En el presente trabajo, vamos a analizar los desafíos y ventajas que el sistema oral presenta dentro del ámbito de la jurisdicción contencioso administrativa, para lo cual nos hemos concentrado en el análisis de las experiencias vividas en los procesos de reforma procesal en Uruguay, Colombia, Costa Rica y Ecuador.

2. El proceso de implementación de la oralidad en Uruguay

Dice el prestigioso jurista uruguayo Santiago Pereira Campos, que *“La reforma uruguaya resulta de indudable interés en el contexto iberoamericano para cualquier país que analice alternativas para modernizar su proceso oral. En efecto, el Código General del Proceso ha introducido desde 1989 la oralidad y la inmediación en los procesos civiles, comerciales, de familia, etc., con indudable repercusión en el contexto internacional.”*¹

El Código General del Proceso uruguayo, en vigencia desde 1989, regula los procesos en todas las materias no penales, con algunas excepciones. Así, es aplicable para las materias civil, comercial, inquilinato, tributario, contencioso de reparación patrimonial contra el Estado, inconstitucionalidad de la ley y otras; y se conservan en vigencia, regímenes procesales anteriores, para materias específicas, como por ejemplo: la anulación de los actos administrativos, los procesos aduaneros y otros.

¹ Pereira Campos, Santiago, *“La oralidad en los procesos no penales: propuestas regionales y desafíos”*, Revista Diálogos Judiciales, Corte Nacional de Justicia, Quito, enero – junio de 2014, página 33.

El profesor uruguayo Juan Pablo Cajarville Peluffo, con relación a la jurisdicción contencioso administrativa uruguaya, enseña: *“El derecho positivo uruguayo tiene en esta materia una característica que lo singulariza en el derecho comparado: en sector tan importante del contencioso administrativo como el anulatorio está contenido en la propia Constitución de la República en todos sus detalles sustanciales e incluso muchos procesales: sólo quedan librados a la ley ordinaria los aspectos estrictamente procedimentales.”*² El sistema uruguayo de lo contencioso administrativo propone una doble jurisdicción. En términos generales, el ejercicio de la función jurisdiccional en esta materia está reservado para el Poder Judicial (conformado por la Suprema Corte de Justicia y Tribunales de Apelaciones, los Juzgados letrados y Juzgados de Paz). Sin embargo existen excepciones, una de las cuales consiste en la atribución de competencia para conocer las pretensiones de anulación de los actos administrativos ilegítimos (que se tramitan en juicio ordinario escrito), las cuales están reservadas para el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, órgano creado directamente por la Constitución de la República, ajeno al Poder Judicial y a la administración.³ Los Juzgados Letrados y Juzgados de Paz, así como los Tribunales de Apelaciones y la Suprema Corte de Justicia, ejercen competencia en materia contencioso administrativa, con exclusión de lo anulatorio (que como ya se dijo, es privativo del Tribunal de lo Contencioso Administrativo). La Suprema Corte solo es competente en casación, los Tribunales de Apelaciones son competentes para conocer los recursos de apelación interpuestos contra las sentencias expedidas por los Juzgados Letrados; y éstos, conocen en primera instancia y en apelación contra sentencias de primera instancia expedidas por los Juzgados de Paz.

En cuanto a las estructuras procesales, el Código General de Procesos propone un proceso ordinario por audiencias, en el cual el Juez es el director del proceso. El actor presenta su demanda escrita adjunta la prueba que tenga a su disposición y anunciando aquella que no la posea; y, por su parte, el demandado al tiempo de contestar por escrito la demanda adjunta la prueba que posea y anuncia aquella que no la posea, formula la reconvencción (con la prueba pertinente), interpone excepciones. Trabada la *litis*, se convoca a la audiencia preliminar⁴, en la que se realizan los siguientes actos:

² Cajarville Peluffo, Juan Pablo, *“Breve presentación de la jurisdicción contencioso administrativa uruguaya”*, Revista de Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, Montevideo, 2014, página 123.

³ Algo similar ocurría en nuestro país cuando el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y el Tribunal Fiscal, tenían jurisdicción nacional y jerarquía de Corte Suprema de Justicia, hasta 1993 en que se crearon los tribunales distritales de lo contencioso administrativo y de lo fiscal.

⁴ El profesor Santiago Pereira Campos nos dice: *“La audiencia preliminar del proceso ordinario bajo la dirección del Tribunal es, en el nuevo sistema procesal, el acto procesal complejo más importante, en el cual se plasman y efectivizan de modo óptimo los principios procesales consagrados en el CGP. En efecto, lo esencial del proceso es que la inmediatez opera a través de audiencias, donde impera es esquema dialógico entre las partes, asistidas por sus abogados y el juez.”* (Op. cit., página 55)

- a) se verifica la presencia de las partes;
- b) se ratifican los actos de proposición (demanda, contestación, reconvencción, etc.);
- c) se intenta la conciliación intraprocesal;
- d) se expide la sentencia interlocutoria de saneamiento y resolución de excepciones previas;
- e) se fija el objeto del proceso y de la prueba; y,
- f) se dicta el pronunciamiento sobre los medios de prueba propuestos por las partes.

Eventualmente, en esta audiencia se podrá diligenciar la prueba, realizar alegaciones finales de las partes respecto del objeto de la audiencia preliminar y se dictará sentencia.

La audiencia complementaria tiene por objeto diligenciar la prueba y la dictación de la sentencia definitiva.

3. El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de Colombia

El nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en vigencia a partir de julio de 2012, provocó un giro importante en el proceso de transformación de la justicia administrativa en Colombia, con la implementación de la oralidad en los procesos, entendida como una herramienta útil para agilizar la gestión judicial, aumentar su eficiencia y hacer posible la tutela judicial efectiva. Este Código está dividido en dos partes, la primera, que regula la actividad de la administración pública en sus diversas etapas y materias, en la que se desarrollan aspectos que tienen como fin proteger y garantizar los derechos y libertades de las personas, la primicia de los intereses generales, la sujeción de las autoridades a la Constitución y demás preceptos del ordenamiento jurídico. La segunda, que establece los preceptos para acudir a la jurisdicción contencioso administrativa, la misma que debe ofrecer un debido proceso y una decisión justa.

Una de las innovaciones que nos trae el Código colombiano es la adecuación de ciertas actuaciones administrativas a procedimientos de carácter oral, que concluyen con la expedición de un acto administrativo. Estos procedimientos realizados

oralmente tienen el objeto de agilizar los procesos y facilitar la relación del órgano administrativo con los particulares interesados. Así, el particular tiene el derecho de acudir a la administración para presentar de manera verbal sus peticiones, sin perjuicio de que el órgano administrativo pueda exigir que algunos asuntos sean expuestos de manera escrita, a través de formularios que permitan el diligenciamiento y atención de la petición. Igualmente, el particular interesado tiene derecho para solicitar constancia clara y explícita de la petición verbal que se formuló ante la misma autoridad, obligando a la entidad a generar de forma expedita, sin obstáculo alguno, dicha certificación. Sin embargo, en los casos en que la actuación administrativa se inicie de oficio, los procedimientos administrativos deberán llevarse siempre de manera escrita. El Código faculta para que, durante el transcurso de la actuación administrativa, se llame a audiencia pública con el fin de que se generen escenarios de participación ciudadana, celeridad en las decisiones y, por supuestos, el ejercicio del derecho de contradicción.

En la segunda parte del Código, la oralidad juega un papel fundamental en la búsqueda de la eficiencia de los procesos que se llevan a cabo en la jurisdicción contencioso administrativa, ya que se considera la realización de tres audiencias, combinado con diligencias escritas como son la demanda y la contestación a la demanda.

Pablo Medardo Cortes y Dagoberto Corrales Barona⁵ en su estudio *“La oralidad en el procedimiento administrativo colombiano”*⁶ nos dicen: *“...la mayoría de los procesos administrativos se tramita bajo la regla general, contemplada en el artículo 179, el cual describe tres etapas a saber: la primera, que tiene su génesis con la presentación de la demanda y culmina con la audiencia inicial; en segundo lugar, se establece una etapa que surge posterior a la finalización de la audiencia inicial y culmina con la audiencia de presentación de pruebas; y por último, la tercera etapa que constituye el periodo que se encuentra entre la finalización de la segunda etapa y el desarrollo de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, finiquitando con la notificación de la sentencia.”*

La audiencia inicial es convocada directamente por el juez y tiene como objeto principal:

⁵ Abogado por la Universidad Cooperativa de Colombia y estudiante de la especialización en Derecho Administrativo de la Universidad Militar de Nueva Granada, el primero; y, abogado por la Universidad Nacional de Colombia y estudiante de la especialización en Derecho Administrativo de la Universidad Militar de Nueva Granada, el segundo.

⁶ Universidad Militar Nueva Granada, Facultad de Derecho, Especialización en Derecho Administrativo, Bogotá D.C., 2013, página 22.

- a) dar claridad y precisión de las causas del conflicto, por lo que el juez busca la interacción de las partes con el juzgador, permitiendo a éste último interrogar e ir direccionando el proceso hacia la verdad, aplicando siempre la imparcialidad;
- b) buscar algún medio de conciliación, a pesar de que ésta ya se haya ejecutado en otras instancias extraprocesales, a fin de resolver eficientemente los litigios que llegasen a la jurisdicción contencioso administrativa;
- c) el juez podrá ordenar la práctica de pruebas que permitan esclarecer los hechos y garantizar un juicio justo en beneficio del interés general y de la protección de los derechos de las partes;
- d) dictar las medidas cautelaras contempladas en el Código que hayan sido solicitadas por las partes, con el fin de garantizar y proteger provisionalmente el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia.

Por su parte, la audiencia de pruebas tiene por objeto:

- a) que el juez reciba las pruebas decretadas previamente, garantizando la aplicación de los principios de inmediación y de concentración;
- b) fijar la manera como se llevará a cabo la última audiencia, otorgando las correspondientes citaciones a las partes, para un término no mayor a los veinte días luego de terminada la audiencia de pruebas; y,
- c) el juez tiene la potestad de dar por terminadas las diligencias orales en los casos en que considere innecesaria la tercera audiencia, en cuyo caso, las partes cuentan con diez días para presentar por escrito sus alegatos y conclusiones. En este caso, el juez dictará sentencia por escrito dentro de los veinte días siguientes.

Por último, la audiencia de alegatos y conclusiones, en caso que proceda, tiene las siguientes ritualidades:

- a) los alegatos se presentarán, en primer lugar el actor; a continuación los actores terceros activos; luego el demandado seguido de los actores terceros pasivos; y, finalmente, se permitirá la intervención del Ministerio Público en caso de que así lo solicite;
- b) cada uno de las partes señaladas cuentan con un tiempo de veinte minutos;
- c) el juez presentará oralmente su fallo, el cual será publicado dentro de los diez días siguientes; y,

- d) para casos excepcionales en los cuales el juez no pueda indicar el sentido de la sentencia, éste cuenta con un término de treinta días para dictarla y presentarla por escrito, para cuyo efecto el juez motivará y dejará constancia clara, explícita y escrita de las razones por las cuales no fue posible indicar, en la audiencia, el sentido de la sentencia.

En cuanto a los recursos en sede jurisdiccional, el Código diseña un sistema de recursos de carácter extraordinario, entre los que encontramos: el recurso de revisión, el mismo que abre la posibilidad de una nueva discusión sobre procesos que tienen sentencia ejecutoriada y que se tramita, según sea el caso, ante el Consejo de Estado o ante el Tribunal Administrativo. El Código también introduce un nuevo recurso, el extraordinario de unificación de jurisprudencia, que tiene por objeto asegurar la unidad de la interpretación del derecho y su aplicación uniforme, por lo que este recurso procede contra sentencias de única y de segunda instancia, siempre que la sentencia impugnada se oponga o contrarié las disposiciones plasmadas en una sentencia de unificación del Consejo de Estado, órgano que es encargado de resolver este recurso.

Finalmente, un asunto digno de resaltar es que en los procesos en los cuales se discuten asuntos de puro derecho, la sentencia puede ser dictada en la audiencia inicial, debido a que, como es obvio, no hay necesidad de actuar pruebas.

4. La oralidad en el proceso contencioso administrativo de Costa Rica

El profesor y Ministro de la Corte Suprema de Costa Rica, doctor Ernesto Jines-ta Lobo, en su trabajo *“La oralidad en el proceso contencioso administrativo”*, señala con mucho acierto: *“La oralidad, que para el proceso contencioso administrativo costarricense resulta una nueva idea, será el blanco de objeciones a las que, en lo posible, es necesario adelantarse.”* Esta frase resume con absoluta claridad y propiedad, los desafíos que el proyecto de transformación de justicia debe enfrentar, en especial, en lo referente a la materia contencioso administrativa. Luego de resumir en su trabajo, las objeciones que tradicional y generalmente se han hecho a los sistemas orales de administración de justicia, el citado profesor y magistrado costarricense señala cuatro factores que, a criterio de los objetores, no recomiendan la implementación de la oralidad en esta

⁷ Profesor de la Universidad de Costa Rica. Estudio publicado en *Ivstitiua*, Año 13, N° 155 – 156, noviembre – diciembre de 1999.

materia. Esos cuatro factores son, a saber: a) la consustancial y extrema complejidad de los aspectos de fondo debatidos en este tipo de procesos; b) la trascendencia económica, financiera y social de los asuntos que se ventilan en la jurisdicción contencioso administrativa; c) la existencia de una producción legislativa y reglamentaria asistemática, caótica, profusa y progresiva; y, d) el papel fundamental que cumple la prueba “preconstituida” o documental en este tipo de procesos.

A renglón seguido, el profesor costarricense nos reseña con mucho acierto, las refutaciones a esas críticas, con los argumentos siguientes: a) en verdad, los asuntos que se discuten en la jurisdicción contencioso administrativa son normalmente muy complejos. A pesar de ello, la intermediación y los poderes de ordenación y dirección propios de la oralidad, le permiten al juez simplificar, precisar y calificar los hechos controvertidos alegados por las partes, así como la prueba pertinente y, consecuentemente, la hermenéutica y aplicación de la norma jurídica adecuada; b) en cuanto a la trascendencia económica y social, es necesario recalcar que la oralidad no es sinónimo de “*superficialidad, ligereza e irreflexión*”. La oralidad es la concreción de la celeridad, economía y sencillez; c) la existencia de una gran cantidad de producción normativa dispersa, es una cuestión que a criterio del autor citado, se soluciona con un sistema informático que incluya normas vigentes e históricas, así como las reformas y datos jurisprudenciales que le permitan al juez acudir a la audiencia final con “un conocimiento de causa o con un panorama relativamente claro”; y, d) el rol supuestamente trascendental de la prueba instrumental, afirmación que sostiene, es parcialmente cierta, pues la prueba documental es válida única y exclusivamente para los procesos en los que se ha deducido una pretensión de mera nulidad. Para reforzar su posición, el profesor y magistrado costarricense cita a Giuseppe Chiovenda, quien recalcó el valor de la oralidad en tres supuestos: el primero, en un proceso en que los hechos son incontrovertidos y no hay que resolver más que cuestiones de derecho (en cuyo caso la oralidad servirá para aclarar las cuestiones de hermenéutica jurídica planteadas y para la formulación de alegatos); el segundo, en un proceso en el que existen hechos controvertidos pero se debe resolver con fundamento en una prueba documental (en cuyo caso, los documentos serán examinados en el contradictorio vivo, lo cual evita malos entendidos, yerros y hasta olvidos); y, el tercero, en un proceso en el que los hechos son controvertidos y se requieren elementos de convicción no solo documentales (en el que la oralidad cumple un papel fundamental, toda vez que se produce un contacto directo e inmediato entre la prueba y los jueces llamados a resolver la causa).

El Código Procesal Administrativo de Costa Rica introduce la oralidad en esta materia, con los propósitos de reducir la lentitud “*patológica*” del proceso escrito, los

costos económicos que muchas veces impiden el acceso a la tutela judicial efectiva e implementar un proceso ágil, breve, concentrado y democrático. A diferencia de la derogada Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1966 que establecía un sistema contencioso administrativo revisor u objetivo o meramente anulatorio, pues se centraba en la fiscalización de la actividad formal de las administraciones públicas, es decir, de los actos administrativos manifestados por escrito, previo un procedimiento específico, el nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo consagra una jurisdicción predominantemente *“subjetiva, plenaria y universal que pretende controlar todas las formas de manifestación de la función o conducta administrativa, tanto la actividad formal, como las actuaciones materiales, las omisiones formales y materiales, en sus diversas y heterogéneas expresiones, y, en general las relaciones jurídico-administrativas y cualquier conducta sujeta al Derecho Administrativo –aunque provengan de un sujeto de Derecho privado–.”*⁸ Este Código diseña un sistema de oralidad con dos audiencias, en las que debe haber una participación simultánea de los sujetos procesales a fin de garantizar la inmediación, la concentración, la publicidad y la abreviación. En la primera audiencia⁹ se tratará sobre el saneamiento del proceso; la aclaración y ajuste de los extremos de la demanda, contrademanda, réplica y dúplica; la intervención adhesiva de terceros; las defensas previas; la determinación de los hechos trascendentes controvertidos; la admisión o rechazo de los elementos probatorios; la posibilidad de conciliación.¹⁰ La segunda audiencia tiene por objeto la evacuación de la prueba, la formulación de conclusiones sobre aspectos fácticos y jurídicos y el dictado inmediato o diferido de la sentencia.¹¹

Así pues, el nuevo modelo propuesto por el Código Procesal Contencioso Administrativo nos trae, entre otras, las siguientes innovaciones principales:

- a) adecúa la justicia administrativa a las normas constitucionales: que tuvo como resultado un proceso garantista, que cumpla con un rol objetivo (de sometimiento

⁸ Jinesta Lobo, Ernesto, Derecho Administrativo Iberoamericano (Discrecionalidad, Justicia Administrativa y Entes Reguladores), Volumen I, publicación del Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo, editores Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Víctor Leonel Benavidez Pinilla, Javier Ernesto Sheffer Tuñón y Miguel Ángel Sendín García; página 2.

⁹ Conuerdo con el profesor Jinesta en calificar a esta audiencia como primera audiencia y no “preliminar”, pues como bien lo indica el Magistrado, la audiencia preliminar no es anterior a la iniciación del proceso, esta se realiza dentro del proceso, por lo que se denominación correcta es “primera audiencia”.

¹⁰ Evidentemente, existen procesos en los cuales no habrá posibilidad alguna de llegar a un acuerdo entre las partes, por ejemplo, en los casos en que se trate de actos administrativos expedidos en ejercicio de potestad sancionadora. Sin embargo, también existirán casos en los que se pueda llegar a un acuerdo conciliatorio, como puede suceder por ejemplo, en casos de contratación pública o de propiedad intelectual.

¹¹ En casos complejos, la sentencia deberá notificarse en el plazo máximo de quince días hábiles siguientes a la terminación del juicio oral y público, so pena de nulidad.

- de la función administrativa al ordenamiento jurídico) y un rol subjetivo (de tutela de las situaciones jurídicas sustanciales de los administrados);
- b) amplía la esfera de control pues suprime “*reductos exentos*”: con la creación de conceptos jurídicos indeterminados como el de “*conducta administrativa*”, con lo cual se logra una fiscalización plenaria y universal de las administraciones públicas;
 - c) existe reducción y control de la discrecionalidad: pues contiene varias normas que ponen de manifiesto la tendencia de reducir al máximo la discrecionalidad;
 - d) amplía la capacidad procesal y la legitimación: otorga capacidad procesal a los menores de edad para que puedan ser parte en un proceso sin necesidad de la comparecencia de su representante, así como reconoce a grupos sin personalidad, o a los patrimonios autónomos o independientes afectados en sus intereses legítimos. En cuanto a la legitimación, ésta se amplía para la protección de los intereses colectivos, en su versión corporativa y difusa;
 - e) consagra medidas cautelares positivas: las mismas que se las puede dictar antes de iniciar la causa, existiendo litis pendencia o en la fase de ejecución y son aquellas medidas adecuadas y necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia;
 - f) faculta el agotamiento voluntario de la vía administrativa: salvo los casos en que la Constitución expresamente dispone el agotamiento de la vía administrativa (materias municipal y contratación pública);
 - g) permite el requerimiento previo en la impugnación de las omisiones: para lo cual la parte interesada podrá requerirle al órgano público, en sede administrativa y antes de acudir a la jurisdicción contenciosa, que en el plazo de quince días realice la conducta omitida. Si opta por acudir directamente a la vía jurisdiccional, el órgano jurisdiccional debe concederle al órgano público, un plazo de quince días hábiles, con suspensión del proceso, para que cumpla la conducta omitida;
 - h) prevé un amplio espectro de pretensiones: pues el Código dispone que el demandante podrá formular cuantas pretensiones sean necesarias, siempre que sean compatibles entre sí;
 - i) introduce la figura del proceso de trámite preferente: en los casos en los que el juzgador estime que el asunto revista urgencia, necesidad o es de gran trascendencia para el interés público;

- j) introduce la figura de la conciliación intra-procesal: como un medio de solución alternativa de conflictos, acuerdo conciliatorio que será homologado por el juzgador con lo cual se dará por terminado el proceso;
- k) diseña un proceso oral por audiencias: lo cual contribuye a humanizar el proceso, tener celeridad en la administración de justicia, aplicando los principios de inmediación, concentración, publicidad e identidad física del juez;
- l) permite la extensión judicial a las partes principales de lo resuelto en vía administrativa con relación a terceros: figura que consiste en solicitarle al órgano jurisdiccional que lo que se resolvió en sede administrativa de manera favorable para otro sujeto de derecho, se le extienda o reconozca judicialmente al que lo solicita;
- m) existe una tipología de las sentencias estimatorias: lo cual resulta congruente con un control plenario y universal de la función administrativa y con el amplio espectro de pretensiones;
- n) dispone los efectos de la nulidad de un acto administrativo de alcance general y permite el dimensionamiento de los efectos de la sentencia: como ocurre en el caso de la anulación de un acto administrativo de efectos generales, que produce efectos erga omnes, salvo los derechos adquiridos de buena fe y situaciones jurídicas consolidadas. O en el caso en que la sentencia debe graduar y dimensionar sus efectos en el tiempo, el espacio o la materia, lo cual es de suma importancia sobre todo cuando se trata de la impugnación de normas reglamentarias;
- o) crea un cuerpo de jueces de ejecución con amplios poderes y facultades: con el objeto de lograr el cumplimiento integral y efectivo de lo dispuesto en la sentencia; y,
- p) crea un proceso de extensión y adaptación de la jurisprudencia a terceros: para lo cual se necesita, al menos, dos fallos de casación que hayan reconocido una situación jurídica sustancial a los sujetos que fueron parte de esos procesos, siempre que exista identidad de objeto y causa, entre la pretensión de los procesos ya fallados y el que está en trámite.

5. El Código Orgánico General de Procesos de Ecuador

En nuestro país, el artículo 194 de la Constitución de 1998 disponía que la sustanciación de los procesos, que incluye la presentación y contradicción de las

pruebas, se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios dispositivo, de concentración e intermediación. Por su parte, el numeral 6 del artículo 168 de la Constitución vigente, dispone que: “*La sustanciación de 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.*”

En aplicación de este mandato constitucional, el Consejo de la Judicatura y la Corte Nacional de Justicia asumieron la enorme responsabilidad de elaborar una herramienta procesal que cumpla con el mandato de implementar la oralidad en todas las materias, etapas e instancias del proceso, labor que tuvo como resultado la expedición del Código Orgánico General de Procesos, cuerpo legal que, entre las innovaciones que aporta, señalamos la eliminación y simplificación de más de ochenta procesos, que son finalmente sustituidos por los cuatro procesos que contempla el Código (ordinario, sumario, ejecutivo y monitorio), así como su aplicación a todas las materias no penales. En materia contencioso administrativa, los procesos se tramitarán en la vía ordinaria conforme lo dispuesto en el artículo 327 del Código General de Procesos, salvo las acciones relativas al silencio administrativo positivo y pago por consignación, que se tramitarán en el proceso sumario. En contencioso tributario, se tramitarán en el proceso sumario, todas las acciones previstas en el artículo 322 del Código General de Procesos.

- a) *El proceso ordinario*: se encuentra desarrollado en los artículos 289 a 298 del Código General de Procesos, con una primera fase escrita, de proposición (en la que se presenta la demanda y la contestación a la demanda y reconvencción, a las que se adjunta las pruebas que cada una de las partes tiene en su poder y se anuncian las que no es posible agregarlas); luego viene la audiencia preliminar (inicial), la misma que tiene por finalidad tratar, entre otros asuntos, sobre las excepciones previas, la validez del proceso, el objeto de la controversia, los reclamos de terceros, la competencia del juzgador, la conciliación entre las partes, la remisión a un centro de mediación, el anuncio y admisibilidad de las pruebas. Esta diligencia termina con la respectiva resolución respecto de las excepciones previas, los vicios insubsanables y también los sanables y, en caso de que el asunto sea de puro derecho, puede concluir con los alegatos finales y la expedición de la sentencia definitiva. En esta audiencia preliminar se resolverán los recursos propuestos. Si se trata de una aclaración o ampliación, se resolverá en el mismo momento de la audiencia. Si se trata de una apelación de un auto interlocutorio, éste solo será apelable con efecto diferido. Y si la resolución acoge las excepciones previas o resuelve cualquier otra cuestión que ponga fin al

proceso, la apelación será con efecto suspensivo. Una vez superada esta etapa, viene la audiencia de juicio, la misma que se debe realizar dentro de los treinta días contados a partir de la realización de la audiencia preliminar y cuya finalidad es: presentar los alegatos que fijan en objeto del proceso así como ordenar la práctica de las pruebas que se deban rendir, para concluir con los alegatos de valoración de las pruebas y la expedición de la sentencia definitiva.

- b) *El proceso sumario*: este proceso se encuentra desarrollado en los artículos 332 y 333 del Código Orgánico General de Procesos, el mismo que se encuentra dividido en dos etapas marcadas. La primera, que es la fase escrita de proposición (demanda, contestación a la demanda, reconvencción conexa, acompañamiento y anuncio de las pruebas de cada una de las partes). Luego viene la práctica de la audiencia única, la misma que a su vez tiene dos fases: la primera de saneamiento, fijación de los puntos del debate y la conciliación; y, una segunda fase de práctica de pruebas, formulación de alegatos y la expedición de la sentencia.
- c) *Los recursos*: respecto de estos dos procesos señalados, caben los recursos de apelación, de casación y de hecho.
- d) *Ventajas y desafíos que propone el sistema*: si bien es cierto que el sistema oral que brevemente hemos reseñado en este trabajo con respecto a nuestro país no se encuentra en vigencia en virtud de la *vacatio legis* dispuesta en la Segunda Disposición Final del Código Orgánico General de Procesos. Sin embargo, permítaseme mencionar algunas ventajas y desafíos que nos propone el sistema, las mismas que deberán ser verificadas en la práctica, luego de que empiece a regir el Código y de que haya transcurrido un tiempo prudencial.

Entre las ventajas, podemos señalar la reducción y simplificación de los procesos, que pasaron de ser más de 80 tipos de juicios a ser solamente 4, cuyas estructuras procesales son mucho más simples, haciendo que los mismos sean más eficientes, oportunos y transparentes, logrando a la vez una duración razonablemente corta de los juicios.

Otra ventaja digna de resaltar resulta ser la uniformidad de los procesos, que se concreta en el hecho de que el Código Orgánico General de Procesos rige para todas las materias no penales, lo cual constituye uno de los pilares sobre los que descansa el Código y que se fundamenta en el hecho de que las distintas pretensiones

de las partes no justifican la existencia de procesos especiales para la satisfacción de cada una de esas pretensiones.

Otra de las mayores ventajas, sin duda alguna, es la aplicación del principio de intermediación, el cual hace posible la cercanía del juez y las partes a las pruebas, transformando al juez en verdadero director del proceso, dentro del marco de los hechos controvertidos y del debido proceso.

Otro aspecto importante, que no podemos dejar de lado es el objetivo moralizador del proceso, que pretende evitar el abuso del derecho y la proliferación de conductas desleales y dilatorias, priorizando lo sustancial sobre lo formal, tal cual la constitución en su artículo 169 manda.

Pero también existen riesgos y desafíos cuando se intenta avanzar en un cambio cultural tan significativo como es el paso del modelo escriturario al sistema oral en materia contenciosa administrativa. Como todo cambio cultural los jueces, abogados y operadores de justicia están abocados a una verdadera revolución en sus prácticas jurídicas al tener que alejarse del expediente escrito y poner toda su atención en lo que ocurre en la audiencia, entendida como el lugar eficaz para la construcción de la decisión judicial.

Otro riesgo que deberemos enfrentar al implementar la nueva justicia contenciosa administrativa oral es su costo económico, lo cual evidentemente constituyen un obstáculo cierto a superar, pues la nueva justicia requiere ingentes recursos para modernizar la infraestructura necesaria para que las audiencias se puedan realizar eficazmente, y debemos por supuesto incrementar el número de jueces capacitados en materia de oralidad y especializados en materia contenciosa administrativa.

Finalmente existen algunas cuestiones complejas relacionadas con la práctica de pruebas, especialmente con la forma en que deberán realizarse y apreciarse las pericias técnicas que ahora, en el esquema del COGEP se han transformado en testimonios técnicos y por ende han variado significativamente su estructura y su forma de operar dentro del proceso.

La ejecución de las sentencias

Paulina Aguirre Suárez

Sumario:

1. Introducción; **2.** La ejecución de las sentencias; **3.** Aproximación a la naturaleza jurídica de la tutela judicial efectiva; **4.** Desarrollo del alcance de la tutela judicial efectiva; **5.** La ejecución y el proceso judicial; **6.** Procesos de conocimiento y ejecución; **7.** La ejecución y los títulos de ejecución; **8.** La ejecución de obligaciones de dar, hacer o no hacer; **9.** El embargo; **10.** Etapas del embargo; **11.** Bienes inembargables y la prelación de los derechos; **12.** Los terceros en la ejecución; **13.** La tercería de dominio; **14.** La tercería de mejor derecho; **15.** El cumplimiento de la obligación a través de los bienes embargados; **16.** Conclusiones; **17.** Bibliografía

1. Introducción

El artículo 150 del Código Orgánico de la Función Judicial prescribe que la jurisdicción es el poder de administrar justicia, que consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en una materia determinada, potestad que corresponde a los tribunales y jueces establecidos por las leyes; misma que es indivisible, por lo que el juez de primer nivel que en sentencia resolvió la *litis*, cuando la sentencia se haya ejecutoriado, es el juez ejecutor, lo cual mantiene concordancia con lo que establece el artículo 75 de la Constitución de la República del Ecuador y el artículo 142 del Código Orgánico de la Función Judicial al señalar como un derecho de protección, que toda persona puede acceder a los órganos jurisdiccionales y a obtener de ellos la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, sin que en caso alguno se produzca indefensión de ninguna naturaleza.

La tutela judicial efectiva, es un derecho humano que permite a las personas acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para reclamar la debida protección o el restablecimiento de sus derechos, con estricta sujeción al debido proceso, en consecuencia es un derecho prestacional que exige al Estado crear mecanismos judiciales idóneos y efectivos para la protección de los derechos ya sea en su dimensión individual como colectiva.

Esta protección o tutela implica que los particulares que acceden al sistema de administración de justicia, obtengan una resolución a su conflicto, que se reconozca su derecho a recurrir del fallo y en última instancia, que la sentencia dictada por autoridad judicial competente sea cumplida. Entonces el cumplimiento de la sentencia constituye la materialización de lo ordenado por el sistema jurisdiccional, por lo que si la sentencia no es cumplida o si el proceso de ejecución de la misma requiere de un mayor tiempo, entonces se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva.

Si sustanciado un proceso en el cual, el Juez investido de jurisdicción dicta un fallo con una obligación de dar, hacer, o no hacer, y de no existir un procedimiento eficaz para la ejecución de la sentencia, tal circunstancia estaría en contradicción con lo previsto en el artículo 75 de la Constitución de la República, en tanto que, existiendo un proceso de ejecución eficaz, tal hecho se circunscribe a la norma constitucional invocada, motivo por el cual el Código Orgánico General de Procesos se presenta como una respuesta material ante este inconveniente, ya que en todo supuesto de violación de un derecho debe recurrirse a la protección del Estado, que actúa por medio de los órganos, en los cuales ha delegado su función jurisdiccional.

Desde que esa protección se invoca por la interposición de la demanda, que es el modo normal del ejercicio de la acción, hasta que el juez la acepta o la niega en la sentencia, media una serie de actos llamados de procedimiento, cuyo conjunto de pasos toma el nombre de proceso. Por medio de la demanda el actor establece sus pretensiones y luego aportará al tribunal la prueba de las mismas para justificarlas; el demandado, por su parte, tiene que oponer sus excepciones. El juez es quien provee, por medio de su actuación, las peticiones de las partes litigantes, interviene en el diligenciamiento de las pruebas ofrecidas, y clausurado el debate, se pronuncia en sentencia. Pero ni las partes ni el juez proceden arbitrariamente, ni sus actos son independientes, sino que están condicionados entre sí y regulados por normas legales, que son recogidos por la normativa adjetiva, en nuestro caso el COGEP.

Entonces el proceso es un instrumento que la Ley pone en manos del juez para la actuación del derecho sustantivo, es por esta razón que el juez tiene amplias facultades con la finalidad de averiguar la verdad formal y se le confiere la dirección del proceso para evitar que la mala fe o la negligencia de las partes puedan llevarlo a una solución injusta. El fin del proceso puede inducirse considerando la actuación del juez y de las partes en el mismo, solamente cuando se ejecuta la sentencia, por lo que sin que se llegue a la ejecución de la sentencia no se puede hablar que ha existido una tutela judicial efectiva, motivo por el cual el presente trabajo pretende realizar un análisis general del fundamento teórico recogido en el COGEP en cuanto a la etapa de ejecución de una sentencia, que no busca determinar todas las posibles relaciones que hacen de la ejecución, sino que brinda una apertura teórica para continuar fortaleciendo este nuevo cuerpo normativo.

2. La ejecución de las sentencias

La administración de justicia es un elemento imprescindible en el desarrollo de toda sociedad, la cual utiliza como una herramienta para cumplir su propósito, al procedimiento que establece la ley. Así, el instrumento para realizar la función de juzgar es el proceso. En el proceso es donde se juzga y se ejecuta lo juzgado, motivo por el cual es el instrumento para aplicar la ley, y es un sistema de garantías establecidas en la Constitución.

En todo supuesto de violación de un derecho se puede recurrir a la protección del Estado, que actúa por medio de los órganos, en los cuales ha delegado su función jurisdiccional. En esta función, según Rojas (2012:7) el proceso actúa como

un instrumento de solución de conflictos que se lo puede encasillar en dos distintas fases: la cognitiva que se refiere a la declaración del derecho controvertido, y la ejecutiva que busca la efectividad del derecho establecido.

Dentro de la ciencia procesal, la fase de cognición es la más estudiada (Henríquez, 2014: 373) y en las materias no penales se desarrolla desde que ha sido invocada la protección del Estado, por medio de la presentación de la demanda, que es el modo normal del ejercicio de la acción, hasta que el juez la acepta o la niega en la sentencia, la cual cumple con una serie de actos llamados de procedimiento cuyo conjunto de pasos, en etapas sucesivas, toma el nombre de proceso. Entendido desde esta perspectiva, el término proceso es más amplio, porque comprende todos los actos que realizan las partes y el juez, cualquiera sea la causa que los origine. En esta línea de pensamiento Alsina (2001:152) argumenta que por medio de la demanda el actor, afirma la existencia de un hecho constitutivo, impeditivo o extintivo de un derecho, quien luego aportará al juzgador la prueba del mismo para justificar su pretensión; a su vez, el demandado, por su parte, tiene que oponer sus excepciones y es el juez quien en uso de la función pública encaminada al mantenimiento del orden jurídico determinado en las leyes sustanciales es quien provee, por medio de su actuación, las peticiones de las partes litigantes, interviene en el diligenciamiento de las pruebas ofrecidas y, clausurado el debate jurídico, pronuncia su sentencia, enmarcada en un procedimiento.

Entonces el proceso es un instrumento que la Ley pone en manos de las partes y del juez para la actuación del derecho sustantivo, es por esta razón que el juez tiene amplias facultades con la finalidad de averiguar la verdad formal y conferirle la dirección del proceso para evitar que la mala fe o la negligencia de las partes puedan llevarlo a una solución injusta. Una vez emitida la sentencia y alcanza la condición de definitiva como cosa juzgada, esta debe cumplirse. Si el condenado acata lo ordenado en la sentencia estamos frente a la ejecución voluntaria, es decir no es necesaria la intervención judicial coercitiva, pero si no la cumple, el juez invoca al poder coercitivo del Estado, para que por el cumplimiento forzoso (Henríquez: 2014: 408), se cumpla lo ordenado en la sentencia lo cual genera una verdadera tutela judicial efectiva. Entonces la ejecución de la sentencia es lo que permite se llegue a la tutela judicial efectiva, la cual no se alcanza solo con el ejercicio de la justicia declarativa, sino con la ejecución de la sentencia.

3. Aproximación a la naturaleza jurídica de la tutela judicial efectiva

La tutela judicial efectiva debe ser entendida en su sentido más amplio y general, esto es desde cuando el titular de un derecho decide acceder al sistema de administración de justicia para obtener una protección por parte del Estado, hasta cuando se determinan sus pretensiones en una sentencia, la misma que para que sea eficaz tiene que necesariamente ser ejecutable. Entonces el derecho a la tutela judicial efectiva comprende la protección total e integral que brinda el Estado, para que un derecho sea tutelado a través del ordenamiento jurisdiccional. Así, la tutela judicial efectiva no sólo busca la declaración del derecho, sino que los derechos sean ejecutables es decir que se puedan cumplir, en este sentido Henríquez (2014: 376) argumenta que la ejecución es una clase de tutela jurisdiccional. Cuando por medio de un proceso judicial se declara un derecho, se puede llegar a la situación jurídica, en la cual este derecho no sea ejecutable. Es evidente entonces que lo óptimo es que voluntariamente se cumpla con lo que se ordena en una sentencia, pero en la práctica se llega a configurar el supuesto en el cual, la ejecución es imposible, por lo que no se puede cumplir con lo que el juez ha ordenado. Se debe tomar en cuenta que la sola acción de la función de juzgar no otorga la protección del derecho y por tal motivo no se llega a una tutela judicial efectiva, sin que esta termine en la ejecución, ya que es en la ejecución donde se cumple finalmente con la tutela judicial efectiva (Villanueva 2006:37). Entonces para que una sentencia sea efectiva esta se debe ejecutar, voluntariamente o por medio de la coerción estatal, ya que desde esta perspectiva, la ejecución cumple una misión preestablecida en el proceso.

La naturaleza jurídica de la tutela judicial efectiva se la puede entender desde dos puntos de vista diferentes, aunque complementarios a la vez, así se la desarrolla desde el punto de vista procesal (Giménez, 2000:15), en el cual el Estado, a través de su carácter jurisdiccional asume las funciones de sancionar y ejecutar a través de sus órganos jurisdiccionales, lo que resuelve; y la otra perspectiva de carácter constitucional (Gozáini, 1999:75), en la que se dota a la tutela judicial efectiva del carácter de derecho, con lo cual ésta adquiere un rango constitucional. Independientemente de la acepción que la doctrina intenta discutir, entender el concepto resulta fundamental ya que se busca analizar las relaciones de los particulares cuando acuden al sistema jurisdiccional para obtener una protección a sus derechos que se efectiviza en la ejecución.

Cabe agregar que Álvaro de Oliveira (2009:191) argumenta que la constitucionalización de la tutela jurisdiccional de los derechos es el eslabón entre el derecho material y el derecho procesal que se da por medio del derecho fundamental

constitucional de la tutela, utilizada como herramienta para el otorgamiento de la jurisdicción y la respectiva pretensión desde el punto de vista del derecho público, por lo que las funciones ordenadora y pacificadora del derecho infra constitucional dependen en gran medida que se las imponga por medio de la vía ejecutiva, a través de la coerción estatal.

Por lo tanto, los ciudadanos para el aseguramiento de sus derechos, pueden solicitar la intervención del Estado, a través de un proceso, el cual cuenta con una serie de requisitos y condiciones que aseguren que las partes puedan acceder a los órganos de justicia en iguales condiciones. En este instante es cuando aparece una premisa propia del sistema judicial, en la cual se determina la capacidad de juzgar y ejecutar lo juzgado, lo que significa que los particulares pueden acudir al Estado para obtener de él una respuesta (Catena, 2001:187), y además de que este a través de su sistema coercitivo ejecute lo que ya ha dispuesto. Así, el derecho fundamental de acceso a la información se traduce en el poder de exigir de un órgano judicial en un tiempo razonable el desarrollo completo de sus actividades tanto en sus decisiones con la emisión de un pronunciamiento procesal de mérito sobre el objeto de la pretensión procesal, como que pueda ser realizado desde el punto de vista material todo esto enmarcado entre el derecho fundamental a un derecho justo y el derecho a una tutela jurisdiccional efectiva y adecuada (Álvaro de Oliveira, 2009:192).

Entonces no se puede desvincular a la tutela judicial efectiva de su carácter procedimental, ya que hacerlo significaría desconocer que existen requisitos para acceder a la protección del Estado, pero al argumentar que es un derecho de carácter constitucional le otorga una protección ya manifiesta dentro del ordenamiento jurídico, por lo que a la tutela judicial efectiva se la debe entender desde esta doble perspectiva. Así, la Constitución garantiza varios derechos pero el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es el que permite reconocer otros derechos, ya que a través de esta, el ciudadano puede utilizar la protección del Estado, independientemente de que la pretensión sea o no aceptada, ya que el solo hecho de acudir a la autoridad jurisdiccional para determinar si la pretensión se materializa, es parte del derecho a la tutela judicial efectiva (Gozaíni, 1999:77), que solo culmina con la ejecución de la resolución judicial.

4. Desarrollo del alcance de la tutela judicial efectiva

El acceso a la justicia no solamente es tener el derecho de acudir ante un juez, sino que el mismo se desarrolle con la propia actuación de las partes dentro del

proceso, buscando un pronunciamiento a través del organismo jurisdiccional, el cual se debe ejecutar, entendida desde esta visión la tutela judicial efectiva es un derecho que le corresponde hacer respetar al Estado, con lo cual queda determinado el carácter jurisdiccional de la tutela judicial efectiva.

Para Vescovi (2006:6) el ejercicio de la función jurisdiccional tiene por fin declarar el derecho en el caso concreto mediante una declaración judicial que constituya la regla obligatoria con carácter definitivo e inmodificable que se realiza por medio del proceso, esta declaración la efectúa el juez en representación del Estado, luego de una serie de actos que constituyen dicho proceso en lo que se denomina sentencia; y la inmutabilidad de la sentencia es lo que se lo conoce con el nombre de cosa juzgada. Con la finalidad de determinar el alcance de la cosa juzgada, Velasco (1989:17) argumenta que las condiciones que debe rendir una sentencia para que pase en la autoridad de cosa juzgada son: 1. Que haya sido dictada por un juez competente; 2. Que se haya discutido entre personas capaces, esto es que no haya habido ilegitimidad de personería entre las partes; 3. Que no se haya omitido solemnidad alguna capaz que la sentencia sea materia de nulidad alguna; y, 4. Que la sentencia se haya ejecutoriado.

Así, la tutela judicial efectiva presupone que las partes pueden acudir al Estado para solicitar de él una respuesta a sus pretensiones, que exclusivamente están sujetas a un derecho subjetivo, el cual permite que los jueces resuelvan (Gozaíni, 1999:69) pero además que este derecho subjetivo llegue a una conclusión, lo cual se tendría en la ejecución; características que permiten que la tutela jurisdiccional sea efectiva.

González (1985:27) afirma que el derecho a la tutela jurisdiccional despliega sus efectos en tres momentos distintos, el primero en el acceso a la justicia, el segundo una vez que en ella sea posible la defensa y se logre obtener una solución en un plazo razonable, y tercero que una vez dictada la sentencia se produzca una plena efectividad de la resolución. Entonces sin el cumplimiento de lo ordenado en la decisión judicial, el ordenamiento jurídico no garantizaría el derecho a la tutela jurisdiccional, para lo cual el Estado dispone de sus órganos coercitivos. Según propone Montoya (2000:753) el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva tiene como objetivo obtener una resolución fundada en derecho, el cual se instrumenta a través del ejercicio de la acción, lo que necesariamente no significa tener derecho a una sentencia favorable, pues el titular de la acción puede ser o no el legítimo propietario del derecho material que ha pretendido. Desde esta perspectiva, las normas establecidas en las leyes carecerán de eficacia si al sancionarlas el Estado no crease los órganos necesarios

para hacerlas efectivas, cuando en los casos concretos sea necesaria su intervención, ya que por su propia naturaleza el Estado como tal no puede actuar por sí mismo y necesita delegar esta función en personas físicas (Alsina, 1963:28); entonces este primer aspecto determina y comprende a los jueces, pero no basta con crear los órganos, sino que necesita fijar atribuciones y deberes, estableciendo límites a la actuación, con lo que se busca que los particulares tengan la suficiente seguridad de concurrir ante el juez que les corresponde y que de ellos puedan obtener la protección del Estado, a través de la fase de ejecución de la sentencia pues este sirve como el vehículo que permite materializar el derecho a la tutela jurisdiccional.

De lo anterior se desprende que el mero acceso a la jurisdicción no corresponde necesariamente al derecho de la tutela judicial efectiva, sino el conjunto que permite que los derechos se ejecuten de forma adecuada y por los organismos competentes, es lo que permite el desarrollo de este derecho porque como afirma Hurtado (2010: 33) es un deber del Estado resolver los conflictos que se pongan a su consideración, otorgando tutela jurisdiccional ante el pedido de un particular.

Entonces, el derecho a la tutela judicial efectiva se basa en la premisa que las partes obtengan una resolución judicial, la que debe ser impulsada y que se pronuncie sobre las pretensiones que las partes hayan aducido dentro de un proceso; pero la intervención de los órganos jurisdiccionales no termina cuando se dicta la sentencia *“sino que abarca todos los actos necesarios para cumplimentar el fallo es decir la jurisdicción comprende “la fuerza vinculativa” mediante la posibilidad de realizar medios de coerción para poder restablecer la vigencia de la norma, abstracta violada o desconocida”*. (Tena e Ítalo, 2007:182).

5. La ejecución y el proceso judicial

El ejercicio de la jurisdicción conlleva no solo el juzgar sino ejecutar lo juzgado, porque es necesario que se realicen ciertos actos que permitan la materialización de la decisión judicial, caso contrario no se entregaría una tutela judicial íntegra. Entonces, la ejecución puede ser entendida como elemento esencial que engloba a la jurisdicción, pues comprende el derecho a que se cumplan las sentencias dictadas por los organismo judiciales; es decir que se tutelen los derechos legítimos que han sido obtenidos a través de una sentencia favorable, lo cual no tiene una validez si sólo se llegará a establecer en las resoluciones, declaraciones de intenciones o reconocimiento de pretensiones sin un alcance práctico.

Desde este punto de vista la ejecución no solo es parte integral del derecho a la tutela judicial efectiva sino que es la garantía al cumplimiento de las resoluciones judiciales que la contienen y que han sido parte de un proceso judicial, por lo que la ejecución de la sentencia conlleva dos aspectos íntimamente ligados: el primero es que las resoluciones judiciales sean eficaces y el segundo es que estas resoluciones se conviertan en firmes en relación a las declaraciones contenidas en ellas. Así, según lo afirma Hurtado (2010:33) las resoluciones que se generan a través de la actividad jurisdiccional tienen una característica relevante; pues tienen la autoridad de cosa juzgada, si la resolución que resuelve el conflicto no logra alcanzar su calidad de definitiva, inmutable e irrevisable no estamos frente a una verdadera función jurisdiccional ya que el elemento de ejecución y coercitivo nacen de la cosa juzgada, pues sin ella no sería posible la ejecución compulsiva de las decisiones judiciales.

En su acepción común el vocablo ejecución alude a la acción y efecto de ejecutar; ejecutar es a su vez, realizar, cumplir, satisfacer, hacer efectivo y dar realidad a un hecho. El lenguaje jurídico no define en lo sustancial de estas acepciones, pero el vocablo sufre una especie de desdoblamiento, así, se habla de ejecución de las obligaciones para referirse a la acción mediante la cual el deudor cumple con lo que debe, dando, haciendo u omitiendo una cosa (Couture, 1990:437). Es ésta la forma voluntaria, normalmente espontánea, del derecho. Pero adquiere una nueva significación, cuando se alude a la llamada ejecución forzada (Hernández, 2014: 410). En ella, a diferencia de la ejecución voluntaria, no es el deudor quien satisface su obligación. Ante su negativa, expresa o tácita, de cumplir con aquello a que está obligado, el acreedor debe recurrir a los órganos de la jurisdicción. Estos proceden, entonces, coercitivamente, acudiendo a la coacción.

Para Devis Echandía (1985:82-82) el poder de ejecución se relaciona con el de coerción pero tiene su propio sentido, pues si bien implica el sentido de coerción y más aún del uso de la fuerza contra una persona, no busca facilitar el proceso sino la obligación del cumplimiento del mandato claro y expreso que se deriva de una sentencia o de un título proveniente del deudor, al cual la ley le asigna ese mérito. Entonces se refiere al poder de ejecutar lo juzgado y de hacer cumplir sus decisiones, lo cual es indispensable, pues de nada serviría el proceso si lo resuelto dependiera de la buena voluntad del obligado. Así, las resoluciones judiciales siempre se deben cumplir una vez estén ejecutoriadas o se encuentren en firme, lo cual debería hacerse de una forma voluntaria, pero si el deudor se niega a obedecerlas, el acreedor recurre al aparato jurisdiccional para que por medio de la fuerza (Catena, 2001:189), si es necesario impongan su cumplimiento.

En este orden de ideas Alsina (1956:427) asegura que el empleo de la fuerza es necesaria para el cumplimiento de las medidas ordenadas dentro del proceso, a efecto de hacer posible su desenvolvimiento, y que puede recaer sobre las personas o cosas. El procedimiento se denomina, en esta circunstancia, ejecución forzada, por oposición a la ejecución voluntaria. Como las sentencias declarativas y constitutivas no imponen el dar, hacer u omitir algo, viene a resultar que la ejecución forzada, o simplemente ejecución, es el procedimiento dirigido a asegurar la eficacia práctica de las sentencias de condena.

En algunos casos el derecho admite que los particulares convengan o estipulen algo que equivale virtualmente a una sentencia de condena. El título contractual u obligacional, se asimila entonces a la sentencia y adquiere la calidad de título privado de ejecución (Couture, 1990: 437-439), para lo cual también se acude al sistema jurisdiccional para ejecutar la obligación. Entonces la ejecución consiste en el poder del Estado para hacer efectivas las sentencias o las obligaciones que tengan carácter de sentencia, por así disponerlo la ley o el acuerdo de las partes. Debemos incluir entre éstas a las resoluciones de la jurisdicción convencional como son los laudos arbitrales y las actas de mediación.

6. Procesos de conocimiento y ejecución

Examinados aisladamente los procesos de conocimiento y ejecución, parecen funciones antagónicas del orden jurídico, pero ambos se interfieren recíprocamente y se complementan en forma necesaria (Casarino, 2005:21). De tal manera que, todo proceso de ejecución lleva consigo etapas o elementos de conocimiento, por ejemplo algunos casos de ejecución extrajudicial que deben reputarse excepcionales, pueden, sin embargo, dar motivo a acciones de conocimiento posteriores.

Couture (1990: 441) sobre este tema describe, que en el derecho uruguayo se podría ordenar sistemáticamente los siguientes casos:

- a) Ejecuciones extrajudiciales;
- b) Ejecuciones judiciales sumarias;
- c) Juicio de apremio o acción ejecutoria;
- d) Juicio ejecutivo;
- e) Juicios de conocimiento con prevaleciente función ejecutiva;
- f) Juicios sumarios, monitorios y verbales; y
- g) Juicio ordinario.

Se debe tomar en consideración que los procesos ejecutivos, en estricto sentido, no son de carácter jurisdiccional, debido a que no se hace un pedido ante la autoridad para que esta resuelva, sino por el contrario se le solicita que se cumpla con lo contenido en un título. A decir de Herrera y Correa (2012:75) en los procesos ejecutivos interviene el aparato jurisdiccional para formalizar y cerciorarse del cumplimiento de la obligación que contiene el título, pues en proceso jurisdiccional en estricto sensu el sometimiento al conocimiento del sistema jurisdiccional es incierto, mientras que en el ejecutivo es cierto e indiscutible.

Para justificar el carácter no jurisdiccional de la ejecución de títulos ejecutivos, Couture (1990: 443) argumenta que éste no constituye un derecho de petición ante la autoridad, sino una manifestación pública del derecho de propiedad. Ante lo cual es necesario precisar que la manifestación pública en todo caso se manifiesta a través de la jurisdicción y si bien en los hechos, la actividad de los auxiliares es más visible que la actividad de los magistrados, no es menos cierto que sólo actúan dentro del derecho, por delegación de éstos.

Para Vescovi (2006:73) la acción de ejecución o ejecutiva tiene por objeto lograr el cumplimiento forzado, el cual ha sido impuesto por una sentencia de conocimiento, mediante la ejecución de la sentencia, o de una deuda líquida y exigible que surja de un documento como el título ejecutivo, a través de los órganos jurisdiccionales, aunque en determinados casos se lo puede hacer por procedimientos de ejecución cumplidos directamente por órganos auxiliares de la jurisdicción sin la presencia de los jueces, motivo por el cual se puede argumentar que jurisdicción es la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado independientemente del órgano que la cumpla. Así entendido, la jurisdicción abarca tanto los procesos de conocimiento como los de ejecución; por tanto hablar de ejecución sin que preceda el conocimiento se estaría ante la arbitrariedad (Couture, 1990:447), lo cual es contrario al derecho ya que entre los conceptos de conocimiento y ejecución, se observa una unidad permanente que nace de la jurisdicción.

Este trabajo trata sobre el proceso de ejecución en obligaciones de dar, hacer o no hacer; sin embargo, existen sentencias declarativas en las que no es necesario un proceso de ejecución propiamente dicho, como en los juicios de divorcio, de reconocimiento de la paternidad o maternidad, nulidad de escrituras públicas, etc. en los que la sentencia se ejecuta con la inscripción o marginación de aquella en el respectivo registro, civil, de la propiedad, notarial.

7. La ejecución y los títulos de ejecución

Los títulos de ejecución son documentos en los cuales se refleja una obligación que puede ser de una o varias personas, y de los cuales se puede exigir su realización pues como afirman Herrera y Correa (2012:75) tienen como finalidad asegurar la obtención de una prestación buscada por un sujeto en su favor mediante la intervención judicial. Nuestra legislación es clara al manifestar cuales son los títulos de ejecución. Así, el artículo 347 del Código Orgánico General de Procesos determina que son títulos de ejecución: la sentencia ejecutoriada, el laudo arbitral, el acta de mediación, el contrato prendario y de reserva de dominio, la sentencia, el laudo arbitral o el acta de mediación expedidos en el extranjero, homologados, las actas transaccionales, y los demás que establezca la ley.

El título de ejecución es básico para la ejecución. La obligación contenida en el título en principio debe ser cumplida por quien ha sido llamado, y solamente en el caso de no cumplimiento se utiliza el sistema judicial a través de sus organismos para que se cumpla, es decir para que se dé la efectividad del mismo. En la ejecución se busca que se cumplan las obligaciones contenidas en el título de ejecución. Para lograr que el deudor cumpla lo ordenado, se acude a la actividad jurisdiccional, a través del ordenamiento jurídico mediante un conjunto de actos, que provocan que las obligaciones se cumplan. Como puede observarse en la ejecución lo único que se debe hacer es obligar al deudor a cumplir lo contenido en el título. Entonces, le corresponde a la administración judicial las funciones de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, hacer efectivo el derecho con todas las consecuencias que implique (Villanueva, 2006:46), y el juez de origen es el competente para ejecutar lo resuelto en una sentencia en firme.

Ackerman y Tosca (2009:433) consideran a la ejecución de la sentencia como un procedimiento dentro del juicio principal así la sentencia pasa en autoridad de cosa juzgada cuando las partes lo hayan consentido o cuando interpuestos recursos se han resuelto y no queda remedio procesal ordinario que intentar. Entonces, el título de ejecución se deriva de la legitimación del proceso en la medida en la cual, quien está documentado en el título, se presente con una obligación, y alguien esté obligado a cumplirla.

El fin principal que busca la ejecución es lograr el cumplimiento íntegro de la obligación, así el organismo jurisdiccional realiza las diligencias necesarias, para terminar con la ejecución. Una vez iniciada la ejecución no se acude más al principio dispositivo, y se puede configurar el impulso de oficio (Catena, 2001:190), buscando

el cumplimiento de la obligación contenida en el título, sin necesidad de que se solicite la práctica de diligencias, a pesar de que se las podría realizar en el momento que el acreedor lo considere necesario. Así el artículo 365 del COGEP establece que la o el juzgador brindará a la o el ejecutante todo el apoyo y facilidades para la realización de los actos necesarios dentro de la ejecución.

En la ejecución se presupone que los jueces deben reaccionar contra comportamientos dilatorios que busquen entorpecer a la orden realizada por el órgano jurisdiccional, aunque la oposición a la propia ejecución se puede dar por motivos de forma como de fondo, y es un acto judicial que es posible en este caso. Así, el deudor puede oponerse al mandamiento de ejecución según el artículo 373 del COGEP por las siguientes causas: pago o dación en pago, transacción, remisión, novación, confusión, compensación, y pérdida o destrucción de la cosa debida. Pero la causa que se invoque deberá estar debidamente justificada, así como el hecho de haberse producido luego de la ejecutoria de la sentencia o de la exigibilidad del título de ejecución respectivo.

La ejecución debe sujetarse en los términos que reconoce el título, en este sentido, la búsqueda de la tutela judicial efectiva se logra cuando se obtiene una total satisfacción de su titular en la ejecución; aunque se debe tener presente que no todas las ejecuciones resultan posibles en sus propios términos, como lo que sucede en las obligaciones de hacer o no hacer, o en las cuales se necesita entregar una cosa específica (Herrera y Correa, 2012:182).

Para lograr el cumplimiento efectivo de la obligación, el órgano judicial puede adoptar las medidas que considere necesarias para reaccionar frente a un comportamiento que impida o dilate la ejecución. Tal es el caso, que el juez impondrá al ejecutado que decida no cumplir lo ordenado, el embargo de bienes (artículo 375 del COGEP), con la finalidad de lograr que las obligaciones se ejecuten por medio de la actividad coercitiva propia del ordenamiento jurídico. La fuerza coercitiva dentro de la potestad jurisdiccional resulta indispensable, pues si los juzgadores no dispusieran de la misma, no podrían intervenir en el patrimonio del deudor y hacer efectivo el cumplimiento de la obligación de forma definitiva.

También se puede dar el caso, que por los propios términos de lo resuelto, sea por razones materiales o jurídicas no se pueda lograr la ejecución para lo cual al juez se le puede proponer una fórmula de pago (artículo 374 del COGEP), buscando que el cumplimiento de lo ordenado en el título resulte posible.

8. La ejecución de obligaciones de dar, hacer o no hacer

El objetivo final de la ejecución es que la obligación contenida en un título de ejecución se cumpla, dependiendo del tipo de obligación: de dar, hacer o no hacer (Paz, 2007:245), pero por su carácter estas obligaciones pueden en definitiva llegar a ser dinerarias, es decir la ejecución se cumple, con la entrega de una cantidad de dinero (artículos 366, 368 y 369 COGEP), por lo que la ejecución busca conseguir una suma de dinero determinada cuando la obligación es de dar especie o cuerpo cierto, de hacer, y de no hacer y estas no se pueden cumplir, porque cuando la obligación no es dineraria, es susceptible de transformarse en dinero, ya que de otra forma resultaría ser imposible la ejecución.

Para Devis Echandía (1985:466) las resoluciones judiciales se deben cumplir una vez ejecutoriadas, así para la ejecución de la sentencia no es necesario por lo general recurrir a un proceso superior y distinto sino que se procede al cumplimiento por parte del juez, ya sea que se trate de entrega de bienes, obligaciones de no hacer, o pago de sumas de dinero, para lo cual puede ser necesario el secuestro, embargo y remate de bienes del obligado.

La obligación contenida en el título de ejecución ya no corresponde a un proceso de conocimiento, con lo cual el juez ya no puede revisar sobre el derecho que contiene el título, con lo que se limita únicamente a la comprobación del título mas no de la obligación, pues la tutela ejecutiva busca generar el equilibrio en el patrimonio del acreedor cuando el deudor no ha cumplido su obligación (Romero, 2002: 119). La ejecución permite que se reestablezca el derecho del acreedor realizando todas las actuaciones que sean necesarias para reparar la lesión que ha sufrido su derecho. En nuestro sistema la ejecución de la sentencia compete al juzgador de primer nivel a quien correspondió el conocimiento de la causal en primera instancia. En la ejecución de laudos, actas de mediación, sentencias extranjeras homologadas, la competencia se radicará por sorteo ante un juez de primer nivel.

9. El embargo

El embargo procede una vez que se ha dictado mandamiento de ejecución (art. 372 COGEP) y el deudor no ha dado cumplimiento a la obligación, para iniciar la ejecución forzosa.

La finalidad de la ejecución es hacer efectivo el derecho ya reconocido (Peña, 2012:136); bajo esta premisa se puede entender que el embargo es una medida por medio de la cual se consigue que del patrimonio del ejecutado (deudor) se llegue a cumplir la ejecución. Moreno (2009:217), afirma que el embargo es la actividad jurisdiccional desarrollada en la ejecución forzosa, en la cual se han individualizado los bienes de contenido patrimonial en el patrimonio del deudor y que son suficientes para cumplir con la responsabilidad determinada en el despacho de la ejecución.

De esta forma si su patrimonio se encuentra en numerario este se lo aprehende y se lo entrega al acreedor; ahora en el caso de que el patrimonio del deudor no contenga numerario la ejecución se realizará necesariamente a través de bienes para que estos luego sean convalidados en dinero para su posterior entrega al ejecutante del título (González y Fern., 2004:84); entonces se entiende que el embargo es una actividad jurisdiccional en la cual se busca que por medio de la individualización de bienes provenientes del patrimonio del ejecutado se logre el cumplimiento de lo contenido en el título, con la finalidad de que estos bienes se transforman en una cantidad de dinero.

Tena e Ítalo (2007:189) argumentan que le corresponde exclusivamente al ejecutante en el momento de la diligencia de embargo y tomando en consideración lo que expongan las partes, determinar los bienes que deben ser objeto del embargo, prefiriendo los que sean de más fácil realización, es decir los que se puedan enajenar sin mayores obstáculos. El COGEP recoge esta premisa doctrinaria y la complementa, así en el artículo 375 prescribe que el juez ordenara el embargo de los bienes de propiedad del ejecutado conforme con la documentación certificada por el ejecutante o la obtenida por el juzgador.

El embargo contiene los siguientes elementos:

1. El embargo produce una afectación real del patrimonio del deudor del cual se busca la ejecución.
2. El embargo nace de la necesidad de que el juez pueda hacer cumplir la obligación contenida en el título de ejecución.
3. El embargo puede recaer sobre uno o varios bienes del patrimonio del ejecutado que permitan el embargo, no se puede hablar de un embargo total de bienes del ejecutado, aunque se puede llegar al caso de que se embarguen varios de los bienes del mismo, pero esto no significa que el embargo haya sido efectuado sobre todos los bienes del deudor, sino sobre aquellos que permiten la ejecución de la sentencia.

4. Como la finalidad del embargo, es poder cumplir con la obligación contenida en la sentencia, no se puede afirmar que el deudor adquiere algún derecho real sobre los objetos embargados, más bien lo que obtiene es el llamado derecho de persecución, sobre el elemento patrimonial embargado, y por lo tanto lo que adquiere es el derecho a resarcirse con el valor pecuniario que genere el bien.

Entonces el embargo no ha sido diseñado para que se materialice con todos los bienes del ejecutado, sino únicamente sobre aquellos que permitan cumplir con la obligación, salvo que el ejecutado no pueda cumplir con la obligación contante en el título, para lo cual se iría contra todos los bienes del deudor, esto en función según Casarino (2009:67) de la aplicación de regla general del embargo que se refiere a que pueden embargarse todos los bienes del deudor cualquiera sea su clase o naturaleza.

Como se puede observar, el embargo es una actividad que requiere un esfuerzo del órgano jurisdiccional, que para ser cumplido necesita de una serie de actos y procedimientos que permitan obtener los bienes del ejecutado; por eso se habla de que existen varias etapas para el embargo; así la primera etapa constituye la determinación y selección de los bienes que serán destinados para la ejecución del título de ejecución.

Cuando la sentencia definitiva establezca una obligación pecuniaria a cargo del demandado deberán seguirse los trámites necesarios para asegurar los bienes del deudor que correspondan en la condena (Tena e Ítalo, 2007:87). Entonces el embargo es el acto procesal que sirve para asegurar los bienes del deudor, venderlos con posterioridad y con su producto cubrir la deuda al acreedor en cuyo favor se dictó el fallo; así el embargo constituye la afectación y aseguramiento material de determinados bienes, al pago de una deuda, llevada a cabo mediante un acto jurisdiccional que así lo ordena.

10. Etapas del embargo

En un primer escenario se puede presentar que el acreedor conozca cuales sean los bienes que posee el deudor, González y Fern. (2004:83), y él es quien acude ante el órgano judicial para determinarlos en su propio pedido de ejecución, a pesar de que también se puede dar el caso, en el cual el acreedor no puede determinar

cuáles son los bienes que forman parte del patrimonio del ejecutado, con lo que se necesitaría realizar una determinación de los mismos, y Alsina (1956:428) inclusive argumenta que la ejecución de las resoluciones judiciales se puede dar inclusive mediante el auxilio de la fuerza pública para demostrar la importancia del embargo en la ejecución.

Ante la situación planteada el ejecutante, una vez presentado el requerimiento contenido en el título, deberá determinar cuáles son los bienes o derechos que le permiten garantizar la obligación contenida en el título de ejecución (Vázquez, 2010:71), buscando la individualización de los mismos, lo que se determina en la identificación de las personas sobre las cuales pueden recaer esos bienes o los derechos que contienen sobre los mismos. En el caso de que no se pueda identificar los bienes suficientes para poder cumplir con la obligación el órgano jurisdiccional puede dirigirse a otros organismos públicos para que estos determinen los bienes o derechos que tenga el ejecutado (artículo 365 del COGEP).

Finalmente se puede dar el caso en el cual, a través de la búsqueda de información, se llegara a la conclusión que el deudor no posee bienes, con lo cual se debería iniciar la insolvencia o liquidación, dependiendo si es persona natural o jurídica (Feliu, 2009:962)

Una vez determinados e identificados los bienes que forman parte del patrimonio del ejecutado se debe proceder a la selección de los bienes que son embargables, para lo cual se debe atender a la determinación realizada por el perito para la liquidación de capital, intereses y costas, a excepción de los procesos laborales en los cuales los jueces deben determinar en el fallo la cantidad que se debe pagar (artículo 371 COGEP). Existe un orden de prelación para el embargo, pues se lo practicará de la siguiente manera: 1. Dinero; 2. Bienes hipotecados, prendados o gravados con otra garantía real; 3. Bienes que hayan sido objeto de alguna medida preventiva (retención, prohibición de enajenar, etc.); y, 4. Bienes señalados por el acreedor.

11. Bienes inembargables y la prelación de los derechos

La cuantía es un factor determinante en lo que respecta al embargo debido a que lo que se busca no es la totalidad de todos los bienes y derechos del ejecutado sino solamente de los que sirvan para cubrir con la obligación determinada en el título de ejecución, lo cual está frente a un principio de proporcionalidad, para el

que se determinan que los bienes del ejecutado sean suficientes para cumplir con la obligación, superior (Vargas, 2013:150). La ejecución lleva implícito el principio de proporcionalidad, que se basa en que se logre el máximo provecho de la realización de los bienes del ejecutado en función del beneficio del ejecutante, aunque se debe preservar la esfera mínima jurídico patrimonial del ejecutado.

Se debe tomar en cuenta que existen bienes o derechos que no son susceptibles de embargo con los que no se podría vincular la ejecución del título (Moreno, 2009: 234). Esta clase de bienes se refieren a los bienes que forman el patrimonio familiar, pues son inalienables y no están sujetos a embargo ni a gravamen real, excepto el de las servidumbres preestablecidas y el de las que llegaren a ser forzosas y legales (artículo 839 del Código Civil); no es embargable la propiedad de los objetos que el deudor posee fiduciariamente (artículo 1634 del Código Civil). El artículo 121 de la Ley de Mercado de Valores establece que los bienes del fideicomiso mercantil no pueden ser embargados ni sujetos a ninguna medida precautelatoria o preventiva por los acreedores del constituyente, ni por los del beneficiario, salvo pacto en contrario previsto en el contrato. El artículo 145 de la Ley del Deporte, Educación Física y Recreación, determina que constituye patrimonio inembargable e irrenunciable del deporte de la República, toda instalación deportiva, bienes inmuebles y muebles destinados al uso público; y finalmente la Ley de Compañías en su artículo 31 establece que no es susceptible de embargo las cuotas o las participaciones que correspondan al socio en el capital social, con excepción de las compañías anónimas, en comandita por acciones y de economía mixta, en las cuales podrán embargarse las acciones mediante la aprehensión de los títulos y la inscripción del embargo en el libro de acciones y accionistas de la compañía.

En relación a la prelación se debe considerar que, no es el juez ni el deudor, quienes a su libre arbitrio determinan el orden por el cual se deben embargar los bienes, sino que debido al mérito de la facilidad con la cual se puede enajenar un bien, y al criterio por medio del cual se llegue a una menor afectación al deudor, es como se debe determinar el orden de prelación de los mismos, es decir como afirman González y Fern. (2004:83) se debe seguir un orden. El artículo 377 del COGEP, establece la orden de prelación del embargo prescribiendo el siguiente orden: 1. El dinero de propiedad de la o del deudor; 2. Los bienes hipotecados, prendados o gravados con otra garantía real; 3. Los bienes sobre los cuales se dictó providencia preventiva; y, 4. Los demás bienes que señale la o el acreedor, que los determinará acompañando prueba de la propiedad de los mismos.

Se puede hablar de la segunda etapa, cuando se ha concluido e identificado los bienes o derechos a embargarse, y esta se refiere a la afectación de los mismos, es decir que el embargo por la actuación judicial permite que los bienes del ejecutado queden ligados a la obligación contenida en el título de ejecución, lo cual es posible sólo a través del juez, quien es investido por el organismo jurisdiccional, el cual tiene la capacidad de afectar los bienes seleccionados para su ejecución

La tercera etapa corresponde al aseguramiento del embargo, esta etapa se justifica en la necesidad de garantizar los bienes o derechos embargados para que sea realizable la ejecución, y esto se basa en la posibilidad de que el deudor por medio de actos busque la disminución o desaparición de ciertos elementos de su patrimonio, además de que permite la publicación para que posibles terceros tengan conocimiento de la afectación producida a los bienes y derechos del patrimonio del deudor (artículos 375 y 389 del COGEP). Estas garantías se mantienen hasta cuando se haya cumplido con la obligación, y entre las principales podemos enumerar a la prohibición de enajenar bienes inmuebles a través de la inscripción en los registros correspondientes (artículo 384 del COGEP), en el caso de bienes muebles se puede utilizar la figura del depositario judicial, y se genera lo que se denomina según Vázquez (2010:88) la administración judicial, el cual tendrá en su poder la cosa que sirve de garantía para la ejecución hasta cuando el órgano jurisdiccional disponga su entrega a determinada persona (artículo 383 del COGEP).

12. Los terceros en la ejecución

Los terceros son los que no siendo parte alegan en la audiencia de ejecución, un derecho o interés legítimo y personal que pudiera resultar afectado por la ejecución que se trate de llevar a cabo, puesto que la norma procesal les otorga el derecho a intervenir (artículo 394 del COGEP).

Para Tena e Ítalo (2007:200) en sentido amplio, la tercería implica la intervención de un tercero en un juicio ejercitando un derecho de acción procesal ya sea que se trate de una manera voluntaria o forzada, mientras que en sentido restringido la tercería significa la intervención de un tercero en determinado proceso en el que hace valer sus derechos de propiedad o de preferencia a efecto de evitar que el remate de los bienes embargados pueda causarle perjuicios irreparables. En esta línea de pensamiento Casarino (2005:29) al determinar la finalidad de las tercerías afirma que estas permiten que los fallos judiciales sean conocidos por el mayor número de

personas, pero siempre y cuando estas mantengan un interés legítimo en el pronunciamiento del órgano jurisdiccional, con el objetivo de evitar sucesivos juicios que versen sobre la misma materia, además de eliminar la posibilidad de la generación de fallos contradictorios.

Así nos encontramos que, partiendo del principio general de que quienes no son parte no pueden intervenir en la ejecución, se configuran supuestos concretos en los que la posibilidad de acceso no sólo está permitida, sino que además está regulada, como también lo están las condiciones y los efectos de su acceso.

Los supuestos de intervención de terceros son variados, algunos de los cuales están recogidos en la propia ley, siendo los más frecuentes los que tienen por objeto reclamar la titularidad del dominio de los bienes embargados o el mejor derecho para embargar o para percibir el producto de la ejecución, que se conocen por el nombre de tercerías (Blasco, 2007: 560-564).

13. La tercería de dominio

En la ejecución se debe demostrar que los bienes o derechos embargados son de propiedad del ejecutado. En la práctica, los bienes embargados deberán corresponder al deudor, pero se puede dar el caso en el cual la propiedad de los bienes o derechos no sean del deudor sino de un tercero. Con la finalidad de no afectar los bienes que le corresponden a un tercero, en primer lugar el ordenamiento jurídico determina que los bienes del embargo recaen exclusivamente sobre los bienes del deudor, o los que tienen apariencia de pertenecer a él y que no conste que pertenecen a un tercero (Ramos, 2000:254). En lo que respecta a bienes inmuebles estos deberán constar como propiedad del deudor en el registro público correspondiente, con lo cual no se puede embargar esta clase de bienes si no consta en el registro, que corresponden efectivamente al deudor y no a un tercero. Los inconvenientes surgen cuando por diversas razones, los bienes tienen la apariencia de ser del deudor, pero en la realidad no lo son. Para Devis Echandía (1985:467) si un tercero opositor presenta prueba plena, aunque esta sea sumaria se debe decidir su derecho mediante un incidente, demostrando que el opositor no vinculado por la sentencia carece de derecho a conservar su posesión.

Con la finalidad de proteger al tercero y que este defienda su derecho, se le ofrece al deudor el procedimiento denominado tercería de dominio, el cual a través de

esta institución puede solicitar que se produzca el levantamiento del embargo que recaer sobre sus bienes ante el organismo jurisdiccional que conoce la ejecución, adicionalmente el tercero puede acudir a la audiencia de ejecución para que justificando que se trata de una tercería de dominio fundamentada en un título inscrito el juez mantenga el embargo hasta que se resuelva sobre la tercería en el procedimiento ordinario (artículo 394 del COGEP). En este orden de ideas, el organismo jurisdiccional solamente resuelve en relación del embargo que recaer sobre los bienes del tercero, pero no analiza ni discute sobre la propiedad o derechos que recaen sobre el mismo (Catena, 2001:1999), sino que se limita a mantenerlo en función de hacer posible la ejecución. Entonces esta resolución sólo produce efectos para lo concerniente a la ejecución dejando la posibilidad de que los derechos de propiedad, sobre los bienes puedan recaer sobre otra instancia jurisdiccional, a través de un proceso de conocimiento, en el cual se establece con carácter de cosa juzgada la propiedad del bien discutido.

Según Véscovi (2006:175) el tercero puede entrar al proceso siempre que se den ciertos presupuestos, los cuales deben ser verificados por el juez ya que se trata de un caso de excepción pues en principio el proceso es una relación entre dos partes, en nuestra legislación se establece que debe ser fundada exclusivamente en un título inscrito.

La competencia para conocer sobre las tercerías de dominio dentro de la ejecución corresponde exclusivamente a los órganos que conozcan la misma, y esta resolución sólo tiene efecto dentro de ese proceso. Tomando en consideración que siempre se puede acudir a los órganos jurisdiccionales para solicitar de ellos que se determine la propiedad o titularidad del bien o derecho.

14. La tercería de mejor derecho

En esta clase de tercerías se busca determinar las preferencias de créditos que deben ser entregados en relación a los bienes embargados, y no se preocupa de determinar el dominio del bien embargado como en la tercería de dominio. Ante la situación planteada se debe entender que no todos los créditos son iguales debido a que a cada uno le corresponde una prelación diferente en razón de la naturaleza que los generaron (Ferreira, 2009:2). Así puede existir un tercero que ostente un crédito frente al deudor, pero que por su naturaleza este tenga un orden de prelación superior sobre el cual se desea ejecutar. Entonces la tercería de mejor derecho es la

posibilidad que tiene un tercero de acudir ante el órgano jurisdiccional para que se determine su prelación en relación con el acreedor ejecutante.

Tena e Ítalo (2007:201) consideran que la finalidad de la tercería de preferencia es “obtener un pago preferente de un crédito con el producto de los bienes embargados, es decir, el tercero debe demostrar su mejor derecho al cobro del crédito de la persona que obtuvo mediante la diligencia de embargo”. Entonces el organismo jurisdiccional que resuelve sobre la ejecución es el competente para resolver sobre la tercería de mejor derecho. Esta atribución se la considera plena, pues es en esta fase, donde se determina las preferencias de los créditos de los ejecutantes y del tercero. Doctrinariamente esta tercería puede ser presentada en cualquier instante de la ejecución siempre que se cumpla con la condición de que aún no se ha realizado el pago a los deudores, y de que exista una prelación. En este caso el tercero presenta su solicitud fundamentada argumentando su preferencia respecto de la obligación del acreedor. Se debe tomar en cuenta que la presentación de tercería de mejor derecho no supone una suspensión de la ejecución, más bien permite que este continúe con la finalidad de que se pueda cumplir con la obligación, en este caso del deudor y del tercero en el pago, según haya sido resuelto en la tercería.

En el artículo 394 del COGEP se establece que si se trata de la tercería coadyuvante el juez resolverá sobre su admisibilidad y en caso de aceptarla, ordenará que sus créditos sean considerados en la prelación, una vez obtenido el producto del remate el juez convocará a audiencia y de existir acuerdo de los interesados ordenará que se cumpla lo convenido, en el caso de que no se pueda llegar a un acuerdo, el juez resolverá sumariamente lo relativo a la prelación.

15. El cumplimiento de la obligación a través de los bienes embargados

Los bienes que se consideren en numerario, en especie o cuerpo cierto, y los genéricos que fueron objeto de la demanda se pueden entregar al ejecutante, en los otros casos, sean de bienes muebles o inmuebles o frutos, estos deberían convertirse en dinero para su posterior entrega, y así cumplir con la obligación contenida en el título (artículos 396 y 398 del COGEP).

Según Ackerman y Tosca (2009:167-169) la ejecución de la sentencia apunta a la posibilidad de hacer cumplir lo decidido y con esta finalidad se puede solicitar el embargo que es un trámite necesario para llevar adelante la ejecución judicial, la cual

es solicitada por el interesado; trabado el embargo se decreta su venta forzosa. En la doctrina el ente jurisdiccional encargado de realizar la ejecución determina el valor de los bienes embargados en el proceso según el valor real del mercado, para lo cual se puede designar un perito tasador. En nuestra legislación, practicado el embargo el juez ordenará el avalúo de los bienes con la intervención de una o un perito.

Tena e Ítalo (2007:195) en relación con el tema afirman que, en el derecho procesal la palabra rematar tiene dos significados, la primera que se refiere a la adjudicación que se hace a una persona del bien embargado que están en venta, subasta o almoneda; la segunda es la diligencia misma de la subasta o almoneda; así rematar un bien significa no solo ponerlo a la venta pública por orden y con la intervención de la autoridad judicial o administrativa, sino también adquirirlo en dicho acto. La subasta judicial coloca en el público los bienes que han sido embargados con la finalidad de convertirlos en numerario. Es evidente entonces que cualquier persona puede concurrir a la subasta judicial para adquirir la propiedad de los bienes o derechos.

Cuando los bienes o derechos ya han sido convertidos en dinero se procede a la entrega en numerario de lo contenido en la obligación del título. Ahora bien se puede dar el caso, en lo referente al pago, que exista concurrencia de ejecutantes, en este sentido, si el dinero es suficiente después de la realización, se hace la entrega correspondiente en numerario a todos en función de sus obligaciones, pero en el caso de que la realización haya sido insuficiente se debe proceder en proporcionalidad de sus respectivos créditos, y si fueren acreedores de créditos concurrentes de igual grado se realizará la repartición en función de la proporción de las cantidades recibidas. En caso de que exista un remanente, este se entregará al ejecutado, siempre que no exista alguna otra retención ordenada por otro juez.

En el caso de que los bienes o derechos embargados sean insuficientes para cumplir con la obligación contenida en el título estamos frente a lo que la doctrina considera el fracaso de la ejecución, porque técnicamente no se ha podido cumplir con lo estipulado en el título de ejecución. Este fracaso conlleva la esperanza de que en un futuro se pueda cumplir con la obligación por parte del ejecutado. Ante la situación planteada se observa que esta categoría se convierte en carácter provisional y no se la puede entender de carácter definitivo, pues en cualquier momento en el cual se pueda demostrar que se puede cumplir la obligación por parte del deudor se llevará a la ejecución.

El remate culmina con el acta de adjudicación al mejor postor, su protocolización e inscripción de ser necesario y con la entrega material; en tanto que la ejecución concluye con la cancelación del producto de remate al acreedor.

16. Conclusiones

Como se ha expresado en este estudio, la ejecución de la sentencia está relacionada directamente con el derecho a la tutela judicial efectiva. El Código General de Procesos busca tutelar y determinar las actuaciones de las partes con la finalidad de llegar a cumplir con la necesidad de que el Estado resuelva las controversias, lo cual se cumple si se logra ejecutar la sentencia de una manera satisfactoria, pues el mero acceso a la jurisdicción no corresponde necesariamente al derecho de la tutela judicial efectiva, sino el conjunto de actos que permiten que los derechos se ejecuten de forma adecuada por los organismos competentes.

Entonces, la ejecución puede ser entendida como elemento esencial que engloba a la jurisdicción, pues comprende el derecho a que se cumplan las sentencias dictadas por los organismos judiciales; es decir que se tutelen los derechos legítimos que han sido obtenidos a través de una sentencia favorable, lo cual no tiene una validez si sólo se llegara a establecer en las resoluciones, declaraciones de intenciones o reconocimiento de pretensiones sin un alcance material.

Así, las resoluciones judiciales siempre se deben cumplir una vez ejecutoriadas o se encuentren en firme, con lo cual la ejecución consiste en el poder del Estado para hacer efectivas las sentencias o las obligaciones que tengan carácter de sentencia, por así disponerlo la ley o el acuerdo de las partes.

La ejecución tiene una estrecha vinculación con los títulos de ejecución, que son documentos en los cuales se refleja una obligación, que puede ser de dar, hacer o no hacer, de una o varias personas, y de los cuales se puede exigir su realización. El título de ejecución es indispensable para la ejecución, pues la obligación contenida en él, en principio debe ser cumplida por quien ha sido llamado, y solamente en el caso de no cumplimiento se utiliza el sistema judicial a través de sus organismos para que se acate, es decir para que se dé la efectividad del mismo. En la ejecución se busca que se cumplan las obligaciones contenidas en el título de ejecución.

Para lograr que el deudor realice lo ordenado, se acude a la actividad jurisdiccional, a través del ordenamiento jurídico, mediante un conjunto de actos, que

provocan que las obligaciones se cumplan, y en esta materialización se presupone que los jueces deben reaccionar contra comportamientos dilatorios que busquen entorpecer la orden realizada por el órgano jurisdiccional, aunque la oposición a la propia ejecución se puede dar por motivos de forma como de fondo, y es un acto judicial que es posible en este caso.

Es claro que la obligación contenida en el título de ejecución ya no corresponde a un proceso de conocimiento, con lo cual el juez ya no puede revisar sobre el derecho contenido en el título, por lo que se limita únicamente a la comprobación del título, mas no de la obligación contenida en él, pues la tutela ejecutiva busca generar el equilibrio en el patrimonio del acreedor cuando el deudor no ha cumplido su obligación.

En el caso de no cumplimiento de lo ordenado en la sentencia, el acreedor puede recurrir al embargo. Entonces el embargo es la actividad jurisdiccional desarrollada en la ejecución forzosa, en la cual se han individualizado los bienes de contenido patrimonial del deudor y que son suficientes para cumplir con la responsabilidad determinada en el título de ejecución, con la finalidad de que estos bienes se transforman en una cantidad de dinero cuando la obligación es, o puede transformarse en, dineraria.

La cuantía es un factor determinante en lo que respecta al embargo debido a que lo que se busca no es la totalidad de todos los bienes y derechos del ejecutado, sino solamente de los que sirvan para cubrir con la obligación determinada en el título de ejecución, para lo cual se está frente al principio de proporcionalidad, es decir que los bienes del ejecutado deben ser los suficientes para cumplir solamente con la obligación.

Adicionalmente y dentro de la ejecución, también se recoge la figura de los terceros, quienes no siendo parte, alegan en la audiencia de ejecución, un derecho o interés legítimo y personal que pudiera resultar afectado por la ejecución que se trate de llevar a cabo, puesto que la norma procesal les otorga el derecho a intervenir. Así nos encontramos que, partiendo del principio general de que quienes no son parte no pueden intervenir en la ejecución, se configuran supuestos concretos en los que la posibilidad de acceso no sólo está permitida, sino que además está regulada, como también lo están las condiciones y los efectos de su acceso.

De lo anterior se desprende que la tutela judicial efectiva no sólo busca la declaración del derecho sino que los derechos sean ejecutables es decir que se puedan

cumplir a través de un proceso, para lo cual el COGEP resulta ser una herramienta eficaz e indispensable, pues en este cuerpo normativo se recoge de forma eficiente y sistemática el procedimiento para la ejecución efectiva, que a su vez se constituye en la garantía al cumplimiento de las resoluciones judiciales, por lo que la ejecución de la sentencia conlleva dos aspectos íntimamente ligados: el primero es que las resoluciones judiciales sean eficaces y el segundo es que estas resoluciones se cumplan, a través de la protección adecuada y efectiva del ordenamiento jurídico por medio de una ejecución oportuna y pertinente.

17. Bibliografía

Ackermanm M. y Tosca, D. (2009). *Tratado del Derecho del Trabajo*. Argentina: Rubinzal-Culzone, Tomo IX, Derecho Procesal del Trabajo.

Alsina H. (2001). *Derecho Procesal General*. México: Heliasta.

Álvaro De Oliveira, C. (2009).- *Derecho a la Tutela Jurisdiccional efectiva desde la perspectiva de los Derechos Fundamentales*. Chile: Revista de Derecho Universidad Austral de Chile, volumen XXII, número 1 julio.

Casarino, M. (2005). *El proceso y las partes* (2011/06/16 ed.) Colombia: Jurídica de Chile.

Casarino, M. (2009). *El juicio ejecutivo de mayor cuantía en las obligaciones de dar*. Chile: Jurídica de Chile.

Catena, V. (2001). *Algunos problemas de la ejecución forzosa*. Colóquio: A Reforma Da Acção Executiva. Lisboa: Ministério Da Justiça, 2

Catena, V., Domínguez, V., y Sendra, V. (1995). *Introducción al derecho procesal*. España: Tirant lo Blanch.

Couture, E. (1990). *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*. Argentina: Ediciones Depalma

Devis Echandía, H. (1985). *Compendio de Derecho Procesal*. Colombia: ABC, Tomo 1, Décima Edición.

Feliu, J. (2009). *La insolvencia y sus efectos* (quiebra, cesión de bienes, beneficio de competencia y prelación de créditos). Chile: Jurídica de Chile.

Ferreyra, M. (2009). *Incidentes. Tercerías*. Argentina: Iveroni Ediciones.

Giménez, I. (2000). *Reflexiones sobre algunas facetas del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva*. Cuadernos De Derecho Público, (10), 13-38. España: INAP.

González, J. (1985). *El Derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva*. España: Civitas.

González, E. y Fern., M. (2004). *Proceso de ejecución y juicio ejecutivo*. España: Boletín Oficial del Estado.

Gozáini, O. (1999). *Derecho procesal constitucional* Fundación Editorial de Belgrano.

Henríquez, R. (2014). *Jurisdicción y ejecución*. España: Revista de Derecho Procesal, 427.

Herrera, A. y Correa, J. (2012). *Presupuestos conceptuales: Razón de ser, objeto, finalidad, estructura e importancia del título ejecutivo*. Colombia: Editorial Universidad de Rosario.

Hurtado, M. (2010). *Tutela jurisdiccional efectiva*. Perú: Palestra Editores.

Melgar, A. (2000). *Derecho del Trabajo*. Argentina: Tecnos, Vigésima Primera Edición.

Moreno, V. (2009). *El embargo de bienes*. Perú: Palestra Editores.

Mosset, J. (1999). *El error judicial*. Buenos Aires: Editorial Rubinzal Culzoni.

Paz, P. (2007). *El proceso ejecutivo, definición de obligación, elementos, clases y estructura*. Colombia: Editorial ECOE.

Peña, E. (2012). *El proceso*. Colombia: Editorial ECOE.

Ramos, M. (2000). *Las medidas cautelares*. Argentina: La Ley.

Rojas, G. (2012). *La ejecución como núcleo de la tutela judicial efectiva*. España: Editorial Bomarzo.

Romero, A. (2002). *Cosa juzgada y juicio ejecutivo*. Chile: Jurídica de Chile.

Tena, R y Ítalo, H. (2007). *Derecho Procesal del Trabajo*. México: Trillas, Sexta Edición.

Vargas, M. (2013). *Hacia la desjudicialización de la ejecución civil*. Chile: Revista Chilena de Derecho, 40(1), 137-158.

Vázquez, S. (2010). *El embargo de bienes*. Editorial vLex. doi:201130449

Velasco, E. (1989). *Teoría y Práctica del juicio Ejecutivo*. Ecuador: Publicaciones de Legislación Cía. Ltda.

Véscovi, E. (2006). *Teoría General del Proceso*. Colombia: Temis S.A., Segunda Edición.

Villanueva, B. (2006). *El proceso ejecutivo, su naturaleza; sujetos, objeto y finalidad*. España: Revista Internauta de Práctica Jurídica.

La ejecución de obligaciones de dar dinero o bienes de género en el COGEP

Edwin Quinga Ramón

Sumario:

1. Introducción; **2.** Nociones generales sobre la ejecución; **2.1.** Concepto de ejecución; **2.2.** Títulos de ejecución; **2.3.** Clases de ejecución; **2.4.** Características del proceso de ejecución; **3.** La ejecución de obligaciones de dar; **3.1.** Obligaciones de dar y obligaciones de género; **3.2.** Ejecución de obligaciones de dar dinero: inicio de la fase de ejecución, **3.3.** Contenido del mandamiento de ejecución; **3.4.** Oposición a la ejecución; **3.5.** Fórmula de pago; **3.6.** Incumplimiento del mandamiento de ejecución; **3.7.** La audiencia de ejecución; **3.8.** Ejecución de obligaciones de dar género

1. Introducción

El 22 de mayo del 2015 se publicó en el Registro Oficial el Código Orgánico General de Procesos (COGEP), el cual, ¿Conforme consta en uno de sus considerandos, busca *“armonizar el sistema procesal actual a las normas constitucionales y legales vigentes, a través de un cambio sustancial...”*. Este Código entrará en vigencia luego de doce meses contados desde su publicación el Registro Oficial, salvo algunas normas, como las que regulan los períodos de abandono, que están ya en vigencia, y las disposiciones que regulan el remate, que entrarán a regir en ciento ochenta días contados desde dicha publicación. Frente a la inminente entrada en vigencia de este nuevo Código, que busca un cambio sustancial en el sistema procesal ecuatoriano, en este ensayo nos proponemos abordar el tema de la fase de ejecución o proceso de ejecución, circunscrito a las obligaciones de dar dinero o bienes de género, considerando que, sobre todo las primeras, son las más frecuentes. Para el efecto, en una primera parte, con sustento en bibliografía existente sobre el tema, nos referiremos al proceso de ejecución en general, procurando destacar elementos que nos sirvan de base para desarrollar la parte siguiente. En la segunda parte, con base a una exégesis del Código, expondremos la forma en la que, según este nuevo cuerpo normativo, habrá de llevarse a cabo la ejecución cuando se trate de obligaciones de dar dinero o bienes de género.

El libro V del COGEP, a partir del artículo 362 desarrolla un primer título denominado ejecución, y a partir del artículo 414, otro llamado procedimiento concursal; el título I, a su vez, está compuesto de los capítulos denominado reglas generales, la ejecución de las obligaciones de dar, hacer o no hacer, y el remate de los bienes embargados y liquidación del crédito. Para fines de este trabajo, nos interesa el capítulo sobre reglas generales del título denominado ejecución, para desarrollar lo relativo a los títulos de ejecución, y el capítulo sobre la ejecución de obligaciones de dar, hacer o no hacer, para referirnos a la ejecución de las obligaciones materia de nuestro estudio.

2. Nociones generales sobre la ejecución

2.1. Concepto de ejecución

Las resoluciones judiciales están destinadas a cumplirse. De nada servirían si lo decidido queda en una simple declaración, sujeta a la suerte de llevarse a cabo o no.

La posibilidad de ejecutar lo resuelto forma parte del concepto mismo de jurisdicción, al punto que el artículo uno del actual Código de Procedimiento Civil (CPC) y el artículo 150 del Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ) lo incluyen en la definición: *“La jurisdicción consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado”*

En sentido estricto, no toda decisión judicial requiere de un proceso de ejecución, como ocurre en las sentencias declarativas o en las constitutivas, en las cuales la resolución, de por sí satisface la tutela reclamada, y si bien pueden ser necesarias actuaciones posteriores a la decisión judicial, como la anotación en un registro, por ejemplo, esto no constituye un proceso de ejecución, pues no requiere de una prestación de la parte contra quien se ha dictado la sentencia¹. Para que se requiera de proceso de ejecución, es necesario que tengamos una sentencia de condena, que imponga un deber al demandado, ya sea una obligación de dar, de hacer o de no hacer.

Lo ideal, frente a una sentencia de condena, sería que el condenado la cumpla voluntariamente; sin embargo, como esto generalmente no ocurre, ha sido menester crear un mecanismo procesal que a través de actos coercitivos, con la intervención del órgano jurisdiccional y aún contra la voluntad del obligado, haga efectiva la prestación impuesta; ese mecanismo es el proceso de ejecución. Se define a este proceso como *“aquel en que un órgano jurisdiccional, ante el ejercicio de la acción correspondiente por el legitimado, ejerce su potestad para producir un cambio físico o material en la realidad social con el fin de acomodarla al deber de prestación impuesto por un título ejecutivo, consistente en un pronunciamiento jurisdiccional de condena o en otros hechos o actos que legalmente constaten la existencia de aquel deber”*.²

El derecho a la ejecución de una decisión judicial forma parte, en último término, del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, y si bien la palabra “ejecución” o alguna similar no consta en el artículo texto del 75 de la Constitución de la República que se refiere a este derecho, es claro que forma parte de él cuando dice que la tutela judicial ha de ser efectiva, y no habrá tal efectividad, si no es factible llevar a cabo lo decidido, pero sobre todo cuando dice que *“el incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley”*.

¹ Véase Manuel Ortells Ramos, *Derecho Procesal Civil*, Thomson Aranzadl, Cizur Menor (Navarra), p. 675.

² Sobre el derecho a la ejecución véase José Garberí Llobregat, *Constitución y Derecho Procesal. Los fundamentos constitucionales del Derecho Procesal*, Cuadernos Civitas, España, 2009, p. 201-216.

La Corte Constitucional ecuatoriana ha señalado que: *“la tutela judicial efectiva debe ser entendida sobre la base de sus cuatro parámetros que comprenden: a) El acceso a los órganos judiciales competentes e imparciales, b) La debida diligencia del juzgador en la sustanciación de la causa, c) El derecho a la defensa de las partes procesales y d) El rol del juez una vez dictada la sentencia para la ejecución de la misma. (...) Finalmente cabe analizar como último parámetro de la tutela judicial efectiva el rol del juez una vez dictada la sentencia, tanto en la ejecución como en la plena efectividad de los pronunciamientos, lo cual es muy importante, a fin de no permitir que las partes queden en situaciones de desamparo judicial...”*³

La fase de ejecución de una resolución judicial o proceso de ejecución, en nuestro caso no debe ser confundida con el juicio ejecutivo que regula actualmente el CPC o con el procedimiento ejecutivo al cual se refiere el mismo COGEP; estos procesos buscan que se dicte recién una sentencia que contenga la condena al cumplimiento de una obligación, y requerirán posteriormente del proceso de ejecución.

El COGEP dedica uno de sus libros –el quinto– a la ejecución, y la define en el artículo 362 como *“el conjunto de actos procesales para hacer cumplir las obligaciones contenidas en un título de ejecución”*. Lo que debe destacarse, de entrada, es que este nuevo Código da a la etapa de ejecución, acorde con su denominación, precisamente un tratamiento general, aplicable a cualquier sentencia de condena e incluso, como luego veremos, a títulos de ejecución que no emanan de un órgano jurisdiccional, lo cual lo distingue claramente del actual.

CPC donde, en cambio, esta fase forma parte del juicio ejecutivo y por disposición de su artículo 488, es aplicable a otro tipo de procesos.⁴

2.2. Títulos de ejecución

Para que sea procedente un proceso de ejecución, necesitamos de un título de ejecución y de un patrimonio sobre el cual vaya a recaer la ejecución forzosa⁵. Si *“hacer ejecutar lo juzgado”* forma parte del concepto de jurisdicción, en principio se podría afirmar que el proceso de ejecución sólo puede tener como antecedente

³ Sentencia N° 224-14-SEP-CC del 10 de diciembre del 2014, caso N° 1836-12-EP.

⁴ Art. 488 CPC: “Los fallos expedidos en los juicios sumarios o en los ordinarios, que no se ejecuten en la forma especial señalada por la ley, se llevarán a efecto del mismo modo que las sentencias dictadas en el juicio ejecutivo, siguiendo éste desde ese punto de partida”.

⁵ Véase Marco Gerardo Monroy Cabra, Derecho Procesal Civil, Parte Especial, Biblioteca Jurídica Dike, Medellín, 1995, p. 194.

una resolución judicial, que viene siendo el título de ejecución. *“El presupuesto básico para iniciar las actividades de ejecución forzosa es la existencia de un documento donde resulte determinada una obligación o un deber, cuyo cumplimiento puede exigirse de una persona (deudor o ejecutado), en favor de otra (acreedor o ejecutante): en esto consiste el título de ejecución”*⁶. El COGEP, sin embargo, en el artículo 363 menciona otros títulos de ejecución no emanados de un órgano jurisdiccional.

Los títulos de ejecución, según el artículo 363 del COGEP son los siguientes: 1. La sentencia ejecutoriada; 2. El laudo arbitral; 3. El acta de mediación; 4. El contrato prendario y de reserva de dominio; 5. La sentencia, el laudo arbitral o el acta de mediación expedidos en el extranjero, homologados conforme con las reglas de este Código; 6. Las actas transaccionales; y 7. Los demás que establezca la ley. Estos títulos, siguiendo a Moreno Catena, pueden ser clasificados en títulos jurisdiccionales y títulos extrajurisdiccionales.⁷ Entre los primeros están la sentencia ejecutoriada y la sentencia dictada en el procedimiento ejecutivo, aun cuando no estuviere ejecutoriada, pues según el artículo 354 del COGEP, de la sentencia que se dicte en este procedimiento sólo cabe apelación con efecto no suspensivo, salvo que se el deudor consigne el valor de la obligación o rinda caución que asegure por dicho valor. Aquí debe también incluirse los autos ejecutoriados que contengan igualmente obligaciones de dar, hacer o no hacer, que si bien no constan en la enumeración del artículo 363, sí los menciona el artículo 370, e incluso las decisiones judiciales que aprueben una conciliación o algún otro tipo de acuerdo intraprocesal. Dado que provienen de un órgano jurisdiccional, también incluiríamos las sentencias extranjeras homologadas. Los demás, es decir, el laudo arbitral, el acta de mediación, el contrato prendario y de reserva de dominio y las actas transaccionales, son títulos extrajurisdiccionales.

2.3. Clases de ejecución

La doctrina distingue entre la ejecución de obligaciones de pagar dinero de aquellas que conllevan otro tipo de prestación, es decir, ejecuciones dineradas y ejecuciones no dineradas. También distingue entre ejecución específica y ejecución genérica; la primera en la que se busca el cumplimiento de aquello ordenado puntualmente en la sentencia, como en las obligaciones de dar algo específico, en las de hacer o en las de no hacer; y la segunda, que busca la entrega de una cantidad de dinero, bien

⁶ Víctor Moreno Catena, Derecho Procesal Civil. Parte General, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, p. 444.

⁷ Óp. Cit, pp. 445 - 447.

sea porque en esto consistió la condena, o bien por equivalencia o como indemnización, al no poderse cumplirse la obligación en los términos mandados en la sentencia⁸. En este tema, el COGEP, a partir del artículo 366, se refiere a la ejecución de obligaciones de dar, hacer o no hacer; y entre las primeras, distingue entre las de dar especie o cuerpo cierto, y las de dar dinero o bienes de género. En el presente trabajo desarrollaremos la ejecución de estas dos últimas obligaciones.

2.4. Características del proceso de ejecución

La fase de ejecución, si bien constituye un proceso, entendido como una sucesión de actos destinados a la consecución de un fin, tiene ciertas características que la distinguen de los otros procesos, las que es necesario tenerlas presente, a fin de notar como se manifiestan en los diversos pasos que el COGEP ha previsto para para la ejecución forzosa. Con Moreno Catena,⁹ destacamos las siguientes características:

2.4.1. Es una actividad jurisdiccional, al punto que incluso cuando se trata de ejecutar lo decidido por un órgano no jurisdiccional, como en el caso del laudo arbitral, debe acudir al órgano jurisdiccional¹⁰;

2.4.2. Los actos del órgano jurisdiccional sustituyen la conducta de la parte procesal condenada. Esta característica se nota claramente, por ejemplo, cuando el inciso final del artículo 368 del COGEP dice que *“si el hecho consiste en el otorgamiento y suscripción de un instrumento, lo hará la o el juzgador en representación del que deba realizarlo”*;

2.4.3. La ejecución tiene lugar por petición de parte; esto surge del texto del artículo 370 del COGEP, cuyo título es precisamente *“solicitud de ejecución sin embargo, frente a la necesidad de hacer efectivo el cumplimiento de la obligación*

⁸ Los artículos 366 y 368 del COGEP se refieren a este tipo de obligaciones y dicen, respectivamente, que *“si la especie o cuerpo cierto no puede ser entregado a la o el acreedor por imposibilidad legal o material, la o el juzgador, a pedido de la o del acreedor, ordenará que la o el deudor consigne el valor del mismo a precio de reposición, a la fecha en que se dicte esta orden”,* y que *“si por cualquier motivo no se obtiene la realización del hecho, la o el juzgador de la ejecución determinará en una audiencia convocada para tal efecto y sobre la base de las pruebas aportadas por las partes, el monto de indemnización que la o el deudor debe pagar por el incumplimiento y dispondrá el respectivo cobro siguiendo el procedimiento previsto para la ejecución de una obligación de dar dinero”*.

⁹ Véase Víctor Moreno Catena, *Óp. Cit.* pp. 434 - 436.

¹⁰ El artículo 32 de la Ley de arbitraje y mediación dice que *“cualquiera de las partes podrá pedir a los jueces ordinarios, que ordenen la ejecución del laudo o de las transacciones celebradas, presentando una copia certificada del laudo o acta transaccional, otorgada por el secretario del tribunal, el director del centro o del árbitro o árbitros, respectivamente con la razón de estar ejecutoriada”*

constante en el título, se ha establecido que la o el juzgador pueda acceder, incluso de su cuenta, “a los registros públicos de datos de la o del ejecutado, para recabar información relacionada con sus bienes” lo cual refleja que el COGEP, en la fase de ejecución, abre la puerta para la actuación oficiosa de la o el juzgador; y,

2.4.4. En este proceso rige también la dualidad de posiciones: ejecutante acreedor y ejecutado obligado; sin embargo, si bien como en todo proceso se ha de garantizar el derecho de contradicción, aquí este derecho sufre mengua respecto del deudor. Cosa parecida ocurre con el principio de igualdad, donde el actor ocupa una posición preponderante respecto del deudor sometido a la ejecución. El artículo 364 del COGEP menciona que las partes actuarán en plano de igualdad, “pero se limitarán exclusivamente al control del cumplimiento del título de ejecución”, limitación que tiene razón ser, en virtud de la característica analizada, sobre todo respecto del ejecutado. Muestra de la posición preponderante del ejecutante frente al ejecutado es la parte final del artículo 365, cuando dispone que la o el juzgador “brindará a la o el ejecutante todo el apoyo y facilidades para la realización de los actos necesarios dentro de la ejecución”.

3. La ejecución de obligaciones de dar

3.1. Obligaciones de dar y obligaciones de género

El COGEP, a partir del artículo 367, regula el tema de la ejecución de obligaciones de dar dinero o bienes de género. *La obligación de dar consiste principalmente en la necesidad de transferir el dominio de la cosa que constituye el objeto de la prestación, o constituir sobre ella algún otro derecho real. Es el caso de la obligación del vendedor; (...) Lo es también el de la obligación de pagar una suma de dinero, o el de la obligación del socio consistente en aportar bienes a la sociedad, etc.*,¹¹ por manera que debemos entender que es a este tipo de obligaciones a las que se refiere el COGEP cuando regula la ejecución de obligaciones de dar.

Es necesario también tener presente la definición que trae el Código Civil, en su artículo 1524, sobre obligaciones de género: “son aquellas en que se debe indeterminadamente un individuo de una clase o género determinado”. Un género puede tener

¹¹ Luis Parraguez Ruiz, *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano*, Gráficas Mediavilla, Quito, 1986, p. 226.

mayor o menor indeterminación. Luis Parraguez pone estos ejemplos de género: “una finca”, en tanto en cuanto alude a cualquier bien que reúna estas características; “una finca de 5 hectáreas”, donde se restringe el género, pero es género aún; o “una finca de 5 hectáreas en la provincia de Pichincha”, pues alude a cualquier inmueble de esas características¹². El COGEP, sin embargo, se está refiriendo a obligaciones de dar un género determinado; así lo dice expresamente al inicio del segundo inciso del artículo 367. En las obligaciones de género determinado hay “una mayor especificidad alusiva a las características propias de cada uno, que permite diferenciarlo de los restantes géneros integrados en el género indeterminado. El género indeterminado no puede ser objeto de prestaciones obligacionales”.¹³ Ejemplos de género indeterminado son, según el mismo autor, un animal o un vehículo, mientras que ejemplos de género determinado son un caballo, un vacuno, un automóvil. La obligación de dar dinero es, a la postre, una obligación de género determinado, en tanto en cuanto ha de especificarse el tipo de moneda, y por eso el COGEP trata de su ejecución junto a las obligaciones de dar bienes de género.

3.2. Ejecución de obligaciones de dar dinero: inicio de la fase de ejecución

Para determinar la forma en la que se ha de dar inicio al proceso o fase de ejecución, debemos distinguir si se trata de la ejecución de una sentencia, de un auto ejecutoriado o de una sentencia no ejecutoriada dictada en un procedimiento ejecutivo, o, por el contrario, de algún otro título de ejecución de los detallados en el artículo 363 del COGEP. En primer caso, bastará que el ejecutante presente, ante el mismo juez de primera instancia que dictó la resolución a ejecutarse, una solicitud en la que se deberá pedir la designación de un perito “*para para la liquidación de capital, intereses y costas*”. Si bien esta solicitud es la que da inicio a la ejecución, como aquí debe liquidarse también las costas, para el caso de que no consten aún en el expediente, previamente el actor tendrá el término de cinco días para presentar los comprobantes de respaldo de los gastos¹⁴. La designación de perito liquidador no tiene cabida cuando se trate de obligaciones de orden laboral,

¹² *Óp. Cit.*, p. 198.

¹³ *Óp. Cit.*, p. 200.

¹⁴ Según el artículo 285 del COGEP, “las costas incluirán todos los gastos judiciales originados durante la tramitación del proceso, entre otros, los honorarios de la defensora o del defensor de la contraparte y de las o los peritos, el valor de las publicaciones que debieron o deban hacerse, el pago de copias, certificaciones u otros documentos, excepto aquellos que se obtengan en forma gratuita”.

pues en estos casos, como ya ocurre en la actualidad¹⁵, deberán los juzgadores y tribunales de instancia “*determinar en el fallo la cantidad que se debe pagar*” lo que significa que deben también determinar, sin recurrir a perito, la cantidad que debe pagar el deudor por intereses.

La forma de iniciar la ejecución varía cuando se trata de títulos extrajurisdiccionales, pues en este caso, como no hay un proceso previo del que provenga la resolución de condena, quien promueva la ejecución deberá presentar una solicitud, con los requisitos que exige el artículo 142 del COGEP para la demanda, más “*la identificación del título de ejecución que sirve de habilitante para presentar la solicitud*” según lo que señala el artículo 370. Se trata de un verdadero acto de proposición, con el que recién se va a iniciar un proceso, por lo que la solicitud debe ser calificada para admitirla a trámite¹⁶. Admitida a trámite la solicitud, se procederá, igual que en el caso anterior, a disponer la liquidación de capital, intereses y costas.

Presentadas las liquidaciones, el paso siguiente es dictar mandamiento de ejecución, incluso si se trata de la ejecución de títulos extrajurisdiccionales. Resaltamos esto último, como ejemplo de la mengua del derecho del contradicción al que antes hacíamos referencia, pues tratándose un verdadero acto de proposición, que va a dar inicio a un proceso, podría pensarse que admitida a trámite la solicitud del acreedor, el siguiente paso es la citación al obligado; sin embargo, lo que legalmente corresponde, conforme al penúltimo inciso del artículo 372 del COGEP, es notificar con el mandamiento de ejecución al obligado, en persona o por tres boletas, de forma similar a la citación de la demanda¹⁷. El Código, para estos casos, sólo menciona las dos formas de poder hacer la notificación, por lo que surge la duda de saber si también serán aplicables las otras formas previstas para el caso de citación de la demanda, sobre todo a través de los medios de comunicación. Estimamos que como se trata del inicio de un proceso y dado que por la forma esta notificación se parece más bien a una citación, la respuesta es afirmativa, pues cabe perfectamente

¹⁵ La Corte Suprema de Justicia, mediante Resolución obligatoria que consta publicada en el Registro Oficial 138 del lunes primero de marzo de 1999, dispuso que “los jueces y tribunales de instancia en materia laboral, cuando condenen a una de las partes al pago de indemnizaciones u obligaciones no satisfechas, estarán obligados a determinar en sus fallos, la cantidad que se debe pagar”.

¹⁶ Art. 146.- Presentada la demanda, la o el juzgador, en el término máximo de cinco días, examinará si cumple los requisitos legales generales y especiales que sean aplicables al caso. Si los cumple, calificará, tramitará y dispondrá la práctica de las diligencias solicitadas. Si la demanda no cumple con los requisitos previstos en este Código, la o el juzgador dispondrá que la o el actor la complete o aclare en el término de tres días, si no lo hace, ordenará el archivo y la devolución de los documentos adjuntados a ella, sin necesidad de dejar copias.

¹⁷ El artículo 53 del COGEP dice que la citación “se realizará en forma personal, mediante boletas o a través del medio de comunicación ordenado por la o el juzgador”.

la posibilidad de que tratándose de un obligado por un título extrajudicial, sea imposible determinar su domicilio o residencia, o que estemos, por ejemplo, frente a herederos desconocidos de un obligado fallecido.

3.3. Contenido del mandamiento de ejecución

Conforme al artículo 372 del COGEP, el mandamiento de ejecución debe contener lo siguiente:

3.3.1. La identificación precisa de la o del ejecutado que debe cumplir la obligación. No será suficiente por tanto, decir que el ejecutado –sin ningún otro añadido– cumpla con la obligación; deberá estar identificado por lo menos con sus nombres y apellidos completos, y para cumplir la precisión que requiere la ley, lo ideal será hacer constar el número de la cédula o de pasaporte, según el caso; sólo así podremos hablar de identificación precisa;

3.3.2. La determinación de la obligación cuyo cumplimiento se pretende, adjuntando copia de la liquidación. Como nos estamos refiriendo a obligaciones de dar dinero, para cumplir la determinación, deberá indicarse la cantidad que debe pagar, precisando lo que corresponde a capital, a intereses y a costas; y,

3.3.3. La orden a la o al ejecutado de pagar o cumplir con la obligación en el término de cinco días, bajo prevención que de no hacerlo, se procederá a la ejecución forzosa. Este requisito quedará cumplido con hacer constar en la providencia precisamente lo que la ley dice: el tiempo que tiene el ejecutado para cumplir con la obligación y la prevención de que frente a su renuencia, será obligado a cumplir mediante ejecución forzosa, obviando usar aquella expresión indeterminada actual de “bajo prevenciones de ley”.

3.4. Oposición a la ejecución.

Si bien en el proceso de ejecución la posibilidad de contradicción es limitada, dado que partimos de un título que brinda confiabilidad respecto a la existencia de la obligación, el COGEP prevé que el ejecutado pueda oponerse al mandamiento de ejecución, dentro de cinco días de notificado, por las siguientes causas que contempla el artículo 373: pago o dación en pago, transacción, remisión, novación, confusión, compensación o pérdida o destrucción de la cosa debida. Se trata, como puede verse, de varios modos de extinguir las obligaciones de los previstos en el

artículo 1583 del Código Civil y resulta lógico, ciertamente, que el deudor pueda oponerse al mandamiento de ejecución, si ya la obligación se extinguió por alguno de esos medios.

Para que prospere, el deudor deberá acompañar al escrito de oposición, el respectivo justificativo de que la obligación se extinguió por alguno de los modos que el COGEP señala. Cualquier motivo de extinción de la obligación que invoque el deudor, deberá *“haberse producido luego de la ejecutoria de la sentencia o de la exigibilidad del título de ejecución respectivo”*. La oposición al mandamiento de ejecución podrá sustentarse también la existencia de pagos parciales, así mismo debidamente justificados. El Código no se refiere expresamente a la posibilidad de que las obligaciones se hayan extinguido parcialmente por alguno de los otros medios admisibles, pero no se ve inconveniente en que pueda haber una oposición parcial, con fundamento en que la obligación se extinguió parcialmente por transacción, remisión, novación o cualquiera de las otras formas contempladas en el artículo 373.

Si se trata de una ejecución con base a un título jurisdiccional, debe entenderse que la opción de oposición se reduce notablemente, sobre todo porque habiendo ya de por medio un proceso previo del que proviene la condena, es de entender que ese escenario no será el más propicio para que haya ocurrido un pago directo, una remisión, una novación o que se haya llegado a una transacción, luego de dictada la resolución. Ha de recalarse que cualquiera de estas formas de extinguir las obligaciones, para que sean admisibles, a más de contar con el respectivo justificativo, deben ser posteriores a la resolución, puntualización necesaria, pues podría pensarse que aquí se abre un momento procesal para presentar justificativos que no se presentaron oportunamente en el transcurso del proceso del que proviene la condena.

El que surja una oposición a la ejecución, por la extinción, total o parcial de la obligación, por alguno de los medios que señala el COGEP, es más factible en las ejecuciones que se sustentan en títulos extrajurisdiccionales, dado que no ha habido un proceso previo en el cual se haya podido discutir y justificar tal extinción, teniendo presente que para que sea admisible la oposición, el hecho debe haberse producido luego *“de la exigibilidad del título de ejecución respectivo”*

El COGEP sólo ha previsto como causas de oposición a la ejecución las constantes en el artículo 373, lo cual es aceptable respecto de títulos jurisdiccionales, pero creemos que no es igual el caso de la ejecución fundada en títulos extrajurisdiccionales, donde la oposición podría tener sustento en motivos distintos a la

extinción de la obligación, ya formales, como la incompetencia del juez de la ejecución o la falta de personería de alguna de las partes, ya de fondo, como la validez misma del título.

La oposición, en todo caso, por cualquier motivo, no suspende la ejecución y será resuelta en la audiencia de ejecución. *“De aceptarse alguna causa de oposición, que demuestre el cumplimiento total de la obligación contenida en el título, la o el juzgador deberá declarar terminada la ejecución disponiendo su archivo definitivo”* En caso de extinción parcial, deberá continuar el proceso para ejecutar el saldo impago.

3.5. Fórmula de pago

El ejecutado, frente a un mandamiento de ejecución, en caso de no poder cumplir con el pago en ese momento, podría proponer una fórmula de pago, posibilidad nueva en nuestro sistema procesal, desde el punto de vista legal, pues este tipo de fórmulas, si bien se han dado, generalmente ha sido como fruto de algún acuerdo entre las partes. Si la fórmula consiste en un pago a plazo, que será la más frecuente, la propuesta deberá incluir una garantía que asegure el cumplimiento de la obligación, según el artículo 374 del COGEP, *“salvo que la o el ejecutante no lo requiera”* posibilidad ésta poco probable, pues si se ha llegado a un proceso de ejecución, es porque estamos frente a un deudor moroso que generará poca confianza. La garantía podría ser real –prenda o hipoteca–, personal, aunque esta seguramente no será aceptada por el acreedor, o incluso a través de una institución financiera que se comprometa a hacer el pago, frente al incumplimiento del deudor. La fórmula de pago puede consistir también en una dación en pago, es decir, en la entrega de un bien al acreedor.

Estas fórmulas de pago, si bien previstas legalmente, de todos modos están sujetas a la aceptación del acreedor o de los terceristas, si los hubiere¹⁸. Si han sido aceptadas, el COGEP regula sus efectos y las consecuencias en caso de incumplimiento. Según el tercer inciso del artículo 374 mencionado, la consecuencia de la aceptación de la fórmula de pago es que *“la o el juzgador levantará el embargo que pese sobre los bienes de la o del ejecutado o en su defecto, dispondrá medidas sobre otros bienes que aseguren el cumplimiento de dicha fórmula de pago”*. El levantamiento del embargo tendrá cabida, en primer lugar, si la sentencia de condena se dictó en un procedimiento ejecutivo, respecto de un crédito hipotecario, pues en tal caso, según el artículo 351

¹⁸ El tercer inciso del artículo 374 del COGEP empieza diciendo “aceptada la fórmula de pago y siempre que la o el ejecutante o los terceristas no se opongan,…”

del COGEP, como providencia preventiva puede pedirse el embargo de los bienes raíces hipotecados; y en segundo lugar, si el proceso ha avanzado hasta el embargo. Para entender este segundo escenario, hay que tener presente que, salvo el caso del crédito hipotecario, el embargo recién tiene lugar frente al incumplimiento del mandamiento de ejecución, con lo cual, si hablamos de levantar el embargo como efecto del acuerdo, debe entenderse que la fórmula de pago puede proponerse no sólo dentro de los cinco días que tiene el deudor para efectuar el pago, contados desde el mandamiento de ejecución, sino en cualquier momento posterior, incluso cuando ya se hayan embargados sus bienes.

El efecto del incumplimiento de la fórmula de pago se halla previsto en el inciso final del artículo 374 del COGEP: se procederá a la ejecución de las garantías, entendiéndose que se refiere a garantías que signifiquen un pago inmediato, sin más trámite, como una garantía bancaria, o se procederá al embargo de los bienes que se hayan entregado en garantía *“y de manera inmediata se realizará su avalúo para iniciar el remate”*, con lo cual volvemos a los pasos usuales de la ejecución.

3.6. Incumplimiento del mandamiento de ejecución

Frente al incumplimiento del mandamiento de ejecución, el artículo 375 del COGEP prevé los siguientes efectos:

3.6.1. El primer efecto y más importante, es que empieza propiamente la ejecución forzosa o vía de apremio; de ahí que la primera consecuencia del incumplimiento es que se debe ordenar el embargo de bienes de propiedad de la o del ejecutado, para lo cual la parte ejecutante deberá adjuntar la documentación necesaria que justifique la propiedad de los bienes, documentación que también puede ser obtenida por la o el juzgador, según establece el segundo inciso del artículo 375 del COGEP, posibilidad ésta que para armonizarla con la regla de que el impulso del proceso corresponde a las partes procesales establecida en el artículo 5, debería entenderse que se refiere a documentación obtenida por el juzgador, a petición de parte, aunque en esta fase el COGEP parecería que pretende una prosecución de la causa incluso de oficio, seguramente para que el deudor no burle el cumplimiento, pues ya en el artículo 365 dice algo parecido, respecto a que *“la o el juzgador tendrá la facultad de acceder de oficio o a petición de parte, a los registros públicos de datos de la o del ejecutado, para recabar información relacionada con sus bienes”*.

3.6.2. Un segundo efecto, aunque en el artículo 375 consta en el primer inciso, es que debe publicarse el mandamiento de ejecución en la página web de la Función Judicial, para el conocimiento de terceros, *“a fin de que, todos aquellos que tengan interés en la ejecución concurran a la audiencia con todas las pruebas necesarias para hacer efectivos sus derechos”*. Esta publicación, entonces, abre la posibilidad de que terceros puedan hacerse presente en la audiencia de ejecución, aunque propiamente lo que debería publicarse sería la orden de embargo, pues es ésta la que refleja que hubo incumplimiento por parte del deudor y da inicio a la ejecución forzosa.

3.6.3. Más que efecto del incumplimiento del mandamiento de ejecución, el paso siguiente al embargo es el avalúo pericial del bien embargado. El informe de la o el perito deberá contener los sustentos técnicos que respalden el avalúo y la firma de la o del depositario, como señal de que está conforme con lo que describe el perito respecto a bien en depósito, con lo cual queda determinado qué es lo que debe entregar al ganador del remate, de tal modo que al momento de la entrega no alegue que el bien estaba en otras condiciones. El informe del perito debe ponerse en conocimiento de las partes y su contenido será discutido en la audiencia de ejecución, a la cual debe acudir el perito para sustentarlo, audiencia que se debe llevarse a cabo en el término máximo de quince días, se entiende, contados desde que se pone en conocimiento de las partes el informe, por lo que lo lógico será que en la misma providencia, se convoque también a dicha audiencia.

3.7. La audiencia de ejecución

Hemos hecho ya alusión a esta audiencia a propósito de algunos subtemas anteriores. Sus finalidades están señaladas en el artículo 392 del COGEP, y pueden resumirse en las siguientes:

3.7.1. Conocer y resolver sobre la oposición a la ejecución, por alguno de los motivos establecidos en el artículo 373;

3.7.2. Aprobar fórmulas de pago, *“incluso cuando impliquen la suspensión del procedimiento de ejecución”*;

3.7.3. Conocer y, se entiende, resolver sobre las observaciones de las partes al informe del perito, y de ser del caso, designar otra u otro;

3.7.4. Partiendo del supuesto que se haya embargado más de un bien, determinar cuál o cuáles deben ser rematados, para lo que considerará el valor que tienen, según el avalúo, y el monto de lo adeudado; y,

3.7.5. Resolver sobre la admisibilidad de tercerías o sobre las reclamaciones de terceros perjudicados.

Un detalle importante y novedoso, es que a esta audiencia pueden concurrir otras personas, por invitación del ejecutante o del ejecutado, asistentes que, debemos entender, son profesionales en el tema y están, por ello, en capacidad de proponer cualquier forma de realización de los bienes y presentar a terceros que, previa caución que garantice la seriedad de la oferta, se *“ofrezcan a adquirir dichos bienes por un precio previsiblemente superior al que pueda lograrse mediante venta en pública subasta, en este caso, la o el acreedor que ha vencido en el proceso podrá solicitar a la o al juzgador una prórroga para hacer acudir a la o al tercero adquirente, para lo cual se deberá contar con el acuerdo de la o del dador y de la o del acreedor”*.

La audiencia terminará con un auto en el que se resuelvan todas las cuestiones planteadas y se decida lo pertinente respecto a la continuación de la ejecución. Si la ejecución continúa, en el mismo auto la o el juzgador señalará la fecha para el remate electrónico, *“ordenando la publicación en la página web del Consejo de la Judicatura de un extracto que contendrá el detalle e imágenes de los bienes a ser rematados y su valor”*.¹⁹

El proceso de ejecución terminará con el remate y adjudicación del bien y el pago a la o al acreedor, conforme al artículo 412 del COGEP, existiendo la posibilidad, mientras tanto de que el obligado pague o extinga la obligación de algún otro modo, *“en cualquier momento antes del remate”* como lo permite el artículo 395. Las reglas que contiene el COGEP respecto al embargo, a la forma de practicarlo, dependiendo del bien a embargarse, el embargo preferente de un acreedor hipotecario y temas similares, así como las reglas para el remate de los bienes embargados y la liquidación del crédito, por ahora, escapan al alcance de este trabajo.

3.8. Ejecución de obligaciones de dar género

Para concluir, haremos una breve mención a la ejecución de obligaciones de dar bienes de género, dado que el artículo 367 del COGEP regula el tema junto a las obligaciones de dar dinero que, como dijimos, es también un género determinado. En este caso, presentado el pedido de ejecución, lógicamente no viene al caso una liquidación de capital e intereses, pero podría tener cabida la liquidación de costas, aunque no lo menciona expresamente el artículo 367, sino que directamente se

¹⁹ El Consejo de la Judicatura, mediante Resolución 222-2015, del cuatro de agosto del 2015, dictó el Reglamento del sistema de remates judiciales en línea de la Función Judicial.

refiere al mandamiento de ejecución, en el cual ordenará que el deudor “*consigne la cantidad de bienes genéricos o deposite el importe de dichos bienes a su precio corriente de mercado a la fecha que se lo dictó, bajo prevenciones de proceder al embargo de bienes suficientes en la forma prevista por este Código*”. De no efectuar el deudor la consignación o el depósito que prevé este artículo, procede la ejecución forzosa, empezando por el embargo, en la misma forma señalada en el numeral 10 precedente.

Es bueno hacer notar la flexibilidad del Código respecto a la posibilidad de poder cumplir este tipo de obligaciones por equivalencia, pese a que en el artículo 364 sienta el principio de que la ejecución se circunscribirá a la realización o aplicación concreta de lo establecido en el título de ejecución una tutela judicial efectiva llevaría a pensar que el cumplimiento por equivalencia sólo debería tener cabida cuando sea imposible el cumplimiento en los términos constantes en el título, “*de forma que el ejecutante titular del derecho obtenga al término del proceso de ejecución todo aquello a lo que fue condenado el ejecutado y en su misma especie, bien consista en un dar dinero o cosa distinta a dinero, o bien consista en un hacer o en un no hacer. De esta forma el derecho a que la sentencia se ejecute en su (sic) propios términos tiene un carácter objetivo en cuanto se refiere precisamente al cumplimiento del fallo sin alteración y no permite por tanto suprimir, modificar o agregar a su contenido excepciones o cargas que no puedan reputarse comprendidas en él.*”²⁰

²⁰ José Garberí Llobregat, Óp. Cit, pp. 209 - 210

De la construcción normativa a la consolidación judicial de la oralidad en los procesos de niñez y adolescencia

Arturo Márquez Matamoros

Sumario:

1. Introducción; **2.** La oralidad desde la óptica constitucional: Constitución de 1945; Constitución de 1967; Constitución de 1998 y Constitución de 2008; **3.** La oralidad en la legislación comparada; **4.** La oralidad y la legislación atinente a niñez en el Ecuador (Códigos de Menores de 1938, 1939, 1944, 1960, 1969, 1976, 1992 y Código de Niñez de 2003); **5.** Los principios, las garantías y los derechos en el sistema procesal oral en niñez y adolescencia; **6.** La oralidad, la publicidad y la reserva en los procesos de niñez; **7.** La oralidad y el derecho a ser oído en el ámbito de la legislación nacional e internacional; **8.** Los jueces y sus facultades en el proceso oral (facultades jurisdiccionales, facultades correctivas y de ordenación; y, facultades coercitivas); **9.** El sistema procesal oral en materias de niñez y adolescencia según el COGEP y el Código Orgánico de Niñez; **10.** Conclusiones.

I. Introducción

La Constitución ecuatoriana del 2008 vértebra un complejo pero articulado sistema de principios, garantías y reglas, mismos que han sido recogidos y desarrollados normativamente en el Código Orgánico General de Procesos (en adelante COGEP); de ahí que no resulta casual encontrar en este último texto, aplicaciones tanto de las normas reglas como las normas principios de orden constitucional,¹ las cuales aportan esa necesaria laxitud omnicomprendiva de que lo importante es *—en cualquiera de los procesos o procedimientos que se aplique—* el garantizar el derecho material, que va desde la construcción de una nueva racionalidad de las formas hacia la consolidación de la razonabilidad en lo sustancial; ergo y visto que, el modelo que promueve el COGEP al estar cifrado en la *oralidad*, no solo que va provocar rupturas de la tradición escrituraria sino que además va a generar un relacionamiento sistémico con todas las normas sustantivas que contempla el ordenamiento jurídico ecuatoriano, en nuestra condición de jueces nos corresponde en la práctica desmontar usanzas de vieja data que, en manera alguna definen los tiempos que vivimos hoy, teniendo presente que cuando el COGEP entre en completa vigencia y aplicabilidad de todas las materias e instituciones que instrumentaliza, ineluctablemente provocará crisis múltiples, en particular en aquellos juristas de formación tradicional y apegados a lecturas y prácticas decimonónicas.

El efecto irradiador de la Constitución de 2008 y la construcción normativa referida en el COGEP tienen en rigor una incidencia obligada en el Código Civil, en el Código de Trabajo, en la Ley de Inquilinato, en la Ley Notarial, en el Código Orgánico Tributario, en el Código Orgánico de la Función Judicial, en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en la Ley de Compañías, en el Código Aeronáutico, en la Ley de Propiedad Intelectual, en la Ley de Mercado de Valores, en la Ley de Caminos, en la Ley de Aviación Civil, en la Ley de Arbitraje y Mediación, en la Ley de Gestión Ambiental y, para el caso que nos ocupa en este ensayo en los procesos que regula el Código Orgánico de Niñez y Adolescencia, al punto que la gran mayoría de sus instituciones tienen que tramitarse oralmente en la vía sumaria, misma que por cierto no resulta invasiva a una área compleja y tan llena de especificidades, sino que ofrece soluciones propias en unos casos y

¹ Art. 2 COGEP. Principios rectores. En todas las actividades procesales se aplicarán los principios previstos en la Constitución de la República, en los instrumentos internacionales de derechos humanos, en los instrumentos internacionales ratificados por el Estado, en el Código Orgánico de la Función Judicial y los desarrollados en este Código.

complementarias en otros, dependiendo de la materia a tramitar conforme se advertirá en el desarrollo de este ensayo.

2. La oralidad desde la óptica constitucional

Es conocido en el foro como en los espacios universitarios que, los sistemas procesales como objeto de estudio, no merecieron una consideración especial, pues ni en el imaginario colectivo ni en la propia academia constaba como una prioridad y menos convocaba una reflexión pausada, lo cual resulta explicable desde la ciencia política, por el modelo o tipo de Estado que nuestro país asumió por tiempo prolongado, me refiero al liberal-legislativo mismo que tenía como propósito mayor, el consolidar intereses individuales y patrimoniales, expresados a través de una producción normativa reglada, la cual se desplegó operativamente en el ámbito judicial a través de usos y prácticas que han perdurado por decenas de años. Pero no solo el andamiaje procesal había marcado su impronta en el derecho normado en el referido tipo de Estado, no, ya que coetáneamente el derecho sustantivo o material de desenvolvía desde expresiones que lo caracterizaban, a saber: la autonomía de la voluntad, la visión contractualista del derecho y la disponibilidad de los derechos, lo cual dejaba poco espacio a obtener un verdadero interés ciudadano, tanto como sujeto individual como sujeto social. Sin embargo, es a partir de los años veinte del siglo pasado y, en razón de disímiles factores internos y exógenos que interactúan a escala planetaria, que se produce un nuevo dimensionamiento del rol del Estado y del Derecho en la sociedad; en efecto, son las corrientes del pensamiento de avanzada vinculadas a los movimientos socialistas (nacionales, regionales y universales), los que a la postre afinan nuevas ideas en el imaginario colectivo, introduciendo así en los foros internacionales y en los ordenamientos internos los denominados derechos económicos, sociales y culturales como parte de aquel plexo legislativo necesario para que las sociedades y el ser humano se desenvuelvan desde ópticas distintas, nos referimos a lo que la academia menciona como el Estado de Bienestar y el Estado Social de Derecho, los cuales a mi modo de ver, son el resultado de expresiones que intentan explicar dinámicas emergentes, las cuales en rigor plantean un modelo de desarrollo económico del Estado y, en el plano de los derechos subjetivos y materiales procuran desplazar aquellas visiones excluyentes respecto a las mujeres, a la familia, a los niños y adolescentes menores de 18 años, con propuestas inclusivas y, en el tema procesal empiezan a realizarse sostenidos debates, al punto de llegar a modificar el Código de Enjuiciamiento Civil por el Código de Procedimiento Civil, pero sobre la base del sistema escriturario, mismo que en un

tramo de sesenta años develó un evidente agotamiento, al punto que en la Constitución de 1998 se cuestionó su efectividad sin lograr concretar un verdadero cambio. Es a partir de la dictación de la Constitución de 2008 y bajo la consideración del principio fundamental de que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, que se modifican un conjunto de textos normativos infraconstitucionales cuyo propósito es ser consecuente con los paradigmas que contempla dicha Carta suprema, que van desde los principios que promueve, pasa por las garantías que subraya como necesarias (sistema procesal oral) para llegar a la protección del derecho material desde estándares aceptables.

Registrada esta resumida visión socio-histórica, nos atañe en forma obligada analizar las disímiles Constituciones que se han elaborado en la época republicana del Ecuador, en particular las correspondientes a los años de 1945, 1967, 1998 y 2008, en el propósito de identificar los antecedentes que han permitido edificar lo que hoy se conoce como sistema procesal oral, a saber:

Constitución 1945

Previo a entrar al análisis de la Constitución de 1945 debemos hacer una referencia obligada a la Constitución liberal de 1906 y a la Constitución de 1929. Respecto a la primera y si bien no cuenta con una mención abierta y específica del tema procesal oral, en cambio perfila aspectos sustanciales que lo preceden; en efecto, si se revisa el art. 106 del referido texto constitucional, advertiremos que como temas plausibles se encuentran: a) La publicidad en los juicios; b) La deliberación en secreto de los Tribunales, con la particularidad de que, las votaciones de éstos eran públicas y se anunciaban en alta voz; y, c) Las sentencias debían ser motivadas, debiendo expresarse en ellas la ley o el fundamento en que se apoyen. Es la Constitución de 1929 la que en cambio aporta conceptualmente visiones sociopolíticas de enorme repercusión en lo jurídico, al punto de elevar a categoría constitucional tanto el derecho procesal², como las garantías y la protección del matrimonio, de la familia, del haber familiar, de la maternidad y de la infancia e incluso establecer que en el Presupuesto de cada año se haga constar una partida especial para la protección del niño en la forma más eficaz, esto es a través de una política pública vigorosa. Esta visibilización del derecho procesal y del derecho de familia y niñez, contribuyen a generar una

² Art. 132 Constitución de 1929.- En materia de derecho procesal la Ley tenderá a la rápida tramitación de los juicios, y en lo penal, además, a la reeducación del delincuente.

obligada movilización de las leyes secundarias, pues tenían que readaptarse a los nuevos paradigmas que la Constitución *ut-supra* le imponía; en efecto, ya en la época del gobierno del General Alberto Enríquez Gallo, salieron a luz el Código de Menores de 1937 y el Código de Procedimiento Civil de 10 de abril 1938, entre otros, mismos que si bien fueron un avance para la época, no optaron por definirse por el camino del sistema procesal oral sino por pautas mixtas en el tema de los asuntos de niñez y adolescencia e impronta escrituraria en materias civiles y mercantiles.

La información registrada hasta aquí sirve como precedente, pues en rigor la Constitución de 1945 representa un hito dentro del ordenamiento procesal oral ecuatoriano, ya que si se analiza el contenido de los artículos 93 a 95 encontraremos un mandato expreso para la Función Legislativa de esa época, mismo que consistía en que al elaborar leyes de orden procesal (libertad de configuración de la norma), éstas debían propender a la simplificación y eficacia de los trámites, a la adopción del *sistema verbal* (en lo posible), a impedir el sacrificio de la justicia por sólo las formalidades legales, a que en ningún juicio habrá más de tres instancias; a que los juicios sean públicos, con las excepciones que señale la ley; a que las sentencias sean motivadas, debiendo expresar la ley o fundamento en que se apoyan; y; que para la defensa de las comunidades indígenas y de los trabajadores que no dispusieron de medios económicos, se establecían procuradores pagados por el Estado, estándares que en unos casos fueron recogidos en textos de menor jerarquía y en otros en cambio se dispersaron en razón del poco o ningún interés por promover soluciones efectivas de los derechos ciudadanos desde los espacios judiciales y/o desde el propio poder político.

Constitución 1967

Si bien el tema de la oralidad no se visibiliza en la Constitución de 1946, es en la Constitución de 1967 en donde se la retoma, pero esta vez pensada como sistema (art. 200 *in fine*) y en el marco de leyes procesales que procuren la simplificación y eficacia de los trámites y sin sacrificar la justicia por la sola omisión de formalidades, estableciéndose como hoja de ruta en el art. 64.14 que, los conflictos individuales de trabajo *se tratarán en juicio oral* y en la forma que determine la ley. Este dimensionamiento y mandato constitucional conlleva además otros deberes para el legislador, mismo que al pautar las leyes a expedir, debía considerar que la administración de justicia sería gratuita; que los juicios serían públicos, que ningún juicio tendría más de tres instancias; que la sentencia expresará los fundamentos de hecho y de derecho en que se base, lo cual a mi modo de ver va estructurando una nueva forma de entender que los sistemas procesales van junto con los diseños de los aparatos de administración de justicia y con los principios fundamentales de las personas.

Constitución 1998

La Constitución de 1998 refiere a que el sistema procesal será un medio para la realización de la justicia; que hará efectivas las garantías del debido proceso y velará por el cumplimiento de los principios de inmediación, celeridad y eficiencia en la administración de justicia y que no se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades. En cuanto a las leyes procesales menciona que procurarán la simplificación, uniformidad, eficacia y agilidad de los trámites. El retardo en la administración de justicia –imputable al juez o magistrado–, recibirá sanción; y, en cuanto a la sustanciación de los procesos, que incluye la presentación y contradicción de las pruebas, *se llevará a cabo mediante el sistema oral*, de acuerdo con los principios: dispositivo, de concentración e inmediación, particularizando que en los casos penales, laborales, de alimentos y de menores, la administración de justicia será gratuita; y, en la Disposición vigésima séptima en cambio señaló que, *la implantación del sistema oral se llevará a efecto en el plazo de cuatro años*, para lo cual el Congreso Nacional reformará las leyes necesarias y la Función Judicial adecuará las dependencias e instalaciones para adaptarlas al nuevo sistema, lo cual sobra decir a la luz de historia y de sus resultados que jamás ocurrió, siendo este uno de los principales defectos por parte de quienes tenían la obligación de hacer un ejercicio aplicativo de la Constitución en el sector justicia, lo cual tiene que ver con el enfoque y la priorización de políticas públicas realizadas por los gobiernos de turno, en el modelo de Estado denominado neoliberal. Empero y más allá de la mora en el cumplimiento de las obligaciones constitucionales, el hecho de que conste en forma definitiva que la sustanciación de las causas –en los márgenes del debido proceso– se lleve a cabo mediante el sistema oral, es un hecho que no puede ser ignorado, uno por que el precepto tiene rango constitucional; dos, por cuanto se mantiene viva la idea de la necesidad de adecuar todo el ordenamiento jurídico a las tendencias y estándares que la comunidad jurídica internacional ha previsto como ineludibles para la realización del derecho interno; y, tres, por cuanto la implantación del sistema oral exige de todo un andamiaje, logística y un cuerpo de jueces y juezas que permitan precisamente su realización y consolidación.

Constitución de 2008

Es de conocimiento general que, la Constitución de 2008 es eminentemente normativa en la que se identifican tanto principios, garantías y reglas, mismas que en rigor organizan la actividad judicial y disciplinan un conjunto de estándares de obligado cumplimiento, tanto en el ámbito de la justicia constitucional como en la justicia ordinaria; en efecto, si se revisa el contenido del art. 86 de la Constitución

ut supra se advertirá por ejemplo que, las garantías jurisdiccionales se regirán, en general, por las siguientes disposiciones y/o normas de procedimiento: “...2.a) El procedimiento será sencillo, rápido y eficaz. Será *oral* en todas sus fases e instancias. [...] c) Podrán ser propuestas *oralmente* o por escrito, sin formalidades, y sin necesidad de citar la norma infringida...”. En tanto que en el art. 168 *ibídem* se determina que, la administración de justicia (ordinaria), en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará entre otros los siguientes principios: “... 6. La sustanciación de 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”.

Este marco normativo de orden constitucional ha sido desarrollado en leyes de menor rango, a saber: la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, el Código Orgánico General de Procesos e incluso el Código Orgánico de la Función Judicial, herramientas jurídicas complementarias que le otorgan solidez y a la vez permiten leer el derecho adjetivo de manera distinta, pues en uno u otro caso fortalecen la idea de la urgencia de ser consecuentes con el precepto constitucional y con normas que emergen del derecho convencional multilateral. Si, el sistema oral que se promueve desde la égida constitucional, tiene que ver con el ejercicio efectivo y material de los derechos y es a través de una obligada aplicación de principios como el de contradicción, el de concentración y el dispositivo que lograremos garantizar un debido proceso, más aún en ámbitos como el de niñez y adolescencia (artículos 44, 45 y 46 de la Constitución *ut supra*) en el cual día a día se debaten no solo los derechos fundamentales y legales sino que además los jueces y juezas en forma explícita e implícita con sus intervenciones deciden proyectos de vida³.

3. La oralidad en la legislación comparada

Es necesario dejar sentado liminarmente que, a nivel regional y a nivel mundial existen organismos que generan legislación internacional, vía declaraciones o vía pactos o convenios de carácter multilateral; así, en el ámbito interamericano tenemos a la Organización de Estados Americanos (OEA) y en el ámbito mundial a

³ Para una mejor comprensión de lo que debemos entender por proyectos de vida, los jueces estamos compellidos a revisar las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Fondo, párrafo 191 y *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. Reparaciones y Costas, párrafos 147-150.

la Organización de Naciones Unidas (ONU), a la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y a la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, entre otros. Es esta legislación la que ha permitido modular e incluso cambiar los ordenamientos internos de cada uno de los Estados que son parte de los referidos organismo multilaterales, en razón de la consideración de principios como el *pacta sunt servanda*, *el bona fide* y además porque en materia de derechos humanos existen normas de *ius cogens* que son de inexcusable cumplimiento por parte de los Estados. Para el tema que no ocupa, recurrimos a cinco instrumentos que son de importancia para explicar la oralidad en la legislación internacional, a saber:

La Declaración Americana de los Derechos del Hombre de 1948, misma que en el párrafo segundo del artículo XVIII señala que, “Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.”

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su art. 8.1 precisa que toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

Asimismo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, recogen en los artículos 14.1 que, todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

El artículo 40.2. de la Convención de los Derechos del Niño, en el tema de adolescentes que han infringido las leyes penales, señala en cambio que los Estados Partes garantizarán, en particular: “...b) Que todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente: ...iii) Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial *en una audiencia equitativa conforme a la ley*, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considere que ello fuere contrario al interés superior del niño teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales...”.

El registro de los instrumentos da cuenta de que el legislador internacional si ha tenido un especial interés por que los derechos de las personas, sean dirimidos bajo procedimientos orales, en un sistema de audiencias, con tribunales independientes, competentes e imparciales y dentro del marco de un debido proceso, aspectos que ventajosamente el legislador ecuatoriano los ha recogido en la Constitución del 2008, lo cual revela que en esta materia el asambleísta ecuatoriano ha cumplido con sus connacionales y además ha ubicado al país en el concierto de naciones, como una comunidad que permite el acceso a la justicia y ofrece seguridad jurídica bajo estándares aceptables.

4. La oralidad y la legislación atinente a niñez en el Ecuador (Códigos de Menores de 1938, 1939, 1944, 1960, 1969, 1976, 1992 y Código de Niñez de 2003).

Si se analiza los contenidos del primer Código de Menores hasta el expedido en el año de 1992, se advertirá la impronta de la doctrina de la situación irregular⁴ al considerar a los niños, niñas y adolescentes, como objeto de protección y no como sujetos de derechos, todo lo cual es necesario dejarlo sentado, en razón de que es el Código de Niñez y Adolescencia de 2003 conceptualmente hablando, el que marca la diferencia al hacer un alineamiento a la doctrina de la protección integral⁵, misma

⁴ La doctrina de situación irregular “no significa otra cosa, se ha escrito, que legitimar una acción judicial indiscriminada sobre aquellos niños y adolescentes en situación de dificultad”. García Méndez, Emilio, *Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina: de la situación irregular a la protección integral*, Forum Pacis, Santa Fé de Bogotá, Colombia, 1994, p. 22

⁵ "La doctrina de la protección integral de las Naciones Unidas, involucra al universo total de la población infantil-juvenil. Esta doctrina incluye todos los derechos individuales y colectivos de las nuevas generaciones,

que también tiene que ver con los procedimientos y la oralidad conforme se explicará más adelante. Por ahora, nos corresponde entrar a identificar la oralidad en los diferentes Códigos de Menores y de Niñez, mismos que son parte de la historia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes de nuestro país. En efecto, si se examina el Código de Menores de 1938⁶ y el Código de Menores de 1939⁷, se constatará que ambos textos normativos prevén en forma coincidente y en el artículo 40 que “El Tribunal de Menores fallará en juicio verbal, breve y sumario después de practicada la información necesaria...”. A su vez, el artículo 57 del Código de Menores de 1944⁸ y el artículo 56 Código de Menores de 1960⁹, respectivamente precisan que “...El Tribunal de Menores resolverá las causas sobre infracciones atribuidas a menores, *breve y sumariamente*, después de practicada la información necesaria [...] y los procesos serán absolutamente secretos...”. Los artículos que van desde el 148 al 179 del Código de Menores de 1969¹⁰, prevén en cambio procedimientos mixtos en los casos de alimentos (art. 148) y sumarísimo en tenencia y autorización de salida del país (arts. 158 y 183 respectivamente), siendo a mi juicio lo más destacable de dicho texto normativo que, el art. 191 haga una referencia importante a la legislación internacional, pues tal invocación per-se altera el sistema de fuentes del derecho en materia tan importante como es la niñez y adolescencia, al introducir el ordenamiento convencional bilateral y/o multilateral como normas a recurrir e invocar en los usos y prácticas de los operadores jurídicos como de los jueces y juezas al momento de conocer y/o resolver un caso.

El Código de Menores de 1976¹¹ en su art. 131 señalaba que, en los problemas familiares el Tribunal de Menores convocará previamente, a una junta de conciliación a las personas en conflicto, para la menor y pronta resolución del problema. De no obtener la conciliación, pasará el caso a servicio social para que emita su informe, con

es decir, todos los derechos para todos los niños. Esta situación convierte a cada niño y a cada adolescente en un sujeto de derechos exigibles. Para nosotros, adultos, el reconocimiento de esta condición se traduce en la necesidad de colocar las reglas del estado democrático para funcionar en favor de la infancia." (Emilio García Méndez: *Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina: de la Situación Irregular a la Protección Integral*. Santa Fé de Bogotá, Forum Pacis, 1994. pp.11). El art. 175 Constitución de 2008 del Ecuador, sostiene que, las niñas, niños y adolescentes estarán sujetos a una legislación y a una administración de justicia especializada, así como a operadores de justicia debidamente capacitados, que aplicarán los principios de la doctrina de protección integral. La administración de justicia especializada dividirá la competencia en protección de derechos y en responsabilidad de adolescentes infractores.

⁶ R.O. No. 2 de agosto 12 de 1938

⁷ R.O. No. 107-108 de 10 y 11 de abril de 1939

⁸ R.O. No. 65 de agosto 18 de 1944

⁹ R.O. No. 1202 de agosto 20 de 1960

¹⁰ R.O. No. 320 de diciembre 3 de 1969

¹¹ R.O. No. 107 de junio 14 de 1976

vista del cual los tramitará conforme a las normas especiales establecidas en este Código, disposición que por cierto nos reenvía al artículo 144 de la Protección Prenatal, al artículo 149 de los Alimentos, al artículo art. 167 de la Colocación Familiar, al artículo 180 de la Adopción, al artículo 194 de la Patria Potestad y al artículo 202 de la Guarda o Tenencia de menores, cada una de las cuáles tiene su propio procedimiento, lo que en rigor no resultaba idóneo en razón de lo heterogéneo y dispersión de cada uno de éstos. Lo peculiar de los procedimientos referidos en este Código era que utilizaba un sistema mixto, por cuanto si bien existía audiencia oral, se aperturaba un término de probanzas escrito, mismo que terminaba con una resolución y, en el evento de que se hubiese incurrido en vulneración de los derechos de las partes, generalmente se recurría a una solución “saneadora” cuestionable hasta el día de hoy, ya que en el art. 7 del precitado Código se señalaba que “Los casos de menores sujetos a conocimiento y resolución del Servicio Judicial de Menores (léase Tribunales de Menores y Corte Nacional de Menores), serán tratados como problemas humanos y no como litigios...”, disposición que en rigor dejaba al margen reglas básicas del debido proceso y la seguridad jurídica, pues a través de su invocación se legitimaron más de una arbitrariedad propia o característica de la doctrina de la situación irregular.

El Código de Menores de 1992¹² en los artículos 59, 79, 80 y 81 hacen referencia a materias como alimentos y tenencia, en los cuales se señala debía haber audiencia, no así en otros procedimientos como la colocación familiar, lo cual resulta altamente preocupante pues deja a la discrecionalidad del juzgador/a, el trámite aplicable lo cual, a mi modo de ver resultaba atentatorio a la seguridad jurídica, pues inclusive en el referido texto normativo también se implantó aquel artículo que “Los casos de menores sujetos a conocimiento y resolución del Servicio Judicial de Menores (léase Tribunales de Menores y Corte Nacional de Menores), serán tratados como problemas humanos y no como litigios...”, mismo que como ya se explicó “saneaba” cualquier inapropiada intervención judicial. Empero, lo más destacable en dicho Código consistió en que incorporó una norma supremamente importante en legislación de niñez y adolescencia, al señalar en el artículo 5 que “El Estado ecuatoriano asume la responsabilidad de garantizar el cumplimiento de los derechos del menor, establecidos por este Código y los convenios internacionales...”, lo cual habilita a todos los operadores administrativos como de justicia a invocar y aplicar legislación internacional en cada una de sus decisiones, pues la norma les estaba señalando que no necesitaban leyes intermedias para proceder a garantizar los derechos del niño/a,

¹² R.O. No. 995 de agosto 7 de 1992

dirimiendo así –por lo menos en esta materia– aquella vieja discusión doctrinal del monismo y dualismo jurídico.

El Código de la Niñez y Adolescencia de 2003¹³ representa el instrumento de avanzada en la garantía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes del Ecuador, no solo porque hace un alineamiento a la Convención de los Derechos del Niño de 1989 y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, sino porque es la primera vez que un texto normativo hacía un registro de principios, de derechos, de garantías y de deberes, bajo la consideración de que los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derechos y éstos tenían y tienen el derecho a opinar en todos los asuntos que les afecten. Pero no solo eso, sino que además en su desarrollo normativo procesal, dicho Código ya consideró que frente a la amenaza o vulneración de los derechos del referido grupo etéreo, se tenían que inmediatamente accionar el sistema de audiencias (conciliación y de prueba en temas de relaciones de familia) y audiencia preliminar y juzgamiento en temas de adolescentes en conflicto con las leyes penales, mismos que si bien han venido funcionando, han requerido someterse a estándares nuevos, los cuales son precisamente los que diseña el COGEP y en forma oportuna diseñó el COIP.

5. Los principios, las garantías y los derechos en el sistema procesal oral de niñez y adolescencia.

Dentro del sistema de protección de derechos y el acceso a la justicia de los niños, niñas y adolescentes, se debe tener en cuenta siempre la teoría de los derechos fundamentales, pues desde ahí se puede diferenciar la importancia de los principios, de los derechos y de las garantías; al respecto Robert Alexy señalaba que los derechos fundamentales no solo pueden, sino que deben venir configurados a través de principios. Siguiendo esta línea argumental se ha dicho por ejemplo que “...los principios orientan la decisión en un sentido determinado, sin embargo, no en una forma concluyente y definitiva. Se trata de mandatos de optimización, por lo que deben ser realizados al máximo posible, según lo permitan las circunstancias de hecho y su ponderación con los otros principios en juego ante esta situación fáctica concreta. Los principios, entonces tienen una dimensión del peso o de la importancia, por lo que de presentarse un conflicto entre dos principios, uno prevalece sobre el otro –peso– pero ello

¹³ R.O. No. 737 de enero 3 de 2003

no afecta su validez, sobreviven aun cuando no prevalezcan. Así, un principio que prevalece frente a otro ante una situación concreta, podría ser que no prevalezca ante la variación del cuadro fáctico...”¹⁴, afirmación que guarda correspondencia con la concepción de Dworkin, mismo que al hablar de los principios señalaba que: “...Los Principios tienen una dimensión que falta en las normas: la dimensión del peso o importancia. Cuando los principios interfieren, quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno. En esto no puede haber, por cierto, una medición exacta, y el juicio respecto de si un principio o directriz en particular es más importante que otro será con frecuencia motivo de controversia. Sin embargo, es parte esencial del concepto de principio que tenga esta dimensión, que tenga sentido preguntar qué importancia o qué peso tiene...”¹⁵.

Anotado lo anterior incumbe recordar que el Código Orgánico de Niñez en el artículo 256, hace un registro de los principios rectores que guían la actuación de la administración de justicia especializada de la niñez y adolescencia, en particular los principios de humanidad en la aplicación del derecho, priorización de la equidad por sobre la ritualidad del enjuiciamiento, legalidad, independencia, gratuidad, moralidad, celeridad y eficiencia, mismos que a su vez guardan atinencia con aquellos principios fundamentales que el Código en mención refiere en los artículos que van desde el 6 hasta el 14 y que dada su especificidad y sustantividad corresponde anotarlos, pues son de ineludible observancia por parte de la autoridad administrativa y judicial, a saber: a) Igualdad y no discriminación; b) Niños, niñas y adolescentes, indígenas y afroecuatorianos; c) Corresponsabilidad del Estado, la sociedad y la familia; d) Función básica de la familia; e) Deber del Estado frente a la familia; f) El interés superior del niño; g) Prioridad absoluta; h) Ejercicio progresivo; i) Aplicación e interpretación más favorable al niño, niña y adolescente.

En cuanto a las normas-reglas se ha dicho que “...constituyen razones definitivas, exigen que se haga lo que en ellas se ordena, por lo que imponen una decisión, un resultado...”¹⁶, comprensión que se adecua a lo que Robert Alexy señalaba: “...En cambio, las reglas son normas que solo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por

¹⁴ Manual Autoformativo en Acceso a la Justicia y Derechos de la Niñez en Centroamérica. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José, Costa Rica. 2008, pág. 36

¹⁵ Dworkin, Ronald. Los Derechos en serio. Editorial Ariel. Cuarta impresión. Barcelona, 1999, págs. 77 y 78

¹⁶ Manual Autoformativo en Acceso a la Justicia y Derechos de la Niñez en Centroamérica. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José, Costa Rica. 2008, pág. 36

lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctico y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado...¹⁷. En el mismo Código también se encuentra un registro de los derechos, divididos en cuatro grandes grupos, a saber: 1) Derechos de supervivencia; 2) Derechos relacionados con el desarrollo; 3) Derechos de protección; y, 4) Derechos de participación, dentro de los cuales se encuentran positivados un conjunto de derechos que deben ser protegidos por el juzgador/a en el caso de que hubiere amenaza o vulneración de los mismos.

Respecto a las **garantías**, es necesario precisar que toda autoridad judicial está obligada a aplicarlas y hacerlas respetar, habida cuenta de que la actividad jurisdiccional, tiene como propósito: a) El garantizar el acceso a la justicia en el marco del debido proceso; b) El ofrecer seguridad jurídica; y, c) El satisfacer el derecho sustantivo material, desde premisas axiológicas y bases epistémicas dinámicas. Sobre lo dicho, el Código Orgánico de Niñez y Adolescencia hace referencia en el artículo art. 15 al señalar que los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derechos y garantías y, como tales, gozan de todos aquellos que las leyes contemplan en favor de las personas, además de aquellos específicos de su edad. Igual garantía la tienen los niños, niñas y adolescentes extranjeros que se encuentren bajo jurisdicción del Ecuador, con las limitaciones establecidas en la Constitución y en las leyes. Respecto a la naturaleza de estos derechos y garantías, el art. 16 *ibidem* señala que son de orden público, interdependientes, indivisibles, irrenunciables e intransigibles, salvo las excepciones expresamente señaladas en la ley; y, en el art. 18 del citado Código se refiere a que los derechos y garantías que las leyes reconocen en favor del niño, niña y adolescente, son potestades cuya observancia y protección son exigibles a las personas y organismos responsables de asegurar su eficacia, todo lo cual revela un interés mayor que tutelar, máxime que con la vigencia de la Constitución y la implementación del COGEP, se irán desplazado aquellas rutinas propias de la tradición escrituraria, que se basaba en reglas estereotipadas las cuales en su gran mayoría se reducían a labores de verificación del material probatorio allegado por las partes, para luego dictar auto resolutorio o sentencia.

¹⁷ Alexy, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1997. Pág. 87

6. La oralidad, la publicidad y la reserva en los procesos de niñez

Ha sido y será un imperativo de la sociedad el que todos los actos de los seres humanos cuenten con el respaldo de la honestidad, de la seriedad y de la transparencia, a fin de mantener una coexistencia sana y pacífica entre semejantes, sin embargo, cuando se produce un quiebre de esa confianza, corresponde adoptar precauciones a fin de proteger el núcleo duro de aquellos valores que la sociedad los asume como válidos, mismos que pueden expresarse ora en normas de conducta ora en normas jurídicas y, en el marco de estas últimas como normas principios o normas reglas. Cuando la norma regla establece una prohibición de que en los casos de los niños y adolescentes sean reservados, lo que está determinando es una salvaguardia para este grupo etéreo, en aras a tutelar un bien jurídico como es la intimidad, la imagen, el buen nombre, así como su interés superior, entendido en cambio como norma principio. Visto aquello, corresponde decir que en nuestro ordenamiento nacional existe un verdadero blindaje normativo destinado a no afectar la situación personal de aquellos niños, niñas y adolescentes en general y más aún en que por uno u otro motivo han tenido que ingresar al circuito judicial, correspondiendo por tanto a las autoridades administrativas como judiciales garantizar que sus derechos a la intimidad y buen nombre no se afecten en razón de los impactos psicológicos y afectivos –presentes y futuros– que produce el estar involucrados en actividades reñidas con la ley. Por tanto si la constitución como la ley los protege, lo que menos puede suceder es que personas e intereses desaprensivos publiciten la situación en que estos pueden encontrarse; por ello la necesidad de mantener la reserva y la cordura, en atención a que la publicidad de las actuaciones procesales dicen relación –por ejemplo– a que ese adolescente que infringió las leyes penales, va a ser sometido a un debido proceso, que va a contar con defensa técnica, que se la va a garantizar su estado de inocencia, lo cual excluye cualquier interés de publicitar especificidad alguna, pues si se rebasa esos márgenes evidentemente se está vulnerando ese interés que se está obligado o cautelar. En efecto, de la visura de las normas que contempla nuestro ordenamiento jurídico advertiremos que el derecho a la intimidad va de la mano con la garantía de reserva, honra y reputación, mismos que desplazan a la publicidad, en tanto derecho a conocer e informarse por parte de un público más amplio. El artículo 66.20 de la Constitución de la República refiere a este derecho, el cual también se encuentra contemplado en el art. 16 de la Convención de los Derechos del Niño y en los arts. 53, 80, 258 del Código Orgánico de Niñez y Adolescencia mismos que refieren tanto a la intimidad como derecho, como garantía y como principio a ser cautelado por los padres, por los maestros de escuela o colegio, por los profesionales de la medicina, por los psicólogos, por los medios de comunicación, por la autoridad administrativa en general y por la autoridad judicial, en tanto sujeto activos como pasivos de protección.

Un aspecto especial a destacar en el caso de los adolescentes en conflicto con las leyes penales, tiene que ver con la doble protección que el ordenamiento jurídico provee; en primer lugar, la previsión constante en el art. 317 en concordancia con el art. 251 del Código *ut supra*, misma que en realidad es una garantía del debido proceso con un plus adicional vinculado a la reserva, en particular de las personas naturales que difundan información que permitan identificar a los adolescentes y sus familiares y, en segundo lugar la prohibición que tienen las personas jurídicas, en particular los medios de comunicación escrito o audiovisuales de divulgar datos personales o familiares, pues de hacerlo se someten a las sanciones que prevén los arts. 248 y 251 del Código Orgánico de Niñez o al Código Orgánico Integral Penal.

7. La oralidad y el derecho a ser oído en el ámbito de la legislación nacional e internacional

El sistema oral ha sido el mejor escenario en el cual las personas y/o las partes procesales pueden ser escuchadas; para el caso de los niños y adolescentes, en tanto sujetos sociales, éstos deben ser escuchados en todos los asuntos que les afecten, teniendo en cuenta su edad y desarrollo evolutivo, lo cual le posibilita ir construyendo sus propios imaginarios, sus propias convicciones; sus propias identidades individuales y colectivas. En cuanto al derecho de los niños y adolescentes a ser oídos, Oswaldo Gozaíni con su singular certeza señala: “...El derecho del niño a ser oído contempla la oportunidad de expresar su opinión en cualquier procedimiento en el cual se discutan sus derechos, siempre que esté en condiciones de formarse un juicio propio. Este elemento es angular para el debido proceso del niño, a fin de que “sea leído como una instancia de diálogo, en la que la voz del niño sea tenida en cuenta, de modo de considerar que lo que él o ella consideren respecto al problema de que está involucrado”. Lo dicho hasta aquí puede ser advertido normativamente tanto en instrumentos legislativos de origen internacional como aquellos producidos en el ámbito nacional, a saber:

En materia de legislación internacional y a efectos de garantizar que el derecho a ser oído y que la opinión del niño o adolescente sea expresada en forma libre y en condiciones adecuadas, los jueces y juezas en cada una de nuestras intervenciones y decisiones debemos considerar la siguiente normativa: la Convención sobre los Derechos del Niño, en sus artículos 12 y 13; la Observación General N. 12 del Comité de los Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a ser escuchado; la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículos 8 y 19; la Opinión Consultiva OC-17/02 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Condición Jurídica

y Derechos Humanos del Niño, párrafo 102; y, la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas, párrafo 200, mismas que por cierto son invocables, justiciables y de aplicación directa.

En el ámbito nacional es menester resaltar que el derecho a ser oído se encuentra pautado en las disposiciones constantes en los artículos 45 inciso segundo y 66.6 de la Constitución vigente, así como en los artículos 60, 106 *in fine*, 156 inciso segundo, 257, 258 y 291 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, lo cual es relevante en nuestro ordenamiento jurídico interno, pues –en rigor– desplaza aquella tradicional visión de considerar la capacidad civil de los niños y adolescentes, por el primado de ser sujeto de derechos.

8. Los jueces y sus facultades en el proceso oral (facultades jurisdiccionales, facultades correctivas y de ordenación; y, facultades coercitivas)

En el Considerando sexto introductorio del COGEP se afirma que, las facultades y deberes genéricos, las facultades jurisdiccionales, las facultades correctivas y las facultades coercitivas de las y los juzgadores previstas en los artículos 129, 130, 131 y 132 del Código Orgánico de la Función Judicial se deben desarrollar a través de normas procesales que coadyuven a la cabal aplicación de los preceptos constitucionales, de las normas de los instrumentos internacionales y de la estricta observancia de los términos previstos en la ley y con sujeción a los principios y garantías procesales que orientan el ejercicio de la Función Judicial, por tanto, les concierne a los jueces y juezas hacer un ejercicio aplicativo de las mismas, en particular cuando dirijan la audiencia, en la cual no solo es el director del proceso y del debate, sino que además tiene el deber ineludible de garantizar el debido proceso y la eficacia material de los derechos en los términos que establece el art. 29 del Código Orgánico de la Función Judicial¹⁸, así como implementar las facultades disciplinarias destinadas a mantener el orden y garantizar la eficaz realización de la audiencia que preside de conformidad con el art. 80 del Código Orgánico General de Procesos.

¹⁸ Art. 29 “Al interpretar la ley procesal, la jueza o juez deberá tener en cuenta que el objetivo de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y la ley sustantiva o material. Las dudas que surjan en la interpretación de las normas procesales, deberán aclararse mediante la aplicación de los principios generales del derecho procesal, de manera que se cumplan las garantías constitucionales del debido proceso, se respete el derecho de defensa y se mantenga la igualdad de las partes. Cualquier vacío en las disposiciones de las leyes procesales, se llenará con las normas que regulen casos análogos, y a falta de éstas, con los principios constitucionales y generales del derecho procesal.”

Para este propósito como ya anotábamos, los jueces cuentan con las herramientas que provee el Código Orgánico de la Función Judicial, dentro de las cuales están las facultades y deberes genéricos previstas en el artículo 129, esto es, aplicar la norma constitucional, los textos de los instrumentos internacionales de derechos humanos por sobre los preceptos legales contrarios a ella, así como administrar justicia empleando la norma jurídica pertinente, teniendo en cuenta el principio *iura novit curia*, el cual en el ámbito de legalidad se benefician las partes, frente a omisiones de derecho que éstos pudieran incurrir, entre otros. Respecto a las facultades jurisdiccionales, el artículo 130 del Código *ibídem* señala que las juezas y jueces deben entre otras: cuidar que se respeten los derechos y garantías de las partes procesales en los juicios, el velar por una eficiente aplicación de los principios procesales; el motivar debidamente sus resoluciones; el disponer la comparecencia de las partes procesales, de los testigos y peritos, cuya presencia sea necesaria para el desarrollo del juicio, a través de la Policía Nacional, en caso de renuencia el convalidar de oficio o a petición de parte los actos procesales verificados con inobservancia de formalidades no esenciales; el procurar la celeridad procesal, sancionando las maniobras dilatorias en que incurran las partes procesales o sus abogadas y abogados; el ordenar de oficio, la práctica de las pruebas que juzguen necesarias para el esclarecimiento de la verdad; salvo los casos en que la ley expresamente disponga lo contrario; el procurar la conciliación de las partes, en cualquier estado del proceso; el rechazar oportuna y fundadamente las peticiones, pretensiones, excepciones, reconvencciones, incidentes de cualquier clase, que se formulen dentro del juicio que conocen, con manifiesto abuso del derecho o evidente fraude a la ley, aseveración última que a la vez tiene relación con el art. 174 inciso segundo de la Constitución. En tanto que el art. 131 del Código Orgánico de la Función Judicial, contempla las facultades correctivas de las juezas y jueces, mismas que se orientan a observar que las conductas procesales de las partes respeten la actividad judicial, para lo cual las juezas y jueces deben: 1. Devolver los escritos ofensivos o injuriosos, sea que las injurias vayan dirigidas contra la jueza o juez, servidora o servidor del tribunal o juzgado, la contraparte o su defensora o defensor, sin perjuicio de la sanción que pudiere imponer y lo dispuesto por el Código Orgánico Integral Penal; 2. Expulsar de las actuaciones judiciales a quienes alteren su desarrollo o atenten contra su legal evolución. Si se trata de una de las partes, se le impondrá además los apercibimientos que hubieren sido aplicables de no haber asistido a la actuación; 3. Declarar en las sentencias y providencias respectivas, la incorrección en la tramitación o el error inexcusable de servidoras y servidores judiciales, y comunicar al Consejo de la Judicatura a fin de que dicho órgano sustancie el procedimiento administrativo para la imposición de sanciones; 4. Sancionar a las y a los defensores privados que no

comparezcan a cualquier audiencia judicial, con multa de hasta dos salarios básicos unificados del trabajador en general, salvo caso fortuito o fuerza mayor; y, 5. Aplicar las demás sanciones que este Código y otras normas establezcan.

En rigor, las facultades descritas sirven para para garantizar el derecho substancial a discutirse, permiten realizar un ejercicio adecuado del debido proceso y a la vez conduce a que los jueces y juezas desde nuestros conocimientos, desde nuestras convicciones y desde las buenas prácticas generemos una sinergia favorable a fin de ofrecer a quienes ingresan al circuito judicial por asuntos de familia, de niñez, de adolescencia, las mejores respuestas de orden jurídico, así como las soluciones que los justiciables merecen en función del derecho que éstos han anunciado como amenazado o vulnerado, lo cual ineluctablemente nos llevará a que dictemos sentencias y/o autos interlocutorios debidamente estructurados y con suficiencia explicativa y motivacional, lo cual permitirá a la postre garantizar los derechos de los justiciables y como efecto de aquello el fortalecimiento institucional.

9. El sistema procesal oral en materias de niñez y adolescencia según el COGEP y el Código Orgánico de Niñez y Adolescencia

El Código Orgánico General de Procesos en el Libro IV realiza un registro de los procedimientos que da cobertura y, en cada uno de ellos se advierten peculiaridades que los identifica; empero, existe algo que les es común a todos, la oralidad como parte de un sistema, en el cual se anidan los denominados derechos de protección, mismos que van desde el art. 75 hasta el art. 82 de la Constitución vigente y que –en rigor– aluden tanto a los derechos como a las garantías, que a su vez se conectan con los principios de la administración de justicia a ser considerados por los órganos de la Función Judicial, al tenor de lo establecido en art. 168. 6 y con el art. 169 de la Constitución *ut supra*, mismo que reza: “El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, intermediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso...”. Esta correspondencia entre el ordenamiento constitucional con el COGEP y, éste con el Código Orgánico de Niñez y Adolescencia nos compele a analizar, las conexiones y reenvíos que se producen entre uno y otro cuerpo normativo. En efecto, si se revisa la Disposición Derogatoria Sexta del COGEP, se evidenciará de que se suprime la Sección Segunda del Capítulo IV de los Procedimientos Judiciales, así como los artículos 292 y 293 del Código Orgánico de Niñez y Adolescencia, lo cual significa que no

va más el procedimiento contencioso general que corre desde los artículos 271 al 283, mismo que aplicaba a las materias contenidas en el Libro Segundo y Tercero del precitado Código de Niñez, así como su procedimiento, derogación que incluye además la facultad de ordenar las pruebas de oficio, así como la improcedencia de la acumulación de acciones y de la reconvencción, en razón de que el COGEP en los artículos 332.3 y 333.5 hace referencia y asume las materias que aplica, a saber: alimentos y todos los incidentes de aumento o rebaja de pensión, tenencia, visitas, patria potestad (limitación, suspensión, privación y restitución), detallando que el procedimiento aplicable es el sumario.

En el proceso sumario y en materia de alimentos existen algunas disposiciones que tienen que ser consideradas por los juzgadores *a-quo* o *ad-quem*, durante el desarrollo procesal y que paso a identificar:

- a) En cuanto a la *competencia concurrente*, se debe tener presente que, además de la o del juzgador del domicilio de la persona demandada, serán también competentes a elección de la persona actora, la o el juzgador del domicilio de la persona titular del derecho en las demandas sobre reclamación de alimentos o de filiación (artículo 10.10 del COGEP). La disposición registrada se adecua a lo dispuesto en el art. 167 del Código Orgánico de la Función Judicial que prevé que, si bien por regla general será competente, en razón del territorio y de conformidad con la especialización respectiva, la jueza o el juez del lugar donde tiene su domicilio el demandado, en el inciso segundo de dicho artículo se exceptúa aquellos casos en los que las leyes procesales respectivas dispongan lo contrario, siendo esta precisamente una de las excepciones pues el COGEP le permite elegir al titular del derecho y/o parte actora, su foro, esto es en materia de alimentos o filiación (impugnación de paternidad, impugnación de maternidad, impugnación de reconocimiento e investigación de paternidad), lo cual es altamente positivo y va muy junto con el principio de celeridad previsto en los arts. 75 y 169 de la Constitución y art. 20 del Código Orgánico de la Función Judicial.
- b) En el tema de apremios personales y en razón de la Disposición Derogatoria Sexta se derogaron los artículos 22, 23 y 27 de la Ley reformativa al Título V, Libro II del Código Orgánico de Niñez y Adolescencia y en su lugar el COGEP prevé en el art. 137 una nueva dimensión de la forma como se debe considerar y aplicar el apremio personal en materia de alimentos al señalar que, en caso de que el padre o la madre incumpla el pago de dos o más pensiones alimenticias, la o el juzgador a petición de parte y previa constatación mediante la certificación de la respectiva

entidad financiera o del no pago dispondrá el apremio personal hasta por treinta días y la prohibición de salida del país. En caso de reincidencia el apremio personal se extenderá por sesenta días más y hasta por un máximo de ciento ochenta días. En la misma resolución en la que se ordene la privación de libertad, la o el juzgador ordenará el allanamiento del lugar en el que se encuentre la o el deudor. Previo a disponer la libertad de la o el alimentante, la o el juzgador que conoció la causa, realizará la liquidación de la totalidad de lo adeudado y receptorá el pago en efectivo o cheque certificado. Pagada la totalidad de la obligación, la o el juzgador dispondrá su libertad inmediata. No obstante lo dispuesto en el presente artículo, la o el juzgador podrá ejecutar el pago en contra de las o los demás obligados. Similar procedimiento se cumplirá cuando la o el obligado haya dejado de pagar dos o más obligaciones asumidas mediante acuerdos conciliatorios. No cabe apremio personal en contra de las o los obligados subsidiarios. Así mismo el COGEP en el art. 139 prevé la forma en cómo debe cesar los apremios personales, ante lo cual los juzgadores deberán dar estricto cumplimiento a lo normado. Las disposiciones citadas tienen que ver con el art. 66.29 de la Constitución misma que señala que entre los derechos de libertad también incluye: "... c) Que ninguna persona pueda ser privada de su libertad por deudas, costas, multas, tributos, ni otras obligaciones, excepto el caso de pensiones alimenticias...", con el art. 328 *ibidem* que reza: "La remuneración será justa, con un salario digno que cubra al menos las necesidades básicas de la persona trabajadora, así como las de su familia; será inembargable, salvo para el pago de pensiones por alimentos..."; y con el art. 371 *in fine* de la Constitución vigente. Lo peculiar de que nos trae el COGEP respecto al punto que estamos tratando es, que la medida compulsiva de apremio personal no va más en contra de las o los obligados subsidiarios, lo cual en manera alguna significa que no puedan ser demandados y menos cumplir con las obligaciones alimenticias que les fueren impuestas en virtud del principio de solidaridad familiar.

- c) En lo atinente a la *cuantía* de las demandas de alimentos se debe tener en cuenta no solo el artículo 142.10 sino el artículo 144.4 del COGEP que literalmente reza: "...Para la determinación de la cuantía se seguirán las siguientes reglas: ...4. En los procesos de alimentos se fijará la cuantía atendiendo al máximo de la pensión reclamada por la o el actor durante un año...".
- d) El juez al calificar la demanda debe fijar provisionalmente la *pensión de alimentos y el régimen de visitas*, en razón de que el artículo 146 del COGEP así lo impone y además por cuanto el artículo innumerado 35 de la Ley reformativa al Título V, Libro II del Código Orgánico de Niñez y Adolescencia se encuentra abolido por

la Disposición Derogatoria Sexta del COGEP. Nótese además que este mismo deber, el juez o jueza lo debe cumplir en los juicios de divorcio contencioso previsto en el art. 332.4 *in fine* que dispone: “...La o el juzgador, en todos los casos, deberá señalar la pensión provisional de alimentos a favor de las hijas e hijos menores de veintiún años o con discapacidad conforme con la ley.” El COGEP intenta en esta parte ser ágil y en cierta medida acude a la denominada Doctrina de la Acumulación Objetiva, la cual según la jurisprudencia comparada es explicada en los siguientes términos: “...Por regla general, para cada acción se sigue un proceso independiente. Pero en muchos casos puede ser conveniente decidir en uno mismo y simultáneamente varias acciones, cuando están entre sí en conexión por cualquier motivo. Esta reunión tiene, frente a la sustanciación y resolución separadas, la gran ventaja de evitar resoluciones contradictorias y de ahorrar a las partes tiempo, gastos y molestias. De ordinario, la acumulación de acciones está determinada, no solo por la economía de los juicios, sino por la oportunidad de evitar fallos contradictorios. La acumulación de acciones puede asumir dos formas, según se unan objetos o sujetos, es decir, según verse sobre extremos reales o personales, recibiendo en el primer caso el nombre de objetiva y en el segundo de subjetiva...”. Este deber de los jueces, en la práctica va a tener que posicionarse pues se encuentra muy arraigado que cada instituto (alimentos y visitas) se tramiten en cuerda separada; empero dado que ahora el procedimiento es sumario, a mi parecer no sería óbice que lo hagan en dicha vía y, en el evento de que se suscitarán incidentes de aumento o de rebaja, o modificación del régimen de visitas, los mismos deben someterse a lo dispuesto en el artículo 332 y siguientes del COGEP, así como por lo dispuesto en el art. 163.4 del Código Orgánico de la Función Judicial.

- e) El artículo 151 del COGEP contempla un trazado bastante interesante por el cual quien contesta la demanda debe cumplir con exigencias mínimas que van a permitir que se realice un verdadero debate sobre las pretensiones alegadas, sobre la prueba aportada y sobre las excepciones que se formulen; sin embargo en la parte final del artículo *ut supra* se contempla una excepción a la regla general, que tiene que ver con el tiempo en que se debe despachar la causa, lo cual resulta explicable, dado que en materia de alimentos está de por medio derechos a la supervivencia y desarrollo de los niños, niñas y adolescentes y es necesario esa prontitud. El reducir tres a un día para evacuar un acto procesal y de diez a tres días para notificar con el contenido de la contestación a la parte actora, a fin de que ésta anuncie nueva prueba referente a los hechos expuestos en la contestación, es poner a las partes en igualdad de condiciones e igualdad de armas, lo cual es altamente positivo para el *iter* procesal y el fin que se intenta tutelar.

- f) El artículo 154 *in fine* del COGEP en forma palmaria señala que la *reconvención* no procede en materia de alimentos, disposición que explícitamente tiene que ver con la Disposición Derogatoria Sexta del COGEP y con el artículo innumerado 33 de la Ley reformativa al Título V, Libro II del Código Orgánico de Niñez y Adolescencia. Se debe tener en cuenta eso sí, que en otras materias y dentro del procedimiento sumario solo se admite la reconvención conexas, atento el tenor del art. 333.2.3 del Código *ut supra*.
- g) En cuanto *a la carga de la prueba* el inciso cuarto del artículo art. 169 del COGEP, al tratar el tema de alimentos prevé una inversión de la carga de la prueba al señalar que “...En materia de familia, la prueba de los ingresos de la o del obligado por alimentos recaerá en la o el demandado, conforme con lo dispuesto en la ley sobre el cálculo de la pensión alimenticia mínima...”. Esta forma de entender el derecho por parte del asambleísta es valioso, pues en rigor alivia a la demandante el que tenga que realizar costosas investigaciones para saber cuál es la condición económica del demandado, lo cual por cierto no le quita el derecho para proceder *motu proprio* a hacerlo.
- h) El artículo 240 del COGEP señala que no pueden desistir del proceso: ...4. Quienes sean actores en los procesos de alimentos. La disposición es clara y se explica pues el titular del derecho es el niño, niña y adolescente que solicita alimentos y en manera alguna quien le representanta.
- i) El artículo 332.3 del COGEP en forma expresa señala que, para la presentación de la demanda sobre prestación de alimentos y sus incidentes *no se requerirá patrocinio legal* y bastará el formulario proporcionado por el Consejo de la Judicatura. Esta es una verdadera protección que ofrece el sistema al intentar reducir costos por patrocinio, lo cual se relaciona con el art. 75 de la Constitución vigente que señala que, toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses y con el artículo 191 *ibidem* que reza que, la Defensoría Pública prestará un servicio legal, técnico, oportuno, eficiente, eficaz y gratuito, en el patrocinio y asesoría jurídica de los derechos de las personas, en todas las materias e instancias, así como con el artículo 12 del Código Orgánico de la Función Judicial.
- j) El artículo 332.5 del COGEP establece que, en las controversias sobre alimentos, tenencia, visitas y patria potestad de niñas, niños y adolescentes, la o el juzgador para dictar la sentencia *no podrá suspender la audiencia para emitir la decisión*

oral, conforme este Código, lo cual a mi modo de ver resulta beneficioso para los sujetos procesales por la dinámica de la diligencia y, por que además evita que factores exógenos, especulativos e incluso “extra proceso” puedan incidir en la decisión final del juzgador.

- k) El artículo 333.6 del COGEP también prevé que, las resoluciones dictadas en el procedimiento sumario y que tiene que ver con alimentos, tenencia, visitas, patria potestad son apelables pero solamente en efecto no suspensivo, esto es de conformidad con el art. 261.1 del Código en mención que reza: “...La apelación se concede: 1. Sin efecto suspensivo, es decir se cumple lo ordenado en la resolución impugnada y se remiten al tribunal de apelación las copias necesarias para el conocimiento y resolución del recurso.

Como se advirtió precedentemente la materia de alimentos ha sido reforzada significativamente en el COGEP y queda claro entonces que el procedimiento sumario aplica también a materias como la tenencia, las visitas, la adopción nacional e internacional, el acogimiento familiar, el acogimiento institucional y la patria potestad en sus diversas manifestaciones, por lo que surge la pregunta respecto al procedimiento a seguir en los casos de amenaza o vulneración a derechos como la educación, la salud, la intimidad, el buen nombre, la libertad de reunión, etc., ante lo cual respondemos que es el procedimiento sumario; empero, en los casos como maltrato (artículo 67 y siguientes del Código de Niñez), retención indebida de un hijo (artículo 125 del Código de Niñez), las medidas de protección previstas en los artículos 79, 94 y 217 del Código de Niñez; así como la investigación que realiza la policía y la oficina técnica en los casos de niños, niñas y adolescentes presuntamente perdidos, desaparecidos o plagiados o cuando se trata de ubicar a los padres o familiares de los niños presuntamente abandonados, mencionados en los artículos que van desde el 268 al 270 del Código Orgánico de Niñez y Adolescencia, se debe aplicar en cada uno de ellos los trámites previstos en dicho cuerpo normativo, pues sus normas no han sido derogadas, tanto más cuanto que, la disposición Derogatoria alcanza a la Sección Segunda (no a la primera) del Capítulo IV Procedimientos Judiciales, así como a los arts. 22, 23, 27, 33, 34, 36, 36, 37, 39, 40, 41, 42 y 45 de la Ley reformativa al Título V, Libro Segundo del Código Orgánico de Niñez. Lo que a mi juicio se trasladaría al procedimiento voluntario es la autorización de salida del país, pues el artículo 334 *in fine* del COGEP, reza: “...También se sustanciarán por el procedimiento previsto en esta Sección los asuntos de jurisdicción voluntaria, como *el otorgamiento de autorizaciones* o licencias y *aquellas en que por su naturaleza o por razón del estado de las cosas, se resuelvan sin contradicción.*”, debiendo para ello cumplir con

aquellas pautas establecidas para los procedimientos voluntarios desarrolladas en los artículos 335 y 336 del referido cuerpo normativo que puede derivar bajo ciertas circunstancias nuevamente en un proceso sumario.

Así mismo se debe considerar que en materia de niñez y adolescencia el juzgador/a debe tener en cuenta varias *disposiciones de orden procesal*, a saber:

- 1) En las demandas de recusación el juzgador debe fijar caución, sin embargo se exceptúa de dicho pago en materias de niñez y adolescencia (artículo 27 del COGEP), disposición que guarda coherencia con el artículo 168.4 de la Constitución y con el artículo 256 del Código Orgánico de Niñez que al referirse a los principios rectores, señala que, la administración de justicia especializada de la niñez y adolescencia guiará sus actuaciones y resoluciones con estricto apego a los principios, derechos, deberes y responsabilidades que se establecen en dicho Código; y, que su gestión se inspira, además, en los principios de humanidad en la aplicación del derecho, priorización de la equidad por sobre la ritualidad del enjuiciamiento, legalidad, independencia, gratuidad, moralidad, celeridad y eficiencia.
- 2) En los procesos de niñez y adolescencia, la incompetencia de la o del juzgador podrá alegarse únicamente como excepción. (artículo 29 del COGEP)
- 3) Respecto a la capacidad procesal el inciso segundo del artículo 31 del COGEP prevé que “...Las y los adolescentes pueden ejercer directamente aquellas acciones judiciales encaminadas al ejercicio y protección de sus derechos y garantías, conforme con la ley.”, disposición que guarda atinencia con el artículo 65 del Código Orgánico de Niñez.
- 4) El inciso quinto del artículo 31 del COGEP impone la obligación a los jueces y juezas de que “...Las niñas, niños y adolescentes serán escuchados en los procesos en los que se discuta acerca de sus derechos”, norma obligatoria que abarca los temas de familia como los de niñez, teniendo además un conjunto de disposiciones que apuntan en el mismo sentido a saber: artículos 12 y 13 de la Convención sobre los Derechos del Niño; la Observación General N. 12 del Comité de los Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a ser escuchado; la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículos 8 y 19; la Opinión Consultiva OC-17/02 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, párrafo 102; y, la sentencia emitida por Corte

Interamericana de Derechos Humanos. Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas, párrafo 200.

- 5) El artículo 32 del COGEP señala que las niñas, niños, adolescentes, y quienes estén bajo tutela o curaduría, comparecerán por medio de su representante legal. Las personas que se hallen bajo patria potestad serán representadas por la madre o el padre que la ejerza. Las que no estén bajo patria potestad, tutela o curaduría, serán representados por la o el curador designado para la controversia. En caso de producirse conflicto de intereses entre la o el hijo y la madre o el padre, que haga imposible aplicar esta regla, la o el juzgador designará curador *ad litem* o curador especial para la representación de niñas, niños y adolescentes. Esta disposición generalmente aplica cuando los niños o niñas son sujetos pasivos de una relación jurídico procesal, en especial cuando han sido demandados y se encuentra de por medio la garantía y defensa de derechos de orden patrimonial del referido grupo etéreo.
- 6) El artículo 83 del COGEP establece la publicidad de las audiencias, mismas que serán grabadas solamente por el sistema implementado por la autoridad competente, a las que pueden acceder las partes, sin embargo no se conferirá copia cuando la o el juzgador considere que podría vulnerarse los derechos de niñas, niños y adolescentes, lo cual a mi parecer es absolutamente pertinente que la autoridad judicial tenga esa facultad, pues de por medio hay un interés superior que proteger, en particular cuando se refiere aquellos derechos como el de la intimidad, la imagen y el buen nombre.
- 7) El artículo 103 del COGEP refiere a que las sentencias, laudos arbitrales y actas de mediación expedidos en el extranjero que hayan sido homologados y que hayan sido pronunciados en procesos contenciosos o no contenciosos tendrán en el Ecuador la fuerza que les concedan los tratados y convenios internacionales vigentes, *sin que proceda su revisión sobre el asunto de fondo*, objeto del proceso en que se dictaron. En materia de niñez y adolescencia, se estará a lo que dispone la ley de la materia y los instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador. Esta es una disposición bastante útil, ya que es conocido que en nuestro país existe una potente población que ha migrado a otros continentes, lo cual hace necesario que normas la descrita existan, mismas que deben a su vez ajustarse a lo establecido en los artículos 143 y 208.6 del Código Orgánico de la Función Judicial.
- 8) El artículo 177.5 del COGEP al referirse a la forma de recibir la prueba testimonial señala que... Cuando un incapaz rinda declaración, en los casos que la

ley lo faculte, lo hará acompañado de su representante legal o de su curadora o curador, se exceptúan las niñas, niños y adolescentes que solo podrán declarar sin juramento ante la presencia de sus representantes. La excepción tiene que ver con la condición de ser sujetos de derechos y la capacidad de opinar en todos los asuntos que le afecten previsto en el inciso segundo del artículo 45 y artículo 66. 6 de la Constitución vigente.

- 9) El artículo 185 del COGEP establece además que, en materia laboral, a falta de otra prueba se estará al juramento deferido de la o del trabajador para probar el tiempo de servicio y la remuneración percibida. En el caso de las o los adolescentes, además la existencia de la relación laboral; tema por demás importante pues tiene que ver con el artículo 93 del Código Orgánico de Niñez y Adolescencia y artículo 35 del Código de Trabajo.
- 10) La norma general contenida en el inciso primero del artículo 241 del COGEP establece que la parte demandada podrá allanarse expresamente a las pretensiones constantes en la demanda, en cualquier estado del proceso y antes de la sentencia, sin embargo se impone también recordar que la misma norma le autoriza al *jugador a no aceptar el allanamiento cuando se trate de derechos indisponibles* v.g. todos los derechos fundamentales y entre ellos, el derecho a la vida, a la filiación, a la identidad, a la dignidad.
- 11) El art. 247 del COGEP también establece que no cabe el abandono en los siguientes casos: “1. En las causas en las que estén involucrados los derechos de niñas, niños, adolescentes o incapaces...”. La disposición debe ser analizada por el pleno de la Corte Nacional de Justicia atento el tenor del art. 180.6 del Código Orgánico de la Función Judicial, pues existe más de una opinión respecto de si es una norma abierta a todo o cerrada a ciertos casos en los que realmente se afecte el interés del referido grupo etáreo.
- 12) En materia de orden estrictamente procesal el art. 260 del COGEP contempla que la audiencia en alzada, se convocará en el término de diez días, lo que no ocurre en otras materias, sino en lo atinente a niñez y adolescencia, lo cual va asociado al principio de celeridad previsto en el artículo 169 de la Constitución e inciso segundo del artículo 269 del Código Orgánico de Niñez y Adolescencia.

10. Conclusiones:

- La oralidad cuenta con matriz constitucional, por tanto su implementación en las vías que contempla el COGEP constituyen garantías para los usuarios y usuarias que acuden al servicio de justicia, al estandarizar y simplificar procedimientos.
- La oralidad ha sido y seguirá siendo una construcción que tiene base constitucional y legal, misma que en rigor genera un relacionamiento sistémico con todas las normas que contempla el ordenamiento jurídico ecuatoriano, lo cual derivará en el fortalecimiento y consolidación de los procesos y procedimientos de niñez y adolescencia.
- La oralidad al ser un modelo compatible con la Constitución respeta no solo el acceso a la justicia y el debido proceso, sino que en rigor constituye la vía idónea y segura que va a permitir a los ciudadanos que acuden al servicio, la materialización de la ley sustantiva y la protección de los derechos en su conjunto.
- La oralidad en materia de niñez y adolescencia intenta reducir complejidad, entendida aquella como tiempos de duración del procesos, los costos que representa para el Estado el desenvolvimiento de un caso; y, la satisfacción del usuario al recibir una sentencia o auto resolutorio justo, etc.
- La oralidad apuesta a evitar el abuso del derecho, las dilaciones indebidas, la impugnación sin sustento, permitiendo en cambio la inmediación del juez, la contradicción de la prueba y el logro de la verdad procesal, para lo cual el COGEP aporta vías expeditas, promueve el uso de tecnología de punta, exige el uso de espacios físicos –salas de audiencias– que dignifiquen la atención al usuario, así como la dignificación del ejercicio de la profesión y de la magistratura.
- La oralidad va a permitir que el proceso sea más ordenado y compele a las partes a promover un litigio responsable, para lo cual deben adjuntar y anunciar la prueba va ser debatida en la audiencia respectiva.
- La oralidad va a evitar la mora judicial y permitirá la descongestión procesal, eliminando a su vez la sorpresa procesal y formalidades insubstanciales.
- La oralidad significa un reto que compromete a todos en la búsqueda de hacer efectivo una justicia integral bajo estándares que la comunidad jurídica internacional los asume como aceptables.

11. Bibliografía

Constitución de la República del Ecuador de 1929 de 26 de marzo de 1929.

Constitución de la República del Ecuador de 1945 de 6 de marzo de 1945.

Constitución de la República del Ecuador de 1967 de 25 de mayo de 1967.

Constitución de la República del Ecuador de 1998 de 11 de agosto de 1998.

Constitución de la República del Ecuador de 2008 de 20 de octubre de 2008.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo y Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. Reparaciones y Costas.

Código de Menores de 1938. Registro Oficial No. 2 de 12 agosto de 1938

Código de Menores de 1939. Registro Oficial No. 107-108 de 10 y 11 de abril de 1939

Código de Menores de 1944. Registro Oficial No. 65 de 18 agosto de 1944

Código de Menores de 1960. Registro Oficial No. 1202 de 20 agosto de 1960

Código de Menores de 1969. Registro Oficial No. 320 de 3 diciembre de 1969

Código de Menores de 1976. Registro Oficial No. 107 de 14 junio de 1976

Código de Menores de 1992. Registro Oficial No. 995 de 7 agosto de 1992

Código de Menores de 2003. Registro Oficial No. 737 de 3 enero de 2003

Código Orgánico de la Función Judicial. Registro Oficial No. 544 de 9 marzo de 2009.

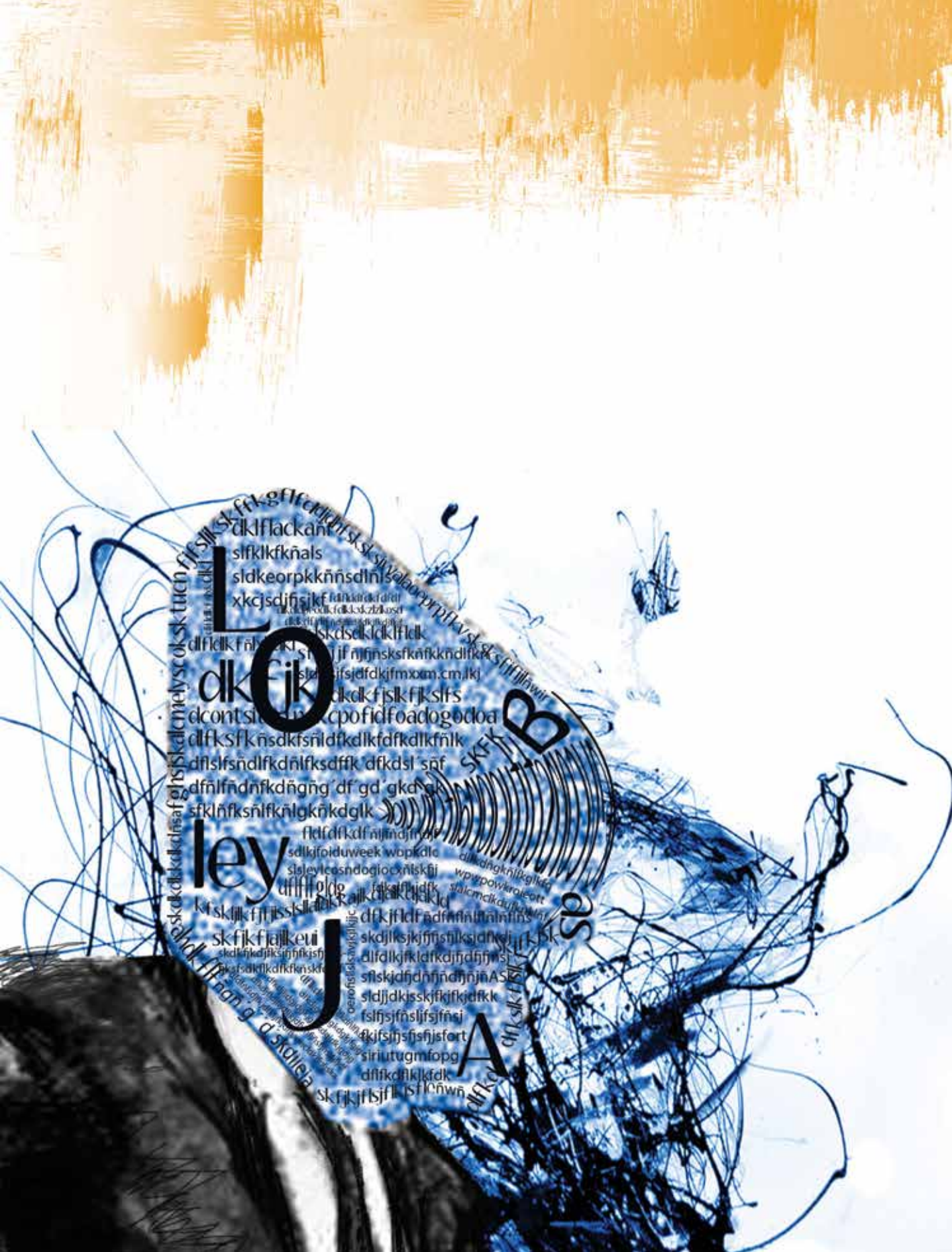
Código Orgánico General de Procesos. Registro Oficial No. 506 de 22 mayo de 2015.

Alexy, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1997.

Dworkin, Ronald. *Los Derechos en serio*. Editorial Ariel. Cuarta impresión. Barcelona, 1999.

García Méndez, Emilio, *Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina: de la situación irregular a la protección integral*, Forum Pacis, Santa Fé de Bogotá, Colombia, 1994

Manual Autoformativo en Acceso a la Justicia y Derechos de la Niñez en Centroamérica. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José, Costa Rica. 2008.



L
 sifkklfkñals
 sidkeorpkkñnsdñis
 xkcjcdjfsjke
 dckfifk
 dkfjk
 ley
 J
 A
 B
 S
 C
 D
 E
 F
 G
 H
 I
 K
 L
 M
 N
 O
 P
 Q
 R
 S
 T
 U
 V
 W
 X
 Y
 Z
 a
 b
 c
 d
 e
 f
 g
 h
 i
 j
 k
 l
 m
 n
 o
 p
 q
 r
 s
 t
 u
 v
 w
 x
 y
 z
 0
 1
 2
 3
 4
 5
 6
 7
 8
 9
 !
 @
 #
 \$
 %
 &
 *
 ()
 { }
 []
 _
 +
 =
 < >

DERECHO COMPARADO

La prueba en el proceso por audiencias en el Código General del Proceso uruguayo

Jorge Chediak González y Gustavo Nicastro Seone

Sumario:

1. Introducción; **2.** La importancia de la prueba; **3.** Teología o finalidad de la prueba; **4.** Los principios fundamentales que rigen el desarrollo de la audiencia; **4.1.** Principio dispositivo; **4.2.** Principio de inmediación; **4.3.** Principio de publicidad; **4.4.** Principio de oralidad; **5.** Las etapas de la audiencia preliminar; **6.** La fijación del objeto del proceso y del objeto de la prueba; **7.** La calificación de los medios de prueba ofrecidos por las partes; **7.1.** Prueba inadmisibile o prohibida por la regla de derecho; **7.2.** Prueba inconducente; **7.3.** Prueba impertinente; **7.4.** Prueba innecesaria; **8.** Los momentos de la prueba; **8.1.** Proposición; **8.2.** Admisión; **8.3.** Ordenación; **8.4.** Producción; **8.5.** Valoración; **9.** Conclusiones; **10.** Bibliografía

1. Introducción

La experiencia uruguaya resulta de particular interés para cualquier país latinoamericano que analice alternativas de modernización de su proceso civil. Efectivamente, desde 1989, el Código General del Proceso de Uruguay (en adelante, C.G.P.) introdujo la oralidad y la inmediación en los procesos civiles, comerciales, de hacienda, contencioso administrativos de reparación patrimonial, labores y de familia.

A más de un cuarto de siglo de aplicación de dicho código, puede decirse, sin dudas, que la experiencia ha sido muy buena, habiéndose reducido el tiempo de duración promedio de los procesos y alcanzándose una mayor transparencia relativa al desarrollo de los juicios, propiciada justamente, por la realización del litigio, medularmente en audiencia. Nuestro sistema procesal civil sigue la línea trazada por la doctrina más calificada de Iberoamérica, que en el marco del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, formuló después de décadas de estudio y de debate, el anteproyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, del cual el código uruguayo ha tomado los aspectos más trascendentales.

Al establecer un proceso por audiencias, el C.G.P. uruguayo ha plasmado una sabia combinación del sistema oral y del sistema escrito, consagrando los principios de inmediación, concentración y publicidad, que tienen en las audiencias, su núcleo fundamental. Para comprender el desarrollo del proceso, es preciso tener en cuenta, a grandes líneas que: a) Tanto la demanda como la contestación se formulan por escrito (art. 117 y 130); b) en ambas, debe acompañarse la prueba documental que las partes tengan a la disposición y deben ofrecer todos los otros medios de prueba de que intenten valerse, solicitando su diligenciamiento (art. 118 y 131); c) el demandado debe pronunciarse categóricamente sobre la veracidad de los hechos alegados en la demanda y sobre la autenticidad de los documentos que se hubieren acompañado con ella y cuya autoría le fuere atribuida (art. 130.2), y su silencio, así como sus respuestas ambiguas y evasivas, se tendrán como admisión de esos hechos y de la autenticidad de los documentos; d) si el demandado pretende deducir reconvencción o plantear excepciones previas, deberá hacerlo en forma simultánea y en el mismo acto de la contestación de la demanda, para lo cual tiene un plazo de 30 días (art. 132 y 338.2); e) si se opusieron excepciones previas, se conferirá traslado al actor por un plazo de 10 días (art. 338.2); f) transcurrido este plazo (ya que todos ellos son perentorios e improrrogables art. 92) con contestación o sin ella, se convocará a la audiencia preliminar (338.3).

2. La importancia de la prueba

La trascendencia de la prueba en el proceso queda fuera de toda controversia doctrinal o empírica. Tanto es así que una de las primeras lecciones que se les enseña a los estudiantes en la carrera es que, para que una persona tenga éxito en un proceso, es necesario que esté asista y pruebe su pretensión. O también se ha dicho, con buen criterio, que “tanto da no probar como no tener derecho”¹.

Carnelutti señala que la práctica forense y, con frecuencia, el lenguaje legislativo e incluso la concepción científica se mueven en un continuo cambio entre el concepto de existencia del derecho y el de su prueba. Con su característica profundidad de pensamiento, el Maestro italiano nos explica que: “(...) Este cambio es inevitable, ya que el Derecho no se presenta ante los ojos sino cuando lo vemos actuar en el proceso. Ello no significa que no exista también fuera de él, y su solo que mientras se desenvuelve en quietud, nadie se acuerda de que exista, de la misma manera que no nos acordamos de vivir en el aire, hasta que éste no se mueva en el viento. Pero en el proceso, el Derecho actúa vestido con la prueba, y así, la forma de su valer acaba por parecer la sustancia de su ser”².

3. Teleología o finalidad de la prueba

Refiriéndose al elemento teleológico de la prueba, Furno vincula las nociones de verdad, certeza, convicción y prueba. Señala que, en la fase procesal llamada de “cognición”, la demostración al juez de la certeza histórica de los hechos controvertidos depende íntegra y exclusivamente, de la prueba. Sostiene que, en el proceso de conocimiento, la prueba sirve para convencer al juez de la certeza de los hechos que son fundamento de la relación o del estado jurídico litigioso.³ Entiende que: “(...) si se habla de certeza (o de representación subjetiva de la verdad histórica por el mecanismo de la convicción). Constituye un progreso a hablar, sin más e impropia, de ‘verdad’, que no se limita a verdad formal y material, sino al aspecto cuantitativo de la cuestión, o sea, la verdad suficiente para conseguir el fin.

¹ Cf. Marabotto Lugaro, Jorge “Prueba. Generalidades. Declaración de parte. Prueba testimonial”, sobre el Código General de Proceso, Tomo I, 3ª. reimpresión. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1991, pág. 130.

² Carnelutti, Francesco. La prueba civil, Apéndice de Giacomo P. Augenti, traducción de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, Ediciones Arayú, Buenos Aires, 1995, págs. 33 y 34.

³ Furno, Carlo. Teoría de la prueba legal, traducción de Sergio González Collado, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954, págs. 21 a 48.

En opinión de Devis Echandía, la teoría de que el fin de prueba es la verificación de la verdad de los hechos ha sido abandonada por la mayoría de los autores; y en ese sentido, en opinión de este autor: “(...) la verdad, es la identidad entre la idea que tiene el sujeto respecto del objeto frente al objeto mismo, vale decir, la identidad entre la idea y la cosa o el hecho, *adaequatio raris mentis o adaequatio intellectus et rei*. De manera que la verdad, como decía San Agustín, es la cosa misma: *verum est id quod est*. Ahora bien, la verdad nos llega, bien sea a través de un proceso racional, y en ese caso la llamamos verdad metafísica; ya sea a través de los sentidos que nos la narran, y entonces se habla de verdad física o histórica respectivamente; pero en los tres casos existe la posibilidad de error, esto es, de la inadecuación del hecho con la idea que tenemos de él. Las pruebas son los medios para llevar al juez, en el proceso, ese conocimiento, y, por lo tanto, existe siempre la posibilidad de que a pesar de cumplir tal función no reproduzcan exactamente la verdad, sino apenas la idea deformada de ésta, aunque por ello no deja de cumplir al fin a que están destinadas: permitirle al juez resolver el litigio o la petición del proceso voluntario, con arreglo a lo que considera que es la verdad, o, dicho de otra manera, en virtud del convencimiento o la certeza (moral o legal, según el sistema de apreciación que rijan) que adquiera sobre los hechos (...)”⁴

Parra Quijano, por su parte, habla de la verdad como planteamiento ideológico. Este distinguido profesor colombiano nos dice “(...) En el proceso, cualquiera que él sea, es necesario averiguar la verdad. Cada vez que se plantea estrechar el concepto de verdad, para construir una especie para el proceso, donde exista ligereza probatoria para construir el caso, se abre la puerta, sobre todo en materia penal, para que penetre la arbitrariedad. No hay peor injusticia que construir la sentencia sobre una no verdad. Debemos cuidarnos de hacer estos planteamientos, porque justificamos la arbitrariedad”.⁵

Con carácter general, entendemos que lo que las partes persiguen con su actividad probatoria es demostrar que las pretensiones sostenidas por ellas, correspondería a la verdad, es decir, su finalidad es llevar la certidumbre a la mente del tribunal.

⁴ Devis Echandía, Hernando, “Diversas teorías sobre el fin de la prueba judicial”, en Greif, Jaime, El proceso. Visión y desafíos, 1ª. edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1993, pág. 189.

⁵ Parra Quijano, Jairo, Manual de Derecho Probatorio, 13ª. edición, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá 2002, pág. 155.

4. Los principios fundamentales que rigen el desarrollo de la audiencia

Los principios de una disciplina son el elemento esencial para determinar el grado de adecuación o de desviación de sus normas respecto de lo que es, en esencia, esa rama jurídica. Además, también son fundamentales a los efectos de la interpretación de las normas y de la integración del derecho.

Estos caracteres son comunes a todas las ramas del Derecho y, por consiguiente, también al Derecho Procesal.

En el viejo régimen de nuestro Código de Procedimiento Civil (que estuvo vigente desde 1878 hasta 1988), los principios generales del proceso podían extraerse, en algunos casos, de normas expresas que los consagraban, pero en la mayor parte de los casos surgían de soluciones dadas por la doctrina y la jurisprudencia repetidas a lo largo del tiempo. A partir de la entrada en vigor del Código General del Proceso, el tema ha cambiado en buena medida, ya que, en sus primeros once artículos, ha regulado lo que él mismo dio en llamar “principios generales”. La diferencia entre este régimen y el anterior es bastante grande en este sentido: ahora, los principios tienen la calidad de verdaderas normas jurídicas, cuyo contenido es incontrovertible.

La naturaleza normativa los principios procesales se ve mayormente confirmada en un ordenamiento en el que, como sucede con el Código General de Procesos uruguayo se priorizan los principios como vértices fundamentales de toda la estructura procesal; ya que muchos de ellos están consagrados a texto expreso en un título especial, y otros, si bien no están consagrados en forma tan sistemática, surgen mediante el análisis de un grupo de disposiciones de las que se los extrae por inducción, o de una norma clave, concreta e individual, de la que se los infiere por deducción.

Además, esta naturaleza normativa también se desprende de lo que establece el art. 6° del C.G.P.,⁶ en la medida en que le impone al tribunal el deber de tomar las medidas necesarios para prevenir o sancionar cualquier acción u omisión contrarias al orden o a los principios del proceso. Entonces, la posibilidad de que se sancionen

⁶ Art. 6°. Ordenación del proceso. El tribunal deberá tomar a petición de parte o de oficio, todas las medidas necesarios que resulten de la ley o de sus poderes de dirección, para prevenir o sancionar cualquier acción u omisión contrarias al orden o a los principios del proceso.

aquellas conductas que supongan la violación o el incumplimiento de los principios refuerza la idea de que estos revisten, efectivamente, carácter normativo.⁷

A continuación, analizaremos, concretamente, cuáles son los principios que informan el desarrollo de las audiencias en el Código General del Proceso; pero, antes de ello, es conveniente señalar que, para la estructura del proceso ordinario de conocimiento, nuestro código prevé la existencia de dos audiencias distintas: la preliminar y la complementaria. El contenido de la audiencia preliminar será analizado un poco más adelante en el presente trabajo. El Código General del Proceso establece que, luego de presentada la demanda (o vencido el plazo para contestarla), todo el debate puede ser realizado en lo que se denomina audiencia preliminar; y dispone que solo excepcionalmente, cuando la totalidad de la probanza no pueda ser diligenciada en dicha audiencia, deberá realizarse una audiencia complementaria, en la cual habrá de recibirse toda la prueba que reste por incorporar. Al final de la audiencia, las partes formularán sus alegatos de bien probado y luego el juez dictará la sentencia definitiva.

4.1. Principio dispositivo

El art. 1º del C.G.P. dispone:

“Iniciativa en el proceso, la iniciación del proceso incumbe a los interesados. Las partes podrán disponer de sus derechos en el proceso, salvo aquellos indisponibles y podrá terminarlos en forma unilateral o bilateral de acuerdo con lo regulado por este Código”.

Si bien el Código vincula la idea de principio dispositivo, mayormente, con la iniciación y la finalización del proceso, el principio que, en doctrina, se suele decir que este principio dispositivo abarca una gama de actos procesales mucho más amplia, a tal punto que en doctrina se suele decir que este principio supone el señorío de las partes sobre el inicio, la marcha y la finalización del proceso, estrechamente vinculado con la disposición del derecho en disputa.

La audiencia preliminar en el Código General del Proceso tiene un contenido muy rico. Entre las actividades a desarrollarse preceptivamente en ella, se encuentra

⁷ Cf. Vécovi, Enrique (director); De Hegedus, Margarita; Klett Selva; Landeira, Raquel; Simón Luis María; y, Pereira Campos, Santiago; Código General de Proceso. Comentado, anotado y concordado, Tomo 1, Editorial Abaco, Montevideo, 1992, págs. 40 y 41.

la tentativa de conciliación intraprocesal (art. 341 num. 3), que el tribunal debe intentar respecto de todos o algunos de los puntos controvertidos. El principio de inmediación y la preceptividad de la comparecencia de ambas partes a la audiencia preliminar favorecen el posible acercamiento entre éstas con miras a lograr un acuerdo que le ponga fin al litigio o que reduzca su objeto. Si se lograra un arreglo de este tipo, una vez homologado por el tribunal en las condiciones previstas en la ley, reviste la eficacia de la cosa juzgada y habilita la ejecución, ya sea total o parcial, según el alcance de la conciliación (arts. 223, 224 y 377 num. 6 del C.G.P.)

Con especial referencia a la prueba, el principio dispositivo cobra particular importancia en el entendido de que son las partes quienes tienen la facultad y la carga de alegar al proceso todos aquellos medios de prueba que se consideren necesarios a fin de fundamento de su pretensor, actor o de su defensa (demandado). Si bien nuestro código le reconoce iniciativa probatoria al tribunal (con carácter general, art. 24 núm. 4 y 5), el principio dispositivo, por contrapartida del principio inquisitivo, parte de la premisa de que las partes son quienes están en mejor posición para aportar las pruebas pertinentes, porque son ellas quienes conocen los hechos relevantes del caso y porque es su derecho en que está en juego en el proceso. Y, en este marco, la iniciativa probatoria del tribunal no puede invocarse ni utilizarse para sustituir a la actividad de las partes ni para subsanar su inactividad en tal sentido, sino que solamente debe quedar circunscripta como complemento de esa actividad, para despejar puntos que no le queden claros al juzgador y que estén referidos, puramente, a los hechos invocados por las partes.

En la propia audiencia preliminar, las partes pueden invocar hechos nuevos y el actor puede ofrecer pruebas que contradigan los hechos mencionados en la contestación de la demanda (arts. 118.3 y 341 num. 2), así como también se puede modificar la pretensión en aquellos litigios propios de las materias laboral, agraria y demás de carácter social (art. 350.3) y solicita la incorporación de medios de prueba supervinientes.⁸

4.2. Principio de inmediación

El principio de inmediación procesal implica la comunicación personal del juez con las partes y el contacto directo de aquél con los actos de adquisición,

⁸ Cf. Klett, Selva, Proceso ordinario en el Código General del Proceso, Tomo II, 1ª. edición, F.C.U., Montevideo, octubre de 2014, pág. 9

fundamentalmente de las pruebas, como instrumento para llegar a una íntima comprensión de los intereses en juego a través del proceso y de su objeto litigioso.⁹

Expresado en otras palabras, el principio de inmediación supone el contacto directo entre el juzgador y los elementos subjetivos (sujetos) y objetivos (pruebas y demás elementos de convicción) del proceso.

El principio de inmediación constituye una herramienta muy útil para la adecuada marcha del proceso, en el bien entendido de que, en virtud de él, el juez podrá conocer en persona lo que cada parte pretende, podrá apreciar la personalidad de quienes declaran, tendrá la posibilidad de preguntar, de repreguntar, de solicitar aclaraciones sobre el sentido de las expresiones de los declarantes y de los peritos, etc. Permite, en síntesis, un contacto de gran valía con los protagonistas del hecho de la vida que se juzga, con sus innumerables y particulares características.

Este principio está consagrado expresamente en el art. 8º. del C.G.P., el cual preceptúa: “...Inmediación procesal. Tanto las audiencias como las diligencias de prueba que así lo permitan, deberán realizarse por el tribunal, no pudiendo éste delegarlas so pena de nulidad absoluta, salvo cuando la diligencia debe celebrarse en territorio distinto al de su competencia o en los casos expresamente previstos por la ley”. A su vez, reforzando esta disposición, el art. 100 de dicho cuerpo normativo establece: “Presencia del tribunal. En los procesos que se desarrollan por audiencias, el tribunal las presidirá por sí mismo bajo pena de nulidad que compromete su responsabilidad funcional.

En el caso de la Suprema Corte de Justicia bastará la presencia de tres de sus miembros, uno de los cuales la presidirá, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 56 de la Ley N°. 15.750, de 24 de junio de 1985”.

En materia probatoria, el principio de inmediación constituye la base fundamental del sistema procesal civil uruguayo, del proceso por audiencias. La explicación, por obvia que sea, no puede soslayarse: es que la inmediación garantiza una valoración más adecuada del medio probatorio; primero, porque el contacto con los diversos medios se va haciendo paulatina y progresivamente a lo largo del proceso,

⁹ Cf. Véscovi, Enrique, De Hegedus, Margarita; IVlett, Selva; Landeira, Raquel; Simón, Luis María; y. Pereira Campos, Santiago; Código General del Proceso. Comentado, anotado y concordado, Tomo I, ob. Cit., pág. 178.

en todas las etapas, lo que habilita un control eficaz de la admisibilidad y de la fundabilidad del acto probatorio. Consecuentemente, el rol del tribunal en el momento capital del juicio (la sentencia se ve facilitada por la tarea de decantación previa que se va realizando a través de los sucesivos momentos de la prueba, que, aunque diferentes, se encuentran coordinados al mismo fin.

El poder de dirección de que está investido el tribunal, concatenado ineludiblemente con la inmediación, se advierte en todos los momentos de la prueba: a) en la potestad de solicitar aclaraciones o explicaciones atinentes al objeto del pleito (art. 24. Num. 4); b) para desechar en la audiencia preliminar las pruebas inadmisibles o manifiestamente inconducentes o impertinentes y las innecesarias; c) para dirigir todo el procedimiento de producción y diligenciamiento de la prueba; y, d) para apreciar toda conducta endoprosesal, tanto de las partes como de otros sujetos.¹⁰

4.3. Principio de publicidad

Sobre este punto, resultan muy ilustrativas las enseñanzas del Maestro Couture, quien, sobre la publicidad de la Justicia, escribió:“(...) La justicia oral y pública consiste en poder realizar de viva voz este alto menester de decir la suerte de los conciudadanos. Las ventajas de la publicidad no pueden ser puestas en duda. Cada tanto tiempo, cuando se debaten estas cosas, se repite el famoso aforismo de Mirabeau: ‘No le temo a los jueces, ni a los más abyectos, ni a los más depravados, ni a mis mismos enemigos, si es que su justicia deben hacerla en presencia del pueblo’. Todos sabemos bien que el pueblo es el juez de los jueces (...)”¹¹

También se ha expresado que la publicidad permite el control popular sobre la administración de justicia, neutraliza posibles arbitrariedades judiciales y es una coraza para los jueces frente a eventuales pensiones de los otros Poderes del Estado o de grupos políticos y sociales, contribuyendo así, a la transparencia de la administración de justicia y a la confianza en el Poder Judicial.¹²

¹⁰ Cf. Klett, Selva; Baluga, Cecilia; Álvarez, Federico; y Castillo, Juan, “Principios de la prueba en el sistema procesal civil”, en Revista Uruguaya de Derecho Procesal, N° 1/2000, Instituto Uruguayo de Derecho Procesal, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2000, pág. 104.

¹¹ Couture, Eduardo J., Estudios de Derecho Procesal Civil, Tomo I, 3ª edición, Lexis Nexis Depalma, Buenos Aires, 2003, pág. 108.

¹² Cf. Cafferaría Nores, José, Proceso penal y derechos humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino, Centro de Estudios Legales y Sociales, Editores del Puerto S.R.L., Buenos Aires, 2000, págs. 150 y 151.

El art. 7 del C.G.P. reza: “Publicidad del proceso. Todo proceso será de conocimiento público, salvo que expresamente la ley disponga lo contrario o el tribunal así lo decida por razones de seguridad, de moral o de protección de la personalidad de alguna de las partes.

No serán de conocimiento público los procesos en que se traten las situaciones previstas en los artículos 148, 187 y 285 del Código Civil y en el artículo V de la Ley N° 10.674, de 20 de noviembre de 1945, modificado por el artículo 1° de la Ley N° 12.486, de 26 de diciembre de 1957, y por el artículo 1° del Decreto Ley N° 14.759, de 5 de enero de 1978. No obstante, el tribunal podrá decidir la publicidad del proceso siempre que las partes consintieren en ello”.

Las excepciones al principio de publicidad están constituidas por aquellos procesos en los cuales están en juego el honor o la intimidad de los partícipes, como son los juicios de separación de cuerpos, divorcio y nulidad del matrimonio; pérdida, limitación o suspensión de la patria potestad; y legitimación adoptiva.

4.4. Principio de oralidad

La publicidad viene acompañada, naturalmente, de la oralidad y ésta, a su vez, está estrechamente relacionada con la intermediación.

No puede decirse que el Código General del Proceso prevé un proceso civil estrictamente oral. En puridad, debe hablarse de proceso por audiencias, y no de proceso oral. Ello, por cuanto si bien existe actividad procesal que se desarrolla, estrictamente, bajo la forma oral (como son todas las etapas que se cumplen en el curso de la audiencia preliminar), la ley, en muchos casos, impone la forma estricta para la realización de actos procesales. En este sentido, deben adoptar la forma estricta: la demanda (art. 117), la contestación de la demanda (art. 130.1), el recurso de apelación contra la sentencia definitiva (art. 253.1), el recurso de casación contra la sentencia interlocutoria con fuerza de definitiva o contra la sentencia definitiva dictada en segunda instancia (art. 273), el recurso de revisión (art. 286), la demanda incidental formulada fuera de audiencia (art. 321.1) y la sentencia pronunciada fuera de audiencia (art. 197)¹³, etc.

¹³ El art. 197 inc. 2 del C.G.P., establece que, cuando se pronuncie en audiencia, la sentencia se insertará en el acta respectiva.

También entendemos importante destacar que la práctica ha desvirtuado la aplicación de la oralidad a la hora de realizar un acto procesal muy importante: el alegato de bien probado. Según el art. 343.6 de C.G.P., una vez concluida la audiencia complementaria de prueba, las partes, durante diez minutos —que pueden ser prorrogados por el tribunal por un lapso similar—, formularán sus alegatos, oportunidad en la cual deben señalar cuáles fueron los extremos tácticos que invocaron en sustento de sus intereses y de qué forma resultaron probados en la causa. Pero esta oralidad prevista por el legislador no se aplica, en materia de alegatos, en la enorme mayoría de los casos, porque las partes prefieren —y así lo consienten los jueces— presentar sus alegatos en forma escrita.

Por otra parte, en el proceso de declaración de inconstitucionalidad de las leyes —proceso que se dirime ante la Suprema Corte de Justicia—, el art. 516.2 inc. 2 del C.G.P., prevé que las partes y el Fiscal de Corte pueden informar *in voce* (alegar), y este acto procesal sí se realiza, en la práctica, en forma oral.

5. Las etapas de la audiencia preliminar

El art. 341 del C.G.P. establece:

“Contenido de la audiencia preliminar. En la audiencia preliminar se cumplirán las siguientes actividades:

- 1) Ratificación de la demanda y de la contestación y, en su caso, de la reconvenición y de la contestación a la misma; así como de la contestación a las excepciones previas, pudiéndose aclarar sus extremos si resultaren oscuros o imprecisos, a juicio del tribunal o de las partes.
- 2) Alegación de hechos nuevos conforme a lo dispuesto en el artículo 121.2¹⁴, y posición de nuevos medios de prueba que, a juicio del tribunal refieran a

¹⁴ Art.121.2 del C.G.P. “Si después de contestada la demanda sobreviniere algún hecho nuevo con influencia sobre el derecho invocado por las partes en el proceso, éstas podrán alegarlo y probarlo hasta la conclusión de la causa. Si fuera posterior a ese momento, podrán alegarlo y probarlo en segunda instancia hasta la celebración del primer Acuerdo si tramitarse ante tribunal colegiado; si tramitarse ante tribunal unipersonal, podrán alegarlo y probarlo hasta que se dicte decisión anticipada o se convoque a audiencia. En todos los casos, se concederá a la contraparte las facultades de contradicción y prueba correspondientes”.

hechos nuevos o a hechos mencionados por la contraparte al contestar la demanda o la reconvencción o a rectificaciones hechas en la propia audiencia preliminar.

- 3) Tentativa de conciliación, que deberá realizar el tribunal, respecto de todos o algunos de los puntos controvertidos.
- 4) Recepción de la prueba sobre las excepciones, en la situación extraordinaria de entender el tribunal que exista algún hecho que probar, cuyo caso se recibirán exclusivamente las pruebas solicitadas en el escrito en que se hubieren opuesto o contestado las excepciones, las que el tribunal ordenare de oficio.
- 5) Dictado del auto interlocutorio con el fin de sanear el proceso para resolver los problemas planteados por las excepciones procesales propuestas o las nulidades denunciadas o las que el tribunal hubiere advertido y decidir, a petición de parte o de oficio, todas las cuestiones que obstaren a la decisión de mérito, incluyendo la improponibilidad la demanda y la legitimación en la causa, cuando ésta sea definible al comienzo del litigio.

El tribunal podrá prorrogar la audiencia a los efectos de lo dispuesto en el numeral 4), pero en la siguiente oportunidad deberá recibirse la totalidad de la prueba y pronunciarse la sentencia interlocutoria.

La audiencia podrá prorrogarse por un plazo no mayor a diez días para la formulación de los fundamentos de la sentencia. También se podrá prorrogar la audiencia por plazo no mayor de quince días para pronunciar sentencia con sus fundamentos.

- 6) Fijación del objeto del proceso y de la prueba; pronunciamiento sobre los medios de prueba solicitados por las partes, rechazando los que fueren inadmisibles, manifiestamente innecesarios, manifiestamente inconducentes y manifiestamente impertinentes (numeral 6 del artículo 24) disponiéndose la ordenación y diligenciamiento de los que corresponda la declaración del allanamiento parcial, si lo hubiere (inciso tercero del artículo 134),¹⁵ recepción de los que fuere posible diligenciar en la propia audiencia y fijación de la audiencia complementaria para el diligenciamiento de los restantes, de conformidad

¹⁵ Art. 134 inc. 3 del C.G.P. "El allanamiento parcial declarado en la oportunidad prevista por el numeral 6) del artículo 341 habilitará la ejecución."

con lo establecido en el artículo 101¹⁶, acordándose lo necesario para que en ocasión de esa audiencia complementaria se diligencien totalmente las pruebas que no se hubieren recibido en la audiencia.

6. Fijación del objeto del proceso y del objeto de la prueba

Como expresa Klett, la actividad de fijación de estos objetos se trata de una tarea propia de la audiencia preliminar, que tiende a depurar el proceso, delimitando el *thema decidendum*, los hechos a probar y los medios de prueba ofrecidos por las partes, acotándolos según las circunstancias del caso y lo que haya acontecido antes y durante la audiencia, en sus diversas etapas. Incluso, el tribunal puede, en esa ocasión, ejercer su iniciativa probatoria, aunque se trata de una situación excepcional.

La conciliación parcial, el allanamiento parcial, la modificación de la pretensión al amparo de la potestad prevista en el art. 350.3 del C.G.P.¹⁷, la incorporación de hechos nuevos que hayan modificado el *petitum* y el ejercicio de la facultad del art. 118.3 regulada en el art. 341 num. 2) —que puede significar una alteración de las circunstancias tácticas tenidas en cuenta inicialmente— constituyen diversas circunstancias que pueden llevar a que el objeto del proceso y el objeto de la prueba sufran modificaciones en el curso del procedimiento.¹⁸

En principio, de conformidad con lo dispuesto en el art. 137 del C.G.P., corresponde probar los hechos que invoquen las partes y, sean controvertidos, así como también requieren prueba los hechos, aun admitidos, si se tratare de cuestiones indisponibles (por ejemplo, relativas al estado civil). Por ello, tales hechos constituirán el objeto del proceso (aquello que se tiene que decidir), a la vez que integrarán

¹⁶ Art. 101 del C.G.P. “Continuidad de las audiencias. La fecha de las audiencias se deberá fijar en forma indelegable por el tribunal con la mayor contigüidad posible a los efectos de procurar la continuidad del proceso y la identidad del titular del órgano jurisdiccional (numeral 1 del art. 26). Entre el acto de señalamiento y la fecha de la audiencia no podrán mediar más de noventa días, salvo causa justificada expresamente fundada. Toda vez que proceda la suspensión o prórroga de una audiencia se hará constar la causa respectiva y se fijará, en el acto, la fecha de su reanudación en la forma y plazo previstos en el inciso anterior, salvo que dicho señalamiento resultante imposible”.

¹⁷ Art. 350.3 del C.G.P. “En las pretensiones propias de la materia laboral, agraria y demás de carácter social, se podrá modificar la pretensión en la audiencia preliminar, cuando resulta, manifiestamente, que carencias en información o de asesoramiento han determinado omisiones en relación a derechos que asisten a la parte.

¹⁸ “En estos casos, el tribunal otorgará a la contraparte oportunidades para la adecuada contestación; se podrá, a tales efectos, prorrogar la audiencia, si las nuevas cuestiones son de hecho y no fuere posible controvertirlas, sin previa información”. Cf. Klett, Selva, Proceso ordinario en el Código General del Proceso, Tomo II, ob. cit, págs. 108 y 109.

el objeto de la prueba (aquello que necesita ser probado). Sin embargo, la regla de admisión de los hechos invocados en la demanda (que se verifica si el documento no controvierte, categóricamente, la veracidad de tales extremos –art. 130.2– o si no comparece a la audiencia preliminar –art. 340.3–) constituye una hipótesis en la cual tanto el objeto del proceso como el objeto de la prueba pueden quedar reducidos.

7. La calificación de los medios de prueba ofrecidos por las partes

Como señalamos precedentemente, el art. 341 num. 6) prevé, luego de la fijación del objeto del proceso y del objeto de la prueba, que el tribunal se pronunciará sobre los medios de prueba cuyo diligenciamiento fue solicitado por las partes, rechazando los que fueren inadmisibles, manifiestamente innecesarios, manifiestamente inconducentes y manifiestamente impertinentes, y disponiendo la ordenación y el diligenciamiento de los que correspondan.

A su vez, el art. 24 num. 6) del C.G.P. dice que el tribunal está facultado para rechazar las pruebas inadmisibles, así como también las manifiestamente innecesarias, las manifiestamente inconducentes y las manifiestamente impertinentes.

Por su parte, el art. 144 del citado cuerpo normativo establece en relación con el rechazo de la prueba lo siguiente: 144.1 Una vez que en la oportunidad correspondiente queden determinados los hechos a probar, el tribunal rechazará, a petición de parte o de oficio –con mención expresa de ese fundamento– el diligenciamiento de las pruebas inadmisibles, las manifiestamente innecesarias, las manifiestamente inconducentes y las manifiestamente impertinentes. También rechazará el diligenciamiento del medio que manifiestamente tienda a sustituir otro que específicamente responda por la ley o por la naturaleza del hecho a probar, en cuyo caso el tribunal podrá disponer el diligenciamiento del medio de prueba que correspondiere.

144.2. Asimismo, y “al dictar sentencia, desechará las pruebas impertinentes”.

De modo, pues, que la admisión o el rechazo de los medios de prueba propuestos por las partes en sus escritos de proposición inicial le competen al tribunal y la oportunidad procesal en que ello debe realizarse es la audiencia preliminar. Esta constituye una etapa medular en el desarrollo de la audiencia preliminar, que marcará, a la postre, el desarrollo de toda la actividad probatoria a cumplir en el proceso.

Por tal razón, es importante aclarar el alcance de cada una de estas categorías. Lo señalado es sin perjuicio de que, al momento de dictar la sentencia definitiva, el tribunal pueda también rechazar las pruebas impertinentes.

7.1 Prueba inadmisibile o prohibida

La prueba admisible es, en términos generales, la prueba compatible con el ordenamiento jurídico, mientras que la prueba inadmisibile es la prohibida por ese mismo ordenamiento. Coincidimos con Tarigo en cuanto a que no interesa, a este respecto, que un medio de prueba resulte simplemente prohibido, es decir, que resulte vedada su utilización (como sucede, por ejemplo, con las cartas misivas dirigidas a terceros, según el art. 1590 del Código Civil), o que, incluso, su uso configure la comisión de un delito, como acontece en el caso de la interceptación de una comunicación telefónica (art. 297 del Código Penal). Aunque solamente esta última constituye una prueba ilícita, cualquiera de los dos ejemplos manejados son hipótesis de prueba inadmisibile, en la medida en que ambas están prohibidas por la regla de derecho.

El citado autor también señala, con acierto, que son igualmente inadmisibles aquellos medios de prueba propuestos fuera de la oportunidad procesal correspondiente, o que no se ajusten, en general, a los requisitos de lugar, de tiempo y de forma para su ofrecimiento. Así, resulta un medio de prueba inadmisibile el propuesto por la parte en la propia audiencia preliminar sin haberlo hecho antes, sea en la demanda, sea en la contestación de la demanda, y siempre que no se trate de prueba tendiente a acreditar un hecho nuevo (art. 118.3 del C.G.P.).¹⁹

7.2 Prueba inconducente

La inconducencia implica que el medio de prueba que quiere utilizarse es ineficaz para demostrar, así sea en concurrencia con otros, el hecho que se pretende acreditar. De esta forma, la inconducencia se verifica cuando la ley exige un medio de prueba distinto al propuesto por la parte para la demostración de un hecho, como sucede, a vía de ejemplo, con la utilización del documento privado cuando la ley exige el instrumento público, o la declaración testimonial cuando la ley exige la prueba documental. En definitiva, un medio de prueba es inconducente o improcedente

¹⁹ Tarigo, Enrique, Lecciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo código, Tomo II, 2a edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, junio de 1998, pág. 26.

cuando resulta inhábil, de acuerdo con las normas procesales o sustantivas, para acreditar la existencia de un hecho o de un acto determinados

Y esa inconducencia, para que el medio de prueba pueda ser rechazado en la audiencia preliminar, debe ser manifiesta, es decir, indubitable, patente o inconcusa. Esto resulta lógico, habida cuenta de que no parecería sensato que el tribunal pudiera rechazar el medio de prueba antes de su diligenciamiento si su conducencia fuera discutible u opinable.

7.3 Prueba impertinente

Couture explica que pertinente es la prueba que recae sobre los hechos que constituyen el objeto del proceso, mientras que, como contrapartida, una prueba es impertinente cuando excede el objeto del proceso. En este sentido, el Maestro explica: “(...) sólo requieren demostración los hechos controvertidos y no se admitirá prueba, en ningún caso, sobre los hechos que no son objeto de ella, las que no pertenezcan (al litigio) será irremisiblemente desechadas de oficio al dictarse sentencia (...)”.

Para que el medio de prueba pueda ser rechazado en la audiencia preliminar, su impertinencia debe resultar indubitable. De lo contrario, deberá ser desechado en la sentencia definitiva.

7.4 Prueba innecesaria

Bajo el *nomen iuris* de necesidad de la prueba, el art. 137 del C.G.P. expresa que corresponde probar los hechos que invoquen las partes y que sean controvertidos. Por su parte, el art. 138 del mismo código dice: “Exención de prueba. No requieren ser probados: 1) Los hechos notorios, salvo si constituyen el fundamento de la pretensión y no son admitidos por las partes; 2) Los hechos evidentes; y, 3) Los hechos presumidos por la ley; contra tales presunciones es admisible la prueba en contrario, siempre que la ley no la excluya”.

Entonces, constituye un medio de prueba innecesario, por ejemplo, aquel que el actor propuso para acreditar un hecho que, posteriormente, resultó admitido por el demandado. Esto es así porque, en la demanda, pueden haberse ofrecido medios de prueba para justificar todas y cada una de las afirmaciones de hecho contenidas en ella pero alguno de tales extremos puede haber resultado admitido ya sea en

la contestación de la demanda, ya sea en la propia audiencia objeto del proceso y el objeto de la prueba; por lo que, a esa altura del proceso, uno o más medios de prueba, propuestos inicialmente, pueden, por circunstancias, devenir innecesarios.

Los hechos notorios son aquellos que integran, naturalmente, el conocimiento, la cultura o la información normal de los individuos, con relación a un lugar o a un círculo social y a un momento determinado, en el momento en que se dicta la decisión. Y, en palabras de Couture, se expresa en el aforismo latino *notoria non egent probatione*. En este marco, el Maestro pone un ejemplo de hecho notorio expresando que si el actor y el demandado han celebrado un convenio en virtud del cual se pacta que uno le pagará al otro una suma de dinero “el día en que cambie el actual gobierno”, la exigibilidad de la obligación dependerá de un hecho que es, sin duda, notorio con relación al medio o al círculo social en que el juez y las partes actúan. No será necesaria, en consecuencia, la prueba de que asumió el poder un nuevo gobierno una vez que ese hecho haya ocurrido.

El concepto de notoriedad procura dos altos fines de política procesal. Por una parte, propende a un ahorro de esfuerzos, al relevar a las partes de producir pruebas innecesarias, razón por la cual se lo considera como un homenaje a la economía procesal. Y, por otro lado, busca prestigiar la justicia, evitando que ésta viva de espaldas al saber común del pueblo y que su arte consista, como se ha dicho, en “ignorar jurídicamente lo que todo el mundo sabe”.

Los hechos evidentes tienen íntima conexión con las máximas de la experiencia, que constituyen postulados de valor general que son independientes del caso específico, pero que proviniendo de la comprobación de lo que normalmente acontece en un sinnúmero de casos, son aplicables en cualquier otro de la misma especie. Por esta razón no rige para esta categoría de hechos la máxima *quod non est in actis non est in mundo* pues negar tales hechos significaría negar la evidencia natural de las cosas. Pero, claro está, no existe ninguna prohibición de probar lo contrario al hecho tenido por evidente.

En relación a los hechos presumidos por la ley, cabe recordar la diferencia que existe entre las presunciones relativas o *iuris tantum* y las presunciones absolutas o *iuris et de iure*. Las primeras admiten prueba en contrario, y puede mencionarse como ejemplo de esta categoría, en el ordenamiento jurídico uruguayo, la presunción de culpa que recae, en materia de responsabilidad extracontractual, sobre el guardián de la cosa que intervino en el evento dañoso o sobre el guardián del incapaz que participó en el hecho (art. 1324 del Código Civil). En cambio, las

presunciones absolutas no admiten prueba en contrario y determinan finalmente, una verdad formal sobre el hecho presumido, que es vinculante para el tribunal y para las partes. Sin embargo, las presunciones absolutas son, relativamente, poco frecuente y se consideran, normalmente, como una manera de regular la cuestión sustantiva involucrada, más que la asignación de cargas probatorias. Es el caso, por ejemplo, de la presunción de que los menores de diez años de edad y los dementes no son capaces de delito o cuasidelito civil (art. 1320 del Código Civil); que las personas menores de trece años de edad no son capaces, jurídicamente, de cometer infracciones a la ley penal (Derecho Infraccional de Adolescentes; arts. 1o inc. 2 y 70 del Código de la Niñez y la Adolescencia); y que los menores de dieciocho años de edad son inimputables desde el punto de vista penal (Derecho Penal de adultos; art. 34 del Código Penal).

8. Los momentos de la prueba

Pueden distinguirse diversos momentos de la prueba durante el procedimiento, a saber: la proposición, la admisión, la ordenación, la producción y la valoración.

8.1. Proposición

En el régimen del Código General del Proceso, la regla general en materia de proposición de la prueba indica que las partes tienen que presentar la prueba de que ya dispongan conjuntamente con la demanda y con la contestación de la demanda (prueba documental), oportunidad en la cual también deben indicar o solicitar el diligenciamiento de los demás medios probatorios de que intenten servirse (prueba testimonial, por informes, pericial, inspección judicial, etc.) Ello emerge de los arts. 117, 118, 130, 131 y 136 del C.G.P.

Y, como señalamos anteriormente, esta regla general admite una excepción, relativa la prueba tendiente a acreditar hechos nuevos (arts. 121.2 y 341 num. 2 del C.G.P.).

Es importante señalar que aunque las partes adjunten la prueba documental de que dispongan con sus escritos de proposición inicial, la incorporación (producción) jurídica –no la netamente material– de los documentos se realiza en la audiencia preliminar.

8.2. Admisión

La admisión de los medios de prueba constituye una actividad que implica la calificación (previa, primaria y provisorio) que efectúa el órgano judicial en la audiencia preliminar. Sobre este punto, nos remitimos a las consideraciones que formulamos en relación con la posibilidad de rechazar en la audiencia preliminar los medios de prueba inadmisibles, inconducentes, innecesarios e impertinentes cuando tal categorización revista la nota de manifiesta (arts. 24 num. 6, 144 y 341 num. 6) del código. Si, por el contrario, se trata de medios de prueba innecesarios, inconducentes o impertinentes (sin la nota manifiesta), deberán desecharse en la sentencia definitiva.

8.3. Ordenación

Una vez admitidos los medios de prueba, debe realizarse la ordenación, que implica todas aquellas actividades tendientes o que favorezcan la producción o práctica efectiva de la prueba. Así, constituye tarea de ordenación la designación, por el tribunal, de qué parte habrá de diligenciar un oficio, así como el plazo que se concede para que la persona (pública o privada) a quien va dirigido cumpla con el deber de colaboración con la Justicia. También implica ordenación la designación de los peritos.

8.4. Producción

En cuanto a la producción, el art. 142 del C.G.P. dispone:

1. Todas las pruebas pertenecen al proceso y deben ser producidas en audiencia, conforme con lo que se dispone en el Libro II del presente Código, salvo disposición especial en contrario.
2. Las partes tienen el deber de prestar la colaboración del buen litigante para la efectiva y adecuada producción de la prueba. Cualquier incumplimiento injustificado de este deber generará una presunción simple en su contra, sin perjuicio de las disposiciones previstas para cada medio probatorio.
3. El deber de colaboración alcanzará a los terceros y su incumplimiento tendrá las consecuencias previstas en cada caso por la ley”.

Esta norma da la pauta de que, en la producción de la prueba, rigen plenamente los principios de inmediación y de bilateralidad, ya que las pruebas deben producirse

en audiencia o con audiencia de las partes. Así, las declaraciones testimoniales, la declaración de parte y las aclaraciones que formule el perito (porque el dictamen pericial se presenta, en la gran mayoría de los casos, por escrito) se realizan en la audiencia, bajo la dirección del tribunal y con la presencia de las partes.

Con relación a la inspección judicial, es dable destacar que siempre se realiza en audiencia, aunque ésta no se lleva a cabo en el recinto en que normalmente trabaja el juez. En este sentido, se dice que siempre hay audiencia cuando se encuentra el juez y fueron convocadas las partes para la práctica de cualquier diligencia de prueba. De tal forma, por ejemplo, la inspección judicial que se practica para comprobar la presencia de algún cartel indicador de preferencia (en un proceso derivado de un siniestro de tránsito) se cumplirá, naturalmente, fuera del despacho del juez, pero eso no significa que no se practique en audiencia. De ahí la trascendencia, para que no se genere la nulidad absoluta de la prueba (arts. 8 y 100 del C.G.P.), de que las inspecciones judiciales siempre deben ser dirigidas por el tribunal, no pudiendo éste delegarlas en auxiliares (como los alguaciles), salvo cuando ello esté expresamente permitido por la ley, como sucede, excepcionalmente, en materia de arrendamientos urbanos para comprobar el subarrendamiento (decreto-ley 14.219).

8.5. Valoración

La valoración es la etapa sublime de la prueba, que se realiza en la etapa del dictado de la sentencia definitiva. El art 140 del C.G.P. preceptúa: “Las pruebas se apreciarán tomando en cuenta cada una de las producidas y en su conjunto, racionalmente, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, salvo texto legal que expresamente disponga una regla de apreciación diversa. El tribunal indicará, concretamente, cuáles medios de prueba fundan principalmente su decisión”.

Couture señala que el tema de la valoración de la prueba busca una respuesta para la pregunta: ¿qué eficacia tienen los diversos medios de prueba establecidos en el derecho positivo? Considera que no se trata de saber qué es en sí misma la prueba, ni sobre qué debe recaer, ni por quién o cómo debe ser producida. Se trata de señalar, con la mayor exactitud posible, cómo gravitan y qué influencia ejercen los diversos medios de prueba, sobre la decisión que el magistrado debe expedir.²⁰

²⁰ Couture, Eduardo J., Fundamentos del derecho procesal civil, ob. cit., pág. 257.

Refiriéndose al principio de la unidad de la prueba, Bricchetti sostiene: “Ocurre en el campo probatorio un fenómeno análogo al que se verifica en la química: así como en un compuesto químico el producto tiene otras propiedades de las que tienen los cuerpos componentes, así en el campo probatorio la prueba de un hecho no es, repetimos, la simple suma de los datos singulares probatorios sino su agrupamiento en una unidad, en una forma reasuntiva y condensada”.²¹

En efecto, en el proceso no solo se recauda o aporta una prueba, sino que es normal que aparezcan varias, inclusive de la misma especie. En todos esos casos, la necesidad de estudiar la prueba como un todo, como una unidad, salta a la vista, estudio que debe hacerse buscando las concordancias y divergencias entre los diversos elementos que componen el conglomerado del material probatorio que obra en el expediente.

Cada elemento de prueba se apoya en mayor o en menor grado en los demás, y el conjunto dará la prueba sintética y definitiva sobre la cual se efectuará la reconstrucción de los hechos. De los vínculos entre las pruebas nacerá la conclusión. Cuando las pruebas se hallan en desacuerdo, por más buenas que resulten aisladamente, nada se ha avanzado. Cuando las pruebas no concuerdan entre sí, deberá buscarse la razón de la discrepancia, resolviendo la contradicción, y si no fuese posible, deberá elegirse entre los datos contrarios.^{22 23}

Entendemos que la valoración unitaria o en conjunto no implica que el juzgador le asigne a cada prueba aportada la misma fuerza convictiva, pues justamente es en la ponderación de la eficacia de convicción de cada una de ellas donde radica la discrecionalidad propia del juez de mérito. Consideramos que, a la hora de valorar el material probatorio que obra en el expediente y de dictar sentencia, el juez no está obligado a hacer mención expresa de todas las pruebas producidas, sino que solamente deberá referirse a aquellas que estime decisivas y pertinentes para resolver el litigio sometido a su decisión.

Con respecto a los sistemas de valoración de la prueba, la doctrina mayoritaria da cuenta de que, a lo largo de la historia del Derecho Procesal, han existido tres

²¹ Citado por Parra Quijano, Jairo, Manual de Derecho Probatorio, ob. cit., pág. 7.

²² Cf. La Salvia, Iris Edith, “Los procesos lógicos en la valoración de las pruebas”, Revista Jurídica Argentina La Ley, E, Editorial La Ley S.A., Buenos Aires, 1998, pág. 119.

²³ Couture, Eduardo J., Vocabulario Jurídico, Editorial B de F Ltda., Julio César Faira - Editor, Buenos Aires, 2004, pág. 660.

grandes sistemas: el sistema de la prueba legal –también llamado de la tarifa legal o prueba tasada por la ley–, el sistema de la libre convicción del magistrado y el sistema de la valoración conforme a las reglas de la sana crítica.

En su vocabulario jurídico, Couture define a la sana crítica como la: “Calificación atribuida a las reglas que rigen los juicios de valor emitidos por el entendimiento humano en procura de su verdad, por apoyarse en proposiciones lógicas correctas y por fundarse en observaciones de experiencia confirmadas por la realidad. A nuestro juicio, resulta imposible estudiar las reglas de la sana crítica sin remitirnos a la obra de Couture, quien ilustra: “Este concepto configura una categoría intermedia entre la prueba legal y la libre convicción. Sin la excesiva rigidez de la primera y sin la excesiva incertidumbre de la última, configura una feliz fórmula, elogiada alguna vez por la doctrina, de regular la actividad intelectual del juez frente a la prueba. Las reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba (ya sea de testigos, de peritos, de inspección judicial, de confesión en los casos en que no es lisa y llana) con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas. El juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica, no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente. Esta manera de actuar no sería sana crítica, sino libre convicción. La sana crítica es la unión de la lógica y de la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento”²⁴.

El juez es un ser humano, con emociones, sentimientos, preocupaciones y fallencias como cualquier otra persona. Es por ello que sus decisiones serán siempre, en mayor o en menor medida, subjetivas. Consideramos que subjetividad no es sinónimo de arbitrariedad o injusticia. Entendemos que más que reclamar objetividad para ponderar la prueba, debemos aceptar la subjetividad, pero siempre dentro de los márgenes legales, es decir, una subjetividad ajustada a derecho. Estimamos que la diversidad de interpretaciones posibles frente a un mismo hecho –máxime cuando sobre éste no se aporta solamente una prueba, sino varias– es una realidad inherente al sistema de valoración de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, el cual, sin atribuirle al magistrado plena libertad en la apreciación –como sí

²⁴ Couture, Eduardo J., Fundamentos del derecho procesal civil, ob. cit., págs. 270 y 271.

lo hace el sistema de la libre convicción—, le deja amplio margen para ponderar las pruebas allegadas a la causa de acuerdo con la sana crítica.

Sabemos que no existe una nómina de reglas de la sana crítica, sino que, como tradicionalmente ha señalado la doctrina, ésta es la equilibrada conjunción de las leyes de la lógica y de la experiencia. Entonces, cabe preguntarse: ¿a qué experiencia nos referimos?, ¿nos referimos a la experiencia universal o la experiencia individual? Creemos que sería ilusorio que el juez no aplicara su experiencia personal al momento de valorar el material probatorio, la cual es obviamente subjetiva, puesto que el magistrado, antes de ser juez, es un ser humano, moldeado e influenciado por diversos factores.²⁵

9. Conclusiones

El principio de inmediación —como eje fundamental en el desarrollo de las audiencias— y las audiencias —como actos vitales del procedimiento regulado por el Código General del Proceso— son dos de los pilares más importantes que han permitido la transformación de la justicia civil en sentido amplio en el Uruguay, que dejó atrás a un proceso lento, burocrático, escrito y, prácticamente, secreto, para darle paso a un proceso célere, concentrado, con gran relevancia de la oralidad y público. No en balde se dice que las audiencias han sido la base sobre la que se ha erigido este nuevo proceso, en el bien entendido de que, en ellas, mediante el contacto directo entre los partícipes del litigio (actor, demandado y tribunal) y el diligenciamiento de las pruebas con la presencia de todos ellos, se ha logrado que la justicia adquiriera “un rostro más humano” y que se caminara hacia el ideal supremo del Derecho Procesal: la efectividad de los derechos sustanciales.

Las audiencias han demostrado una gran utilidad para la realización de una multiplicidad de actos procesales, como son: la ratificación de los hechos invocados en los escritos de proposición inicial; la tentativa de conciliación intraprocesal; la tarea de desbrozar al procedimiento de cuestiones accesorias que pueden obstar a su marcha adecuada (despacho saneador); la fijación del objeto del proceso y del objeto de la prueba; el pronunciamiento sobre la necesidad, la admisibilidad, la

²⁵ Cf. Nicastro, Gustavo, “Valoración de la prueba en casación: La teoría del absurdo evidente”, en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, N° 1/2006, Instituto Uruguayo de Derecho Procesal, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2006, pág. 63.

conducencia y la pertinencia de los medios de prueba ofrecidos por las partes; y la ordenación y producción de los medios de prueba efectivamente admitidos.

Como colofón, podemos decir que el paulatino cambio en la mentalidad de los operadores judiciales que se habían formado en el régimen del viejo Código de Procedimiento Civil y el trabajo mancomunado de todos los operadores jurídicos en sus distintos ámbitos (académicos, como abogados o como jueces) han permitido la buena aplicación de una norma revolucionaria a nivel iberoamericano: el Código General del Proceso uruguayo. Hacemos hincapié en esto porque estamos convencidos de que no todo depende de las buenas leyes, sino que un resultado exitoso, si bien debe partir de normas adecuadas a la realidad que vive la sociedad en que ellas se insertan, va de la mano de buenos operadores. Ello, porque, en palabras de Calamandrei, “no puede pretenderse que una nueva ley opere el milagro de transformar a la administración de justicia en un mecanismo de precisión que se mueva por sí solo, sin ruidos y sin paradas (...) Los milagros los hacen los santos, no los códigos (...)”.²⁶

10. Bibliografía

Cafferata Ñores, José, *Proceso penal y derechos humanos, La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*, Centro de Estudios Legales y Sociales, Editores del Puerto S.R.L., Buenos Aires, 2000.

Calamandrei, Piero, *De las Buenas relaciones entre los jueces y los abogados en el nuevo proceso civil*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1943.

Carnelutti, Francesco, *La prueba civil*, Apéndice de Giacomo P. Augenti, traducción de Niceto Alcalá-zamora y Castillo, Ediciones Arayú, Buenos Aires, 1995.

Couture, Eduardo J., *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Tomo 1. 3° edición, Lexis Nexis Depalma, Buenos Aires, 2003.

Couture, Eduardo J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3° edición (postuma), reimpresión inalterada, Depalma, Buenos Aires, 1997.

²⁶ Calamandrei, Piero, *De las buenas relaciones entre los jueces y los abogados en el nuevo proceso civil*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1943, pág. 14.

Couture, Eduardo J., *Vocabulario Jurídico*, 3º edición actualizada y ampliada por Ángel Landoni Sosa, Editorial B de F. Ltda. Julio César Faira- Editorial, Buenos Aires, 2004.

Devis Echandía, Hernando, “Diversas teorías sobre el fin de la prueba judicial”, en Greif, Jaime, *El proceso, Visión y desafío*, 1º edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo.

Furno, Cairo, *Teoría de la prueba legal*, traducción de Sergio González Collado, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954.

Klett, Selva, *Proceso ordinario en el Código General del Proceso*, Tomo II, 1ra. Edición, F.C.U., Montevideo, octubre de 2014.

Klett, Selva; Baluga, Cecilia; Álvarez, Federico; y Castillo, Juan; “Principios de la prueba en el sistema procesal civil”, en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, No. 1/2000, Instituto Uruguayo de Derecho Procesal, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2000.

La Salvia, Iris Edith, “Los procesos lógicos en la valoración de las pruebas”, *Revista Jurídica Argentina La Ley*, E. Editorial La Ley S.A. Buenos Aires, 1998.

Marabotto Lugaro, Jorge, “Prueba. Generalidades, Declaración de parte, Prueba testimonial”, en *Curso sobre el Código General del Proceso*, Tomo I, 3º reimpresión, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1991.

Nicastro, Gustavo, “Valoración de la prueba en casación: La teoría del absurdo evidente”, en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, nro. 1/2006, Instituto Uruguayo de Derecho Procesal, Fundación de Cultural Universitaria, Montevideo, 2006.

Parra Quijano, Jaira, *Manual de Derecho Probatorio*, 13º edición, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 2002.

Sentís Melendo, Santiago, *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1990.

Tarigo, Enrique, *Lecciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo código*, Tomo II, 2da. Edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, junio de 1998.

Taruffo, Michele, *La prueba*, Marcial Pons, traducción de Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán, 2008.

Véscovi, Enrique (director); De Hegedur, Margarita; Klett, Selva, Landeira, Raquel; Simón, Luis María; y Pereira Campos, Santiago; *Código General del Proceso. Comentado, anotado y concordado*, Tomo1, Editorial Abaco, Montevideo, 1992.

Véscovi, Enrique (director); De Hegedus, Margarita; Klett, Selva, Cardinal, Fernando; Simón, Luis María; y Pereira Campos, Santiago, *Código General del Proceso, Comentado, anotado y concordado*, Tomo 4, Editorial Abaco, Montevideo, 1998.

La oralidad en materias no penales como herramienta procesal encaminada a la agilidad en la administración de justicia

Fidel Mora Centeno

Sumario:

1. Introducción; **2.** Marco histórico-jurídico, **2.1.** Proyecto de reforma legal, **2.2.** La Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Aspectos teóricos de la reforma, **2.2.1.** El procedimiento oral, **2.2.2.** Relación entre los principios procesales en la L.O.P.T., **2.2.3.** Otras novedades y particularidades de la L.O.P.T.; **3.** Proceso de implementación; **4.** Procesos de seguimiento y control de gestión; **5.** Retos de la jurisdicción laboral, propuestas para la optimización del trabajo y modernización en la jurisdicción laboral; **6.** Conclusiones

1. Introducción

Para poder iniciar el desarrollo del tema propuesto para nuestro ensayo, es necesario realizar una delimitación conceptual que nos permita ser más agudos y precisos en el desarrollo de éste trabajo.

En primer lugar, antes de abordar la oralidad como herramienta procesal, que procure la agilidad en la administración de justicia, es necesario señalar que dicho tema, abre la interesante posibilidad de realizar un análisis que va más allá de lo netamente jurídico. En tal sentido el presente ensayo, es producto de la combinación de vivencias y experiencias académicas, jurídicas y gerenciales en torno a la oralidad, donde me tocó desempeñar el papel de “testigo presencial calificado”, “autor material” y “coparticipe” de la exitosa experiencia como lo fue, la creación y mantenimiento de un proceso oral, instaurado de manera exitosa, en nuestro país de procedencia, Venezuela. Debemos aclarar que cuando nos referimos a “participes” con ello queremos señalar, la responsabilidad que desempeñe como asistente del Coordinador Nacional de la Jurisdicción Laboral, cuyo objetivo es gerenciar y coordinar una jurisdicción que hoy en día cuenta con más de 3.300 empleados. Dicho trabajo fue realizado bajo la tutela del Magistrado Emérito Omar Mora Díaz, quien se desempeñó como Presidente de la Sala de Casación Social del más alto tribunal de nuestro país durante el período 1998-2012, quien a su vez es creador y redactor de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Es en virtud de lo anterior que podemos afirmar con absoluta propiedad, y lo enunciamos con la mayor humildad, que se realizó un aporte valioso en la oralidad del proceso, tanto desde el punto de vista legal como en el punto de vista gerencial.

Con certeza podrán afirmar nuestros apreciados lectores e incluso atreverse a pensarlo con una carga de sorpresa, que efectivamente fue un binomio difícil de repetir (tanto en el espacio como en el tiempo), el hecho de tener la capacidad de realizar una propuesta legal y a la vez poder realizar el seguimiento gerencial en la aplicación de la misma, tal binomio irrepetible es algo que honestamente, puede ser motivo de sana envidia de muchos eruditos y teóricos del derecho. En efecto, los resultados obtenidos lograron superar las más optimistas expectativas, dejando una obra que sigue su rumbo y en lo personal, la plena satisfacción del deber cumplido. Es por estas razones, que hemos presumido al relatar nuestro carácter de “testigo presencial”, gracias a ello podemos transmitir un mensaje que tenga un potencial aporte para experiencias similares en otras latitudes.

El procedimiento oral que se creó, fue la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (en lo sucesivo L.O.P.T.) aprobado por la Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela con grado de Ley Orgánica el 13 agosto del 2002. La Ley en cuestión pasó a ser el segundo ensayo a favor de la oralidad de algún proceso en la historia contemporánea de Venezuela, siendo el primero, la Reforma al Código de Enjuiciamiento Criminal de 1936, mediante el Código Orgánico Procesal Penal de 23 de enero de 1998 (en lo sucesivo C.O.P.P.). Es de suma importancia acotar al lector, que la Reforma Procesal Penal que tomó forma en nuestro país, poco tuvo que ver con una historia de éxitos y logros de metas, al contrario, su implementación ha sido muy traumática y criticada, a tal punto que ha sido objeto de múltiples reformas, las cuales a su vez no han logrado los resultados esperados, ni por las autoridades involucradas con el sistema de justicia, ni por el foro en la materia penal en venezolana.

Sin embargo, tuvo como logro esencial, ser el primer proceso oral que se implementaba en el país. Ese legado, en lo concerniente a la oralidad y los errores incontables cometidos en la materia penal, sirvieron de constante reflejo e inspiración para los involucrados en la redacción de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. En tal sentido, podemos afirmar con toda seguridad, que gracias al devenir histórico y al análisis de los errores cometidos durante el proceso de discusión y aprobación del C.O.P.P., así como también los errores realizados en la implementación del mismo, pudimos ser capaces de obtener una L.O.P.T., muy distinta a dicho procedimiento y cuya aprobación condujo a un camino diametralmente opuesto en cuanto a lo exitoso de su aplicación y a los niveles de aceptación y conformidad de los usuarios.

Es nuestro deber advertir al lector que abordar conceptos procesales como la oralidad, así como todos aquellos principios que guarden con ésta una relación inherente, tales como la inmediatez (y sus variadas expresiones) y la publicidad del proceso, ameritan un acercamiento mucho mas profundo del que podemos hacer en estas líneas. No es nuestra pretensión disertar en éste trabajo sobre muchos de los aspectos teóricos y aristas jurídicas o de derecho comparado de la oralidad y otros principios que interactúan con ella. Dicho tema y sus variantes, ha sido debatido por años en la doctrina procesal, tanto en Europa como en otros continentes, igualmente las universidades de diversas partes del mundo, debaten y proponen a sus alumnos temas de investigación para estudios de especialización y doctorados, que aborden los múltiples problemas que en relación a la oralidad pueden presentarse en los diversos sistemas de justicia, así como las muchas interpretaciones que pueden derivar de las casi infinitas incidencias, que en la realidad pueden suceder en un proceso de índole oral. Teniendo en cuenta esta limitación y esta realidad, mal

podríamos pretender querer a través de este ensayo, llegar a algún tipo de conclusiones desde el aspecto teórico jurídico.

Sin embargo, el mayor deseo al presentar nuestras ideas en este ensayo, es poder lograr que el lector visualice y entienda el camino recorrido, las experiencias vividas y las dificultades experimentadas, durante la planificación, desarrollo e implementación de un procedimiento oral, en un país suramericano como Venezuela. Algo que podemos considerar valioso, es que esta reforma de la que hablamos, cuenta con el valor agregado y el respaldo de tener mas de 13 años de ejecución de la Ley, en otras palabras, es desde hace mucho tiempo no un proyecto de ley, sino una Ley Orgánica en pleno cumplimiento.

Así mismo, es parte de nuestro deseo mediante este escrito, tocar la fibra de la inspiración de otros humanos y motivarlos a creer en que un cambio en esta materia es posible y que además, puede realizarse cumpliendo con altos estándares de calidad y con altos niveles de excelencia. De la misma forma, también es nuestro deseo, motivar a las personas involucrados en el sistema de justicia (usuarios, abogados, jueces, empleados, obreros, profesores, estudiantes, etc.) a romper con muchos de los paradigmas que desde nuestra formación como juristas se nos imponen: prejuicios teóricos a favor del sistema escrito y en contra de la oralidad. En efecto, a lo largo de mi trayectoria académica y profesional, he tenido el honor de conocer a excelentes juristas y profesores en varias partes del mundo, con ellos he coincidido en que muchos de los críticos de la oralidad no son capaces de separarse de algunos principios de derecho que ellos consideran inamovibles (casi siempre conceptos de vieja data y que no representan una adaptación a los cambios propios del devenir del tiempo). Sin poner en duda su capacidad académica, es común observar en algunos juristas, como se limitan a criticar el aspecto teórico del derecho, sin aportar o proponer soluciones a los problemas, incluso, en algunas circunstancias se convierten en obstáculo ante propuestas bien intencionadas, en procura de soluciones a diversos problemas. Ello a todas luces no son las respuestas que el justiciable ni los usuarios del sistema de justicia en distintas partes del continente se merecen. Con estas líneas pretendemos fomentar justamente lo contrario, deseamos hablarles con toda apertura sobre una obra que posee fundamento jurídico pero que no es solo teoría, es una realidad.

Seguramente el lector crítico se planteará como primera interrogante: ¿Cómo puede alguien que estuvo involucrado tan cercanamente a una reforma de este tipo conservar algo de objetividad? Si usted –respetado lector–, piensa de esa forma,

creo que nos encontramos en la misma sintonía. Me considero en esencia un ser crítico ante el actuar humano, además, como jurista soy hambriento de ver y palpar con mis sentidos las pruebas sobre un tema que me atañe y finalmente porque, como muchos otros juristas, soy una persona escéptica a creer cuando alguien intenta venderme una idea, que luce a primera vista muy extraordinaria.

Por más jocosas que sean mis confesiones y por más inverosímiles que las mismas parezcan, debo también confesar que el trabajo fue exitoso, lo cual no implica necesariamente que haya sido perfecto. Toda obra humana es perfectible. Deficiencias, amenazas y limitaciones han existido, existen y existirán. Así mismo, debo decir que dicha obra ha estado sometida a todo tipo de críticas y aversiones, enemigos en el ámbito interno y externo que lucharon por impedir que se aprobara como Ley Orgánica y aún hoy en día luchan por intentar reformarla, hacerla retroceder en sus logros, opacar sus alcances. Sin embargo, esa obra sigue en pie, esta en capacidad de ser auditable y para ello nada mejor que corroborarlo con las fuerzas vivas del foro laboral venezolano y usuarios, quienes día a día interactúan en la jurisdicción.

En este orden de ideas, nos pareció de suma importancia para este ensayo, enunciar también algunos de los que nosotros consideramos actualidades y tendencias en la aplicación de la Ley, así como de los retos a futuro que tienen en sus manos los encargados de la gerencia de la jurisdicción laboral en la actualidad.

El impacto que obtuvo esta obra en la comunidad jurídica venezolana e internacional, se debe a los muy diversos factores que lograron confluír casi de manera mágica, para obtener el resultado que con orgullo hoy mostramos al mundo.

2. Marco histórico-jurídico

Propio de toda reforma legal es necesario hacer una breve mención a los fundamentos de índole constitucional que fomentaron e impulsaron dicha reforma. Al mismo tiempo, debemos mencionar el contexto histórico en el cual se llevo a cabo este proceso de reformas que explican la intención del legislador de impulsar éste cambio de dirección hacia la oralidad en Venezuela.

Por muchas personas es conocido y resulta una realidad recurrente en muchos de los países de Iberoamérica, la problemática del retraso procesal. Si bien es cierto, que los procesos *per se*, no son culpables del actuar humano y que por tanto no son

únicos responsables del éxito o fracaso en la aplicación de alguna ley, no menos cierto es el hecho notorio de que los procesos escritos fomentan, de manera directa, diversos vicios que influyen en el retardo procesal. No es nuestra intención “satanizar” a los procedimientos escritos, como tampoco es nuestro propósito vender la idea de que la oralidad sea la panacea para curar a todos los males derivados de la realidad de nuestros sistemas de justicia, creer en esa idea sería pensar de manera muy inocente; lo que si es cierto y para ello nos respalda la dinámica histórica y los resultados, es que dentro de la oralidad se realiza una apuesta a un proceso mas transparente, mas expedito y con mayor probabilidad un proceso mas justo.

Por el contrario al proceso oral, la estructura de los lapsos procesales en procedimiento escrito, la existencia de recursos e incidencias exageradas, la estructuración y organización de los juzgados, así como la distribución del trabajo y del personal en los mismos, son elementos que conllevan a desfavorecer al débil jurídico del proceso. La pesada y exageradamente burocrática estructura de los órganos de justicia que aun mantenemos en algunos de nuestros países (Venezuela los mantiene aún en muchas materias), fomenta la acumulación de causas, no atendiendo de inmediato las solicitudes de los litigantes y contribuyendo con una gran parte en la sensación de inseguridad jurídica que reina en muchos de nuestros naciones.

Más allá de los vicios que de la existencia de un proceso obsoleto se derivan, se puede además constatar que son procedimientos y estructuras organizativas excesivamente costosos, tanto desde el punto de vista de la nómina de personal administrativo y obrero como desde el punto de vista de la infraestructura física.

Es por éstos factores enunciados y algunos factores más, que el constituyente venezolano plasmó en la exposición de motivos del Magno texto que: “Se reconocen los derechos de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva (...)” adhiriéndose de esta forma a la corriente más avanzada del pensamiento jurídico internacional, la cual concibe a la justicia al servicio del hombre y que entiende al Estado como un ente “democrático y social de Derecho y de Justicia”. En ese orden de ideas, es el artículo 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, (en lo sucesivo C.R.B.V.), el que de manera clara establece: “El proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia. Las leyes procesales establecerán la implicación, uniformidad y eficacia de los trámites y adoptarán un procedimiento, breve, oral y público. No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales”.

Así mismo establece el artículo 26 de la República Bolivariana de Venezuela, C.R.B.V., que “toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicias para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente. El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles”.

De la misma forma, las disposiciones transitorias N° 4 del texto Constitucional Venezolano ordena: dentro del primer año, contado a partir de su instalación, la Asamblea Nacional aprobará: “una ley orgánica procesal del trabajo que garantice el funcionamiento de una jurisdicción laboral autónoma y especializada, y la protección del trabajador o trabajadora en los términos previstos en esta Constitución y en las leyes. La Ley Orgánica Procesal del Trabajo estará orientada por los principios de gratuidad, celeridad, oralidad, inmediatez, prioridad de la realidad de los hechos, la equidad y rectoría del Juez o Jueza en el proceso”.

En este orden de ideas, es en la propia C.R.B.V., y adicionalmente las Disposiciones Transitorias donde se expresa el desiderátum claro, directo y preciso del Estado de construir un nuevo orden legal procesal inspirado en los principios mas modernos del derecho procesal que atendiera a dar respuesta a los ciudadanos en base a la justicia sin mayores dilaciones. Era claro el deseo del Legislador constituyente de realizar ese proceso no solo de manera oral, sino incluso planteando formalmente un lapso para cumplir con ese deseo.

2.1. Proyecto de reforma legal

Es en razón de ese llamado constitucional citado *supra*, que se dio inicio a lo que se considero fue: la “conspiración de factores decisivos” para lo que en un momento fue un proyecto que años después se convertiría en una Ley Orgánica. En primer lugar, el mandato expreso y claro del Constituyente con directrices claras sobre que principios deberían guiar al ulterior y nuevo procedimiento. En segundo lugar, una realidad histórica de cambios en la estructura del estado que permitía el espacio para realizar leyes de avanzada, y en tercer lugar un grupo de seres humanos que además de poseer la capacidad legal para instrumentar el cambio, poseían también la **voluntad** de llevar a cabo dicho cambio. Consideramos que estos tres primarios factores fueron la chispa que dio inicio a esta avalancha de aciertos para obtener el resultado final.

El comienzo, la génesis del proyecto se dio desde el seno de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, mediante una propuesta de proyecto de reforma del procedimiento laboral. En Venezuela la Constitución en su artículo 204 como el Artículo 6 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela capacitan al Tribunal a: “(...)2. Iniciar proyectos de ley relativos a la organización y procedimientos judiciales (...)”, para realizar iniciativas de Ley en materias de índole procesal. En virtud de esa potestad, los magistrados que integraban en aquél entonces la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, –Magistrados Omar Mora Díaz, Presidente, Juan Rafael Perdomo, Vicepresidente y, Alberto Martini Urdaneta– iniciaron un proceso de consulta del Proyecto de L.O.P.T., con todas las fuerzas vivas del derecho procesal en Venezuela, con miras a obtener de todo ese proceso de discusiones y aportes un proyecto que pudiese ser presentado, en primer lugar ante la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia y posteriormente ante la Asamblea Nacional. Es necesario destacar en este punto, el verdadero carácter de amplitud académica con que se enfocó este proyecto: se consultó a las universidades públicas y privadas, así como también a los sindicatos y confederaciones de trabajadores, a la central patronal de Venezuela (Fedecamaras), se informó a los partidos políticos de todas las tendencias, a los colegios de abogados y gremios de las diversas regiones del país, al Ministerio del Trabajo u otros organismos y empresas del estado que pudieren verse afectados por la aplicación de la misma, se realizaron conferencias a lo largo y ancho del país, así mismo se organizaron congresos internacionales con la participación de especialistas del derecho, que debatían sobre las ventajas y desventajas de la aplicación de la novedosa normativa, se permitió los aportes y las críticas de distintos especialistas en la materia y en resumidas cuentas se realizó un verdadero proceso de consulta, discusión y aportes.

Este proceso, finalizó con una propuesta de proyecto de ley que no solo fue avallada por la Sala Plena del T.S.J., sino que en fecha 13 agosto del 2002, se convirtió en una de las Leyes Orgánicas que mayor aprobación tuvo por parte de los Diputados de la Asamblea Nacional en los últimos 16 años.

Lo que de una manera sinóptica hemos resumido en pocas líneas, representó en la realidad, uno de los trabajos mas agotadores y desgastantes de todo el proceso para establecer esta Ley. A ello hay que agregar, que históricamente al momento de avecinarse un cambio, son muchas las personas que manifiestan resistencia al mismo, ello comprendemos que es de naturaleza humana, no obstante ante la magnitud de un proceso de este tipo, debe ser entendido dicha resistencia como algo normal

y democrático. En tal sentido, la comisión redactora mostró el carácter y el temple necesario para llevar esta nave a un puerto seguro.

2.2. La Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Aspectos teóricos de la reforma

Es conocido que las leyes adjetivas o de procedimientos son la herramienta necesaria para poder hacer valer una expectativa en relación un derecho sustantivo que me asiste. Pero como toda ley, las leyes adjetivas también son conceptos, creaciones del humano. Por tanto, estas no cobran vida por ellas mismas, necesitan de los humanos que utilicen ese instrumento para poder impartir la labor casi sagrada que es la justicia. Con el momento de entrada en vigencia de la L.O.P.T., se activaron diversas alarmas en el foro jurídico venezolano. Por una parte, se plantearon en el reciente texto diversas novedades en la forma de desarrollar ese proceso, esto es: se introdujo nuevas figuras jurídicas hasta ese momento desconocidas para los usuarios de la justicia en Venezuela. Sobre éstos cambios de orden teórico procesal hablaremos mas adelante. Así mismo, este cambio de Ley Adjetiva, ameritó diversas variaciones en la infraestructura y en la manera de funcionar de los distintos tribunales laborales. De esto último también nos referiremos mas adelante.

Los avances en el aspecto teórico procesal, que se lograron alcanzar al sancionar esta Ley, son de distinta índole e intentaremos exponerlos de manera muy breve. No obstante es necesario mencionar como punto previo, que el más importante y primer avance logrado con la estructura de la L.O.P.T., fue el hecho de que ésta Ley se concibió como una “Ley Mestiza”¹. Es decir, una Ley que se adaptó a las realidades, debilidades y fortalezas con las que contamos en nuestro país. Una ley mestiza implica también, no asumir ningún modelo o formato de norma que provenga de factores foráneos a la realidad e idiosincrasia de un país. Un factor fundamental del éxito de una normativa reside en el hecho de que la misma se adapte a los “hechos sociales” y sociológicos que se observan en una sociedad. No debemos seguir cometiendo el error (en pleno siglo XXI) de querer “adaptar” normas extranjeras a las realidades y peculiaridades de cada uno de nuestros pueblos. Si bien es cierto, que existen propuestas válidas y constructivas a nivel regional y suprarregional, que sirven de insumos y sugerencias para lograr obtener estatutos con carácter uniformes

¹ Concepto de la “Ley Mestiza”, es una creación del Mag. Omar Mora Díaz al referirse al proceso de creación de una norma que se adapte a la realidad de un determinado país, un tiempo de aplicación de la norma y para un grupo determinado de humanos que utilizarán a dicha norma.

en diversos países o regiones. Debemos sin embargo, saber hasta que punto son las normas de otros países aplicables a nuestras realidades.

No podemos obviar, que además de los principios Constitucionales que sirvieron de guía al legislador en la L.O.P.T., también fueron tomados en cuenta las recomendaciones más importantes contenidas en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, normativa desarrollada por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, que fue parte esencial de la inspiración de los redactores de la norma venezolana. A pesar de ello, en materias de estratégica importancia a juicio del legislador, fuimos capaces de separarnos de las propuestas que en dicho modelo procesal se planteaban. Ese atino en el juicio de saber que cosas adoptar y cuales no, es un elemento que desde un comienzo puede seguramente colaborar con un mayor grado de suceso o no, en una norma.

A manera de ejemplo, señalaremos una Ley venezolana que de ninguna forma siguió este criterio de la “mestización”. El C.O.P.P., que es la normativa procesal penal venezolana, tiene su génesis en una propuesta que llegó a Venezuela a través de la Konrad Adenauer Stiftung. No es para nadie un secreto que esta fundación proveniente de la República Federal Alemana, tiene un corte político social cristiano y que además es la fundación que se identifica directamente con el partido político de igual tendencia: el C.D.U. (Christlich Demokratische Union). Lamentablemente, la influencia de esta fundación sobre políticos venezolanos que gobernaban en aquél momento de nuestra historia², fue preponderante al momento de incidir sobre la reforma del sistema procesal penal venezolano. Dentro de los innumerables errores que se cometieron, fue haber introducido en el sistema penal venezolano una ley procesal con estándares garantistas aplicables para las realidades centro europeas pero inaplicables a las duras realidades de nuestros países, tal es el caso por ejemplo de: el concepto de flagrancia, en Alemania tal noción es considerada como un avance y un control en el ejercicio de sus funciones a las fuerzas policiales del Estado, pero en nuestro país el efecto de normativa de ese tipo, ha permitido ser uno de los factores por los cuales los cuerpos de instrucción e investigación del Estado, se sienten en desventaja al momento de luchar contra el delito, en relación con el delincuente.

² En 1998, momento en que se aprobó el C.O.P.P. gobernaba en Venezuela Rafael Caldera, político y abogado venezolano quien asumió la presidencia de la República con un partido llamado Convergencia. Rafael Caldera fue, previo a su participación con el partido Convergencia, fundador del partido Social Cristiano (Copei).

En tal orden de ideas, el legislador se distanció de aplicar normas que se consideraban que no compartían la idiosincrasia jurídica de nuestro país, ó simplemente no se incluyó en la Ley normas que en la realidad no pudiesen ser aplicable. Teniendo esto en cuenta, la L.O.P.T., se acopló y admitió muchos de los principios más modernos del derecho procesal a nivel mundial e incluyó los conceptos derivados de las doctrinas más avanzadas. A continuación describiremos algunas de las más importantes propuestas incluidas en la L.O.P.T. que se convirtieron en aportes novedosos para el sistema procesal venezolano.

2.2.1. El procedimiento oral

Hemos observado el rango constitucional que el constituyente le otorgó a la oralidad, tanto en su articulado del 257 como en la Disposición Transitoria 4°. Como consecuencia de este deseo constitucional, la L.O.P.T. se procuró definir de manera más precisa el alcance de esta modalidad de proceso. De esa forma es el artículo 3 de la L.O.P.T., el que enuncia: “El proceso será oral, breve y contradictorio, sólo se apreciarán las pruebas incorporadas al mismo conforme a las disposiciones de esta Ley, se admitirán las formas escritas previstas en ella”.

De la redacción del artículo se pueden resaltar algunos elementos:

a) El procedimiento será oral, breve y contradictorio: quiere esto decir que la *litis* y la exposición de argumentos del demandante como de la defensa deben darse de forma oral. El presencia de un debate contradictorio implica de la existencia de un espacio procesal en donde se pueda se pueda realizar el careo, que en el caso de la L.O.P.T. pueden ser dos; la audiencia preliminar y audiencia de juicio o mérito. Esta división de la audiencia en dos partes es uno de los factores legales de mayor logro que obtuvo la Ley. La audiencia preliminar es una audiencia celebrada con la intención de estimular los medios alternos de resolución de conflictos, con la participación en carácter de mediador de un Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución. Para esta audiencia deben comparecer las partes personalmente o mediante apoderado de *manera obligatoria*³. Así lo define el artículo 129 de la L.O.P.T., “la audiencia

³ La Sala de Casación Social mediante jurisprudencia reiterada y procurando tener un margen de flexibilidad tendiente a la justicia, ha logrado relativizar el carácter de obligatoriedad en la asistencia a esta audiencia, permitiendo la repetición de la misma, sólo en los casos cuando la ausencia de una de las partes se de por motivo probado de fuerza mayor no imputable a la responsabilidad de las partes. Consideramos que flexibilizar aún mas ésta excepción al mandato que la Ley plantea, sería poner en riesgo uno de los valores agregados mas valiosos que ha tenido la L.O.P.T., de allí la importancia de una interpretación restrictiva a éste artículo.

preliminar será en forma oral, privada y presidida personalmente por el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución, con la asistencia obligatoria de las partes o sus apoderados. (...)”. Es preciso destacar, que la L.O.P.T., ha logrado gracias a ésta figura uno de sus mayores triunfos. De las causas ingresadas a nivel nacional durante los años de aplicación de esta Ley, los promedios de mediación y conciliación se encuentran de manera constante por encima del 80% de conciliación. En otras palabras, ha existido una reducción sistemática de la conflictividad procesal ya que menos de un 20% de las causas ingresadas es remitido a juicio. He aquí otra de las claves para la consecución del éxito rotundo que ha significado esa Ley: el carácter del Juez mediador, conjugado con la obligación de asistencia a la audiencia so pena de tener como consecuencia la “admisión de los hechos”, en caso del demandado, (obtener efectos similares a la confesión ficta) o el desistimiento de la acción, para el caso del demandante; ha sido la mezcla perfecta que funciona para un país como Venezuela y la obra de ingeniería jurídica más brillante que se haya observado en un texto de norma adjetiva en nuestro país.

De acuerdo al enfoque que de nuestra realidad social tenía el legislador al realizar este artículo, la obligatoriedad a la asistencia de esa audiencia fue considerado por los redactores como un elemento angular del proceso, que podría decidir entre la posibilidad de fracaso de la audiencia conciliadora o el triunfo de la misma. Estamos absolutamente convencidos, que de haber el legislador decidido hacer de la asistencia a esa audiencia una facultad en lugar de una obligación de las partes, los resultados de dicha audiencia de conciliación no serían los mismos.

Sistemas procesales civiles entre otros como el Alemán plantean en el ZPO (*Zivilprozessordnung*), la posibilidad de la doble audiencia, pero con una audiencia conciliadora “facultativa”, por ello se puede deducir que su porcentaje de aproximadamente un 30% de conciliación se deba en gran medida a que la asistencia dicha audiencia tenga carácter facultativo. La gran mayoría de los involucrados en juicios prefieren ir directamente a la audiencia de litigio, y consideran la oportunidad de conciliación solo una etapa procesal que debe dejarse transcurrir previo a la entrada del juicio principal, quienes asisten a la etapa conciliadora son partes que lo hacen en razón de su consciencia preventiva de conflicto.

El término “preventivo” que plantea la Ley para las causas a ser mediadas, es equivalente al tratamiento médico preventivo de enfermedades y controles menores de los pacientes. Países cuyo sistema de salud funciona efectivamente, tienen una red amplia de médicos dispuestos a tratar los cuidados médicos más básicos

de manera preventiva, sirviendo de filtros y remitiendo, en caso de ser necesario, a otros médicos especialistas si el cuadro médico del paciente lo ameritase. De la misma forma actúa el Juez mediador, quien debe agotar todos los recursos posibles y ser proactivo para hacerles ver a las partes las ventajas de llegar a acuerdos. Esta función del Juez solo puede ser realizada si las partes asisten a la audiencia, si en nuestro país las partes tuvieran un derecho a “presencia facultativa” en la audiencia de mediación, estamos convencidos que las altas cifras de mediación que de la cual puede presumir la jurisdicción laboral no pudiesen ser logradas.

Justo en este punto, es válido hacer una reflexión relacionada con nuestra carrera de abogado y con el hecho de que implica tener que romper intentar romper o revisar superestructuras de nuestra forma de pensar, por motivo de cambios de normativa de forma radical y que salen de los esquemas “normales”. Esto es válido así mismo para juristas de cualquier partes del mundo, quienes somos personas con una menor tendencia que profesionales de otras profesiones, a intentar romper algunos de paradigmas o pensar fuera de los límites preestablecidos (el famoso término inglés: “Thinking out of the box”). Los abogados somos formados en universidades o institutos universitarios entre otros aspectos, para conocer nuestros derechos, ejemplo de ello es el conocimiento de los derechos sustantivos y los métodos de interpretación de las leyes. Luego, a medida que nuestra carrera estudiantil avanza, nos tomamos la tarea de conocer el derecho adjetivo, es decir, las herramientas para defender a nuestros apoderados ante un conflicto de intereses. El abogado aprende a atacar (la demanda es uno de los medios típicos de ataque) y a defenderse. Se nos enseña (sobre todo el abogado en ejercicio libre de la profesión) a vivir de interpretar la ley para el conflicto. La estructura de la gran mayoría de los pénsum de estudios de muchas universidades a lo largo y ancho del mundo están estructurados en base al litigio. No se nos forma para evitar el conflicto. De allí que no debemos sorprendernos que una reforma de éste tipo encuentre mucha resistencia en sectores del foro, que no desean hacer un esfuerzo para adaptarse a una realidad distinta y a un enfoque diferente de la justicia. Aceptar la mediación y sus ventajas ha significado para algunos abogados un proceso interno de revisión en su formación.

Sin embargo, también es cierto que existe un gran interés de algunas facultades de derecho, estudiantes y abogados en mantenerse actualizados, y en tal sentido han ido adaptándose a la nueva realidad, incorporando a sus estudios la preparación en las técnicas de conciliación, mediación, el arbitraje y en general cualquier otro medio alterno para la resolución de conflictos.

Conjuntamente con el elemento de presencia de las partes en la audiencia conciliatoria, es valido mencionar que la libertad de acción del Juez mediador, la capacidad de emitir opinión y de sustentar las misma en base a la jurisprudencia o doctrina, es otro de los elementos fundamentales en esta audiencia que hace sentir a las partes mas vinculadas a la audiencia y al Juez mediador. Todo este intercambio de opiniones y aspiraciones entre las partes y el Juez, hace que el sistema de justicia obtenga un rostro humano, haciendo más efectivo y al mismo tiempo, más nutriente e interactiva la audiencia preliminar. El acuerdo, que es producto de la discusión oral e inmediata, es de manera directa una sentencia que las mismas partes se otorgan, quedando dirimido el conflicto al Juez mediador, homologar el contenido del acuerdo. Si por el contrario el Juez mediador no logra guiar a las partes a favor de un acuerdo judicial e insisten alguna de ellas en recurrir al camino del proceso, entonces prevé la L.O.P.T. una eventual audiencia ordinaria de juicio con elementos y principios típicos de esa instancia, durante un proceso.

b) La segunda parte del artículo 3 de la L.O.P.T., se refiere a la forma de incorporar las pruebas al proceso y de la admisión de formas escritas en el mismo. La L.O.P.T., adopta de ésta manera la tendencia universal para los procesos orales, es decir, la coexistencia de un proceso fundamentalmente oral pero con una presencia mínima y necesaria de formas escritas.

Si existe un texto constitucional y uno legal que instan a la cristalización de un proceso oral y breve, mal podría la presencia de elementos escritos contraindicar este mandato constitucional. Es por eso que debe entenderse la presencia de los elementos escritos en el procedimiento oral, como accesorios en relación al espíritu de la norma. Tanto es así, que al momento de la audiencia de juicio, el Juez debe pronunciar su sentencia en forma oral y cinco días hábiles después hará la publicación de la misma por escrito.⁴

La L.O.P.T., logró de esa manera la unidad y concentración del proceso pero además la supremacía de la oralidad sobre la escritura. Esa supremacía tiene como principal consecuencia que la brevedad del proceso se mantenga, que el proceso no se desvirtúe por la inclusión de elementos escritos interminables o de sentencias escritas que aspiren ser monografías o trabajos de especialización. Debe el legislador

⁴ Art. 165 de Ley Orgánica Procesal del Trabajo: "(...) Concluido dicho lapso, el Juez Superior del Trabajo deberá pronunciar su fallo en forma oral, debiendo reproducir en todo caso, de manera sucinta y breve la sentencia, dentro de los cinco (5) días hábiles, siguientes, sin formalismos innecesarios dejando expresa constancia de su publicación.()

siempre tener en cuenta que en la audiencia tienen que concentrarse y coincidir: tanto la persona del Juez como director del debate y productor de sentencia; así como la comparecencia de las partes y de las pruebas que ellos evacúan, sin mayores impedimentos, retrasos o incidencias, para que **juntos** puedan éstos tres integrantes brindar un **debate** mediante el cual, pueda el Juez ganar de manera personal y directa un convencimiento personal sobre el tema decidendum, que en consecuencia le permita dictar una sentencia inmediata. Esto es el deber ser y una interpretación sobre el principio de concentración de acuerdo a la doctrina más actualizada.

Ese error, de incluir elementos escritos que de alguna forma tenga más protagonismo que la oralidad o la falta de algunos de los elementos de inmediates en la audiencia de juicio y en el proceso de convicción del Juez, ya ha sido cometido en diversas jurisdicciones en nuestro país. En esos procesos, han intentado utilizar la oralidad, pero al no otorgarle un carácter de supremacía sobre la escritura, terminan convirtiéndose en procesos orales que son tan lentos como los procesos escritos. Cada vez que coexisten la oralidad con la escritura, donde la escritura recibe mayor preponderancia, es la escritura la que termina contaminando al proceso oral. Prueba de ello son los casos que describimos a continuación: el caso de la *ley procesal penal venezolana*, que permitió que en el proceso oral y durante el debate del juicio se pudiese “transcribir” las intervenciones de las partes durante la audiencia, para de esa manera otorgarle al Juez la posibilidad de tener un expediente en donde “*podiera recordar*” cada uno de los asuntos y argumentos ventilados en la causa.

En atención a lo anterior, se convirtió el proceso penal en una justicia dictada, en un proceso que formalmente es oral, pero que en su forma sigue siendo una prolongación de las viejas formas del proceso escrito, sin dejar de mencionar las violaciones que de esa manera se cometen al principio de inmediates y de valoración de la prueba. También es el caso del procedimiento de *recursos como el contencioso agrario* (fundamentado en la Ley de Tierras), en donde se plantea una audiencia oral pero como requisito de cumplimiento meramente formal. La realidad es que al momento de esa “audiencia” las partes consignan un informe de descargos y la ley le otorga al Juez un lapso para sentenciar en base a los escritos consignados, es decir, una audiencia oral en la cual no existe debate, donde se repiten de manera casi automática los argumentos expresados en el escrito de descargo y en la cual se podría perfectamente realizar sin la presencia de los jueces.

Otra realidad que hemos observado en nuestro país, que pone en riesgo la sincera aplicación de la oralidad como alternativa de un proceso más humano y expedito que el escrito, es la modalidad de *remitir* a las leyes que pretenden ser procesos

orales y breves a los procesos del *proceso civil común* escrito. Esto desvirtualiza al igual que los ejemplos anteriores al proceso oral y tarde o temprano, lo relega a ser un apéndice del proceso civil común escrito. Es lamentable que tal fenómeno es observado no solo en nuestro país (en algunas jurisdicciones que pretenden imitar a la L.O.P.T.) sino también en varios países extranjeros. El entorno procesalista latinoamericano es especialmente propenso a identificar a la oralidad, como una tendencia *en Vogue* digna de seguir, sobre todo para “justificar” en foros internacionales que alguna jurisdicción en un país determinado “cumple” con esta condición para ser incorporado en el “tren de la modernidad” y de esa manera percibir determinados beneficios o “demostrar” logros formales. Si bien es cierto que cada país es soberano y en consecuencia sus autoridades en tal sentido poseen también autonomía absoluta en sus funciones, no menos cierto es que una reforma procesal debe ser un proceso sincero y abierto de reforma, no debe ser una estrategia para cumplir con exigencias formales o agendas políticas impuestas.

En base a la anterior información planteada, podemos afirmar que: la oralidad en un procedimiento no debe ser supeditada a la presencia de algunas formas escritas que atenten contra la esencia expedita del debate oral. El procedimiento oral debe conceptualmente ser un resultado del debate oral, público y de la valoración inmediata de las pruebas, un proceso que procure que el Juez reúna de manera directa los elementos de convicción, que él considere suficientes para tomar una decisión en forma de sentencia, he allí otra de las claves para que una ley procesal logre su objetivo.

2.2.2. Relación entre los principios procesales en la L.O.P.T.

Como ha sido enunciado en torno a la L.O.P.T., se relacionan y armonizan una variedad de principios que tienen su raíz y tronco común en el derecho procesal civil y que son aplicados en el proceso laboral de manera análoga. Entre ellos podemos mencionar, el principio de la *libre convicción de la prueba por el juzgador*⁵, el cual profundiza la tendencia ya establecida en el art. 70 de la derogada Ley Orgánica de Tribunales y Procedimiento del Trabajo y los artículos 401 y 514 del Código de Procedimientos Civil, *el principio de uniformidad procesal*⁶, *principio de gratuidad de la justicia laboral*⁷, *principio*

⁵ Art. 71 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo

⁶ Art.257de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

⁷ Art.2 y 8 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. El artículo 8 establece: “La justicia laboral será gratuita; en consecuencia, los Tribunales del Trabajo no podrán establecer tasas, aranceles, ni exigir pago alguno por sus servicios. Los registradores y notarios públicos no podrán cobrar tasas, aranceles, ni exigir pago alguno en los casos de otorgamiento de poderes y registro de demandas laborales.”

*de autonomía y especialidad de la jurisdicción laboral*⁸, *principio de contrato de trabajo contrato realidad*⁹ y *el principio de concentración*.¹⁰

Así mismo, nos gustaría resaltar parte de las relaciones existentes entre algunos de los principios en el procedimiento oral, y que la L.O.P.T., integra en el marco de la concepción que hace la propia ley. El estudio a las relaciones que dinámicamente se presentan entre los principios de publicidad, concentración, oralidad e inmediatez es uno de los fenómenos más enriquecedores en un proceso esencialmente oral y digno de un enfoque más cercano.

En el artículo 4 de la L.O.P.T. se establece: “Los actos del proceso serán públicos, salvo que expresamente la Ley disponga lo contrario o el Tribunal así lo decida, por razones de seguridad, de moral o protección a la personalidad de alguna de las partes.” En este sentido se apega la L.O.P.T., a la doctrina y enfoque más moderno de la publicidad procesal. La publicidad y el concepto de “proceso público” ha sido desde hace mucho tiempo restringido. En países que aplican oralidad, se estudia ésta última desde un punto de vista multidisciplinario. La sociología, el derecho y sus especialidades (por ejemplo: penal, niños y adolescentes, etc.), la comunicación, la criminología, y otras disciplinas, han participado en el enfoque en el cual debe entenderse la publicidad dentro del proceso.

En primer lugar muchos países europeos recogen en sus legislaciones la visión de que la publicidad es una garantía procesal en razón de apuntar hacia un “Fair Trial”¹¹ o proceso justo, y en este sentido, también se manifiestan algunas legislaciones supranacionales como lo es la Convención Europea para los Derechos Humanos. La intención es que el proceso se convierta en un fin en si mismo y que éste no sea utilizado para fines ulteriores o distintos para los cuales ha sido creado. Muy en el pasado quedó (al menos en algunos países europeos), la concepción de los procesos transmitidos a través de los medios de comunicación o mejor conocidos como los “procesos televisados” o aquellos realizados en estadios o gimnasios deportivos, con la intención de que la masa popular asistiera a ellos. En esa dirección no debe entenderse la publicidad. El proceso debe en esencia, procurar mantener

⁸ Disposición Transitoria 4ª de la Constitución de la República Bolivariana Venezuela.

⁹ Art. 89 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

¹⁰ Art.152 al 159 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

¹¹ Art. 6 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales: “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial,...”

las relaciones de equilibrio y tender a alcanzar la justicia de una manera limpia y transparente. Convertir el proceso en algo similar a lo sucedido en los procedimientos de Nürnberg, e intentar impartir a la sociedad una especie de “lección” o de “enseñanza”, es desvirtuar el procedimiento en su esencia y convertirlo en un objeto para el cumplimiento de otro fin. El equivalente a ese tipo de procesos se observa en la actualidad en aquellos juicios que son transmitidos por TV y en vivo, a un conglomerado indeterminado de personas, es lamentable que tal realidad se mantenga aún en muchos países. De allí que consideramos acertada la solución de la L.O.P.T., en restringir la publicidad en tanto y cuanto: “razones de seguridad, de moral o protección de la personalidad de alguna de las partes”.

Tuve la fortuna de realizar estudios de especialización y doctorado en la República Federal Alemana y parte esencial del tema de investigación era justamente las relaciones de la publicidad, la inmediatez y la oralidad en el proceso penal de ese país. De esa experiencia pudimos recabar información muy valiosa en relación a éstos conceptos, una de nuestras mayores sorpresas en el transcurso de la investigación fue poder confirmar: que las leyes procesales penales (Strafprozessordnung ó StPO)¹² en Alemania son extremadamente cuidadosas con el concepto de la publicidad del proceso, de hecho han creado restricciones de muy variados tipos que al final resulta muy difícil tener casos donde transcurra el proceso penal de “*forma pura*” o sin ningún tipo de variación en la publicidad. En efecto, existe proceso a puertas cerradas (en procedimiento penal) por tres tipos de razones: a) Por limitaciones de espacio b) Casos en donde es necesario tener limitaciones absolutas de la publicidad; y, c) Limitaciones a la publicidad de determinadas personas en un proceso en específico.¹³ Algunos de los casos en donde se da un cierre de la publicidad son: donde se requiera la protección de la moral de alguna de las partes, procesos en donde este involucrada la delincuencia organizada, procesos de terrorismo, casos en donde el público asistente a la sala de juicio colme la capacidad máxima de la misma.

De acuerdo a lo anterior, se ha creado en la doctrina de ese país con la influencia positiva de sociólogos alemanes como Jürgen Habermass el concepto de: “*Raíz dura de la Publicidad*”; según la cual, se sostiene que el proceso en su esencia es público en si mismo. Para tales pensadores del derecho, un proceso: debe contar con la presencia del representantes de la autoridad del Estado: (El Juez), personal administrativo y/o alguacil, las partes como protagonistas y portadores de los interés contrapuestos y

¹² Artículos §169 y subsiguientes del GVG (Gerichtsverfassungsgesetz) o Ley de Constitución de Tribunales

¹³ ROXIN, Claus. Strafverfahrensrecht. Página 383. 25. Edición. Verlag C.H. Beck.

que las mismas, procuren llevar el debate procesal en el cumplimiento de las normas para ello dispuestas. Por último y sobre todo para casos donde se involucren los intereses de la República, debe contarse con la presencia de la Fiscalía de la República, cuyo rol puede ser asimilado con el de una de las partes, pero es también un garante del cumplimiento de las leyes. En consecuencia, cada vez que exista un proceso “unter Ausschluss der Öffentlichkeit” (bajo el cierre de la publicidad o a puerta cerrada) contará dicho proceso con la estructura básica y mínima de proceso que garantice el derecho humano al “*Fair Trial*”. La concepción de la publicidad no debe estar relacionada con el control que puede ejercer un conglomerado sobre la forma como se desarrolla un proceso, ni con la cantidad de gente que puedan observar el mismo, bien sea en persona en la sala de juicio como por otro medio, la publicidad es un concepto que apunta más a la transparencia y respeto de todos los conceptos procesales que “*garanticen un juicio justo*”.

A esa misma concepción del “*la Raíz dura*” se afianza nuestra L.O.P.T., al fomentar la audiencia preliminar con la presencia del Juez y las partes, y darle validez de sentencia homologada a los acuerdos que en esta instancia se acuerdan. Si la publicidad es uno de los principios fundamentales del proceso mal pudiera entenderse una sentencia como válida de una etapa procesal, que viole a uno de los principales principios del proceso. Por tanto, soy de la opinión, aún cuando no compartida por algunos colegas en mi país, que la publicidad como concepto procesal no tienen nada que ver con el concepto de *Público* inmerso en nuestra formación jurídica (sobre toda la formación hacia el proceso escrito), y que implica la “*quasi presencia o acceso de un conglomerado indeterminado a la información y observación sobre lo que suceda en una determinada causa*”.

Otra arista de la publicidad, pero esta vez en relación con la inmediatez, es la influencia que tiene un juicio de alto interés nacional o “público” en la forma en que el Juez puede valorar la prueba. La publicidad procesal debe ser restringida cuando la percepción del Juez puede estar afectada por la influencia externa de factores que manipulen información relativa al juicio. No podemos obviar el hecho de que las partes y el Juez, son antes que nada “Ciudadanos” y como tales, humanos que viven en un entorno social, que tienen fortalezas, gustos, debilidades y parcialidades de diversa índole. Si además de eso le sumamos un entorno público, que siga con presión social y mediática el resultado de un determinado proceso, la consecuencia puede ser que éste sufra “presiones externas” innecesarias e improductivas en relación al concepto del “Juicio Justo”. En tal sentido, lo ideal es que en este tipo de casos se procure al cerrar la publicidad “*evitar presiones externas adicionales*”. Sin embargo, en lo avanzado de la sociedad mediática de hoy en día, muchos seres humanos tienen acceso a una gran

información en su mayoría de carácter gratuito, por lo que es casi difícil creer, que los involucrados en juicios de este tipo, no vayan a ser permeables a las influencias del entorno. No obstante, el Derecho pudiera reaccionar (y sería mi recomendación en casos escandalosos o de mucho interés público) con el cierre de la publicidad de manera de no someter a los involucrados a presiones adicionales a las ya existentes.

Igualmente es interesante la relación entre la oralidad, la inmediatez y la concentración del proceso. Durante el desarrollo del proceso y en pro de la búsqueda de la “*verdad material*” por parte del Juez durante el debate que debe darse durante el juicio. La doctrina alemana que se ocupa de la inmediatez ha llegado a conclusiones sobre las cuales existe acuerdo unánime:

a) La convicción del Juez al momento de toma de su decisión, debe provenir de la percepción ganada durante el juicio de manera directa e inmediata, sobre todos los medios de prueba. A esto se le denomina *Inmediatez inmediata*.

b) La labor del Juez al categorizar y valorar esas pruebas es uno de los elementos esenciales que condicionan el contenido final de la sentencia (Valoración de la prueba). De allí que: el Juez deba rechazar todos aquellos elementos de prueba cuya apreciación en juicio, no provengan de una valoración directa e inmediata de la prueba o mejor dicho, el Juez debe rechazar aquellas pruebas que provengan de una “inmediatez mediata”.

De la misma manera, la inmediatez y la oralidad se relacionan de manera *directa* con el principio de concentración. Esta relación la consideramos fundamental en las audiencias, sobre todo porque durante la audiencia la impresión recabada y recibida por el Juez, debe ser lo mas cercana posible y breve en el tiempo en el cual se dan en las audiencias preliminares o de juicio. El juicio de valor del Juez y la calidad del mismo, estará condicionado a *lo fresco* que tenga en su memoria el debate de juicio. La concentración procesal debe ir dirigida en esa dirección. La intención de la concentración a favor de la inmediatez, debe ser, la de agotar, apreciar y valorar, la evacuación de todas las pruebas y de todos los argumentos de las partes en el menor tiempo posible. Para los juicios en donde debe evacuarse grandes cantidades de material probatorio, bien sea en razón de informes contables o en base a pruebas cuya evacuación debe hacerse completamente ante el tribunal, como lo son, los casos de las pruebas de experticias. Consideramos que en ellos debería existir una limitación, al principio de la oralidad a favor de la celeridad procesal y la brevedad del procedimiento, ya que existen muchos países en donde esa evacuación debe ser “leída” ante el tribunal, implicando horas

improductivas para cumplir con el requisito legal. Para evacuar pruebas de este tipo, es preferible que el perito exponga ante el Juez de *manera inmediata* su informe o dictamen y consigne original del mismo al Tribunal. La exposición que brinda al experto es en calidad de testigo (en razón de su experticia) y la misma debe evacuarse en forma oral y con la posibilidad a interrogatorio. De allí a que la limitación a la oralidad sea tan solo relativa, ya que el experto si va a declarar oralmente ante el tribunal, no va a tener la necesidad de *leer* todos los datos del informe, que le llevaron a tomar su decisión como experto. Igualmente el Juez tendrá la posibilidad (luego de la audiencia de juicio), al estudiar los informes de revisar los detalles de cada uno de ellos y tener una impresión directa del contenido de los mismos.

Otro caso de interesante análisis que relaciona a la inmediatez y a la publicidad dentro del entorno de la L.O.P.T., es la utilización de grabaciones. El artículo 162 de la L.O.P.T. plantea: “La audiencia deberá ser reproducida en forma audiovisual, debiendo, el Juez de Juicio, remitir, junto con el expediente y en sobre sellado, la cinta o medio electrónico de reproducción, para el conocimiento del Tribunal Superior del Trabajo o la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia. En casos excepcionales y ante la imposibilidad manifiesta de la reproducción audiovisual de la audiencia, ésta podrá realizarse sin estos medios, dejando el Juez constancia de esta circunstancia en la reproducción de la sentencia.” Se evidencia de la redacción del artículo que la grabación de la audiencia no esta destinada al Juez de primera instancia, ya que él debe ganar su convicción y opinión sobre el caso de lo que él percibió directa e inmediatamente de las partes durante el juicio. Tampoco es la intención del legislador de “grabar” la audiencia para poder reproducir la misma en forma escrita, y luego en base a eso anexar al expediente todas las declaraciones de testigos y de esa manera regresar a la pesada y lenta escritura. La intención real es por una parte, darle al expediente por medio de la grabación un valor agregado de **respaldo**, donde se pueda corroborar de que forma se manejó el debate durante toda la instrucción de la causa¹⁴, y en segundo lugar, la grabación del juicio es útil como medio de control de la actividad jurisdiccional en los Tribunales de Instancia. Similar a la finalidad de transparencia, que se desea alcanzar con el principio de publicidad, sucede con las grabaciones audiovisuales. El efecto que tiene ante las partes y los órganos del poder judicial, estar siendo grabados durante sus funciones es un elemento que en la experiencia de Venezuela ha aportado mucha mas transparencia a la actividad jurisdiccional y no viola ni contradice en ninguna forma los

¹⁴ Art. 166 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, establece también la obligación de grabar audiovisualmente la audiencia ante el Tribunal Superior.

principios o garantías procesales, por el contrario es una herramienta que ayuda a resguardarlos con mayor efectividad.

2.2.3. Otras novedades y particularidades de la L.O.P.T.

Como dijimos en la introducción, el presente trabajo tiene limitaciones desde el punto de vista de la complejidad del tema y del espacio disponible, es por ello que hemos nombrado anteriormente, algunos elementos fundamentales incluidos en la Ley que contribuyeron a lograr un avance transcendental. En este orden de ideas, pasaremos a señalar de manera sintetizada otros de esos avances, no menos importantes que los ya señalados, que coadyuvaron a hacer de la L.O.P.T. Lo importante es que la conjugación de todos los elemento miembros de un sistema, ha hecho de la Ley un ejemplo digno a seguir.

En primer lugar, consideramos como útil, práctico y una herramienta que ha ayudado en la praxis a la reducción en los tiempos procesales, la inclusión del **“Despacho Saneador”**¹⁵. Mediante esta figura puede el incluso oficiosamente, depurar al juicio laboral de vicios formales y el retardo injustificado del proceso y de esa manera también evitar reposiciones inútiles en el proceso laboral. En el proceso laboral anterior y en muchos procesos civiles tenemos retrasos significativos causados al aplicar directa o supletoriamente el Código de Procedimiento Civil generalmente motivados por la interposición de cuestiones previas o excepciones dilatorias y de inadmisibilidad. El especialista Henríquez La Roche señala “Esta norma prevé el primer despacho saneador del proceso por que se pretende curarlo de aquellos defectos formales que impiden u obstaculizan el ejercicio de la defensa de la contraparte, al no estar suficientemente especificados los supuestos de hecho que deben luego admitirse o negarse razonadamente. La falta de corrección oportuna de los defectos de forma observados por el Juez, produce la perención de instancia.”¹⁶ Resaltable en la opinión de éste reconocido autor venezolano, es que el lapso que la Ley exige para la corrección de los errores es de un máximo de dos días de despacho lo que permite celeridad en el proceso y no estimula la lentitud en el proceso sino mas bien la celeridad.

¹⁵ Art. 124 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo: “Si el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Trabajo, comprueba que el escrito libelar cumple con los requisitos exigidos (...). (...)En caso contrario, ordenará al solicitante, con apercibimiento de perención, que corrija el libelo de la demanda, dentro de los dos (2) días hábiles siguientes a la fecha de la notificación que a tal fin se le practique. (...).

¹⁶ Ricardo Henríquez La Roche, ob. Cit.,pp.316 y 317. Código de Procedimiento Civil, 5 tomos. El nuevo proceso.

En segundo lugar, debemos resaltar la moderna y práctica concepción de la **Notificación**, que se ha traducido en una radical reducción de costos para las partes, y un notable ahorro de tiempo en cuanto al lapso que transcurre desde que se introduce la demanda, al momento de la iniciación de la primera audiencia preliminar. En Venezuela antes de la vigencia de la L.O.P.T., se regulaba esta figura por medio de la *citación a la persona del demandado o citación personal* proveniente de la aplicación supletoria del Código de Procedimiento Civil en el procedimiento laboral. Esa normativa plantea (sigue estando vigente y rige por tanto los procesos comunes al civil), mas de doce formas de ser citado, y permitía la evasión a la citación o el retardo exagerado de la misma por parte de las partes involucradas, a tal punto de impedir el comienzo del juicio por meses e incluso mas de un año. La L.O.P.T., se separó de esa práctica y se acogió al sistema de la notificación, mediante el cual el llamado a juicio del demandado, se produce mediante su simple notificación, no logrando la citación de la persona demandada, sino notificando al demandado sin elemento personal, de una manera mas flexible, sencilla y rápida. Así vemos que la forma es bastante básica y el proceso es detallado en la ley¹⁷, esencialmente consiste en que será fijado un cartel a la puerta de la sede de la empresa, o en la secretaría de la misma o en la oficina receptora de correspondencia, con una copia para el empleador. El alguacil dejará constancia del cumplimiento de esa diligencia en el expediente y añadirá los datos de identificación relativos a la persona que recibió copia del cartel. Una vez hecho esto, al día siguiente de que el Secretario del Tribunal deje constancia en el expediente de que la actuación del alguacil fue cumplida cabalmente, comenzara a contarse el lapso de la comparecencia. Otra novedad en cuanto a la notificación es que puede hacerse por medios electrónicos, cibernéticos, digitales o telefónicos.

Además de las anteriores modalidades, la Ley actual incluye, la posibilidad de ser notificado por correo certificado y acuse de recibo y por intermedio de citación a través de Notario Público. La experiencia con tales modalidades de la notificación en Venezuela, ha sido que la misma puede realizarse en un promedio no mayor a un mes. Evidentemente existen excepciones en casos de particularidades muy especiales donde esta regla de promedio no se cumple, pero lo cierto es, que el salto diferencial entre el rendimiento de esta solución, comparado con la citación personal en el pasado (aun presente en otras jurisdicciones de nuestro país) es de grandes dimensiones en pro de la celeridad. Es importante señalar, y era de esperarse de los

¹⁷ Artículos 126, 127 y 128 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo

procesalistas puros, que esto fue uno de los puntos al que se le manifestara mayor resistencia, antes de ser sancionada como Ley.

En tercer lugar, debemos destacar como otra innovación que se tradujo en mayor efectividad y rapidez en el desarrollo del juicio fue la **no admisión de cuestiones previas**. El art 129 de la L.O.P.T. enuncia: “La audiencia preliminar será en forma oral (...). En la misma no se admitirá la oposición de cuestiones previas”. Tal y como ha sido descrito *supra*, el despacho saneador persigue acabar con todo vicio de forma o de admisibilidad que presente una demanda, si esa función se despliega de manera eficaz, gracias a la actividad jurisdiccional y al control que sobre dicha actividad ejercen las partes, entonces ¿Qué sentido tiene mantener esta incidencia en la audiencia preliminar o incluso en la audiencia de juicio? Es decir, la no admisión de cuestiones previas es una consecuencia directa de la existencia del despacho saneador. En esencia, es procurar con estas figuras que la L.O.P.T., sea un cuerpo normativo coherente con los principios que en ella misma se plantean. La naturaleza oral, concentrada, breve y sencilla del proceso oral es anacrónica con la existencia de excepciones dilatorias o de admisibilidad o defensas usadas en el procedimiento civil, en lo general con la intención de retrasar y obstaculizar el desenvolvimiento normal de un procedimiento.

En cuarto lugar: una decisión legal que se tradujo en una gran contribución a la celeridad procesal es darle la potestad a la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, de ejercer sobre las sentencias que deban ser por ella controlada, fue plantear en la Ley una **Casación Laboral Mestiza**, tal y como fue definida este tipo de casación por el autor Humberto Cuenca. Es decir, un sistema de casación mixto, donde la Sala puede optar por diversas posibilidades: por un lado por que decida la Sala de Casación remitirla a sustanciación con la orden de subsanar vicios; bien sea por que se detectan errores *in iudicando* y casa la sentencia recurrida sin reenvío o por que considera utilizar la herramienta de la casación de oficio. Todas estas posibilidades con base en los art. 175 L.O.P.T. “(...) infracciones de orden público y constitucionales que ella encontrare, aunque no se les haya denunciado.”

En quinto lugar: una institución creada en Venezuela mediante la L.O.P.T., denominada, el **Recurso de Control de la Legalidad**.¹⁸ Este se puede definir como: “un medio de impugnación que permite controlar la legalidad y justicia de las sentencias

¹⁸ Calificación utilizada por el procesalista Humberto Cuenca para lo que el consideraba una propuesta Casación ecléctica, que lograra mezclar algunas sistemas de casación utilizados en diversas partes del mundo.

emanadas de los Tribunales Superiores del Trabajo, que hayan violentado o amenacen con violentar el orden público laboral, para impedir que el fallo afectado por violación de Ley y de Justicia pueda alcanzar autoridad e inmutabilidad de cosa juzgada. (...)”¹⁹. En Venezuela no todas las sentencias son recurribles en casación en virtud de que existen diversos requisitos para poder ejercer dicho recurso. Uno de ellos, que resulta determinante para poder ejercer el recurso de casación es la cuantía. En relación a ello, se presentaba una realidad innegable: por un lado existía la necesidad, de poder controlar la actividad jurisdiccional de los tribunales superiores, en casos cuya cuantía no reunía el mínimo exigido por la Ley para llegar a Casación, es decir, puede darse casos en los cuales el tema decidendum sea de contenido jurídico relevante, a pesar de que su cuantía no sea muy elevada. Por otro lado, no era conveniente que un remanente importante de los juicios laborales manejados a nivel nacional por los tribunales superiores, quedara bajo la única responsabilidad de estos juzgados. Era por tanto, necesario tener también un control de dicha actividad. En tal sentido, con la creación del Recurso de Control de la Legalidad se “(...) puede revisar la correcta aplicación del derecho y la justicia y si encuentra que el fallo recurrido ha violado la Ley o el orden público laboral, puede anularlo y resolver sin reenvío el conflicto de intereses entre las partes”²⁰

Para finalizar este capítulo debemos decir que existen varias particularidades adicionales en la L.O.P.T., que se suman a las ya enunciadas, tales como la no admisión de pruebas en segunda instancia²¹ o la reducción de variados lapsos procesales, pero hemos preferido relatar las que consideramos que han tenido un impacto mayor en la estructura de la Ley, y que son determinantes en darle a la aplicación de la misma una nueva dimensión.

3. Proceso de implementación

Tal y como se enunció al comienzo de este trabajo, el éxito de la creación, implementación y control de la L.O.P.T., en Venezuela se debió a la combinación de factores casi mágicos que facilitaron el resultado obtenido. En esa conspiración de factores evidentemente se tomaron decisiones sabias que instrumentaron en la realidad lo que hasta ese momento era solo una concepción abstracta. Como siempre

¹⁹ Mora Díaz, Omar Alfredo. Pág.662. Derecho Procesal del Trabajo. Primera Edición

²⁰ Mora Díaz, Omar Alfredo. Pág.662. Derecho Procesal del Trabajo. Primera Edición

²¹ Art. 164 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo

para poder llevar una idea a la práctica es mas complejo de lo que parece y en el ámbito judicial (de cualquier país) mucho más difícil. Por algunos factores somos los juristas personas que contamos con muchos prejuicios y sobre todo mucha información que no favorece los cambios. Por ello era necesario convencer no solo al conglomerado de abogados del foro, sobre la implementación de la Ley sino convencer y formar a los abogados y jueces que de un día para otro deberían empezar a ejercer funciones en un proceso hasta entonces para ellos desconocido.

En Venezuela los órganos de justicia, en especial el Tribunal Supremo de Justicia, le corresponde: “(...) la dirección, el gobierno y la administración del poder judicial, la inspección y vigilancia de los tribunales de la República y de las defensorías públicas. Igualmente, le corresponde la elaboración y ejecución de su propio presupuesto y del presupuesto del poder judicial. (...)

(...) Para el ejercicio de estas atribuciones, el Tribunal Supremo en pleno creará una Dirección Ejecutiva de la Magistratura, con sus oficinas regionales.”

Como se desprende del texto de la Carta Magna venezolana, el Poder Judicial debe dirigir y gerenciar el aspecto administrativo de todos los tribunales de la República así como de su inspección y vigilancia.

Lamentablemente no existe aún nuestro país un curso en las universidades públicas ni privadas, ni algún estudio de post-grado, tendiente a darle herramientas a los abogados que tengan vocación, credenciales y capacidad para ser calificados como servidor público en el sistema de justicia, para que puedan enfrentar como jueces las funciones de dirección administrativas que en ellos recaen. Países como por ejemplo Argentina: tienen escuelas de formación judicial, posteriores al estudio universitario que preparan al futuro juez para sus funciones, tanto jurisdiccionales como administrativas, siendo requisito sine qua non para poder entrar en la carrera judicial.

En ese mismo sentido, en Venezuela es mayor el reto del Juez que debe preocuparse de su función jurisdiccional, pero además tiene en algunas ocasiones funciones administrativas que se suman a la complejidad de sus actividades jurisdiccionales. Sobre todo en los cargos de Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia (son treinta y dos –32–), recae sobre ellos, la responsabilidad de decidir en temas importantes de la gestión judicial tales como: presupuesto del poder judicial, personal administrativo y sus salarios, infraestructura física, implementación y dotación de los tribunales del país, etc., etc., etc.

Igualmente es justo mencionar, que en cumpliendo del mandato constitucional, existe en Venezuela una Dirección Ejecutiva de la Magistratura (en lo sucesivo D.E.M.), quien maneja la mayoría de los problemas administrativos (y por ello es una superestructura con más de cuarenta mil —40.000— empleados) y sus filiales regionales denominadas D.A.R (Dirección de Administración Regional) suscritas jerárquicamente a la D.E.M., no menos cierto es que la D.E.M y su director deben orientarse hacia las directrices que le otorgan desde la máxima autoridad del Tribunal Supremo de Justicia, que es la Sala Plena de ese máximo tribunal, compuesta por Magistrados de diversas salas.

Hecha esta acotación, debemos mencionar que al momento de implementar esta novedosa legislación, la Sala de Casación Social tomó el protagonismo y liderazgo para poder instrumentar los cambios necesarios que: a) modernizaran, rediseñaran o construyeran la planta física de las nuevas sedes judiciales, b) dotaran a dichas sedes de la tecnología necesaria para que el personal desarrollara sus funciones y fuese capaz de prestar el servicio, c) prepararan, formaran ó actualizaran a los usuarios, el personal y los abogados que en dichas sedes desarrollaría su trabajo. En conclusión, llevar el modelo, que de manera abstracta establecía la L.O.P.T., de la teoría a la realidad.

Durante todo ese camino, se logró trabajar de manera muy cercana con la D.E.M., en pro de lograr todas las metas dentro del tiempo que para ello establecía la Ley. No obstante, la Sala Social se reservó muchas de las decisiones estratégicas sobre como implementar algunos de estos planes. Por ejemplo: el tema de formación y evaluación de jueces, fueron los propios Magistrados Omar Mora Díaz y José Rafael Perdomo (ambos profesores universitarios de la Universidad Central de Venezuela) quienes se reservaron el diseño de los programas y la evaluación de los futuros jueces. La participación de la D.E.M., en esa parte del proceso no fue tan protagónica como la de la propia Sala de Casación Social.

En primer lugar la C.R.V., establece en su artículo 269: “La ley regulará la organización de circuitos judiciales, así como la creación y competencias de tribunales y cortes regionales a fin de promover la descentralización administrativa y jurisdiccional del poder judicial.”

De la misma forma tipifica el artículo 15 de la L.O.P.T: “Los Tribunales del Trabajo se organizarán, en cada circuito judicial, en dos instancias:

Una primera instancia integrada por los Tribunales de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Trabajo, y los Tribunales de Juicio del Trabajo.

Una segunda instancia integrada por los Tribunales Superiores del Trabajo. Su organización, composición funcionamiento se regirá por las disposiciones establecidas en esta Ley y en las leyes respectivas.”

Los anteriores artículos citados eran fundamentalmente teoría, ahora bien, nos preguntamos: ¿Cómo transformar tal información en una obra?, ¿Qué es un circuito judicial?, ¿Cuántos tribunales especializados habían en el país?, ¿Cuántos Tribunales Laborales debían crearse en el país?, ¿Cómo debe transformar y preparar al personal, a los abogados litigantes y al público en general para un cambio de esta magnitud?. Tales preguntas fueron formuladas por los involucrados en la toma de decisiones al momento de enfrentar este reto. Las respuestas conseguidas a algunas de ellas, permitieron diseñar el camino a recorrer.

En el proceso escrito, el tribunal se organizaba en torno a la figura del señor Juez. Dicho funcionario, tenía el privilegio de poseer un tribunal con una infraestructura física (oficina o despacho) además de empleados, archivo propio, secretario o secretaria, asistentes –conocidos también como escribientes– y alguacil. Igualmente, dicha oficina donde se ubicaba un tribunal, debía contar también con la dotación necesaria para cada uno de los miembros que allí desarrollaban su trabajo. ¿Le suena a Usted lector esta realidad familiar?. Adicionalmente, por ser tribunales unipersonales, el tribunal giraba literalmente en torno a la figura del Juez, no solo desde el punto de vista de la concepción del espacio físico donde podía ejercer sus funciones, sino que el trabajo del tribunal se hacía dependiente de la persona del Juez. Es decir, si el Juez se enfermaba, no se “daba despacho”, si el Juez no llegaba a la hora, se suspendían algunos de los actos de sustanciación. El sistema escrito facilita que sucedan tales situaciones, hablamos de una infraestructura que en lugar de ser funcional, por el contrario es improductiva, hablamos de una infraestructura anacrónica. Si a estos argumentos le sumamos, el factor de costos, tanto de personal como de dotación, es fácil lograr imaginar lo oneroso que era para el Estado, mantener ese tipo de estructura.

A la dantesca situación anterior hay que sumarle, el hecho de que en Venezuela existían hasta la entrada en vigencia de L.O.P.T. solo veintisiete (27) tribunales especializados laborales, llamados para aquel entonces, “Tribunales del Trabajo y de Estabilidad Laboral” y setenta tribunales (70) con competencia múltiples, que también debían de responder a los casos laborales. Ahora bien, debido a que estos tribunales

recibían muchos más expedientes en relación a las sentencias que podían publicar, se podía evidenciar que los mismos se encontraban saturados de expedientes y en tal sentido la poca capacidad de respuesta que podían brindar causó se dichos tribunales se convirtieran en un depósito de causas. De esa manera se engendró el grave problema del retraso judicial. En efecto, el promedio de duración de una causa era de aproximadamente de doce (12) años desde el momento de introducir la demanda a la sentencia definitiva por el tribunal de casación. El sistema de justicia estaba casi de manos atadas, ante la baja y lenta productividad de los tribunales estructurados de esa manera; sin dejar de mencionar, las infinitas perversiones que detrás de esa realidad se pueden esconder. El flagelo de la corrupción, tenía el perfecto caldo de cultivo para poder manifestarse de diversas e infinitas formas.

El **circuito judicial** es en su esencia: un cambio radicalmente opuesto en la concepción de la forma de trabajar de un tribunal, si se compara con la estructura tradicional de un juzgado derivado del proceso escrito. Es la cristalización arquitectónica en la realidad de un espacio o sede, donde se pueda desarrollar la actividad jurisdiccional, en forma de una unidad administrativa y además, donde se transforma la visión y relación clásica del Juez y su Tribunal. En el circuito, el Tribunal (me refiero a las unidades administrativas del mismo) pertenecen a varios jueces. En el caso del Circuito Judicial del Trabajo, su horario de despacho es de lunes a viernes de 8:30 a.m. a 4:30 p.m., independientemente de que ocurra, la o las faltas temporales o definitivas de cualquier Juez o funcionario del circuito no afecta las actividades del circuito ni del resto del personal. Las zonas administrativas del Tribunal pasan a ser comunes, es decir, pertenecen al circuito y no a un Juez y se ubican físicamente en espacios modulares y funcionales adecuados al tipo de función que cada uno de ellos debe prestar; el archivo, los abogados asistentes o secretarios, servicio de audiovisual, servicio de consignaciones, servicio de recepción de documentos, servicios de auto-consulta, servicio de alguaciles y servicio de seguridad, tienen dentro del diseño conceptual del diseño un espacio programado donde prestar su servicio y ejercer sus funciones de manera digna. Cada uno de éstos son organizados en pools o unidades, que están destinadas a trabajar para diversos jueces y simultáneamente atender al público usuario. Hay que señalar que en el pasado se utilizaban aproximadamente, entre ochenta (80) a ciento cincuenta (150) metros cuadrados de planta física por cada tribunal, por el contrario en la organización del circuito, cada Juez cuenta con aproximadamente un máximo de diez metros cuadrados lo que se traduce en que, en un menor espacio, se logra incluir mayor número de juzgados.

Gracias a este diseño arquitectónico, que concibió la D.E.M., los espacios del circuito laboral fueron transformados para:

En primer lugar, hacer de las zonas de atención al público, espacios similares a sucursales bancarias, donde el usuario acude a una “Taquilla” y en lugar de hacer una transacción bancaria, realiza la introducción de algún documento relacionado con una causa, o en el caso de necesitar un expediente se dirige a solicitarlo al archivo común de todos los tribunales. Tales zonas de atención, son visibles al usuario, además de que le permite moverse libremente y consultar lo que necesite en determinado momento en relación a una causa de su interés. Es decir, se asumió la concepción de “Justicia como Servicio”.

En segundo lugar, el diseño arquitectónico logró diferenciar exitosamente las dos categorías o tipos de tribunales: por una parte, los Tribunales de Sustanciación, Mediación y Ejecución (en lo sucesivo S.M.E.) donde se realiza la audiencia preliminar y por otra, los tribunales de juicio bien sea de primera instancia o superior.

Los Tribunales de S.M.E. necesitan espacios donde puedan recibir a las partes, para allí poder desplegar la actividad mediadora y conciliadora, por tanto, el despacho de ese tipo de jueces debe estar construido para recibirlos en un plano igualitario y de integración entre las partes y el juez. En las oficinas para estos espacios, adicionales al escritorio del Juez, se coloca una mesa redonda y una biblioteca. El Juez de S.M.E. en señal de integración, mediación e igualdad, se sienta en dicha mesa redonda y procura la conciliación.

Por otro parte, el Juez de juicio, bien sea de primera instancia o superior, no necesita ver o encontrarse con las partes, salvo en la Audiencia de Juicio. El espacio para dicha audiencia es la “Sala de Juicios” que es el ambiente natural donde el Juez despliega su actividad jurisdiccional. Por tanto, el diseño le otorgo a este tipo de jueces además de la posibilidad de uso de la “Sala de Juicios”, una oficina sencilla con escritorio y biblioteca (el plan inicial contempla un espacio de seis (6) metros cuadrados), y a donde *el público no tiene acceso*. Las “Salas de Audiencia de Juicio” pueden ser utilizarlas de manera común, en donde ellos desplegaran sus actividades jurisdiccionales, de acuerdo a un estricto cronograma de audiencias. Esta última, debe ser el único momento en que el Juez de juicio puede ver a las partes, lo cual facilita tener un proceso mas transparente.

En tercer lugar, se encuentran el resto de servicios comunes, es decir, aquellos espacios donde el personal administrativo desempeñan sus funciones de órganos

funcionamiento del circuito y entre cuyas responsabilidades se encuentran: ayudar al Juez a instruir el expediente, acompañan a los jueces en los actos, enumeran los expedientes, realizar las notificaciones, realizar las grabaciones audiovisuales, etc. Ese personal de acuerdo al diseño arquitectónico, posee espacios de oficinas comunes, sin contacto directo con el público, lo cual se traduce en mayor transparencia y a ello se agrega que, dicho personal tiene carácter rotativo en su relación con los jueces.

Este plan de infraestructura permitió desde el año 2003 en adelante, la construcción de treinta y siete (37) Circuitos Judiciales, en distintas regiones del país. Así mismo, se logró incrementar la cifra de noventa y siete (97) Jueces que tenía la jurisdicción laboral del viejo régimen, a trescientos treinta y cinco (335) nuevos jueces laborales especializados más el personal del circuito, es decir, un notable incremento en comparación a la cifra original. Tal crecimiento, no fue resultado de una voluntad caprichosa, sino de un sesudo análisis de la conflictividad laboral de nuestro país en aquel momento, que implicaba proyecciones matemáticas a futuro, en cuanto a la relación, jueces-número de causas, que debe existir para evitar el retraso procesal.

Es de señalar, que muchas de las sedes de los circuitos laborales, las cuales he visitado todas en diversas oportunidades, tienen variadas asimetrías en relación con la demografía de nuestro país. Tal es el caso, del circuito judicial del Estado Amazonas, ubicado al sur de nuestro país, y el cual presenta muy poco nivel de conflictividad laboral, en razón de que dicha zona existen pocas industrias. En tal sentido, no puede ese circuito tener la misma cantidad de jueces y de empleados, si lo comparamos por ejemplo con la sede del Circuito Laboral de Maracaibo, en el Estado Zulia, zona conocida ampliamente por su producción petrolera e industrial, lo cual obviamente amerita un circuito Laboral mas grande para atender una mayor población de usuarios. Lo hermoso de estas asimetrías y de lo funcional del diseño estructural, es que en ambos Circuitos se podían observar las mismas unidades de trabajo. Si la oficina de alguacilazgo en Puerto Ayacucho esta compuesta de tres (3) alguaciles, la misma unidad en Maracaibo esta conformada por un batallón de mas de quince (15) alguaciles. Este elemento es lo que el creador de esta Ley denominó como la “Uniformidad del funcionamiento de los Circuitos Laborales”.

La formula legal exacta para lograr éste fin de uniformidad, (de la cual se vio apoyada la D.E.M.), para poder hacer este diseño arquitectónico del Circuito Laboral, fue además de la C.R.B.V. y la L.O.P.T., la Resolución 1475-G.O. N° 37806 DEM, la cual desde el momento de su publicación, se convirtió en una suerte de

manual reglamentado de funcionamiento del circuito y de todas las unidades que en el mismo hacen vida laboral.

Una vez diseñado el plan, para reformar la infraestructura física, en donde se debían ubicar los nuevos circuitos laborales, además de crearse una normativa que reglamentara el funcionamiento de los mismos incluyendo al personal, los Magistrados de la Sala de Casación Social, en su rol de directores de este proceso de cambio, observaron que debían tomarse decisiones importantes y urgentes, que acompañaran al plan de modificación de la estructura física. Ellas fueron: realizar un proceso de Selección y Capacitación de Jueces y funcionarios; implementar un plan de modernización de la tecnología; estructurar el “Régimen de Transición” y por último la creación de la figura de Coordinación Laboral Nacional.

Proceso de Selección y Capacitación de Jueces y funcionarios:

Ante el claro aumento del número de jueces, que se debió incorporar a la jurisdicción laboral “ (...) la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, la Escuela de la Magistratura y la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, elaboró un plan de Capacitación Especial durante los años 2002, 2003, 2004 y 2005 para formar y adiestrar al personal de jueces y funcionarios judiciales, y garantizar una administración de Justicia eficiente, transparente, de calidad científica, ajustada a derecho, rápida y moderna. Los resultados de ese plan de entrenamiento fueron excelentes (...)”²². Gracias a éste proceso de selección, se fueron designando abogados a sus cargos, algunos incluso con carácter de titularidad, en razón de concurso de credenciales aprobado y otros con carácter de jueces provisorios. Fue un proceso arduo, de carácter público y supervisado personalmente por los Magistrados de la Sala de Casación Social. Dentro de dicho proceso se utilizaron diversos recursos didácticos y de terapia de grupos para lograr de los nuevos jueces, un proceso de identificación y de sentido de pertenencia con la institución del T.S.J., y en específico con su jurisdicción laboral.

Plan de modernización de la tecnología:

En virtud del cambio por venir, se debió adaptar la dotación tecnológica a la nueva realidad procesal. De hecho, se aprovechó la valiosa oportunidad histórica, de

²² Mora Díaz, Omar Alfredo. Pág.106. Derecho Procesal del Trabajo. Primera Edición

poder hacer **todo** el aspecto tecnológico desde “cero”, para de esa forma incluso, ir más allá de lo planificado en cuanto a la modernización de la dotación tecnológica. “Cada Circuito Judicial tiene instalado y en funcionamiento un sistema informático, (denominado Juris 2000 –comentario nuestro–) que permite que el despacho judicial sea evaluado, seguido y fiscalizado cibernéticamente.(...) Por otra parte, todos los jueces y funcionarios están dotados de equipos de computación con acceso a internet y a una tecnología de punta que facilite su adecuada labor, además de que la jurisprudencia que emana de todos los tribunales del país, incluyendo la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, están disponibles en internet de forma gratuita.(...)”.²³ Además de éstos elementos citados, la jurisdicción laboral debe por mandato de Ley tener la posibilidad de grabar las audiencias de manera audiovisual. Para ello fue necesario adquirir un lote de cámaras videograbadoras, que para el momento tenían una de las mejores tecnologías disponibles (Video 8). Nuestros propios trabajadores se han ido incorporando progresivamente al avance de la tecnología y adaptándose a las nuevas realidades, es así como en algunos circuitos hemos tenido personal que han creado Sistemas Cerrados de Televisión, prestando un servicio digital con incluso mayor calidad que en el pasado, lo cual a su vez, ha contribuido en un gran ahorro de recursos para los diversos circuitos.

Estructuración del “Régimen de Transición”

Por haber sido la L.O.P.T., aprobada en agosto del 2003, se presentaba la problemática planteada en la norma, para todas las causas que se encontraban en juicio al momento de entrar en vigencia el nuevo régimen procesal.²⁴ En consecuencia, para todas las causas que se encontraban en trámite antes de la entrada en vigencia de la nueva Ley, se optó como principio general, aplicar el procedimiento que se prevé, en un capítulo especial para estos tipos de causas, en la novel Ley. La L.O.P.T., planteo en su Capítulo II, denominado “Régimen Procesal Transitorio” una serie de diversos tratamientos a las variadas tipos de causas que se encontraban en juicio o trámites para aquel momento. En ese orden de ideas, “para la entrada en vigencia de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (agosto 2003) habían mas de trescientos mil procesos sin decisión (...)”, lo cual significó una labor titánica y digna de saludo y felicitación a los llamados “jueces de transición”.²⁵ Solamente en los diez (10) Tribunales de Primera Instancia que funcionaban en Caracas, fueron heredadas

²³ Mora Díaz, Omar Alfredo. Pág. 106. Derecho Procesal del Trabajo. Primera Edición

²⁴ Artículos 196 y subsiguientes de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo

²⁵ Mora Díaz, Omar Alfredo. Pág. 104. Derecho Procesal del Trabajo. Primera Edición

aproximadamente 37.000 causas para la transición a las cuales, los jueces fueron capaces de darle respuesta a la petición de la Resolución N° 2003-00018 de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, que exigía que dichos procesos “debían ser resueltas en un lapso de 18 meses”. Para ello el área metropolitana de Caracas contó con el concurso de numerosos jueces de transición.

Creación de la figura de la Coordinación Laboral Nacional

“Con el objetivo de estimular una política de excelencia judicial, desde el año 2002 funciona la Coordinación Laboral Nacional, bajo la responsabilidad personal del Magistrado de la Sala de Casación Social que fuera designado por la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia. Esta Coordinación Nacional supervisa, controla y fiscaliza el normal y buen funcionamiento de cada circuito judicial de trabajo a nivel nacional. Dentro de la coordinación se generan políticas para estimular el estudio, la preparación académica, la búsqueda de la excelencia en el servicio de justicia. Se estimula la participación de las diversas dependencias en las políticas judiciales del país. A tales efectos se realizan reuniones periódicas (cada dos meses) para evaluar fortalezas, debilidades, necesidades diversas y el fortalecimiento institucional de todas sus ordenes.”²⁶

Además es función de la Coordinación Nacional tener un control de las estadísticas a nivel nacional, donde se vigilaban los niveles de mediación, los montos transados, los montos ejecutados, el número sentencias emitidas por los tribunales de instancia y en fin, todos aquellos datos estadísticos de importancia para mesurar el desempeño de los tribunales a nivel nacional. La Coordinación Nacional, en razón de la desconcentración territorial de los diversos tribunales, se comunica de manera constante con cada uno de los *Coordinadores Laborales*, quienes son jueces que ejercen funciones administrativas en cada uno de los Circuitos Judiciales, paralelamente a sus funciones jurisdiccionales. Con tales coordinadores se debe también: controlar, planificar, sancionar, seleccionar y/o promover al personal calificado. Ello debe hacerse con cada uno de los Circuito Laboral, así como también debe tramitarse, permisos maternales, de enfermedad, vacacionales, etc., todo esto en cooperación permanente con la D.E.M. La población de empleados a nivel nacional que maneja la Coordinación Laboral Nacional es de más 3.300 personas entre empleados y obreros.

²⁶ Mora Díaz, Omar Alfredo. Pág.108. Derecho Procesal del Trabajo. Primera Edición

Antes de finalizar éste capítulo, debemos destacar con absoluta responsabilidad, el hecho de que a lo largo de este trabajo hemos descrito con vehemencia y sentimiento de apego, lo excelente del cambio precibido gracias a la L.O.P.T.. Ello *no significa que queramos auto-elogiarnos, ni pretendemos ser regionalistas o chovinistas* al manifestar que ese cambio se dio en Venezuela. Nada mas lejos de la realidad: éste cambio en nuestro país se ha logrado, gracias a la L.O.P.T.. Hay que advertir, que en otras jurisdicciones, no se ha instrumentado un cambio parecido, y de haberse hecho un cambio hacia la oralidad, el mismo no ha ocurrido de manera eficiente. No podemos dejar de señalar, que muchos de nuestros propios compatriotas, han sido los primeros en ver a la jurisdicción laboral como una amenaza a su estabilidad.

Por otra parte, al tener un sistema funcional y eficiente, que convive de manera paralela con el sistema escrito, muchas veces a metros de distancia en las mismas sedes judiciales, obliga al Juez ineficiente a revisarse y compararse con los jueces del sistema laboral. Ese impacto se percibe aún más, en los usuarios y en los abogados del foro sobre las dos realidades confrontadas. El ser humano puede llegar a tener muchas formas dañinas de pensar, sobre todo cuando su intención se orienta a destruir en vez de construir. Hacer propuestas resulta mucho más difícil que hacer críticas. Si bien es cierto, que el sistema laboral *no funciona de manera perfecta y tiene muchos retos y desafíos que enfrentar*, no es menos cierto, que ha demostrado obtener valiosos resultados. Esta circunstancia de predisposición en contra de la L.O.P.T., ha llevado a sectores minoritarios (tendencia que considero peligrosa y me atrevo a categorizarla como una seria amenaza) a querer hacer cambios sustanciales a ésta exitosa normativa procesal, cuyo objetivo no es otro, que intentar regresar al pasado. Pretenden así, que brille la mediocridad y que nuevamente los vicios se apoderen de la sagrada gestión de impartir justicia por medio de un proceso digno, transparente y moderno. Tales intenciones en nuestro país, tienen su origen en el ámbito interno de magistrados y jueces, que desean cambiar la exitosa jurisdicción donde trabajan y en el ámbito externo en aquellos que ven en la jurisdicción laboral una amenaza. La resistencia, la enfrentaremos los defensores y practicantes de esta Ley, hasta llegar a un “*punto de no retorno*”, en donde se haga de la L.O.P.T. definitivamente una Ley que llegó para quedarse. Mientras tanto, hasta que llegue ese día, seguiremos ofreciendo nuestros vehementes esfuerzos, en el plano y terreno que sea necesario, para defender esta obra que dejó de ser de los venezolanos para ser un patrimonio de Latinoamérica y el mundo.

4. Procesos de seguimiento y control de gestión

En mi función de Asistente del Magistrado Coordinador Nacional, correspondía al equipo de trabajo que asumí esa importante y nutrique responsabilidad una variada gama de tareas, las cuales intentaremos resumir a continuación. Deseo aclarar que de aquí en adelante escribiré en pasado, ya que mis funciones como asistente de la Coordinación Nacional cesaron en enero del 2013.

Desde mi punto de vista la función del Despacho del Coordinador Nacional amerita una dedicación y compenetración absoluta con la jurisdicción laboral y con sus empleados. De la misma forma, era en esencia una labor constante de mantenimiento de una maquinaria que funcionaba casi a la perfección, en donde, existían en el despacho del Coordinador Nacional muchas herramientas que ayudaban para cumplir sus funciones. La parte que consideraba un verdadero reto, era esencialmente el aspecto humano de las relaciones con los jueces. De allí, que en el plano personal se convirtió en una experiencia muy enriquecedora y en un legado profesional de incalculable valor.

Nuestras funciones enmarcaban, en primer lugar: *El control jurisdiccional* de las sentencias emanadas de todos los tribunales del país. Este control encuentra su fundamento en el artículo 177 de la L.O.P.T., que enuncia: “Los Jueces de instancia deberán acoger la doctrina de casación establecida en casos análogos, para defender la integridad de la legislación y la uniformidad de la jurisprudencia.” El Magistrado Coordinador Nacional y sus colegas Magistrados (la Sala de Casación Social está compuesta por cinco Magistrados que actúan como Tribunal colegiado), ejercen personalmente cada uno de ellos esa función de control jurisdiccional. No olvidemos la herramienta del video que está anexo al expediente, en donde se permite ver todo el procedimiento de instrucción.

Era parte de la función del despacho de la Coordinación Nacional, tramitar las denuncias hechas en contra de las sentencias de algún Juez, sobre la violación de la doctrina y la uniformidad de la jurisprudencia. Tramitar esas denuncias quiere decir que la Coordinación Nacional debe hacer la remisión del caso, a la autoridad disciplinarias responsable de establecer alguna sanción o no, al Juez que incurrió en la presunta falla, bien sea el Tribunal Disciplinario o la Inspectoría General de Tribunales. Ambas son instancias contraloras y con potestad sancionadoras de la actividad jurisdiccional. El control jurisdiccional que realizan los Magistrados en la Sala de Casación Social se cristalizaba también, cuando anulaban de oficio alguna

causa, por violación a los principios fundamentales de derecho constitucional o de orden público. En esos casos, pueden incluso solicitar los Magistrados en el acto de sentencia, la apertura de procedimientos administrativos.

Además, es posible en Venezuela que gracias a la presencia del programa “Juris 2000”, se permite a todos los miembros del poder judicial de la Jurisdicción Laboral, poder monitorear en tiempo real, todas las sentencias emitidas por los tribunales de instancia. De tal manera, que existe gracias a la estructura jerárquica del Tribunal Supremo de Justicia y de la organización de la jurisdicción laboral un control de los actos de los jueces de instancia. Este control, si bien es cierto que le otorga amplias facultades a los Magistrados de la Sala Social, a su vez, tiene como efecto práctico, la garantía, que la ley laboral va a ser aplicada de acuerdo a criterios de interpretación que no son variables, otorgando a la sociedad la sensación de seguridad jurídica, elemento necesario para que un país pueda tener mayor paz laboral. De la misma forma, es una ventaja tener este tipo de controles para luchar contra las desviaciones (corrupción) de todo tipo que puedan tener los jueces, y es un avance en favor de la transparencia del proceso. No debemos olvidar que no existe sistema inviolable y por muchas ventajas que tenga la L.O.P.T., siguen existiendo debilidades humanas que son precisas atacar. En el caso de la Coordinación Laboral, bajo nuestra gestión pude comprobar que afortunadamente, este tipo de sanciones tenían naturaleza excepcional.

En segundo lugar: era función fundamental del Coordinador Nacional Laboral (en lo sucesivo C.L.N.) la planificación, organización y realización de la *Reunión Nacional de Coordinadores Laborales*. Esta reunión se realizaba con una frecuencia de cada dos meses, y tenía como objetivo realizar un control de gestión administrativa de cada una de las Coordinaciones Laborales de las diversas regiones del país. Esas reuniones eran realizadas de manera aleatoria en dichas regiones, y de esta manera, se fomentaba el intercambio humano entre los jueces y el turismo interno. En ellas participaban los treinta y dos Jueces Coordinadores Laborales, de los diversos Circuitos Laborales del país, aún cuando en algunas oportunidades su número podía variar.

La actividad consistía, en revisar de manera minuciosa las estadísticas de cada uno de los circuitos, así como escuchar sus debilidades y fortalezas. Se tomaba nota de problemas, contingencias o emergencias surgidas y ante los planteamientos de los Coordinadores, se procuraba buscar desde el despacho central nacional posibles soluciones a los mismos, es decir, apoyo presupuestario o de dotación que

colaborará en solucionar la situación. Esta era una de las facetas mas dinámicas de la Reunión Nacional de Coordinadores, ya que los planteamientos presentados por los jueces iban, desde problemas con el aire acondicionado y el respectivo descontento que eso causaba en los abogados litigantes y público en general; hasta el planteamiento de cómo lograr que los expertos contables realizaran sus experticias de una manera mas eficaz. La variedad de problemas dejaban ver que es una jurisdicción humana y como tal de carne y hueso, con problemas no solo personales sino además fácticos, del día a día. Incluso gracias a la Reunión de Coordinadores, pudimos empezar a detectar y observar algunas de las que hoy son consideradas amenazas para el funcionamiento de la Ley.

En los últimos años, ante el creciente proceso de aumento al acceso al sistema de justicia, se dio una acumulación en cuanto cantidad de causas, por ante la Sala de Casación Social, influyendo de manera marcada en los tiempos de respuesta, lo cual se convirtió en un reto a futuro. El promedio de duración de una causa, desde que es admitida, hasta la remisión por parte del Juzgado Superior a la Sala de Casación Social es de seis (6) a ocho (8) meses de duración, mientras que desde que llega dicha causa a la Sala de Casación Social, se esta tomando un poco mas de dos años. Así mismo, al momento de ser decididas las causas con fuerza de cosa juzgada y ser remitidas de nuevo al Juzgado de Sustanciación, Mediación y Ejecución, se están observando retardos improductivos en consecuencia de algunas incidencias que se presentan al momento de la ejecución de la sentencia. Ante estas inquietudes, era necesario tener siempre una visión estratégica del poder judicial y al mismo tiempo un alto grado de liderazgo sobre el personal de jueces, que muchas veces tenían la ligera tendencia a la desesperación, ante alguno de los problemas presentados. Tales situaciones fueron enfrentadas en mi opinión de manera incólume, por el Magistrado Mora Díaz (quien fungiese como C.L.N. por muchos años) quien participó y liderizó mas de setenta (70) reuniones de coordinadores laborales. Tales reuniones fueron puntos inamovibles en su agenda.

En tercer lugar: después del año 2009 se creó una dinámica bastante interesante por parte de la C.L.N., que consistía en un *control aleatorio de visitas por parte de la coordinación laboral nacional, en persona, a las sedes de todos los circuitos laborales del país*. Gracias a esas visitas, podía el despacho de la C.L.N., a través de mi persona, constatar el estado y condiciones de la dotación tecnológica de las coordinaciones laborales. Además, se podía evidenciar los problemas que padecía el personal (escuchando a los trabajadores y no sólo al coordinador laboral), percibir personalmente las necesidades del circuito, entrevistar al público usuario y escuchar sus quejas y denuncias.

Este trabajo era documentado con fotos y se intentaba percibir una impresión directa y personal del verdadero estado del circuito. Para ello el asistente del C.L.N., realizaba esas visitas en carácter de sorpresa.

Confirmamos en un 95%, que tanto el personal de los circuitos como los jueces realizaban el trabajo con gran mística, pero también logramos precisar fallas en ese restante 5%. En tal sentido, nuestras visitas nos permitían reaccionar ante las fallas y errores. El fenómeno de las conductas no deseables es, en esencia humano, por tanto nuestra labor de control no era orientada a vigilar o hacerse sentir perseguido a aquellos que se comportaban bien, por el contrario nuestro objetivo, era buscar dentro de la estructura organizacional de la C.L.N., esa cuota típica de la conducta imperfecta del ser humano.

5. Retos de la jurisdicción laboral, propuestas para la optimización del trabajo y modernización en la jurisdicción laboral

Como retos a futuro de la jurisdicción laboral se pueden mencionar, todos aquellos métodos para afrontar las amenazas al mantenimiento de los estándares de calidad, que se lograron durante los primeros doce (12) años de vigencia de la Ley. Los Magistrados de la Sala Social que asumieron funciones después del 2012, recibieron un legado digno de mantener. Como hemos enunciado, esta obra tenía y tiene sus imperfecciones, por ello, deben ser afrontadas de manera constante, para procurar dar respuesta oportuna a los usuarios del sistema de justicia y que no se vea afectada la tutela judicial efectiva. En este sentido, existen dificultades de infraestructura, que afectan a diversos servicios de la jurisdicción, en diversas partes del país. Igualmente, se están observando dificultades presupuestaria y salariales, en donde los encargados de liderar la jurisdicción, deben luchar por la reivindicaciones salariales y de condiciones de trabajo de los empleados administrativos y del personal de jueces. Otra amenaza latente, son los sectores que nunca han estado identificados con el modelo de la oralidad laboral, ellos perturban y pretenden hacer daño a la jurisdicción. Estos sectores que provienen de diversos sitios (enemigos de la Ley dentro y fuera del Poder Judicial) pujan por hacer reformas y retroceso de los éxitos, para lo cual utilizan diversos medios, tales como los ataques reiterados de la Sala de Casación Constitucional por medio de algunas sentencia que han procurado modificar algunos aspectos de la Ley. En ese punto, deben estar alertas las autoridades y evitar sumarse a esta tendencia mediocre, cortoplacista y propia de mentalidades con ansias de protagonismo exacerbado. Por último, deben los actuales y recién

electos Magistrados de la Sala de Casación Social, dedicarse a trabajar con la misma o mayor disciplina que lo hacían sus antecesores. Gracias al acceso que todos tenemos a través de internet, al portal del T.S.J., hemos podido corroborar la dramática disminución del número de audiencias celebradas ante la Sala de Casación Social. No entendemos los motivos de esta situación, pero estamos dispuestos a utilizar todas las herramientas que tengamos al alcance, para instar a los Magistrados que hoy dirigen la Casación Social, a que cumplan con su trabajo de dar respuesta oportuna a los usuarios del sistema de justicia y cumplir con el mandato constitucional de garantizar la tutela judicial efectiva.

Tal y como enunciábamos, al momento de cesar en nuestras funciones existieron varios proyectos, que por diversos motivos no pudimos cristalizar. Son ideas que hubiesen podido lograr un cambio en positivo. Sin embargo, será de la responsabilidad de otras personas la posibilidad de hacer de estas propuestas una realidad. Consideramos también válido para este escrito, hacer mención de estas ideas y esperar en lo posible que sean tomadas por líderes de otras latitudes, que encuentren en estas propuestas una posibilidad de dar respuestas a problemas puntuales dentro de la gestión y gerencia judicial.

Una de esos proyectos que tiene su fundamento en la Cumbre Judicial Iberoamericana y de otros organismos internacionales, es la factibilidad de tener un expediente absolutamente digital. En mi opinión, existen los medios tecnológicos para hacer de esta propuesta una realidad y con ello lograr diversos valores agregados, entre ellos: ahorro de papel, contribución a menor contaminación ambiental (menos basura) y menor tala de árboles; la digitalización del expediente permitiría, su consulta desde cualquier sitio o artefacto que posea acceso a internet y significaría un ahorro sustancial, no solo en material, sino del espacio físico, donde deben ser guardados esos expedientes, además del personal que debe ocuparse en ello. Otra ventaja de poder permitir tener todos los expedientes en formato digital, es que se disminuye la afluencia de público o usuarios a la sede judicial, lo cual implica a la vez un ahorro de tiempo y energía para las partes que litigan. Aparte de las variadas ventajas que se pueden extraer de esta propuesta, no tengo ningún tipo de dudas de que este proceso puede hacerse de manera segura. Creando para ello, los sistemas necesarios para proteger la información, que en estos juicios se puede ventilar. Sin embargo, como es normal en este tipo de cosas, es importante permitir que sea la gente la que descubra y confíe en los sistemas modernos. En razón de la experiencia que tengo en el trato personal con los abogados litigantes, siempre me he planteado la siguiente reflexión: los individuos de la sociedad moderna somos

capaces de confiar nuestro dinero a la banca vía internet u online Banking, pero los abogados no podemos separarnos de ver el expediente en físico. Una verdad lapidaria y difícil de creer, pero un paradigma que aun no se logra derrotar.

En caso de que la jurisdicción laboral o cualquier otra jurisdicción, no procure hacer un avance hacia la digitalización de todo el expediente, considero que otra propuesta factible y económica para lograr su implementación, que se traduciría en facilitarle el trabajo a los empleados administrativo, en específico al personal de archivo, es crear mecanismos de seguimiento de los expedientes con código de escáner u otros medios similares. Estos sistemas, son parecidos a los que observamos en los supermercados al momento de darle a la cajera la mercancía que hemos seleccionado con el fin de comprarla. Es cuantioso el tiempo que pierden mucho de nuestros empleados, buscando los expedientes, sobre todo si el archivo es grande (el Circuito Laboral de Caracas tiene mas de doce mil 12.000 expedientes), pero además de ese factor, el “seguimiento” de un expediente nos puede dar datos adicionales, que pueden ser valiosos para la gestión judicial, por ejemplo: ¿cuánto tiempo y cuántas veces al día es revisado una determinada causa por las partes o usuarios?, ¿en qué etapa del juicio es solicitado el expediente con mayor frecuencia?, ¿cuánto tiempo promedio se toma cada Juez para el estudio del expediente?. Hoy en día, son realmente posibles muchos aspectos a favor de la gestión administrativa de la justicia, cuando un programador tiene a su alcance una herramienta de este tipo.

Otra propuesta que ya algunos Circuitos Laborales de Venezuela estaban implementando antes de retirarme de mis funciones como asistente de la C.L.N., fue la propuesta de los Circuitos Cerrados de Televisión (C.C.T.V.) para la grabación de audiencias. En caso de que la legislación lo permita o el poder judicial de un determinado país o región federada lo desee hacer, lo consideramos una excelente opción, de costos relativamente bajos, que efectivamente se traduce en un control mediato y mas efectivo, sobre la manera en que se realizan las audiencias de juicio. En el caso de Venezuela el C.C.T.V., tiene como ventaja fundamental, en comparación con la grabación directa de la audiencia en el tribunal por medio del técnico audiovisual, que por medio de un circuito cerrado el técnico no tiene que estar presente en la audiencia de juicio, ocupando sus “horas-hombre” en alguna otra función mas productiva en el circuito. El hecho de tener un circuito cerrado de televisión también permite editar directamente y de manera mas rápida, así como también, capacita a los técnicos audiovisuales de grabar varias simultáneamente audiencias con solo un técnico disponible para ello.

Por último, se nos ocurre como urgente, proponer la “Foliación Semi-automática” de las páginas de los expedientes, utilizando para ello sellos manuales, que existen desde hace algún tiempo en el mercado internacional. Es mi deber señalar, que en Venezuela, es necesario, de acuerdo al Código de Procedimiento Civil, llevar una numeración en letras y números sucesiva de los folios que componen un expediente. Cada pieza que compone un expediente tiene un tenor de aproximadamente mil páginas o folios, estos deben ser numerado en manuscrito por personal que se dedica a ello todos los días. Es difícil creer que estando en el siglo XXI, aún existan remanentes en nuestra Ley procesal, que estimulen esta actividad denigratoria de la esencia humana. No podemos ser mas pasivos ante esta realidad, existen dos opciones: eliminar la numeración de la norma o lograr un mayor avance en la forma que estos trabajadores realicen su trabajo. Los sellos semi-automáticos con numeración e impresión de la numeración ya existen, solo hace falta la voluntad para solucionar el problema.

6. Conclusiones

Enfrentar un proceso de cambios, sobre todo si se trata de una reforma procesal, trae consigo, inseguridades, temores e incertidumbres ante el hecho desconocido e incierto que se encuentra en el futuro, ello es mucho mas factible en el ámbito del Derecho, que involucra a un público especialmente propenso al escepticismo. Esa reacción debe ser aceptada por los factores de cambio como una aptitud normal y entendible. El abogado es y ha sido formado por las universidades u otros centros de estudios, de una manera conservadora y que nos insta a aferrarnos a dogmas. Si a esa naturaleza de nuestros colegas le agregamos que el cambio implica para muchos también, un cambio en su “modus vivendis” y en la forma como hasta ahora han ejercido su profesión, ellos son elementos suficientes como para entender que exista resistencia al cambio.

Latinoamérica es una región que desde hace tiempo viene haciendo propuestas interesantes en diversas áreas: social, político, jurídico, etc. En tal sentido considero que, es el momento para que los factores protagonistas e instrumentadores de ese cambio, realicen propuestas. No importa de que tenor y calidad sean las mismas, lo importante es tener la valentía de asumirlas como nuestras y como producto de un proceso de concientización y madurez de un conglomerado social. Confiando en la capacidad que tenemos en nuestra región y utilizando las miles de herramientas que nos ofrece la sociedad moderna para lograr ese fin, no tengo ningún tipo de dudas de que cualquier meta propuesta pueda ser lograda.

En Venezuela se dio un cambio en materia laboral que significó un rompimiento de paradigmas para muchos seres humanos, que pensaban que no éramos capaces de lograr obras de excelente calidad en un medio tan difícil como el jurídico. Hoy podemos afirmar, que dicha obra se ha convertido en un ejemplo para otras jurisdicciones en nuestro mismo país, y por supuesto una realidad digna de ser imitada por otros sistemas jurídicos, similares al nuestro, que pretendan cada vez mas ser soberanos e independientes.

De la experiencia vivida y el camino recorrido en el transcurso de esa vivencia transformada en legado, la mayor lección aprendida, es que la voluntad de cambio es el motor que vence todos los obstáculos que se presenten. Voluntad resume en una palabra, la voluntad política de asumir el cambio como una prioridad para el Estado, voluntad implica asumir las críticas de todo tipo, voluntad significa el compromiso de trabajo incansable hasta la consecución de la meta.

Esa voluntad la tuvo en nuestra experiencia tropical y mestiza un hombre, líder y visionero de esta idea. Otros muchos fuimos contagiados en el camino de esa euforia y al final se obtuvo un resultado. Imperfecto, como toda obra humana, sometida a mejoras con altos y con bajos, pero una obra realizada por humanos que decidimos tomar en nuestras manos su propio destino y no permitir que la vida nos determine hacia donde vamos.

Confianza, fortaleza y convicción son los principios que deben acompañarnos en el divino camino de forjar con plena libertad, nuestro propio destino.

La oralidad como instrumento de humanización del proceso

Omar Alfredo Mora Díaz

“Las leyes no son más que instrumentos, pobres e inadecuados, casi siempre, para tratar de dominar a los hombres cuando, arrastrados por sus intereses y sus pasiones, en vez de abrazarse como hermanos tratan de despedazarse como lobos. El estudio de tales medios en sí puede parecer árido y abstracto; pero quisiera hacer ver siempre sobre el fondo del cuadro esa inquieta y doliente humanidad a la cual nuestros esfuerzos a menudo demasiado en vano, tratar de poner remedio”¹.

Sumario:

1. Introducción; **2.** La jurisdicción laboral venezolana ante la vigencia de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo; **3.** La oralidad en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo; **4.** Implementación de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo; **4.1.** Programas continuos de formación profesional; **4.2.** Adecuación de la infraestructura y nuevas tecnologías; **4.3.** Los circuitos laborales en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo; **5.** Balance de la oralidad y el proceso por audiencias en la jurisdicción; **5.1.** El marco constitucional; **5.2.** La oralidad en el proceso por audiencias en todo estado y grado del proceso; **5.3.** Simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites; **5.4.** Despacho saneador; **5.5.** Prohibición de cuestiones previas o excepciones; **5.6.** Notificación de las partes y eliminación de la citación; **5.7.** Prohibición de la reposición de la causa por los tribunales superiores del trabajo y la sala de casación social del Tribunal Supremo de Justicia; **5.8.** Establecimiento de tribunales especializados en mediación y conciliación; **5.9.** Prueba anticipada ante la contestación de la demanda; **6.** Conclusiones:

¹ Francisco Carnelutti, *Como se hace un proceso*. Editorial Temis pág. 10

1. Introducción

En la mayoría de los países que integran la Comunidad de Naciones Iberoamericanas, se han venido desarrollando un proceso de transformación y modernización de los poderes judiciales, que tiene como propósito fundamental, garantizar el acceso a una administración de justicia breve, transparente, efectiva, oral y pública que tutele efectivamente los derechos e intereses, incluyendo los colectivos o difusos, de los ciudadanos y que en definitiva sea instrumento de realización del Estado de democracia social de derecho y de justicia, plasmado en la mayoría de nuestros textos constitucionales.

Este proceso comenzó con mayor fuerza en el área de la Jurisdicción Penal, al materializarse la situación del proceso penal de carácter inquisitivo y escrito por el Proceso Acusatorio, con predominio de la oralidad.

La reforma en la jurisdicción Penal en la Región latinoamericana, está inspirada en el Código Procesal Penal modelo para Iberoamericana y tiene una marcada influencia del Sistema Acusatorio Alemán.

Este proceso de transformación de la Jurisdicción Penal en toda la América Latina, también ha influido en la necesaria transformación de la Jurisdicción Civil, Laboral; Agraria; Contencioso-Administrativa y de niños, niñas y adolescentes, entre otras.

Diversas son las características de cada proceso de transformación y modernización de nuestros Poderes Judiciales, sin embargo, existen un conjunto de factores comunes, entre los cuales destacan:

- a) La excesiva duración de los procesos judiciales
- b) El exceso y abuso de las formalidades innecesarias que impiden la realización de la justicia
- c) La total y absoluta deshumanización del proceso y
- d) La falta de transparencia e idoneidad de la administración de justicia en nuestra comunidad de naciones.

En esta ponencia expondremos la experiencia vivida en la transformación de la jurisdicción laboral venezolana y como la oralidad debe y puede ser, un instrumento efectivo para la humanización del proceso..

2. La jurisdicción laboral venezolana ante la vigencia de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo

La primera Ley Procesal del Trabajo en Venezuela fue promulgada en el año de 1940 (Ley Orgánica de Tribunales y de Procedimiento del Trabajo) y tuvo una vigencia temporal hasta el 13 de agosto del año 2002 cuando es aprobada la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

Durante su vigencia de más de sesenta (60) años, el proceso laboral estuvo caracterizado por ser un proceso fundamentalmente escrito, burocrático y formalista, lento, pesado, corrupto y totalmente deshumanizado que para nada garantizaba la tutela judicial efectiva de los justiciables. Por otra parte, no existía la necesaria infraestructura física que permitiera el funcionamiento de una jurisdicción accesible, eficaz y especializada lo que trajo consigo, una crisis creciente de legitimidad de la justicia laboral; que fue creando las condiciones necesarias para su transformación radical.

Esta situación de crisis de la jurisdicción laboral venezolana, era exactamente igual en todo el Poder Judicial venezolano. En efecto, el mismo poder constituyente al respecto señaló: “como una de las implicaciones del estado democrático y social de derecho y de justicia en que se construye a Venezuela por obra de la Constitución, y con el fin de erradicar uno de los principales problemas de la nación venezolana, en virtud del cual el Poder Judicial se caracterizó por su corrupción, lentitud e ineficacia y especialmente, por restringir el acceso a la población de escasos recursos a la justicia; la constitución exige al Estado garantizar una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin formalismo o reposiciones inútiles.”²

3. La oralidad en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo

Ley Orgánica Procesal del Trabajo, desarrolla el principio constitucional de la oralidad en su artículo 3º, al establecer:

² Exposición de Motivos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela año 1999.

“Artículo 3. El proceso será oral, breve y contradictorio, solo se apreciarán las pruebas incorporadas al mismo conforme a las disposiciones de esta Ley, se admitirán las formas escritas prevista en ella”.

La oralidad, como principio básico, rige y condiciona todas las actuaciones procedimentales. La manera más clara en que se concreta este principio se encuentra en la propia existencia de un proceso oral, en el que de forma verbal se exponen todas las alegaciones de las partes. La oralidad es el instituto procesal fundamental, en virtud del cual, el proceso judicial del trabajo es un instrumento que permite la efectiva realización de la justicia y el cumplimiento del fin social de la misma.

La Ley, sigue la tendencia, casi universal, de sustituir el proceso escrito “desesperadamente escrito” como lo denominara Couture, por un procedimiento oral, breve, inmediato, concentrado y público, que permita la aplicación efectiva de justicia laboral en el área de los derechos sociales, sin embargo, no puede afirmarse que el principio de la oralidad impere de manera absoluta, en la prosecución de los juicios laborales, en el sentido que no se desplaza por completo la escritura, como es el caso de introducción de la demanda, que puede ser de manera oral, reduciendo a forma escrita, las pruebas documentales y la consignación de la contestación de la demanda en la audiencia preliminar. Se materializa el principio de la oralidad a través de la audiencia, en donde participan directamente los tres sujetos procesales a saber: el demandante, el demandado y el juez; esta necesaria presencia de los sujetos en la audiencia, procura la efectiva realización de los principios de inmediación, publicidad, concentración y para ellos la oralidad resulta el sistema más eficaz.

Este principio no consiste tan solo en que las alegaciones de las partes, las declaraciones de testigos y peritos deban hacerse en forma oral, sino en que también las determinaciones del Tribunal sean dictadas y dadas a conocer oralmente, de esta manera se deben resolver las incidencias y emitir la sentencia definitiva, lo que hace de la oralidad un mecanismo económico y simple, que permite obtener una justicia más pronta.

La oralidad la concibe la Ley, como un instituto procesal fundamental, en virtud del cual el proceso judicial del trabajo es un instrumento que permita la efectiva realización de la justicia y el cumplimiento del fin social de la misma.

El sistema establecido en la Ley, desarrolla el principio de la oralidad a través de la audiencia, en donde participan directamente los tres sujetos procesales a saber: el demandante, el demandado y el Juez.

En este orden de ideas el proceso por audiencia se desarrolla en dos audiencias fundamentales a saber:

- a. La audiencia preliminar; y
- b. La audiencia de juicio

a. La audiencia preliminar

La audiencia preliminar es uno de los momentos fundamentales y estelares del juicio del trabajo. Su realización y conducción se materializa en la fase de sustanciación del proceso, estando a cargo del Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución.

Esta audiencia preliminar, es presidida por el juez y a ella deben comparecer las partes de manera obligatoria, bien sea personalmente o mediante apoderados en el día y hora que determine el tribunal, previa notificación del demandado.

La obligatoriedad a la comparecía de esta audiencia, es con el objeto de garantizar y facilitar un primer encuentro ante el Juez de Primera Instancia de Sustanciación, Mediación, y Ejecución, el cual estimula los medios alternos de resolución de conflictos, tales como el arbitraje, la mediación y conciliación; con el fin de evitar el litigio o limitar su objeto.

Por otra parte, de no ser posible la resolución de la controversia por los medios alternos de resolución de conflictos propuestos por el juez; también la audiencia preliminar servirá para que el juez, por intermedio del despacho saneador, corrija los vicios de procedimiento que pudieran existir, evitando de esa manera reposiciones inútiles.

Según la experiencia acumulada en los últimos doce (12) años los jueces del trabajo han logrado una mediación efectiva de más del ochenta y cinco por ciento (85%) de los casos que ingresan a los tribunales laborales. Resolviendo los mismos en menos de cuatro (4) meses.

Por último, en esta audiencia, la cual se debe realizar en forma personal, privada y oral, podrá el Juez de Sustanciación, Mediación Ejecución acordar las medidas precautelativas correspondiente, que garanticen la eventual ejecución de la sentencia.

b. La audiencia de juicio.

La audiencia de juicio es el elemento central del proceso laboral y consiste en la realización oral del debate procesal entre las partes.

La misma debe desarrollarse con la presencia del juez de juicio y la participación obligatoria de las partes o sus representantes, en donde estos expongan en forma oral las alegaciones que consideren pertinentes para la mayor defensa de sus derechos e intereses. En esa misma audiencia de juicio serán evacuadas de forma oral las pruebas de testigos y expertos y la del interrogatorio por declaración de parte. Al finalizar el debate oral, el Juez dicta su sentencia inmediatamente en forma oral, la cual reduce por escrito dentro de los cinco días hábiles siguientes al pronunciamiento.

La misma audiencia de juicio se realiza, en el caso de apelación, por ante el Tribunal Superior del Trabajo y de casación por ante la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, por cuanto que, tanto la apelación, como el recurso de casación, son decididos previa la comparecencia de las partes en audiencia oral, publica y obligatoria, produciéndose la sentencia en forma oral e inmediata, al concluir el debate procesal de la audiencia correspondiente.

La contradicción o bilateralidad de la audiencia, persigue que toda petición de una parte sea comunicada a la otra, para que pueda allanarse u oponerse, salvo la situaciones excepcionales establecidas en la ley, por ello ordene el artículo 126 de la Ley, la notificación del demandado, después de admitida la demanda para la audiencia preliminar, sin que sea necesaria nueva notificación para los actos del proceso, salvo los casos expresamente señalados por la ley.

La celeridad por su parte, como manifestación particular del principio de economía procesal, procura la obtención de la verdad y la justicia, como fines fundamentales del proceso, con el mínimo de esfuerzo y de tiempo. Por ello se consagra en la ley un trámite breve y concentrado; se profundiza su empleo, mediante el establecimiento de la acumulación impropia o intelectual reconocida por la doctrina y la jurisprudencia, nacional e internacional.

La concentración busca aproximar los actos procesales unos a otros, reuniendo en breve espacio de tiempo la realización de ello, por esta razón se ha concebido el procedimiento por audiencias, una preliminar y otra de juicio, dentro de las cuales se deberán realizar prácticamente todos los actos procesales establecidos.

El debate, la evacuación de las pruebas y la sentencia deben concentrarse en una misma audiencia o en el menor número de ellas, todo esto con el propósito de evitar retardos innecesarios, a fin de garantizar, por parte del juzgado, un conocimiento rápido, efectivo y actual del debate procesal y poder obtener así una sentencia inmediata.

En este proceso oral y por audiencias se realiza plenamente el principio de concentración procesal y de inmediación donde el juez que ha de pronunciar la sentencia debe participar personal y activamente en la evacuación de las pruebas, que las partes han promovido, para poder formarse un juicio personal de los elementos de convicción derivados del debate probatorio y poder juzgar directamente y con rostro humano, la causa sometida a su conocimiento, con base al sistema de libre convicción.

4. Implementación de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo

A fin de garantizar en funcionamiento exitoso de la jurisdicción laboral venezolana, fue necesaria la implementación de programas de capacitación continua del personal; adecuación de la infraestructura; dotación tecnológica y creación de los circuitos laborales en todo el territorio nacional.

4.1. Programas continuos de formación profesional

Con el objeto primordial de garantizar a los ciudadanos una justicia de calidad, breve, transparente, imparcial, eficaz y accesible, era necesario desarrollar un programa de educación y capacitación continua de jueces y funcionarios de la jurisdicción laboral venezolana. Este programa fue diseñado y ejecutado por los magistrados de la sala de casación social del Tribunal Supremo de justicia y la Escuela Nacional de la Magistratura de Venezuela.

En primera fase se ejecutó un programa de adecuación al manejo de los principios de oralidad; inmediatez y concentración procesal; el diseño y ejecución de una moderna planificación y organización del despacho judicial, adecuado al proceso por audiencias; técnicas para la mediación y la conciliación. También fue necesario entrenar y capacitar al personal en el manejo de herramientas informáticas y el uso de nuestras tecnologías.

De este curso se seleccionaron un claustro académico de excelencia que fue la base principal, para impulsar un programa de capacitación académica y científica

de más de trescientos cincuenta (350) jueces a nivel nacional. Se dictaron cursos de ocho (8) horas diarias, de lunes a viernes, por un período de un mes. Cada curso laboró y aplicó los conocimientos teóricos a la práctica en mediación y conciliación laboral, apreciación y valoración de las pruebas, rectoría del Juez en las audiencias preliminar y de juicio; argumentación jurídica y motivación de la sentencia; redacción de sentencias de primera y segunda instancia, simulación de audiencias de mediación y juicio; y, gerencia judicial.

Culminado dichos cursos intensivos, la experiencia favorable fue tomada como referencia obligatoria, para el diseño y elaboración de los planes de capacitación y educación continua que dicta la Escuela Nacional de la Magistratura para los jueces y funcionarios de la jurisdicción laboral venezolana.

4.2. Adecuación de la infraestructura y nuevas tecnologías

La estructura del proceso oral y por audiencias requiere la construcción o modificación de una infraestructura física dignificada, moderna y eficaz; que garantice el acceso a los órganos de administración de justicia, por parte de los justiciables. También la tutela judicial efectiva, obliga al estado, a proveer los recursos necesarios con el propósito de garantizar a sus ciudadanos una justicia gratuita, accesible, imparcial, humanizada, oral, expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles.

En el caso de la experiencia venezolana para el año 2002 (fecha de aprobación de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo) solo existían treinta (30) tribunales especializados en el país, y otros setenta (70) conocían de juicios del trabajo con competencia múltiple. La estructura física de los tribunales del país; estaba diseñada y adaptada para los procesos predominantemente escritos, con una organización burocrática, lenta, pesada e inaccesible. En efecto, cada sede tribunalicia requería de un espacio físico de ciento cuarenta metros cuadrados (140 m²) aproximadamente. En ese espacio se ubica el despacho del juez; el del secretario; el aguacil; los escribientes; la sede del archivo y el personal administrativo y obrero. Cada tribunal tenía una nómina de quince (15) funcionarios, bajo la supervisión y administración por parte del juez, responsable del tribunal. En nuestro caso, además, la planta física de los tribunales del trabajo del país, estaba deteriorada y mal mantenida, con una dotación de muebles y equipos obsoletos o insuficientes.

Este modelo de justicia medieval, era un serio obstáculo, para construir una justicia laboral humanizada, accesible, breve, moderada y eficaz.

Para ello fue necesario el diseño y ejecución de un nuevo modelo de tribunales que permitieran la creación de trescientos treinta y cinco (335) tribunales en todo el territorio nacional, organizados en treinta y siete (37) circuitos laborales. Este modelo funcional adapta el sistema de justicia al proceso oral y por audiencia e incorpora el despacho judicial y el uso de nuevas tecnologías, para simplificar, modernizar y agilizar el procedimiento.

En este nuevo esquema el juez, solo requiere de un espacio físico, no mayor de cuatro metros cuadrados (4m²), para poder dirigir personalmente la mediación o conciliación en la audiencia preliminar o estudiar el expediente judicial para la audiencia del juicio. Cada circuito judicial tiene salas de audiencias para el uso de los jueces y las partes y el acceso del público a las audiencias, para garantizar el principio de publicidad.

4.3. Los circuitos laborales en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo

La Ley Orgánica Procesal del Trabajo establece que en los Tribunales del Trabajo se organizaran en circuitos judiciales, en las diversas circunscripciones judiciales del país; y cada uno de ellos, funciona con las siguientes características:

4.3.1. **Modernización Tecnológica:** Cada circuito tiene instalado y en funcionamiento un sistema informático, que permite que el despacho judicial sea evaluado, seguido y fiscalizado cibernéticamente. En efecto todas las causas que ingresan, se distribuyen, se admiten, la celebración de las audiencias preliminares y de juicio, notificaciones, porcentajes de mediación, número de usuarios atendidos, grabación de las audiencias de juicio, estadísticas, control de ingreso y egreso, etc.; estarán informatizados en este sistema uniforme para todos los circuitos judiciales del país. Por otra parte, todos los jueces y funcionarios están dotados de equipos de computación con acceso a internet y a una tecnología de punta que facilite su adecuada labor, además de que la jurisprudencia que emana de todos los tribunales de país, incluyendo la sala de casación social del Tribunal Supremo de Justicia, están disponibles en internet en forma gratuita. Todo para acercar cada día más al Poder Judicial a la más moderna tecnología.

4.3.2. **Uniformidad del Funcionamiento de los circuitos judiciales:** Con el objetivo de garantizar a los justiciables el funcionamiento de una jurisdicción laboral uniforme, cada uno de los circuitos judiciales del país; se dictó por la comisión judicial del Tribunal Supremo de Justicia las respectivas resoluciones que reglamentan

su funcionamiento. Entre los principales aspectos que merecen destacar, están los siguientes:

- a) Cada circuito está dirigido por un Coordinador Judicial Laboral, que es la máxima autoridad administrativa y el responsable de que el mismo funcione de la mejor manera posible tanto en la parte administrativa como en la jurisdiccional.
- b) En cada circuito existe un Coordinación Judicial y otra de Secretaría. La primera da todo el apoyo y coordina las diversas unidades para el mejor desenvolvimiento de la actuación jurisdiccional. La segunda coordina el trabajo de todos los secretarios del circuito judicial.
- c) En cada circuito existen las siguientes unidades, a saber: Alguacilazgo, Secretaria, Asistentes, Autoconsulta, Unidad de Recepción y Distribución de Documentos, Unidad de Consignaciones, Servicio Audiovisual y Archivo Común.
- d) Cada circuito tiene habilitadas Salas de Audiencia de uso común.
- e) El Circuito Judicial del Trabajo despacha todos los días de lunes a viernes, de 8:30 a.m. a 4:30 p.m., independientemente de la falta temporal o definitiva de cualquier juez o funcionario del circuito.
- f) El personal administrativo de todo el país usa un mismo informe y todos los jueces de juicio deben asistir a las audiencias togados, al igual que los abogados.
- g) Todas las audiencias de juicio se graban por medios electrónicos, para evitar una justicia dictada, que nos regrese a la escritura.

4.3.3. Circuitos judiciales del trabajo: estructura organizativa, funcionaría y funcional:

1. Los circuitos judiciales del trabajo están constituidos estructuralmente por:
 - a) La presidencia del circuito o la coordinación del trabajo.
 - b) Una primera instancia, conformada por el número de tribunales de sustanciación, mediación y ejecución del trabajo y tribunales de juicio del trabajo, de acuerdo a la necesidad de la circunscripción judicial correspondiente.
 - c) Una segunda instancia, integrada por el número de Tribunales Superiores de Trabajo, de acuerdo a los requerimientos de la instancia judicial respectiva.
 - d) Las oficinas de apoyo directo de la actividad jurisdiccional

- e) Las oficinas de servicios comunes procesales.
2. Desde el punto de vista funcional el circuito judicial del trabajo, está constituido por:
- a) Presidente del circuito o el juez coordinador del trabajo (según lo que corresponda);
 - b) Los jueces del trabajo;
 - c) El coordinador judicial y el coordinador de secretaría;
 - d) Los coordinadores del área;
 - e) Los abogados asistentes;
 - f) Los secretarios;
 - g) Alguaciles, asistentes, auxiliares administrativos, archivistas, técnicos audiovisuales y contabilistas.³

4.3.4. Funcionamiento del circuito judicial del trabajo: El funcionamiento de circuito judicial está basado en los siguientes postulados.

- a) Jueces dedicados exclusivamente a la actividad jurisdiccional (mediación, sustanciación, decisión y ejecución) en virtud de los servicios prestados por las oficinas de apoyo directo a la actividad jurisdiccional y oficinas de servicios comunes procesales;
- b) Las oficinas de apoyo directo a la actividad jurisdiccional y oficina de servicios comunes procesales son los órganos encargados de la atención directa al público, limitándose al contacto entre el público en general y los jueces del trabajo a las audiencias señaladas de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo; y,
- c) Representación eficaz y unidad de los intereses de los tribunales del trabajo y de la justicia laboral en la circunscripción judicial correspondiente.⁴

4.3.5. El servicio de justicia en los circuitos judiciales del trabajo: Con el propósito de garantizar a todos los justiciables el acceso a un servicio de justicia de excelencia y continuo en los circuitos judiciales del trabajo, todos los tribunales o juzgados de primera y segunda instancia despacharan de manera uniforme.

³ Resolución 1475-G.O., N°37806 DEM; artículos 1, 2.

⁴ Gaceta N° 1475.

El horario de despacho de los circuitos judiciales es de lunes a viernes, de 8:30 a.m a 3:30 p.m., lo cual comprende: recepción y distribución de documentos, entrega de documentos a los justiciables, préstamo de expedientes en el archivo de sede, atención al público, audiencias. Los funcionarios judiciales cumplirán turnos de tal manera que no se interrumpa el servicio.⁵

4.3.6. Oficina de apoyo directo a la actividad jurisdiccional:

En cada circuito judicial existen las oficinas de apoyo directo a la actividad jurisdiccional y su función fundamental es dar apoyo administrativo y logístico en el respectivo circuito judicial, de tal, manera que los jueces puedan dedicarse exclusivamente a la delicada misión jurisdiccional.

Las oficinas de apoyo directo a la actividad jurisdiccional están dirigidas, supervisadas y controladas por el coordinador judicial e integradas por las siguientes oficinas:

- a) La Unidad de Recepción y Distribución de Documentos (URDD)
- b) La Unidad de Correo Interno (UCI)
- c) La Unidad de Actos de Comunicación (UAC)
- d) La Oficina de Atención al Público (OAP)
- e) La Unidad de Seguridad y Orden (USO)
- f) La Oficina de Deposito de Bienes (ODB)
- g) La Oficina de Control de Consignaciones de Tribunales (OCC)
- h) Archivo de la Sede (AS)

4.3.6. Las oficinas de Servicios Comunes Procesales: Son dependencias administrativas y judiciales que funcionan en todos los circuitos judiciales del trabajo, siendo las encargadas de dar apoyo a los jueces en cuanto a la tramitación y sustanciación de los expedientes. Las Oficinas de Servicios Comunes Procesales son:

a) Las oficinas de Secretarios Judiciales (OSJ): es una dependencia administrativa-judicial conformada por todos los secretarios del circuito judicial del trabajo, quienes están dirigidos por el coordinador de secretaria., quien tiene las siguientes atribuciones:

⁵ Resolución 1475-G.O.N0 37806 DEM; artículo 4.

1. Dirigir, supervisar y controlare las oficinas de servicios comunes procesales
2. Supervisar el manejo correcto y mantenimiento de los libros diarios, libros de acuerdos y decretos y demás libros a que se refiere el funcionamiento del circuito.
3. Prestar apoyo a los jueces en función jurisdiccional
4. Llevar el control de las audiencias a celebrarse
5. Supervisar las actividades que realizan los secretarios.
6. La Oficina de Tramitación Labora (OTL): es una dependencia también de carácter administrativo-judicial, conformada por los asistente del circuito Judicial del Trabajo y tiene a su cargo todo lo relacionado con la sustanciación de los asuntos o procesos judiciales en curso.

4.3.7. Descentralización Administrativa y Judicial de la Jurisdicción Laboral: Con el objetivo de promover y estimular la descentralización administrativa y jurisdiccional del Poder Judicial y garantizar el acceso a la justicia y tutela judicial efectiva de los derechos y garantías de los ciudadanos, establecidas en la Constitución Nacional y demás leyes de la República; la Carta Magna en su artículo 269 señala: “La Ley regulará la organización de los circuitos judiciales, así como la creación y competencia de tribunales y cortes regionales a fin de promover la descentralización administrativa y jurisdiccional del Poder Judicial.”⁶

En desarrollo de esta norma constitucional el artículo 15 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo establece que “Los Tribunales del trabajo se organizarán en cada circuito judicial, en dos instancias: una primera instancia integrada por los Tribunales de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Trabajo y los Tribunales de Juicio del Trabajo. Una segunda instancia integrada por los Tribunales Superiores del Trabajo. Su organización, composiciones y funcionamiento se regirán por las disposiciones establecidas en esta ley, en las leyes respectivas del trabajo.”⁷

Los circuitos judiciales a su vez están establecidos y funcionan en las diversas circunscripciones judiciales que existen en el territorio de la República Bolivariana de Venezuela y que por regla general, corresponde a la división política territorial del país.

⁶ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Artículo 269.

⁷ Ley Orgánica Procesal del Trabajo, Artículo 15.

“La circunscripción judicial, es, por tanto, la zona de territorio asignada a cada grupo de tribunales superiores e inferiores, vinculados entre sí, cuya función es prestar a los ciudadanos los servicios públicos de la justicia, de acuerdo con los diversos límites de la competencia: materia, cuantía, territorio y conexión. Se observa así que la organización judicial está determinada horizontalmente por el territorio y verticalmente por la jerarquía que existe en los tribunales. En cada circunscripción judicial existe uno o varios tribunales de manera que puedan coexistir varios tribunales de igual competencia o uno solo de ellos. Los tribunales funcionan en la sede, la cual se encuentra siempre en la capital o lugar más importante de la circunscripción. La sede suministra justicia a la respectiva zona territorial.”⁸

Con la creación de los circuitos judiciales de trabajo por parte del Tribunal Supremo de Justicia, se garantiza el funcionamiento de la jurisdicción laboral venezolana en todo el territorio nacional; ya que en todos los estados del país existe y funcionan los respectivos circuitos judiciales del trabajo correspondiendo su competencia territorial a las diversas circunscripciones judiciales y a la división político territorial del país.⁹

En cada circuito judicial funcionan de manera uniforme los diversos Tribunales de primera instancia, a saber: a) Tribunales de Sustanciación, Mediación y Ejecución y b) Tribunales de Juicio. Igualmente funcionan el o los Tribunales Superiores de cada circuito judicial.

El circuito judicial está conformado como una unidad administrativa y jurisdiccional que permite un funcionamiento uniforme y eficaz de la administración de justicia laboral que garantice a todas las personas el acceso a la administración de justicia del trabajo, para hacer valer derechos en interés; a la tutela judicial efectiva de los mismos y obtener con prontitud la decisión correspondiente.

Con motivo de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo de Venezuela, fue preciso dictar una Resolución de carácter general,¹⁰ que regulara nacionalmente la organización y funcionamiento de los circuitos judiciales del trabajo.

⁸ Cuenca, Humberto. Derecho Procesal Civil. Ediciones Biblioteca UCV, pp. 123 y 124.

⁹ Salvo los Circuitos Judiciales de: Punto Fijo, Estado Falcón; El Vigía, Estado Mérida; El Tigre, Estado Anzoátegui; Carúpano, Estado Sucre; Calabozo y Valle la Pascua, Estado Guárico; Charallave, Estado Miranda y Puerto Cabello, Estado Carabobo; en donde no existen Jueces Superiores, conociendo en apelación el o los Jueces Superiores que tienen su sede en la Capital de estos Estados.

¹⁰ Resolución N° 1475. DEM.

5. Balance de la oralidad y el proceso por audiencias en la jurisdicción laboral venezolana

La Ley Orgánica Procesal del Trabajo del 13 de agosto del año 2002, significó una transformación radical y profunda del proceso laboral venezolano, sustituyendo el viejo proceso escrito, por uno moderno, eficaz y humanizado.

Trataremos resumidamente de dar las principales razones del éxito de la modernización y transformación de la Jurisdicción Laboral venezolana:

5.1. El marco constitucional

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela aprobada por referéndum consultivo por el pueblo venezolano el 15 de diciembre de 1999, consagró que Venezuela “se constituye en un Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia que garantiza a sus ciudadanos una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa, y expedita sin formalismos o reposiciones inútiles y que además por imperio de la Constitución, constituye al proceso como un instrumento para la realización de la justicia.

La Ley Orgánica Procesal del Trabajo, en cumplimiento de este mandato, estableció; la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites y adaptó integralmente un procedimiento oral, breve y público, no sacrificando la justicia por la emisión de formalidades no esenciales.

5.2. La oralidad en el proceso por audiencias en todo estado y grado del proceso

La oralidad y el proceso por audiencias se desarrollan en el proceso judicial laboral venezolano en todo estado y grado del proceso. Por lo tanto, son orales las audiencias de mediación y conciliación en primera instancia y también es oral el debate entre las partes, la declaración de testigos, expertos y de las partes en la Audiencia de Juicio en Primera Instancia. La sentencia debe dictarla el juez oralmente al concluir la audiencia de juicio y se prohíbe la reproducción mecánica de la sentencia.

Como una novedad en iberoamérica, en el proceso laboral venezolano, el recurso de apelación y de hecho se sentencian y decide oralmente en segunda instancia y también es oral el Recurso de Casación Laboral.

5.3. Simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites

La Ley Orgánica Procesal del Trabajo consagró la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites. Para lograr que la sustanciación y decisión de la causa se decidiera de manera breve, transparente y eficaz.

5.4. Despacho saneador

El Juez de sustanciación, mediación y ejecución como rector del proceso, debe utilizar al Despacho Saneador, para corregir de oficio o a petición de la parte, los vicios procesales que pudieran afectar al proceso para evitar reposiciones inútiles y retardo procesal.

5.5. Prohibición de cuestiones previas o excepciones dilatorias o de inadmisibilidad

Se prohíbe a las partes la oposición de cuestiones previas o excepciones dilatorias o de inadmisibilidad ya que es obligación del juez, a través del Despacho Saneador, ordenar la corrección de defectos de forma o de procedimiento y oficiosamente verificar su competencia y jurisdicción para que los otros asuntos sean objetos del debate principal.

5.6. Notificación de las partes y eliminación de la citación

Se establece el emplazamiento a juicio del demandado mediante una simple notificación la cual incluye la notificación electrónica. Con la notificación se garantiza el derecho de defensa del demandado y además se abrieran los términos, procedimientos y lapsos para la comparecencia a la audiencia preliminar y demás actas del proceso.

5.7. Prohibición de la reposición de la causa por los tribunales superiores del trabajo y la sala de casación social del Tribunal Supremo de Justicia

Como una novedad en el proceso laboral venezolano, se consagra la prohibición por los Tribunales de Alzada (Tribunales Superiores y Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia) de reponer la causa al Tribunal de Primera Instancia y se les ordena por mandato legal, decidir el fondo del asunto para el reenvío y las reposiciones inútiles, que tanto retardan el proceso.

5.8. Establecimiento de tribunales especializados en mediación y conciliación

Para proponer los medios alternos de resolución de conflictos, se crean los tribunales especializados en mediación y conciliación, quienes dirigen profesionalmente las audiencias de mediación, estimulando la conciliación entre las partes y así poner fin al conflicto por autocomposición procesal.

5.9. Prueba anticipada ante la contestación de la demanda

Para garantizar la mediación eficaz del juez en el proceso, se obliga a las partes a anticipar sus medios de prueba, en la audiencia preliminar y antes de contestar el fondo de la demanda.

6. Conclusiones

La transformación exitosa de la jurisdicción venezolana, que logró la sustitución de un viejo modelo de justicia escrito, lento, pesado y burocrático por un modelo oral, breve, sencillo y humano, demuestra palmariamente que sí es posible humanizar el proceso para que este sea un instrumento eficaz a la realización de la justicia.

Sin embargo, se necesita voluntad, paciencia y perseverancia; para que la utopía sea posible. Debemos evitar la copia de modelos de manera mecánica, para adaptarlos a cada realidad.

Es necesario vencer la resistencia de los sectores más conservadores que se oponen al cambio social y unir los esfuerzos de todos los sectores de la sociedad, para

que los postulados constitucionales de justicia, igualdad y solidaridad sean letra viva y no letra muerta.

Con esta visión positiva y optimista juntos podemos construir un futuro mejor y junto al Libertador Simón Bolívar podremos decir que la justicia es y debe ser la reina de las virtudes republicanas.

La oralidad en el proceso contencioso administrativo

Ernesto Jinesta Lobo

Sumario:

1. Introducción. **2.** La oralidad: una idea símbolo. **3.** Oralidad, democratización y humanización del proceso. **4.** El correcto sentido del principio de la oralidad: el debate entre el proceso escrito, oral y mixto. **5.** La oralidad: un conjunto de principios. **6.** Los poderes del Juez en un proceso oral. **7.** Críticas clásicas e infundadas a la oralidad. Especial referencia en el proceso contencioso administrativo. **8.** El valor de la oralidad en el proceso contencioso administrativo en función del objeto y de la prueba requerida. **9.** La oralidad en el proyecto de Código Procesal Administrativo. **9.1.** Audiencia preliminar. **9.2.** Audiencia complementaria. **9.3.** Disposiciones generales. **10.** Sugerencias para la implementación de la oralidad en el proceso contenciosos administrativo. **11.** Conclusiones

1. Introducción

La justicia administrativa, como casi todos los órdenes jurisdiccionales, vive hoy una aguda crisis por la prolongada duración de los procesos. Las causas de la lentitud extrema y exasperante de los litigios obedece a diversas concausas dentro de las que destaca, entre otras muchas, un proceso predominantemente escrito lento, formalista, engorroso, burocrático y rígido, heredado de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa española del 27 de diciembre de 1956. Una de las soluciones para acelerar, abreviar o acortar el proceso administrativo lo constituye la introducción de un proceso por audiencias, en el oralidad constituyen, indudablemente, remedios efectivos y acertados contra la lentitud patológica del proceso administrativo.

Precisamente por lo anterior la Corte Suprema de Justicia tomó la determinación de conformar un Comisión Redactora de un Proyecto de Código Procesal Administrativo (Sesión del 5 de enero de 1998, artículo VII), la cual adoptó, entre las líneas maestras para modernizar el proceso contencioso administrativo, la idea-símbolo de la oralidad. De momento solo resta que la Comisión Revisora del Proyecto, también de la Corte, le de el visto bueno para que pase a la corriente legislativa.

2. La oralidad: una idea símbolo

Señala Cappelletti que la oralidad constituye una idea símbolo en los dos últimos siglos para impulsar una serie de movimientos de crítica y reforma del proceso, en especial, en los sistemas romano-canónicos, emprendidos después de la Revolución Francesa y del movimiento codificador.¹ Se trata de una idea, elevada a principio procesal, que, obviamente, todavía tiene actualidad y vigencia en aquellos sistemas jurídicos que permanecen anclados en un proceso predominantemente escrito de corte medieval y barroco con sistemas tasados o tarifados de valoración de la prueba (prueba legal) y carentes de relaciones inmediatas entre el órgano jurisdiccional decisor y las partes. La oralidad constituye la fuente de inspiración para emprender una serie de reformas legislativas que incluyan sistema de admisión y valoración libre y crítica de la prueba –la libre valoración y convicción del juez solo puede darse en el seno de un proceso oral–, la intermediación entre el acervo probatorio

¹ Cappelletti (Mauro), *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, Buenos Aires, EJE, 1972, pp. 32-34.

y el juez decisor y la introducción de una o varias audiencias para sustanciar la causa.² Incluso, se habla de un “movimiento en favor de la oralidad”,³ el que se remonta a mediados del siglo pasado en Europa Continental y que fructificó con la promulgación de las ordenanzas procesales civiles de Alemania (1877) y Austria (1895). Ese movimiento surgió como reacción a ciertas características negativas del modelo procesal vigente en la época, tales como las siguientes: a) El predominio absoluto del elemento escrito, de tal modo que se estimaba que lo que no consta en el expediente no existe en el mundo (inadmisibilidad e invalidez absoluta de los elementos orales “*quod non est in actis no est de hoc mundo*”). b) Ausencia de inmediatez, puesto que, el juez decisor no tiene un contacto directo, inmediato y personal con los otros sujetos procesales, los hechos y la prueba. La recepción de la prueba se delega en otra persona, generalmente un juez instructor o actuario; o, incluso, en un auxiliar judicial, razón por la que se creó “...una propia y verdadera muralla de papel entre el juez y los otros sujetos del proceso...”⁴ c) Prevalencia del sistema de prueba legal con reglas formales, abstractas y apriorísticas que determinan su admisibilidad y valor. d) Ausencia de concentración, puesto que, el proceso está constituido por una serie de etapas y fases concatenadas y prolongadas además de estar llenas de vicisitudes y eventualidades, esto es, el proceso difuso, disperso o desconcentrado. En nuestro país la idea de la oralidad en los procesos no penales es desempolvada y retomada por el distinguido jurista Ricardo Zeledón Zeledón quien, a partir de 1998, ha encabezado y dirigido a través de la Comisión de la Oralidad de la Corte Suprema de Justicia, un serio y concienzudo movimiento de reforma procesal de enorme importancia a través de la elaboración de un novedoso Proyecto de Código General del Proceso que incorpora el concepto de oralidad por audiencias.⁵

3. Oralidad, democratización y humanización del proceso

La oralidad contribuye a la democratización de la justicia y del derecho, pues to que, se requiere un juez que además de un rol activo –director e impulsor del proceso–, esto es, que dirija, ordene y agilice el proceso, asuma un papel asistencial interactuando con las partes para determinar y delimitar el objeto del proceso, los hechos controvertidos y la prueba admisible y pertinente, esto es, colaborando en

² Op. cit. cit., p. 75-77.

³ Op. cit. cit., p.97.

⁴ Op. cit. cit., p. 99.

⁵ Zeledón Zeledón (Ricardo), *¡Salvemos la Justicia!* (Humanización y Oralidad para el Siglo XXI), San José, Editorial Guayacán, 1998, in totum.

la búsqueda de la verdad real y asegurando una igualdad real entre las partes, de tal manera que la parte victoriosa sea la que probablemente tiene la razón y no la que posee más medios económicos para pagar a un representante hábil que complique el proceso en aras de los intereses de su representado y resista la lentitud del proceso. Se precisa de un juez involucrado y comprometido con la resolución de la causa y no introducido en una campana de cristal, construida sobre la base de una mal entendida independencia o imparcialidad, que lo aisle y aparta del resto de los sujetos procesales. Se requiere, en suma, de jueces honestos, diligentes, sensibles y estudiosos.⁶ La oralidad propicia y conduce a la humanización del proceso, por cuanto, respeta la dignidad humana, lo actualiza, lo acerca al ser humano y mejora la comunicación procesal haciéndola más flexible y expedita. La oralidad tiene, también, una función moralizante, puesto que, contribuye por su inmediatez a evitar las estrategias de los litigantes contrarias a la buena fe y lealtad procesales.⁷

4. El correcto sentido del principio de la oralidad: el debate entre el proceso escrito, oral y mixto

Como lo expresó Calamandrei existe un binomio; oralidad y escritura que ha revestido un significado polémico y programático, siendo el primer elemento la bandera del proceso del futuro y el segundo la representación de un proceso desfasado y anquilosado que debe reformarse.⁸ La comunicación que se produce en el proceso, esto es, las declaraciones de voluntad y conocimiento que formulan las partes, puede asumir dos formas oral y escrita, según se produzca entre presentes o ausentes.⁹ La doctrina es conteste en sostener que en virtud del grado de evolución jurídica de la humanidad, no puede existir un proceso puro, esto es, eminentemente escrito u oral. Lo recomendable es buscar un término medio, es decir, una coexistencia o complementación armónica del elemento escrito y del oral que desemboque en un proceso mixto. Resulta difícil imaginar un proceso oral que no admita la existencia de actos escritos, dado que, la escritura constituye un modo de expresión y conservación del pensamiento muy utilizado modernamente. De lo que se trata, más bien, es de otorgarle al elemento escrito el sitio real que le corresponde en el

⁶ Rivero Sánchez (Juan Marcos), *Proceso, Democracia y Humanización*. Separata Revista de Informacao Legislativa, Brasil, año 30, no. 118, abr./jun. 1993, pp. 307, 320-323.

⁷ Sáenz Elizondo (María Antonieta), *Una nueva visión del Proceso Civil*, San José, CONAMAJ, 1997, p. 35.

⁸ Calamandrei (Piero), *Oralità nel processo*. Opere Giuridiche, Napoli, Morano Editore, Volume Primo, 1965, p. 450.

⁹ *ibid.*

proceso.¹⁰ El proceso debe ser escrito en su fase inicial, introductoria o preparatoria y oral en la etapa de sustanciación, por lo que el problema radica en la coordinación de sendos elementos y no en la exclusión radical de uno de ellos.¹¹

Ambos elementos tienen sus virtudes, así el escrito, ocasionalmente, ofrece precisión, preparación y reflexión. No obstante, también ofrece graves desventajas, puesto que, en la mayoría de los litigios los escritos extensos, desordenados y redundantes contribuyen a complicarle a las partes y al órgano jurisdiccional el entendimiento de cuestiones básicas y elementales, así como a prolongar, innecesariamente, la resolución final. El proceso escrito contribuye a prolongar patológicamente la ya de por sí lentitud fisiológica del proceso, además de socavar las finanzas, paciencia, valor, esperanza y confianza de la parte que de su parte el elemento oral brinda las ventajas de la elocuencia muda del cuerpo (gestos, ademanes, muecas y actitudes corporales) y de la palabra viva, persuasiva y simple, que le permiten al juez determinar los puntos medulares objeto de la discusión. Es así como los sistemas procesales que buscan un grado importante de perfección combinan y coordinan sendos elementos utilizando la escritura para los actos que requieren de precisión y conservación (v. gr. demanda y contestación, contrademanda y réplica, dúplica y tríplica) y la oralidad para aquellos donde la espontaneidad, inmediación y simplicidad son relevantes.¹² Se encuentra plenamente aceptado que la fase preparatoria de todo proceso debe ser predominantemente escrita con relación a los siguientes aspectos: a) la demanda, la contestación, las excepciones y las eventuales contrademanda y réplica –hechos y pretensión–. En aras de la precisión, seriedad y seguridad, deben constar por escrito, independientemente que las partes, ulteriormente, integren, delimiten, aclaren, modifiquen o precisen tales extremos en una audiencia concentrada posterior y b) los alegatos o argumentaciones jurídicas –fundamentos de derecho– que requieren de un estudio profundo y reflexivo de la legislación, doctrina y jurisprudencia para evitar la superficialidad, improvisación y olvido inherentes a la retórica y a la dificultad para manejarla.¹³

De igual forma, se estima que la escritura cumple en el proceso oral otra función además de la preparatoria, la cual consiste en documentar o registrar los aspectos relevantes de los debates ocurridos en las audiencias, sobre todo para una instancia

¹⁰ Chiovenda (Giuseppe), *Curso de Derecho Procesal Civil*, México, Editorial Pedagogía Iberoamericana, 1995, pp. 431-432.

¹¹ Cappelletti (Mauro), op. cit., pp. 9-10. probablemente tiene la razón y se ve compelida a acudir a la tutela judicial.

¹² Op. cit. cit., pp. 10-11.

¹³ Op. cit. cit., pp. 87-88.

posterior, a través de las actas que se levanten al efecto. En esas actas se consignan las preguntas dirigidas a las fuentes de prueba y sus respuestas, las aclaraciones, rectificaciones y modificaciones formuladas por las partes, las resoluciones dictadas por el juez, etc.¹⁴ En cambio, en tratándose de la recepción de prueba, la oralidad cumple un papel fundamental. No obstante, deben efectuarse algunas distinciones de importancia. Existen probanzas, fundamentalmente documentales preconstituídas respecto del proceso con relación a las que debe regir el sistema de valoración legal, esto es, la oralidad no puede suponer una “irracional desvalorización de la prueba documental (preconstituída)”¹⁵ puesto que, la misma crea un grado de certeza y seguridad entre las partes que intervienen en una relación jurídica al prever los resultados de un proceso eventual. En resumen, la oralidad supone la libre valoración de la prueba por constituir (testimonial, pericial, declaración y confesión de partes, etc.), esto es, en cuya producción el juez ha participado directa y personalmente.

5. La oralidad: un conjunto de principios

Tanto Chiovenda como Calamandrei manifestaron en la primera mitad de este siglo que la expresión oralidad, en su correcta acepción jurídico procesal, recoge sintéticamente un conjunto de principios inseparables, entre los que se destacan:

a) Inmediación: Entre el juez y las personas cuyas declaraciones debe recoger y valorar. La oralidad es la presencia contextual de los inter locutores. Sólo el juez que ha asistido directa y personalmente a la evacuación de la prueba puede pronunciar la sentencia sin intermediarios como los jueces instructores o actuarios.

b) Identidad física del juez: Las diversas actuaciones se deben verificar ante un mismo juez o tribunal, puesto que, las impresiones recibidas no se pueden transferir a otra persona física, sobre todo, tratándose de la prueba. El juez que decide la controversia debe ser aquel que asistió a la producción de la prueba y tuvo relación directa con las partes.

c) Concentración: La causa se debe sustanciar en un período único que incluya una sola audiencia o el menor número posible de audiencias sucesivas y, significa, especialmente, el dictado de la sentencia después de la clausura del debate oral.

¹⁴ Chiovenda (G.), op. cit., pp. 432-433.

¹⁵ Cappelletti (M.), op. cit., p. 89.

Este principio garantiza la identidad física, puesto que, si el proceso se desarrolla en una serie de etapas o fases prolongadas y distantes entre sí se corre el riesgo que el juez decisor cambie por incapacidad, vacaciones, muerte, traslado, ascenso o retiro. Lógicamente, la concentración alcanza las cuestiones incidentales que deben resolverse en las audiencias en que está concentrado el proceso. La concentración constituye la característica exterior emblemática de la oralidad y realiza los principios de celeridad, sencillez y economía.

d) La celeridad, sencillez y economía: Se garantizan por cuanto las declaraciones escritas entre personas lejanas están separadas por intervalos que permiten la respuesta correspondiente, mientras que entre los presentes que hablan la respuesta sigue a la pregunta. El debate oral es contextual y no admite interrupciones o reenvíos. A diferencia, el proceso escrito es disperso y desconcentrado, se fracciona en una serie de fases o episodios con la posibilidad de impugnar separadamente las resoluciones interlocutorias. e) La oralidad implica otros principios como el de **publicidad** (un proceso abierto que permita el control de la actividad jurisdiccional y forense por las partes y la opinión pública, esto es, que refuerce la confianza del pueblo en la justicia), **libre valoración** (convicción del juez producto de su contacto directo, personal e inmediato con los sujetos, hechos y medios probatorios) e inquisitivo (búsqueda de la verdad real).

6. Los poderes del juez en un proceso oral

En un proceso oral el juez debe tener poderes directivos, ordenadores y sancionadores, que le permitan desarrollar un papel protagónico y activo en la relación procesal, provisto de la autoridad necesaria para ejercer su función, debe dirigirlo y conducirlo conveniente y ágilmente para la toma de una resolución acertada en la recepción de la prueba debe tener ciertas características específicas que le permitan conversar directamente con las partes y sus representantes y colaborar en la producción de la prueba, tales como control, dirección, iniciativa y liderazgo para propiciar el contradictorio o el interrogatorio cruzado y encausar el proceso por la senda correcta. En suma, debe tener los poderes suficientes para ser un juez director y no un espectador pasivo o un dictador detestable.

7. Críticas clásicas e infundadas a la oralidad. Especial referencia en el proceso contencioso administrativo

Toda idea jurídica novedosa está expuesta a las críticas de diversa índole, las que obedecen al natural y comprensible temor a los cambios y transformaciones positivas que permiten la evolución de las instituciones. La oralidad, que para el proceso contencioso administrativo costarricense resulta una nueva idea, lógicamente, será el blanco de objeciones a las que, en lo posible, es necesario adelantarse. Tradicionalmente, a la oralidad en el proceso se le ha objetado lo siguiente: a) Resulta propia de los sistemas angloamericanos y germánicos. Ciertamente la oralidad ha sido lugar común en los sistemas del “common law”, con algunas excepciones históricas, y recobró vigencia en Alemania durante la segunda mitad del siglo pasado. Sin embargo, el proceso en la Roma antigua incluía la oralidad, de modo y manera que no es ajena a la evolución de los sistemas romano-canónicos o continentales; b) En un proceso oral la cognición es más superficial y la sentencia al dictarse precipitadamente puede resultar desacertada. No obstante, la oralidad bien conjugada con la escritura, en los supuestos en que ésta cumple un rol importante, también es garantía de acierto y de una justicia pronta, simple y económica, por cuanto, el juez asume un papel activo que le permite dominar y conducir mejor el proceso, acercar a los justiciables a los Tribunales con una mayor democratización, humanización y socialización del proceso y asegurar una mayor veracidad y sinceridad de la prueba. Habría que cuestionarse, también, por qué razón las garantías que se consideran suficientes en un proceso penal donde se tutela la vida, la integridad física, la libertad y el honor se consideran inadecuadas para el proceso contencioso-administrativo; c) Las partes pueden exponerse a sorpresas, omisiones y errores dada la flexibilidad inherente a un proceso oral, lo que atenta contra la seguridad y la certeza. Esta crítica es relativa, toda vez que existe una fase preparatoria escrita que le permite a la contraparte ejercer la defensa y el contradictorio. De otra parte, si en las audiencias existe alguna modificación, aclaración o rectificación la contraparte, en virtud del contradictorio y la defensa, pueden argumentar y ofrecer contraprueba. d) La oralidad favorece a los charlatanes elocuentes o la oratoria vacua. Lo anterior es falso, ya que, un juez con poderes directivos, ordenatorios y sancionatorios suficientes puede, sin quebrantar el debido proceso y el derecho de defensa, restringir el campo de la discusión oral y reconducir el de bate a los aspectos que interesan para dirimir el litigio. La oralidad es un medio para restituirle a la palabra hablada su función esencial, esto es, para enaltecer la eficacia y dignidad de la elocuencia forense,¹⁶ e) La oralidad

¹⁶ Calamandrei (P.), op. cit., pp. 454-455.

podría comprometer la imparcialidad o neutralidad del juez. El rol activo y asistencial del juez en la oralidad no significa su parcialidad, el juez debe servir ante todo a la justicia, la igualdad y la verdad. El buen juez sabe distinguir entre asumir un papel de mero espectador insensible a la realidad o de director activo. El juez debe ser imparcial respecto de la relación sustancial objeto de la contienda pero no respecto de la conducción del proceso y de la averiguación de la verdad real. Particularmente, en lo que toca al proceso contencioso administrativo, se podría argüir que existen varios factores que no recomiendan la introducción de la oralidad, veamos: f.1) La consustancial y extrema complejidad de los aspectos de fondo debatidos en este tipo de procesos; f.2) la trascendencia económica, financiera y social de los asuntos que se ventilan en la jurisdicción contencioso administrativa; f.3) la existencia de una producción legislativa y reglamentaria asistemática, caótica, profusa y progresiva, donde al juez, en ocasiones, le interesa más la historia de una norma legislativa o reglamentaria que su texto vigente, para aplicarlo a la causa del proceso que se remonta tiempo atrás y f.4) el papel fundamental que cumple la prueba preconstituida o documental –expediente administrativo– en este tipo de procesos. La refutación a tales críticas particulares es la siguiente: f.1) Ciertamente los asuntos discutidos en un proceso contencioso-administrativo son, normalmente, muy complejos, sin embargo, la inmediación y los poderes de ordenación y dirección propios de la oralidad le permiten al juez simplificar, precisar y clarificar los hechos controvertidos alegados por las partes, así como la prueba pertinente para acreditarlos y, consecuente mente, la hermenéutica y aplicación de la norma jurídica correcta. f.2) En lo relativo a la trascendencia pecuniaria y social de los procesos contencioso-administrativos es menester indicar que la oralidad no es sinónimo de superficialidad, ligereza e irreflexión, es sencillamente celeridad, economía y sencillez, de modo tal que no compromete o afecta el conocimiento y resolución de las causas con gran repercusión social, política y económica. f.3) El problema de la producción normativa exacerbada se soluciona con la adopción de una serie de medidas de carácter administrativo tal y como la disposición, por parte de los jueces contencioso administrativos en la terminal que emplearan en las salas de audiencia y en sus despachos, de un sistema computadorizado de legislación vigente en el que se pueda acceder a los textos vigentes y la serie de reformas y modificaciones históricas de una norma, así como las bases de datos jurisprudenciales. Es de suponer, que la concentración y el papel activo del juez, le permiten a éste acudir a la audiencia final con conocimiento de causa o con un panorama relativamente claro. f.4) En punto al papel supuestamente trascendental de la prueba documental en el contencioso administrativo y, en particular, del expediente administrativo debe indicarse que esa afirmación resulta parcialmente cierta, puesto que, será válida, única y exclusivamente, para los procesos en los que se ha deducido una pretensión de mera nulidad, que hoy día son menos, puesto que, el

administrado, normalmente, va a querer, además, el reconocimiento y restablecimiento pleno de la situación jurídica sustancial lesionada por el acto administrativo impugnado. Adicionalmente, será más relativa si se amplía el ámbito y extensión de la jurisdicción contencioso administrativa –una jurisdicción plenaria, subjetiva y universal que controle todas las manifestaciones de la función administrativa– y el abanico de pretensiones deducibles por el justiciable de condena, declarativas, preventivas, etc.

8. El valor de la oralidad en el proceso contencioso administrativo en función del objeto y de la prueba requerida

Giuseppe Chiovenda distinguió el valor de la oralidad en tres hipótesis que son las siguientes:

a) un proceso en que los hechos son controvertidos y no hay que resolver más que cuestiones de derecho; b) un proceso en el que existen hechos controvertidos pero se debe resolver con fundamento en una prueba documental y c) un proceso en que los hechos son controvertidos y se requieren elementos de convicción no solo documentales (confesión, declaración de parte, pericial, testimonial, etc). Evidentemente, la oralidad tiene un valor diferente para cada uno de estos supuestos, puesto que, en los dos primeros las diferencias entre un proceso escrito y oral no son tan acentuadas. En el caso a) serviría para aclarar las cuestiones de hermenéutica jurídica planteadas y para la formulación de alegatos. En el supuesto b) los documentos serán examinados en el contradictorio vivo lo que evita malos entendidos, yerros y olvidos. Desde luego, que para la hipótesis c) la oralidad cumple un papel fundamental, puesto que, se produce un contacto directo e inmediato entre la prueba y los jueces llamados a resolver la causa.¹⁷ Por lo anterior, la oralidad en el proceso contencioso administrativo requiere de matizaciones o variaciones importantes. En efecto, existen procesos en los que la cuestión empeñada es de puro derecho (v. gr. la ilegalidad de un reglamento ejecutivo o de la determinación de la obligación tributaria por una indebida o errónea interpretación del hecho generador definido en la ley). En tales circunstancias, bastará una única audiencia para dirimir el asunto. De igual forma, en los procesos contencioso-administrativos, en los que se deduce la pretensión clásica de mera nulidad (artículos 10, párrafo 1, y 22 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa), al impugnarse la actividad formal de la Administración Pública (actos

¹⁷ Istituzioni di diritto processuale civile, Napoli, Jovene, tomo II, 2a. edizione, p. 397.

administrativos formalmente adoptados por escrito), la prueba estrella la constituye la documental —la que es de suponer será aportada por la parte actora o remitida por la Administración Pública—, esto es, el expediente administrativo, situación por la cual podría celebrarse una única audiencia. Claro está, en los procesos en que se formula una pretensión de plena jurisdicción (artículos 10, párrafo 3, y 23 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa) en la que se solicita el reconocimiento y pleno restablecimiento de una situación jurídica sustancial, con o sin reparación patrimonial, la oralidad tiene un valor de primer orden, puesto que, para determinar o probar el quebranto de la situación jurídica sustancial aducida, la eventual, y casi segura, existencia de los daños y perjuicios y el quantum de éstos se precisa, normalmente, de otros medios de convicción como la prueba pericial, testimonial, reconocimientos judiciales, etc.. Idéntico valor tendría la oralidad para las nuevas pretensiones del contencioso administrativo tales como las meramente declarativas, de condena o prestacionales —a dictar un acto administrativo, hacer cesar una vía de hecho, a prestar un servicio público—, preventivas, etc., en las que los testimonios, informes de peritos, declaración de partes, confesiones y reconocimientos juegan un rol trascendente para esclarecer los hechos y dictar una sentencia acertada.

9. La oralidad en el proyecto de Código Procesal Administrativo

El proyecto introduce la oralidad mediante la regulación de una audiencia preliminar y otra complementaria, esto es, se opta por un modelo de proceso por audiencia en el que debe haber una participación o presencia simultánea de los sujetos procesales (juez, partes, testigos, peritos, etc), que busca garantizar los principios de inmediación, concentración, publicidad y abreviación. La comisión redactora estimó prudente introducir la oralidad con el propósito de paliar la lentitud patológica del proceso contencioso administrativo y de reducir los costos económicos que, muchas veces, le impiden al justiciable acceder a la tutela judicial efectiva. Se propugna sustituir un proceso escrito, lento, pesado, fragmentado y burocrático por otro oral, ágil, breve, concentrado y democrático.

9.1. Audiencia preliminar

La audiencia preliminar no es anterior a la incoación del proceso, por lo que su denominación correcta debería ser primera audiencia. El proyecto procura recoger las funciones clásicas que la doctrina le ha asignado a la audiencia preliminar: **a) función conciliatoria**, esto es, de exclusión (conciliación total) o reducción

(conciliación parcial) del proceso: **b) función saneadora o depuradora del proceso** resolviéndose, en una sola audiencia, todas las cuestiones que pueden obstaculizar el conocimiento del fondo del asunto –*meritum causae*– (v. gr. incidentes, nulidades, recursos, excepciones previas, cuestiones concernientes a la admisibilidad y validez del proceso –competencia, jurisdicción, capacidad, legitimación, representación, conexidad, litispendencia y cosa juzgada, integración de la litis–, etc.), evidentemente esta función contribuye, además, a abreviar el proceso; **c) función esclarecedora** de la causa *petendi* (hechos), *petitum* (pretensión), del *thema decidendum* (puntos controvertidos) y de la prueba que debe ser admitida y evacuada¹⁸ Desde un punto de vista sistemático o estructural la audiencia preliminar se debe celebrar una vez transcurrido el plazo para la contestación de la demanda (artículo 53). La audiencia preliminar tiene por objeto los siguientes aspectos (artículo 60): a) Sanear el proceso mediante la resolución de toda clase de nulidades y cuestiones no atinentes al fondo del asunto. b) Aclarar, de oficio o a gestión de parte, los extremos de la demanda, contrademanda, contestación y réplica, cuando a criterio del Tribunal resulten oscuros o imprecisos. e) Recibir, excepcionalmente, prueba referida a las excepciones previas y resolverlas. d) Intentar la conciliación total o parcial. e) Fijar la cuantía del proceso. f) Determinar los hechos controvertidos y trascendentes para la resolución del asunto y que deben ser objeto de prueba. g) Admitir los elementos probatorios ofrecidos, rechazándose los manifiestamente impertinentes e inconducentes, así como proveer sobre su diligenciamiento. h) Resolver la oposición a la coadyuvancia. i) Resolver los recursos de revocatoria planteados por las partes en la propia audiencia contra las resoluciones del Tribunal. j) Fijar hora y fecha para la celebración de la audiencia complementaria. Si el asunto es de puro derecho o no hubiere prueba que evacuar la partes pueden formular conclusiones y el Tribunal procederá a dictar sentencia (artículo 62). Las manifestaciones del Tribunal durante la audiencia no prejuzgan el fondo del asunto ni constituye causal de excusa o recusación.

9.2. Audiencia complementaria

En doctrina tiene por objeto tres actos procesales claramente delimitados, veamos: a) la evacuación de la prueba; b) la formulación de las conclusiones sobre los aspectos fácticos y jurídicos y c) el dictado inmediato o diferido de la sentencia.¹⁹

¹⁸ Zeledón Zeledón (Ricardo), op. cit., pp. 99- Artavia Barrantes

¹⁹ (Sergio), Sugerencias para introducir la oralidad y otras instituciones procesales en el Derecho Procesal. *Consideraciones para una Reforma del Proceso Civil*, San José, Poder Judicial, Conamaj, 1999, pp. 36-42. Véscovi (Enrique), *La reforma de la Justicia Civil en Latinoamérica*, Bogotá, Editorial Temis, 1996, pp. < 48-51. Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, *El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamerica* (Historia-antecedentes-exposición de motivo), Montevideo, 2a. edición, 1997, pp. 25-38.

Los mismos objetivos son los que recoge el proyecto de Código Procesal Administrativo (artículos 64-70) con las dos únicas variantes de que la sentencia se pronuncia en forma diferida, esto es, dentro del plazo de los cinco días hábiles siguientes a la celebración de la audiencia complementaria, so pena de nulidad y que es posible celebrar una segunda audiencia para recibir prueba fuere materialmente imposible hacerlo en una. Durante ese período, el juez ponente no podrá conformar otro Tribunal ni asignársele otras funciones (artículo 70).

9.3. Disposiciones generales

Lógicamente en el Proyecto de Código Procesal Administrativo existen una serie de disposiciones generales relativas a las audiencias (artículos 53-59).

- Señalada hora y fecha para una audiencia el expediente debe pasarse para estudio de los jueces con diez días de antelación.
- La falta de comparecencia injustificada a una audiencia del actor o reconvenidor y de su abogado implicará el desistimiento de su pretensión y el pago de las costas. Si asiste solo la parte y no su representante la primera podrá solicitar la realización de la audiencia.
- Si la ausencia es de la parte demandada o reconvenida y de su representante, se tienen por ciertos los hechos, salvo los contradichos por algún documento, y se procederá al dictado de la sentencia. En caso de que asista solo la parte y no su abogado puede solicitar la realización de la audiencia.
- La ausencia justificada de la parte o su representante permite diferir la audiencia.
- Durante la audiencia las resoluciones deben dictarse verbalmente y debidamente motivadas, dejando constancia en el acta.
- Durante la audiencia el presidente del Tribunal tiene poderes suficientes para dirigir y ordenar el debate impidiendo intervenciones impertinentes o prolongadas y rechazando solicitudes notoriamente improcedentes o dilatorias, todo con respeto de derecho de defensa de las partes.
- El Tribunal dispone también, de los poderes necesarios para asegurar la adecuada celeridad de las audiencias, evitar el fraude y abuso procesales y garantizar la buena fe y lealtad procesales.

- En la audiencia se debe levantar un acta con una serie de requisitos so pena de nulidad y se debe gravar íntegramente el debate.

10. Sugerencias para la implementación de la oralidad en el proceso contencioso administrativo

En el estado actual de evolución jurídico no se puede dudar sobre la viabilidad práctica, conveniencia y oportunidad de implementar oralidad. Sin embargo, en todo ordenamiento jurídico en el que se pretende introducir se deben tomar una serie de medidas previas de carácter estructural y organizacional que abarcan diversos ámbitos y que son las únicas capaces de asegurar el éxito de la oralidad y el cumplimiento de sus elevados propósitos. Por lo anterior, nos permitimos recomendar la adopción previa de las medidas siguientes: a) La introducción de la oralidad exige un mayor número de jueces contencioso administrativos. La relación actual entre población (3.558.697 habitantes según el cálculo de población total del país a enero de 1999 del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos) y número total de jueces contencioso administrativos de primera instancia, que poseen competencia en todo el territorio nacional, (9) es de un juez contencioso administrativo por cada 395.410,77 habitantes, cifra que resulta alarmante. Si la relación recomendable es, aproximadamente, de 1 juez por cada 60.000 habitantes, se requerirían, entonces, 59 jueces contencioso administrativo. Por lo anterior, la oralidad precisa, por lo menos, quintuplicar el número de jueces contencioso administrativos, puesto que, para una aceleración efectiva del proceso cada juez o tribunal debe preparar y estudiar exhaustivamente el asunto antes de realizar las respectivas audiencias. b) La oralidad supone un cambio ideológico profundo (una nueva visión o concepción del proceso y de los sujetos que intervienen), lo que acarrea, a su vez, varias consecuencias relevantes: b.1) Debe existir una capacitación previa, adecuada y suficiente de los jueces para comprender y asimilar la trascendencia de los principios de celeridad, concentración, inmediación, publicidad, identidad física y de libre o crítica valoración de la prueba. El juez deba aprender a asumir un rol activo y asistencial de las partes en el proceso mediante el ejercicio efectivo de los poderes que se le otorgan para evitar el fenómeno del abstencionismo judicial el cual sí atenta contra la imparcialidad e independencia judicial, la justicia, la igualdad real de las partes y el acceso a una tutela judicial efectiva. Esa capacitación debe incluir aspectos tales como técnicas para dirigir un debate, de interrogatorio, de conciliación, etc.. b.2) De igual forma, el Colegio de Abogados y las universidades deben emprender una seria y exhaustiva revisión del diseño curricular de las materias atinentes al Derecho

Procesal y a los Ejercicios Jurídicos para incluir todas aquellas modificaciones y rectificaciones necesarias para crear una cultura jurídica proclive a la oralidad. b.3) Los abogados litigantes del foro deben, igualmente, prepararse para un cambio importante que garantizará de mejor manera la buena fe procesal y evitará el abuso y el fraude procesales. También deben mejorar sus técnicas de oratoria y retórica, puesto que, el propio sistema se encargará de efectuar una selección natural. c) Se deben acondicionar salas de debate para la realización de las audiencias provistas con recursos que permitan grabar la discusión (cámaras de video, grabadoras magnetofónicas, etc.). d) El Proyecto de Código Procesal Administrativo una vez aprobado y promulgado debe tener una “*vacatio legis*” de, por lo menos, dos años que permita preparar la infraestructura requerida.

11. Conclusiones

Solo mediante la concentración y la inmediatez, aspectos inherentes a la oralidad, se pueden aumentar los poderes del juez para buscar la verdad, lograr la simplicidad y lealtad del contradictorio, la reducción de los formalismos y la aceleración de los procesos. Como puso de manifiesto Calamandrei la introducción e implementación de la oralidad es un problema humano, puesto que, debe suponer una actitud de colaboración y de comprensión leal, recíproca y constante entre los abogados y el juez, los primeros que entiendan la función de administrar justicia y los segundos la importancia social de la abogacía.²⁰

Evidentemente, el cambio no está exento de una serie de riesgos pragmáticos razonables y justificados que deben enfrentarse con capacidad de previsión y de trabajo, compromiso, valor y entrega, todo en aras, de provocar un necesario e impostergable salto cualitativo en el desarrollo de las instituciones jurídicas y, sobre todo, de la justicia, la igualdad, la verdad y la paz entre los hombres.

12. Bibliografía

Calamandrei (Piero), *Oralidad nel processo*. Opere Giuridiche, Napoli, Morano Editore, Volume Primo, 1965, p. 450.

²⁰ Calamandrei (P.), op. cit., p. 455.

Calamandrei (P.), op. cit., pp. 454-455.

Cappelletti (Mauro), *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, Buenos Aires, EJE, 1972, pp. 32-34.

Cappelletti (M.), op. cit., p. 89.

Cappelletti (Mauro), op. cit., pp. 9-10. probablemente tiene la razón y se ve compelida a acudir a la tutela judicial.

Chiovenda (Giuseppe), *Curso de Derecho Procesal Civil*, México, Editorial Pedagógica Iberoamericana, 1995, pp. 431-432.

Chiovenda (G.), op. cit., pp. 432-433.

Istituzioni di diritto processuale civile, Napoli, Jovene, tomo II, 2a. edizione, p. 397.

Rivero Sánchez (Juan Marcos), *Proceso, Democracia y Humanización*. Separata Revista de Informacao Legislativa, Brasil, año 30, no. 118, abr./jun. 1993, pp. 307, 320-323.

Sáenz Elizondo (María Antonieta), *Una nueva visión del Proceso Civil*, San José, Conamaj, 1997, p. 35.

Zeledón Zeledón (Ricardo), op. cit., pp. 99-Artavia Barrantes (Sergio), Sugerencias para introducir la oralidad y otras instituciones procesales en el Derecho Procesal. *Consideraciones para una Reforma del Proceso Civil*, San José, Poder Judicial, Conamaj, 1999, pp. 36-42. Vescovi (Enrique), *La reforma de la Justicia Civil en Latinoamérica*, Bogotá, Editorial Temis, 1996, pp. 48-51. Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, *El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamerica* (Historia-antecedentes-exposición de motivo), Montevideo, 2a. edición, 1997, pp. 25-38.

Zeledón Zeledón (Ricardo), *¡Salvemos la Justicia!* (Humanización y Oralidad para el Siglo XXI), San José, Editorial Guayacán, 1998, in totum.



ENTREVISTA

La constitucionalización del derecho administrativo y oralidad en Colombia

Jorge Ramírez Ramírez

RDJ: *Usted es actualmente magistrado del Consejo de Estado, para un público ecuatoriano que no conoce ésta institución ¿podría explicarnos que es el Consejo de Estado de forma muy sintética y su organización?*

JRR: El Consejo de Estado colombiano hace parte de la rama judicial en Colombia, la rama judicial en Colombia a diferencia de lo que sucede en el Ecuador podríamos decir no tiene uno sino tres órganos del cierre de la jurisdicción que están en el mismo nivel. Estos son la Corte Constitucional que se encarga de los que podríamos denominar asuntos constitucionales; La Corte Suprema de Justicia que se encarga de las controversias entre los particulares; y el Consejo de Estado que es el órgano de cierre de la jurisdicción contencioso administrativa. Constitucionalmente la función del Consejo de Estado es ser juez de la administración, pero además en virtud de una tradición histórica en Colombia el Consejo de Estado también cumple el papel de juez de constitucionalidad respecto de los actos emitidos por el presidente de la República, a través de los decretos o los actos administrativos de otras autoridades nacionales, por eso se ha dicho que el Consejo de Estado en esos asuntos es equiparable o se encuentran el mismo nivel que la Corte Constitucional que se encarga del control de constitucionalidad respecto de la función legislativa y el Consejo de Estado respecto de lo que es la función administrativa.

RDJ: *¿Sólo de la función administrativa o solamente de los actos del presidente de la República?*

JRR: Como juez de constitucionalidad de los decretos del presidente de la República y de los otros actos administrativos de autoridades nacionales que puedan ser objeto de ese control objetivo de constitucionalidad, desde el punto de vista del juez de constitucionalidad, por eso se habla que el Consejo o mejor que la jurisdicción constitucional o el control constitucional en Colombia es un control difuso en la medida en que varios órganos jurisdiccionales tienen a su cargo la guarda de la Constitución que no radica exclusivamente en la Corte Constitucional, más con el advenimiento de la Constitución del 91 que con la consagración de mecanismos de protección de derechos subjetivos constitucionales, la que nosotros conocemos como acción de tutela o que conocen en otros países como el derecho de amparo o recurso de amparo, más repito cuando ese mecanismo de protección subjetiva de competencia de cualquier órgano jurisdiccional de cualquier juez incluyendo al Consejo de Estado.

RDJ: *¿Cómo han sido y cuáles son las relaciones actualmente entre el Consejo de Estado y la Corte Constitucional a propósito de la tan cacareada choque de trenes?*

JRR: Yo creo que las diferencias entre lo que podríamos llamar la justicia ordinaria y la justicia contenciosa de los tribunales constitucionales no es extraña en ningún país que tenga ese modelo y pues hemos visto por ejemplo que en España se presentan también esas diferencias entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, a mi juicio lo que se denomina choque de trenes es mas una cuestión periodística o de los medios de comunicación en estricto sentido una diferencia irreconciliable entre los órganos de cierre en sus respectivas competencias en Colombia, por lo menos en mi opinión, yo creo que en el momento actual es la opinión predominante entre mis colegas del Consejo de Estado es que cada uno dentro del ámbito de sus competencias la Corte Constitucional como juez de constitucionalidad por vía del control objetivo y de órgano que cierre con lo que tiene que ver con las acciones de tutela, el Consejo de Estado como juez de legalidad en las acciones contenciosas administrativas o juez de constitucionalidad, en esa función residual de la que hablamos ahora, repito dentro de estas competencias materiales cada uno ejerce y respeta los fallos que expida una u otro organismo jurisdiccional, concretamente en el caso de la Corte Constitucional ya es frecuente que nosotros acatemos las decisiones de la Corte Constitucional que por vía de revisión o de cierre de materia de protección de derechos

fundamentales expide la Corte Constitucional, se presentan algunas diferencias en cuestiones verbigracia en materia de seguridad social o pensiones últimamente pero tampoco últimamente puede decirse que hay en efecto un choque de trenes, me parece que cada uno dentro del ámbito de sus competencias ha determinado las cuestiones desde el punto de vista jurídico y constitucional.

RDJ: *¿Y es una relación institucional o una relación que depende de la buena aproximación entre los presidentes de cada corporación?*

JRR: Yo creo que hay una relación institucional, en este momento a diferencia de otras épocas hay un diálogo muy fluido entre los magistrados de la Corte Constitucional y los magistrados del Consejo de Estado, todo dentro del respeto de las competencias y las diferencias que en materia jurídica ustedes saben que se puede presentar.

RDJ: *¿Cómo emplea el Consejo de Estado el principio de aplicación directa de la Constitución en materia administrativa?*

JRR: El Consejo de Estado ha ido más allá, no sólo en lo que tiene que ver con la aplicación directa de la Constitución sobre todo materia de responsabilidad extracontractual, sino incluso que ha llegado a lo que se denomina hoy en día el control de convencionalidad, por esa vía el Consejo de Estado digamos ha llegado a la conclusión que hacen parte de ese bloque de constitucionalidad, toda esa normativa internacional, sobre todo en materia de derechos humanos, de reparación económica y de medidas restitutorias o satisfactorias que son muy propias del sistema interamericano y obviamente que la aplicación directa de la Constitución se va por vía de ese control de constitucionalidad del que hablamos ahora, del control inmediato de constitucionalidad, de aquellos actos que se dictan con fundamento en los decretos estados de excepción, en la pérdida de investidura y pues directamente en los procesos contencioso administrativos en la medida en que se considera que si el acta administrativa viola directamente la Constitución, un derecho fundamental, el debido proceso, etc, el juez tiene la obligación de entrar a anular el acto administrativo a pesar de que las partes no hayan aducido en la demanda esos vicios del acto administrativo, yo incluso diría que mucho más allá, porque la Corte Constitucional incluso ha dicho que es una obligación del juez, si encuentra que hay una violación de un derecho fundamental en un acto administrativo anular el acto administrativo, por eso creo que va más allá de la naturaleza de un simple principio.

RDJ: *¿Podría precisar un poco para los lectores ecuatorianos, cuáles son las distintas salas o cómo funciona orgánicamente el Consejo de Estado?*

JRR: La jurisdicción contencioso administrativa digamos que tiene tres niveles, empiezo de superior al inferior, están: el Consejo de Estado, los Tribunales Departamentales y los juzgados de circuito administrativo; podemos decir que los jueces en lo contencioso administrativo son jueces de plena competencia en el sentido de que conocen de nulidad de acto, de responsabilidad contractual, extracontractual, de contencioso tributario, etc. salvo en el Tribunal de Cundinamarca que es el que tiene asiento en la capital y en el Consejo de Estado donde hay salas o secciones especializadas, el Consejo de Estado tiene dos salas, una sala de consulta y una sala contencioso administrativa, porque se me olvidaba decirlo que el Consejo de Estado también cumple funciones consultivas por el gobierno y la sala contencioso administrativa que es a la que pertenezco que está dividido en cinco secciones: la sección primera conoce de la nulidad de actos administrativos en materia aduanera, de marcas y patentes, y propiedad intelectual; la segunda sección conoce de asuntos laborales; la sección tercera conoce de la responsabilidad extracontractual, de asuntos mineros y adjudicación de baldíos; la sección cuarta conoce de asuntos tributarios y de asuntos económicos de regulación económica, de vigilancia financiera etc.; y la sección quinta conoce de los asuntos electorales; hay unas competencias que podríamos denominar transversales para todas las secciones que son las que tienen que ver que son propias de la sala plena como son las acciones de pérdida de investidura, la acción de nulidad por inconstitucionalidad que acabamos de mencionar, el control inmediato de legalidad y las acciones de tutela que debe conocer el Consejo del Estado como juez que es, digamos que esa es la distribución de una manera muy rápida de el Consejo de Estado.

RDJ: *En el Ecuador hay mucha expectativa por la próxima entrada en vigencia del Código General de Procesos que unificó todos los procedimientos no penales, entre esos el contencioso administrativo y ha fijado mucho su atención al otro lado de frontera en Colombia, qué pasa en Colombia?, Según entiendo, en el 2012 entra en vigencia el nuevo Código Contencioso Administrativo, que reemplazó un código del año 1984 ¿cómo recibieron los operadores jurídicos colombianos, y particularmente los jueces de la jurisdicción contencioso administrativa el cambio introducido en el código hacia el sistema por audiencias en materia contenciosa administrativa?*

JRR: Lo primero que hay que decir es que esa ley 1437 o el Código de Procedimiento Administrativo de lo Contencioso Administrativo se expidió bajo dos ideas

fundamentales, la primera idea era la de que había que adecuar la norma sobre procedimiento administrativo y procedimiento contencioso administrativo, a los cánones de la Constitución de 1991, que yo creo que en ese sentido puede decirse que el código ha cumplido su cometido; y la otra idea era que bajo la adopción de un sistema de oralidad o de juicios por audiencia se iba descongestionar la jurisdicción contencioso administrativa, yo creo en ese punto, tengo mi reserva, soy muy escéptico, creo que oralidad no puede equipararse a descongestión, el problema de la descongestión es un problema de oferta y demanda de justicia que por lo menos en Colombia lo que exige es el aumento del despachos judiciales; por su parte, la oralidad vuelvo y repito, no puede ser sinónimo de descongestión, y por lo tanto a mi modo de ver ese objetivo del Código no se ha cumplido en debida forma y no puede cumplirse.

Ahora en lo que tiene que ver con la operatividad o aplicación del código, nosotros tuvimos y digo nosotros porque yo he sido formador de la Escuela Judicial y tuvimos la oportunidad de hacer una investigación de campo, sobre la forma como se estaba aplicando el Código Contencioso Administrativo y encontramos que en efecto ahí hay un problema cultural, porque nuestros jueces o todos nosotros estamos acostumbrados a un sistema escritural y el sistema ahora el que exige un cambio total en es el manejo del proceso y en la opción de decisiones, ustedes van a encontrar en ese estudio que los jueces verbigracia, la gran mayoría no dictan la sentencia oral en audiencia sino que lo dicta con posterioridad, resuelven incidentes, cuestiones de accesorios por fuera de audiencias, etc. lo que va en contra vía de un principio fundamental en la oralidad que es el principio de la concentración y de la inmediación, es claro que yo creo que eso también se debe que nuestro Código a mi modo de ver de una manera sabia y estoy hablando del Código actual de la ley 1437, no es estrictamente oral tiene una tendencia a la oralidad, lo que le permita cierta flexibilidad del juez de adoptar decisiones en audiencia o por fuera de audiencia y digo que es prudente porque hay casos en los cuales por las circunstancias del caso es difícil por no decir imposible adoptar la decisión en la audiencia por la rapidez, repentismo que exige muchas veces la adopción de decisión complejas en una audiencia oral.

RDJ: *Particularmente acá en Ecuador, hay una preocupación enorme frente a la jurisdicción contencioso administrativa del manejo de la prueba, ¿cómo funciona el manejo de la prueba, y particularmente de la prueba pericial en el sistema por audiencias?*

JRR: Creo que es el problema más crítico de un juicio por audiencias aplicado al proceso contencioso administrativo, y lo estamos viviendo en este momento en

Colombia, y seguramente se va a vivir en el proceso civil o en el proceso que se lleva ante la justicia ordinaria, porque estamos cambiando el esquema del dictamen pericial que veníamos manejando yo podría decir en Colombia por lo menos desde el año 31 en la jurisdicción ordinaria con el antiguo código judicial y en la jurisdicción contencioso con la ley 167 de 1941, el problema fundamentalmente está en Colombia en la designación de los peritos, en el traslado y en la controversia del dictamen, los códigos y la ley 1437 se aplicará jurisdicción contencioso administrativa como la que se apliquen la jurisdicción ordinario que el código general del proceso, parten de dos supuestos distintos, nuestro código que es la ley 1437 no regula íntegramente la materia probatoria, regula algunos aspectos y nosotros nos debemos remitir al Código Procesal de la Justicia Ordinaria, que en el momento de la expedición de la ley 1437 era el Código de Procedimiento Civil que era un código de sistema escritural, entonces las partes solicitaban el dictamen pericial, el nombramiento de peritos, el juez lo nombraba, se daba traslado y en el término del traslado podían controvertir el dictamen u objetar el dictamen, la ley 1437 trae un sistema bastante enredado, que es del que ha dado origen ese tipo de problemas y que ha obligado a que el juez, cada juez, resuelva el problema unos con un gran sentido práctico otros sin ese sentido práctico, lo primero porque ya nuestro Código da la idea de que las partes debe llevar su perito y entonces ese es uno de los primeros choques porque el perito de parte prácticamente es un testigo de parte y nosotros estamos acostumbrados a que el perito sea un verdadero auxiliar de juez.

RDJ: *¿Es decir, si no lo malinterpreto, usted está diciendo que en Colombia se ha convertido el peritaje casi en un testimonio?*

JRR: El Código no lo define así, pero yo me atrevería decir que el perito es un testigo técnico. Incluso hay una cuestión accesoria en el trámite de designación de los peritos, qué es lo que se llama la tacha del perito, que sí uno mira el código lo que está prácticamente diciendo o aplicando es algo semejante a lo que pasa con el testigo cuando se tacha por sospecho, porque no hay credibilidad etc, etc, obviamente que eso obliga a que el juez sea muy práctico por ejemplo yo les cuento lo que hecho el Código nuestro estoy hablando del Código de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa lo que no se puede con el Código General de Procesos, permite que el juez pueda nombrar de la manera tradicional es decir de la lista de auxiliares de la justicia, en uno de esos procesos me llegan las partes con sus peritos técnicos se trata de un problema de validación de firma digital envío de correos electrónicos y documentos la administración decía que no lo había recibido el contribuyente decía

que si que lo habían cambiado etcétera, etcétera, etc. es decir una serie de problemas tecnológicos que uno como juez no maneja, yo fijé una audiencia para oír los peritos de las partes pero al mismo tiempo nombré unos peritos auxiliares de la justicia para que me asesoraran en el interrogatorio y en el análisis evaluación del dictamen pericial de los testigos pero como ascensores míos como unos verdaderos auxiliares de la justicia, pero fíjense ustedes que eso fue una salida práctica que me vi obligado a tomar en ese momento porque en realidad el problema del dictamen pericial radica, que en la misma audiencia tenga el mismo juez los suficientes elementos de juicio para soportar su fallo, en esos conceptos técnicos que son necesarios en muchas materias, naturalmente que nuestro Código tiene y me estoy adelantando a la conferencia, nuestro código tiene ciertas válvulas de escape, le permite al juez suspender la audiencia, para que se pueda dar traslado del dictamen para ampliar el dictamen pericial etcétera, he incluso eso ha llevado a que el traslado del dictamen como tal se de antes de la audiencia y simplemente se haga la exposición, las aclaraciones, las adhesiones en la audiencia, pero sigue siendo un problema.

RDJ: *El problema concreto acá en Ecuador es que el Código General de Procesos, fija que en una sola audiencia en realidad hay dos audiencias una de resolución de problemas previos y la otra una audiencia global para practicar las pruebas y dictar la sentencia, entonces digamos qué pareciera que en Colombia la audiencia de la que usted se refiere es una audiencia sólo para pruebas.*

JRR: Si, en realidad el sistema por audiencias que usted me acaba de exponer es semejante al que trae nuestro Código General de Procesos para la jurisdicción ordinaria, la idea de la jurisdicción ordinaria también es una audiencia inicial y de pruebas y una audiencia de juzgamiento lo que se denomina en el Código General de Procesos el procedimiento verbal, hay otro que es el procedimiento verbal sumario que es de una sola audiencia semejante al de ustedes. el nuestro, y cuando hablo del nuestro, me refiere al proceso contencioso administrativo está concebido sobre o estructurado en tres audiencias una audiencia inicial que podríamos llamar preliminar, una audiencia de pruebas y una audiencia de alegaciones y juzgamiento es un sistema mucho más flexible que nos permita nosotros los jueces administrativos digamos solucionar más fácil ese tipo de problemas que lo que va a pasar todavía es evaluación no se ha hecho en la justicia ordinaria con el Código General de Procesos ese Código General de Procesos, solamente este año digámoslo entro a elegir de manera total en el territorio colombiano la vigencia de este Código fue gradual pero eso si va a representar grandes problemas si va a obligar querámoslo o no, a una modificación o a que las buenas prácticas procesales lleven al juez a

garantizar digamos la contradicción del dictamen y el soporte técnico del dictamen una de las pautas, que en esa materia hemos aplicado en Colombia, es que mientras no se vulnere el debido proceso es perfectamente viable buscar una solución, otra cosa es que según el debido proceso entre otras razones porque las causales de nulidad del proceso son taxativas, salvo cuando se trate de la violación del derecho fundamental al debido proceso, pero si garantiza la contradicción del dictamen la posibilidad de objetar de lo controvertido etcétera, etcétera, yo creo que se pueden superar los problemas.



la cultura

about culture and how it affects our lives

el nuevo discurso
oralidad

COMENTARIO DE JURISPRUDENCIA

Análisis jurisprudencial
Caso de responsabilidad médica
M.A.A.T. vs. B.B.P 158-2014

Edgar Ulloa Balladares

Sumario:

1. Hechos; **2.** Problema jurídico identificado por la Sala Civil de la Corte Nacional de Justicia; **3.** Argumentación; **3.1.** Tipo de responsabilidad; **3.2.** Requisitos para que se configure la responsabilidad; **3.2.1.** Hecho ilícito: obligación de información al paciente; **3.2.2.** Culpa o dolo: Lex artis; **3.2.3.** Daño; **3.2.4.** Nexo causal; **4.** Opinión personal

1. Hechos

M.A.A.T. interpone una demanda por daño moral en contra de B.B.P., con el objeto de obtener una reparación al sufrimiento causado por la muerte de su hijo. La demandante relata que durante su embarazo, a pesar de que ella padecía un síndrome que afecta a su sistema inmunológico, su médico no le diagnosticó de modo oportuno que estaba infectada con Citomegalovirus y la consecuente infección de su bebé. Esto provocó que la demandante no pueda realizar otros tratamientos fuera del país. Asimismo, tampoco se informó durante el estado de gestación que su hijo padecía de Síndrome de Down. Por tanto, debido a la falta de información de parte del médico, los futuros padres esperaban un niño completamente normal y sano.

De acuerdo a la demanda, el médico acusado tampoco informó de los padecimientos de la madre y el *nasciturus*, a los demás médicos tratantes pero sin embargo se ausentó del país el día del parto por lo que fue reemplazado por otros médicos, los cuales eran completamente desconocedores de su caso. La demandante llega a conocer estas contingencias dos días después del nacimiento de su hijo, quien se encontraba agonizando por una serie de complicaciones. Consecuentemente, la actora solicita la indemnización de un millón de dólares por el sufrimiento vivido por ella y por su hijo, quién fallecería dos semanas luego de nacer.

El demandado alegó que no incurrió en negligencia debido a que todos los exámenes de rigor, fueron realizados en su momento oportuno y ninguno habría resultado con la existencia de Citomegalovirus o de Síndrome de Down. Y que posteriormente, se habría realizado otro examen a pedido suyo, en el cual dio como positivo la presencia del virus antes indicado, por lo que se dio seguimiento y se prescribió descanso sin comunicar el diagnóstico a la actora. Pues esas medidas eran las únicas posibles dadas que el Citomegalovirus no puede ser tratado durante el embarazo. Adicionalmente manifiesta que la causa de muerte del bebé habría sido la hipertensión pulmonar, que nada tendría que ver con el Síndrome de Down ni con el virus mencionado.

El juez que conoció en primera instancia el caso, resolvió declarar con lugar la demanda con una indemnización de USD 600.000. Esta decisión fue apelada por el demandado, la cual en segunda instancia, se decidió aceptar el recurso de apelación y revocar la sentencia venida en grado debido a que *“la actora no ha podido demostrar que el síndrome de down o la muerte del neonato H.R.A., sea atribuible a la falta del debido cuidado en las prescripciones médicas impartidas por B.B.P., pues no siempre se pueden predecir las complicaciones post natales, por lo que se aceptan las excepciones del demandado”*.

Esta última decisión es recurrida ante la Corte Nacional de Justicia bajo las causales 5, 4, 3 y 1 del Art. 3 de la Ley de Casación.

2. Problema jurídico identificado por la Sala Civil de la Corte Nacional de Justicia

Previo a analizar el problema jurídico identificado por la Sala, es importante mencionar que la sentencia de segunda instancia fue casada como consecuencia de la aceptación del recurso de casación por la causal cuarta, la cual recoge los vicios de incongruencia.

De acuerdo con la Sala, el tribunal de instancia no analizó uno de los elementos de la pretensión, que es la responsabilidad médica por la no oportuna información a la demandada sobre la presencia del Citomegalovirus. Por lo tanto, luego de casar la sentencia la Sala procedió a resolver la controversia sobre la base del artículo 16 de la Ley de Casación.

En primer lugar, el tribunal realiza un resumen con los principales argumentos tanto de la demanda como de la contestación, así como un resumen de los medios probatorios que fueron actuados ante los tribunales de instancia.

Luego, como se señala en la sentencia, el problema jurídico en esta etapa procesal es la determinación de la responsabilidad del médico por la falta de cumplimiento a su deber de información:

“Es de suma importancia recalcar en este caso, que lo importante es el derecho a la información de la mujer embarazada, no el hecho de que el Citomegalovirus sea tratable o no en el embarazo o después de éste, o si este tuvo o no consecuencias en el hijo de la actora.”

Este problema jurídico desencadenará otros como, por ejemplo, determinar ante qué tipo de responsabilidad nos encontramos, si los requisitos necesarios para ese tipo de responsabilidad se cumplen, etc. En consecuencia, el análisis del fallo no se centró en cuáles fueron las causas directas de la muerte del niño, sino en establecer qué daño causó el eventual actuar negligente del médico al violar su deber de información a la paciente.

3. Argumentación

En este punto se irá intercalando la posición adoptada en el fallo objeto de análisis con comentarios y/o observaciones propias.

3.1. Fuente de la responsabilidad

Este caso podría ser objeto de dos tipos de responsabilidad de acuerdo a los hechos expuestos y a la pretensión de la demandante, que es la indemnización por daño moral.

3.1.1. Responsabilidad contractual

En virtud de la existencia de un contrato de prestación de servicios médicos entre la demandante y el acusado, es factible la existencia de una responsabilidad contractual siempre que alguna de las obligaciones provenientes de dicho contrato haya sido incumplida.

Los requisitos necesarios para que se configure la responsabilidad contractual son: (1) que exista un contrato válido entre las partes que genera obligaciones; (2) que la parte que está obligada incumpla la obligación, al mismo tiempo que la parte que reclama no esté en mora de sus propias obligaciones; (3) que el incumplimiento sea causado por una conducta culposa o dolosa del deudor; y, (4) que como consecuencia del incumplimiento se hubiere producido un daño real.

3.1.2. Responsabilidad extracontractual

Para la procedencia de la responsabilidad extracontractual, existen también requisitos básicos que deben cumplirse y son: (1) la realización de un acto ilegítimo (delito o cuasidelito); (2) que este acto sea producto de una conducta dolosa o culposa; (3) que exista un daño; y, (4) un nexo causal entre el acto y el daño producido.

Es necesario destacar que el voto de mayoría de la Sala claramente señala que no existe responsabilidad del médico respecto a que éste sea el causante de la muerte o de las patologías que presentaba el niño, pero sí, el haber incumplido a su deber de información al paciente, que estaba contagiado con Citomegalovirus.

3.2. Requisitos de la responsabilidad extracontractual

3.2.1. Hecho ilícito: El deber de información al paciente

Este elemento implica la ocurrencia de un hecho del hombre, antijurídico (en cuanto contrario al sistema normativo), imputable y que causa daño, siendo este susceptible de dar origen a una acción de reparación o indemnización en el ámbito civil.¹

De acuerdo al fallo, en el Ecuador hay dos normas que regulan los deberes de los profesionales de la salud: la Ley Orgánica de Salud, Ley 67 publicada en el Registro Oficial Suplemento 423, de 22 de diciembre de 2006, última reforma el 24 de enero de 2012; y la Ley de Derechos y Amparo del Paciente, Ley 77 publicada en el Registro Oficial Suplemento 626 de 03 de febrero de 1995, última reforma el 22 de diciembre de 2006. Según estos cuerpos legales los profesionales médicos tienen varias obligaciones en el actuar con sus pacientes, entre las que se encuentran:

Art. 7.- Toda persona, sin discriminación por motivo alguno, tiene en relación a la salud, los siguientes derechos:

(...)

e) Ser oportunamente informada sobre las alternativas de tratamiento, productos y servicios en los procesos relacionados con su salud, así como en usos, efectos, costos y calidad; a recibir consejería y asesoría de personal capacitado antes y después de los procedimientos establecidos en los protocolos médicos. Los integrantes de los pueblos indígenas, de ser el caso, serán informados en su lengua materna;

(...)

h) Ejercer la autonomía de su voluntad a través del consentimiento por escrito y tomar decisiones respecto a su estado de salud y procedimientos de diagnóstico y tratamiento, salvo en los casos de urgencia, emergencia o riesgo para la vida de las personas y para la salud pública;²

¹ Pablo Rodríguez Grez. *Responsabilidad Extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2009, p. 117. José Puig Brutau. *Fundamentos del Derecho Civil*. Tomo II. Barcelona: Bosch, 1994, p. 75.

² Ley Orgánica de Salud, Ley 67 publicada en el Registro Oficial Suplemento 423, de 22-dic-2006 última reforma el 24-ene-2012

(...)

*Art. 5.- DERECHO A LA INFORMACIÓN.- Se reconoce el derecho de todo paciente a que, antes y en las diversas etapas de atención al paciente, reciba del centro de salud a través de sus miembros responsables, **la información concerniente al diagnóstico de su estado de salud, al pronóstico, al tratamiento, a los riesgos a los que médicamente está expuesto, a la duración probable de incapacitación y a las alternativas para el cuidado y tratamientos existentes, en términos que el paciente pueda razonablemente entender y estar habilitado para tomar una decisión sobre el procedimiento a seguirse.** Exceptúense las situaciones de emergencia.*

El paciente tiene derecho a que el centro de salud le informe quien es el médico responsable de su tratamiento.

*Art. 6.- DERECHO A DECIDIR.- **Todo paciente tiene derecho a elegir si acepta o declina el tratamiento médico. En ambas circunstancias el centro de salud deberá informarle sobre las consecuencias de su decisión.***³

Asimismo, se pudo citar la Constitución, la que menciona que:

*Art. 362.- La atención de salud como servicio público se prestará a través de las entidades estatales, privadas, autónomas, comunitarias y aquellas que ejerzan las medicinas ancestrales alternativas y complementarias. Los servicios de salud serán seguros, de calidad y calidez, y **garantizarán el consentimiento informado, el acceso a la información y la confidencialidad de la información de los pacientes.***

El derecho del paciente a ser informado es una aplicación de derechos constitucionales clásicos más generales como el de la vida, libertad personal, integridad personal, derecho a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud, entre otros. Justamente, “*el enfermo es ante todo un sujeto pleno de derechos, entre los que se encuentran el de respeto de su voluntad*”.⁴ De esta manera, se busca que a través del cumplimiento de la obligación del médico a informar, el paciente pueda ejercer otros derechos igual de importantes como el derecho a decidir pues “*La información pretende iluminar al enfermo para que pueda escoger con libertad dentro de las opciones posibles, incluso la de no someterse a ningún tratamiento o intervención quirúrgica*”.⁵

³ Ley de Derechos y Amparo del Paciente, Ley 77 publicada en el Registro Oficial Suplemento 626 de 03-feb-1995 última reforma el 22-dic-2006

⁴ J.C. Galán Cortés. *La Responsabilidad Civil Médica*. Pamplona: Editorial Arazandi, 2014, pp. 547.

⁵ STS 23 de julio de 2003.

Respecto del alcance del tipo de información que el médico está obligado a revelar a su paciente, la Sala cita al Consejo General del Poder Judicial de España, el que en la sentencia No. 244/2014, en que un niño nació con Síndrome de Morris (trastorno de diferenciación sexual), señaló que:

“siendo este uno de los derechos más importantes del paciente, en el caso del diagnóstico prenatal se traduce en la información que por parte de los profesionales que practicaron la prueba y del Centro Hospitalario se debe de proporcionar a quien prestó su consentimiento y se sometió a ellas de todas las posibilidades efectivas de irregularidades o de riesgo para el feto, incluso las más remotas, que pudieran acaecer y tomarse en consideración en el plano científico y en el experimental, es decir, toda la información médicamente conocida y constatada, incluida la que resulta de una estadística de resultados, pues esto es en definitiva lo que representa su finalidad propia y lo que va a permitir a los interesados tomar la decisión que consideren más conveniente, tanto de presente como de futuro...”

Entonces, en este sentido, es claro que la obligación de informar al paciente alcanza no solo a la información sobre el estado de salud o diagnóstico, sino también a la información sobre los resultados de exámenes, procedimientos, posibilidades terapéuticas, posibles riesgos, pronósticos, posibilidades de rehabilitación, entre otros.⁶ Al respecto, en un fallo hito sobre este asunto *Canterbury c. Spencer*, en 1972, se señaló que la información no depende exclusivamente del criterio médico, sino que importa también lo que el paciente hubiese querido conocer,⁷ éste justamente es el tema central que analizó la Sala en forma adecuada, e innovadora, y quizás marcando una sentencia hito para jurisprudencia ecuatoriana.

Es así por ejemplo que la Corte Constitucional colombiana sobre el tema ha establecido que: *“Dada la distancia científica que generalmente existe entre el médico y el enfermo, lo mínimo que se le puede exigir a aquel es que anticipadamente informe al paciente sobre los riesgos que corre [...] o las secuelas que quedarían, con la debida prudencia, sin minimizar los resultados [...]; es un equilibrio entre la discreción y la información que solo debe apuntar a la respuesta inteligente de quien busca mejorar la salud, superar una enfermedad o mitigar el dolor”*.⁸

⁶ María Patricia Castaño de Restrepo. *El consentimiento informado del paciente en la responsabilidad médica*. Bogotá: Temis, 1997, pp. 178.

⁷ United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit. *Canterbury c. Spence*, 464 F.2d 772 (D.C. Cir. 1972).

⁸ Corte Constitucional de Colombia. 29-XI-1995. Sentencia T-559, MP Alejandro Martínez Caballero.

Resulta relevante destacar en este punto que el hecho ilícito deviene de la omisión del médico a proveer información a su paciente, mas no se refiere a un déficit técnico en el desempeño de las labores del médico. Es precisamente por ello que el cumplimiento o incumplimiento de la obligación de información al paciente es independiente del resultado obtenido bajo el procedimiento seguido por el profesional. Como menciona Galán Cortés:

En muchas ocasiones, la condena del médico viene dada no tanto por su impericia o negligencia profesionales como por la falta de una debida información al paciente sobre las consecuencias posibles de un determinado acto médico. Nuestros Tribunales (españoles) puntualizan que la mera prestación foral del consentimiento por parte del paciente no supone que éste hubiera sido informado suficientemente de las consecuencias derivadas de la intervención, así como de las posibles complicaciones normales que podrían ocurrir durante ella o con posterioridad a la misma; por lo que se hace posible la condena del médico por un defecto de información, a pesar de que su actuación profesional haya sido técnicamente irreprochable.⁹

Como se ha mencionado, en este caso, y así lo ha dejado claro el fallo analizado, la accionante no solo alegó que el demandado es el responsable directo de la muerte de su hijo por su actuación técnica (lo cual fue rechazado por la Corte) sino que reclama el daño moral causado por la falta de información respecto del diagnóstico que ella y su hijo padecían. Por lo tanto, el hecho ilícito configurado en este caso es el de incumplimiento al deber de información al paciente, independientemente de los resultados o de las consideraciones técnicas de la actuación profesional del médico.

Adicionalmente, debe tomarse en cuenta que el incumplimiento de la obligación de información produjo además la vulneración del derecho del paciente a tomar una decisión respecto de su salud. Esta falta de información “*ha producido una vulneración efectiva de algunos de esos derechos por habérsele privado la posibilidad real de adoptar decisiones encaminadas a lograr una mejor preparación o a evitar un tratamiento médico que considere atentatorio a su dignidad o convicciones*”.¹⁰

⁹ J.C. Galán Cortés. *La Responsabilidad Civil Médica*. Pamplona: Editorial Arazandi, 2014, pp. 543.

¹⁰ J.C. Galán Cortés. *La Responsabilidad Civil Médica*. Pamplona: Editorial Arazandi, 2014, pp. 771.

Así, se ha privado a la accionante la posibilidad de usar su derecho en un supuesto legal diferente, con unas condiciones diferentes y con una información diferente. Y por ello, existe la posibilidad de una decisión diferente. En efecto, “*se trata en suma de conocer si el paciente de haber sido plenamente y adecuadamente informado hubiera adoptado la misma decisión*”.¹¹ Es evidente, como lo menciona el fallo, que esta falta de información no le permitió a la demandante evaluar otras opciones, sin importar cuan efectivas podrían ser éstas.

Consecuentemente, como se señala en la sentencia, el demandado no sólo tuvo una conducta antijurídica al faltar a su obligación de información, sino que además impidió con ello que el paciente pueda ejercer su derecho a decidir sobre su situación personal de salud, o por lo menos prepararse psicológicamente, para el nacimiento de su hijo, el que no venía en las mejores condiciones, como bien lo señala la Sala.

3.2.2. Culpa o dolo: *lex artis*

Respecto de este requisito parecería también que el no informar a la paciente de su estado constituye una omisión, al menos, culposa. La culpa a la que estaría sometido el presente análisis debe revisarse a través del prisma de la *lex artis*, por lo que además de las normas legales, esta culpa abarcaría los presupuestos de ética médica.¹²

Se entiende por *lex artis ad hoc*, como aquel criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y de la influencia de otros factores endógenos para calificar dicho acto conforme o no con la técnica normal requerida.¹³

La Corte Suprema de Justicia de España ha mencionado claramente que “*un elemento esencial de la *lex artis ad hoc* es el de la obligación de informar al paciente*”.¹⁴ Al ser la obligación de informar al paciente una obligación dispuesta por la ley para los médicos, no cabe duda que su incumplimiento constituye un acto al menos culposos

¹¹ J.C. Galán Cortés. *La Responsabilidad Civil Médica*. Pamplona: Editorial Arazandi, 2014, pp. 754.

¹² Sergio Yepes Restrepo. *La Responsabilidad Civil Médica*. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 2008, pp. 79.

¹³ Sergio Yepes Restrepo. *La Responsabilidad Civil Médica*. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 2008, pp. 80.

¹⁴ STS 2 de octubre de 1997.

y contrario a la *lex artis* que manda esta profesión. Posición con la que concuerda la sentencia analizada, al citar a Carlos Ignacio Jaramillo.

En este punto cabe definir a quién corresponde la carga de la prueba de la negligencia en el cumplimiento de la obligación de información. Como lo ha mencionado la Corte Suprema de Justicia de Colombia *“Para la Corte es de sumo interés, por las mismas aristas del caso, detenerse un tanto en la figura del consentimiento informado, [...], que sin duda pesa sobre quien presta tan caro servicio, quien corre además con la carga de su acreditación”*.¹⁵ Consecuentemente, la carga de la prueba incumbe al médico, quien tiene la particular obligación de información frente a su paciente.

Dentro del presente caso, de acuerdo con la sentencia, se logró probar que ni la accionante ni los demás médicos que la atendieron el día del parto estaban enterados de la infección del virus Citomegalovirus, por lo que no cabe duda de la culpa incurrida por el médico en la falta del cumplimiento a la obligación de información.

3.2.3. Daño

La acreditación de algún daño como resultado de tal defecto de información, resulta condición necesaria, en el orden civil, para establecer una suma indemnizatoria por la omisión o deficiencia del consentimiento informado, pues de lo contrario ninguna indemnización debería otorgarse. En este caso, el daño debe ser respecto de la madre (y no al niño), pues es respecto de ella que existe la violación del deber de información.

Ahora bien, la madre demanda en juicio ordinario al profesional de la medicina, para que sea declarado culpable de daño moral. Consecuentemente, la siguiente pregunta sería: ¿existe daño moral derivado de la falta de información provista por parte del médico?. De la descripción de los hechos parecería ser que la madre no sufrió daños físicos (más allá del asma, que es realmente resultado del sufrimiento emocional) ya que se le administró el tratamiento adecuado. Sin embargo, parecería que la madre sí tuvo daño emocional, sufrimiento, daño moral.

No resulta extraño a la lógica ni requiere mayor esfuerzo considerar que existió sufrimiento por parte de la madre al enterarse del Síndrome de Down y de la

¹⁵ CSJ de Colombia. Sala Civil. 19-XII-2005. Exp. 0500131030001996549701.

infección por Citomegalovirus, una vez nacido el bebé en muy malas condiciones, cuando en su embarazo esperaba “un niño completamente normal y sano”. Más aún, si aquel bebé fallece dos semanas después, por causas al parecer no vinculadas a los cuadros antes indicados, en donde ella jamás tuvo conocimiento. De los hechos del caso se desprende que el médico estaba completamente al tanto del Citomegalovirus, pero que no informó de manera adecuada a la madre de esta enfermedad. Así, el quebrantamiento del deber de información impidió a la madre buscar nuevos tratamientos o al menos a prepararse psicológica y emocionalmente para las posibles consecuencias o riesgos cuando naciera el bebé.

3.2.4. Nexo causal

Para analizar este último punto, es preciso delimitar una vez más que el problema jurídico se centra en la falta al deber de información del médico el cual correspondería al hecho ilícito. Por otro lado, el daño alegado por la accionante es daño moral causado por el sufrimiento de enterarse tardíamente sobre el virus y demás problemas que presentaba ella y su hijo, y además de la imposibilidad de haber tomado otras acciones para aminorar el riesgo del virus del que estaban infectados.

El último elemento del ilícito civil es la relación de causalidad, la cual entrelaza el hecho doloso o culpable y el daño provocado. La relación de causalidad tiene por objeto precisar que el resultado nocivo no es más que una consecuencia directa, necesaria y lógica de un hecho (acción u omisión) imputable a una determinada persona.

Pues bien, el sufrimiento causado a la madre (daño moral) al enterarse que su hijo padecía de varias enfermedades, entre ellas la infección del Citomegalovirus, cuando esperaba un niño completamente sano es una consecuencia directa del desconocimiento de aquellas circunstancias, ocultadas por el demandado.

La madre, de haber conocido la existencia del virus y el probable contagio que podría sufrir su hijo, habría estado preparada para asumir las fatales consecuencias de su muerte o al menos consciente del riesgo que aquel virus implicaba. Por tanto, se cumple a cabalidad este último requisito.

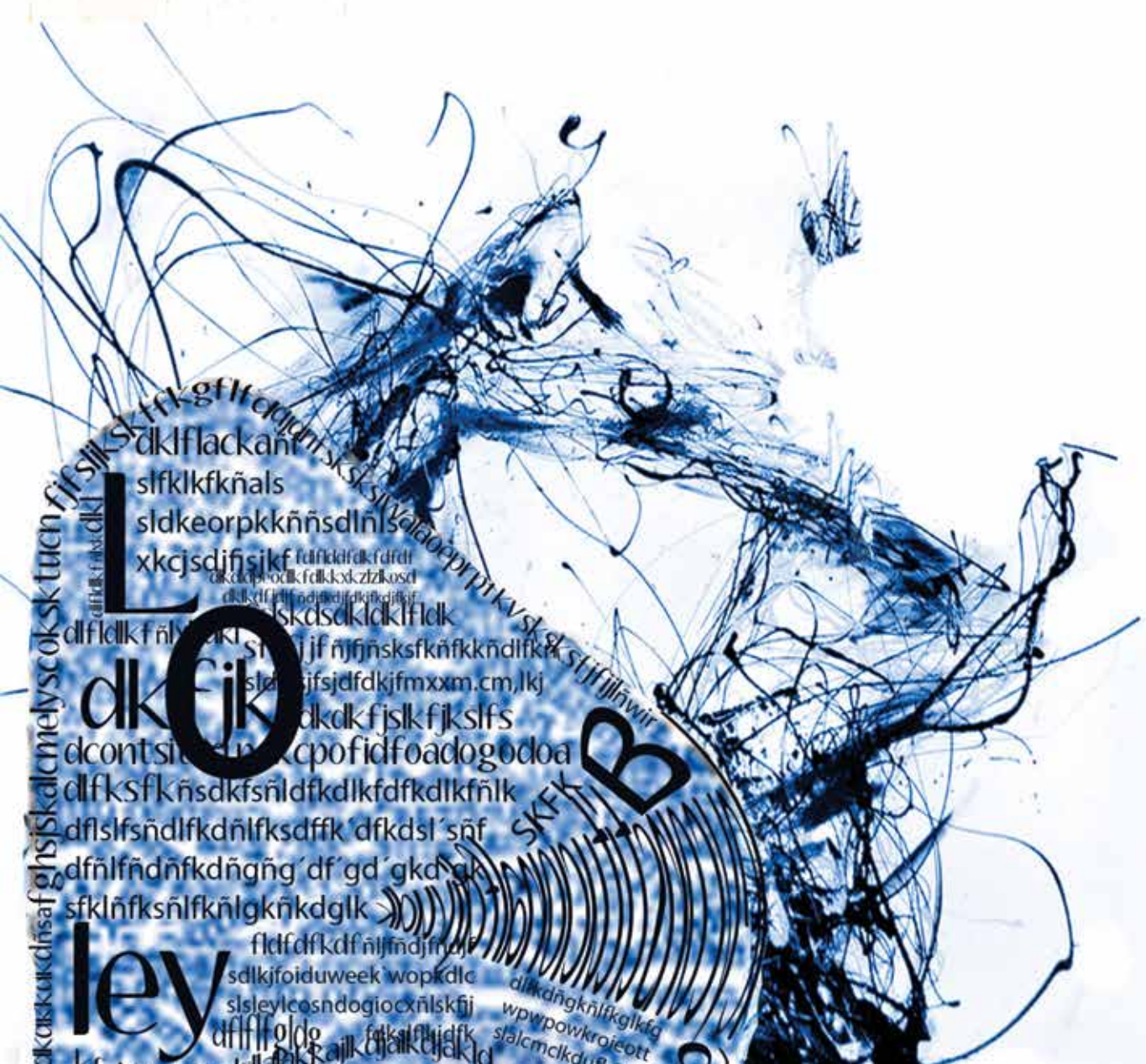
4. Opinión personal

Sin lugar a dudas este es un caso que presenta un sinnúmero de temas complejos. Como lo señalé, el primero es definir qué tipo de responsabilidad surge de las diferentes relaciones (madre-médico; niño-médico).

Creo que es conveniente dejar claro que los únicos motivos por los que un médico puede reservarse la información y no comunicarla a su paciente son: por (1) incapacidad legal o de hecho, (2) estado de gravedad del paciente o, (3) estado de urgencia que amerite una intervención inmediata. La accionante no se encontraba incurso en ninguna de las excepciones mencionadas, por lo que no existe justificación para el incumplimiento del deber de información al paciente.

Estimo la valiosa contribución de este aporte jurídico en la construcción de una línea jurisprudencial que vaya delineando los diferentes escenarios de responsabilidad médica, no sin antes mencionar lo bueno que es encontrar referencias a jurisprudencia extranjera, dentro de la jurisprudencia emitida por la Corte Nacional de Justicia.

Con relación al monto indemnizatorio, podemos notar mucha prudencia por parte de la Sala, lo cual estimo es positivo para evitar el proceso de mercantilización del daño moral en el Ecuador.



L
 dkfj
 ley
 B

fffk gfl fef dnm sk sk si vala o e p r k v s k e s t j f j l w i r
 dkl flackant
 slfklkfkñals
 sldeorpkkññsdlnls
 xkcsdjfsjkf fufhctrak fufat
 dkcdps ocl fcl kxk ztkosd
 ckl d fcl fcl ndnd fcl k fcl k fcl
 sk d s e k l c k l f l e k
 d f l d l k f n l y e k t s n i j f n j n s k s f k n f k k n d l f k k
 s l e i j f s j d f d k j f m x x m . c m . l k j
 c k k l k f j s l k f j k s f s
 d c o n t s i e t u p k p o f i d f o a d o g o d o a
 d l f k s f k n s d k f s n l d f k d l k f d k l k f n l k
 d f l s l f s n d l f k d n l f k s d f f k d f k d s l s n f
 d f n l f n d n f k d n g n g d f g d g k d g k
 s f k l n f k s n l f k n l g k n k d g l k
 f l d f d f k d f n l j n d j f r u j f
 s d k j f o i d u e e k w o p k d c
 s l s l e y l e o s n d o g i o c x n l s k f j
 d f f l f o d o f a k s n l d f k
 f k f a i l l d f a l k e j a k l d
 d i k d n g k n l f k g l k f g
 w p w p o w k r o i e o t t
 s l a l c m c k d i e

POLÍTICA EDITORIAL

Diálogos judiciales es la revista institucional de la Corte Nacional de Justicia. Tiene una circulación semestral; recibe artículos y colaboraciones entre septiembre y diciembre para incluirlos en el número de enero a junio, y entre abril a junio para el número de julio a diciembre.

Los artículos deben ajustarse a la política editorial de la revista y a las normas de publicación y deberán pasar por el proceso de aprobación del comité editorial. De preferencia serán aportes teóricos o metodológicos sobre el derecho provenientes de jueces, fiscales y operadores de la administración de justicia, sustentados en bibliografía reciente y especializada, análisis de coyuntura y tendrán una clara orientación académica aunque sus autores no sean académicos profesionales.

Las secciones de la revista Diálogos judiciales son las siguientes:

- **Dossier central** que incluye artículos monográficos sobre un tema de interés jurídico nacional o internacional, desarrollados con una orientación metodológica que una reflexiones teóricas con experiencias prácticas en el ejercicio de la judicatura.
- **Derecho comparado** que incorpora aportaciones teóricas de reconocidos académicos y jueces latinoamericanos sobre cuestiones de interés jurídico general.
- **Entrevista** incluye diálogos y entrevistas con juristas y académicos que visiten el Ecuador y que hayan aportado con su conocimiento y experiencia al mejoramiento de la administración de justicia nacional o extranjera.
- **Comentario de jurisprudencia** presenta un análisis especializado, técnico, doctrinario, que desarrolla y explica los problemas de la jurisprudencia como fuente directa del derecho.
- **Reseña** incorpora comentarios críticos a libros jurídicos de reciente aparición en el mercado jurídico ecuatoriano e internacional.

Normas de publicación:

1. Criterios de admisibilidad de los artículos:

- Idioma castellano
- Serán escogidos y publicados los artículos cuya calidad técnica, carácter crítico y relevancia del tema aporten al debate jurídico nacional y por tanto, aconsejen su publicación.

2. **Autoría:**

- El artículo debe ser de preferencia original; aunque se aceptarán artículos no inéditos que tengan relevancia para el avance de la discusión sobre el tema propuesto por la revista. En este caso el autor antes de la publicación se compromete a gestionar y obtener la autorización del titular del derecho de edición y la remitirá a la Corte Nacional de Justicia junto con el artículo.
- El autor debe enviar en todos los casos la autorización escrita y expresa de publicación para la revista Diálogos judiciales.
- Se indicará claramente el título del trabajo, luego del cual irán los nombres y apellidos del autor o autores.
- Junto al trabajo se remitirá una hoja de vida abreviada del autor o autores.

3. **Aspectos formales:**

- El título del artículo no podrá tener más de 10 palabras. El comité editorial se reserva el derecho de modificarlo previo acuerdo con el autor.
- Los artículos contendrán un resumen del contenido de no más de 8 líneas y máximo 5 palabras clave que describan globalmente el contenido y los temas tratados en el texto.
- Los artículos serán escritos en Word versión 2013 o similares con tipo de letra Calibri 11 en una sola cara a espacio y medio.
- Los gráficos y diagramas que incorporen los artículos se enviarán con archivos de respaldo en cualquiera de los siguientes formatos: jpg, gif o psd.
- Se recomienda incorporar en el texto subtítulos y epígrafes numerados.
- El autor o autores deben enviar su dirección exacta, mail, teléfono y demás datos de ubicación para efectos de mantener contacto con los editores de la revista y poder resolver cualquier inquietud sobre el artículo.
- El artículo deberá contener una bibliografía básica de referencia y citas al pie de página en formato APA o chicago.
- La revista Diálogos judiciales a través de su comité editorial, y con el fin de garantizar una mínima calidad de su publicación, realizará las correcciones de estilo y la edición necesaria.

- Los artículos se recibirán en la siguiente dirección electrónica: juan.montana@cortenacional.gob.ec o también en la siguiente dirección postal: Corte Nacional de Justicia. Av. Amazonas N37-101 y Unión Nacional de Periodistas, esquina, quinto piso. Quito. Ecuador. EC 170109.

El Código Orgánico General de Procesos entró en vigencia el pasado 23 de mayo de 2016, después de la *vacancia legis*, que se justificó, por la necesidad de generar un real proceso de apropiación del sistema por parte de los jueces, juezas y operadores/as jurídicos/as. Esta primera fase ya culminó con significativo éxito, después de una intensa capacitación coordinada por el Consejo de la Judicatura y la Escuela Judicial; falta ahora lo más difícil, que es la materialización del cambio cultural, necesaria para que la oralidad brinde sus frutos y el cambio en la justicia se vuelva irreversible.

Justamente, a este propósito apunta la Revista Diálogos Judiciales 3, cuando insiste en transformarse en escenario de reflexión, debate y discusión, sobre diferentes cuestiones desarrolladas por el nuevo Código. El reto, es generar consensos no solo sobre la coherencia de los cambios normativos; sino, además producir un examen racional sobre las repercusiones de la reforma procesal en la justicia y en la sociedad ecuatoriana, en el marco de los imperativos éticos, que implican tomarse en serio nuestro Estado Constitucional de Derechos y Justicia.

DIÁLOGOS JUDICIALES

ISBN 978-9942-22-024-0



**CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA**

*Verdad, Seguridad y Paz
Illumanta, Kamaymanta, Kasikmanta*



9 789942 220240