



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

SISTEMA DE POSGRADO

ESPECIALISTA EN DERECHO PROCESAL

II PROMOCIÓN

**DEL JUICIO ORDINARIO Y DEL JUICIO VERBAL
SUMARIO A LOS PROCESOS DE CONOCIMIENTO EN
EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL DEL
ECUADOR**

Elaborado por:

AB. JORGE E. VERGARA ELIZONDO

Nombre del tutor:

DR. RUBÉN E. MORÁN SARMIENTO

Noviembre de 2010

TEMA

DEL JUICIO ORDINARIO Y DEL JUICIO VERBAL SUMARIO A LOS
PROCESOS DE CONOCIMIENTO EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO
CIVIL DEL ECUADOR

ÍNDICE

Dedicatoria	5
Agradecimiento	6
Introducción	7

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA

1. 1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	12
1. 1. a. Diagnóstico de la Situación	12
1. 1. b. Formulación del Problema	13
1. 1. c. Variable	14
1. 1. d. Indicadores	14
1. 2. OBJETIVOS	14
1. 2. a. Objetivos Generales	14
1. 2. b. Objetivos Específicos	14
1. 3. JUSTIFICACIÓN	16
1. 4. DELIMITACIÓN	18
1. 4. a. Campo	18
1. 4. b. Área	18
1. 4. c. Aspecto	18
1. 4. d. Tema	18
1. 5. e. Problema	18
1. 4. f. Delimitación Espacial	19
1. 4. g. Delimitación Temporal	19

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2. 1. REFORMAS CONSTITUCIONALES Y LEGALES	22
1. Las reformas a la Codificación del Código de Procedimiento Civil, publicado en el Suplemento No. 687 al Registro Oficial de 18 de mayo de 1987	24
2. Las reformas constitucionales a la Función Judicial entre los años 1992 y 1998	31
a. Las reformas constitucionales a la Función Judicial de 1992	31
b. Las reformas constitucionales a la Función Judicial de 1996	33
c. Las reformas constitucionales a la Función Judicial de 1997	35
d. Las reformas constitucionales a la Función Judicial de 1998	36
e. Las reformas constitucionales a la Función Judicial de 2008	40
3. Vigencia de la Ley de Casación y sus reformas	45
4. Las reformas del Código Orgánico de la Función Judicial a la Codificación del Código de Procedimiento Civil, publicada en el Suplemento al Registro Oficial No. 58 de 12 de julio de 2005	50
2. 2. EL PROCESO Y LAS DISTINTAS FORMAS DE REALIZACIÓN DE LA JUSTICIA	56
2. 2. 1. EL PROCESO	56
1. El proceso desde el lenguaje de la ciencia	56
2. El fin del proceso	59
3. Naturaleza jurídica del proceso	65
a. Teoría del Contrato	65
b. Teoría del Cuasicontrato	65
c. Teoría de la Relación Jurídica	66
d. Teoría de la Situación Jurídica	67
e. Teoría de la Institución	69
4 El proceso concebido como un método para el descubrimiento de la verdad	70

2. 2. 2. DE LAS DISTINTAS FORMAS DE REALIZACIÓN DE LA JUSTICIA	74
1. Del Juicio Ordinario en el Código de Procedimiento Civil del Ecuador	76
2. Del Juicio Verbal Sumario en el Código de Procedimiento Civil del Ecuador	99
2. 3. LOS PROCESOS DE CONOCIMIENTO	104
1. Antecedentes	104
2. Nociones Generales	108
3. Los Procesos de Conocimiento	110
4. Proceso o Sistema Oral por Audiencias	120
5. Fases o Etapas de los Procesos de Conocimiento	137
5. a. La Fase Preliminar	138
5. b. La Fase de la Instrucción	142
5. c. La Fase de la Decisión	143
2. 4. HIPÓTESIS	145
2. 5. VARIABLE	145
2. 5. 1. Indicadores	146

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA

3. 1. Modalidad de la Investigación	148
3. 2. Población y Muestra	149
3. 3. Instrumentos de Recolección de Datos	149
3. 3. a. Métodos Teóricos	149
3. 4. Tratamiento y Análisis	149
3. 5. Procedimiento de la Investigación	150

CAPÍTULO IV

MARCO ADMINISTRATIVO

4. 1. RECURSOS	152
a. Humanos	152
b. Materiales	152
4. 2. BANCO DE PROBLEMAS	153
4. 3. CRONOGRAMA DE ACTIVIDADES	154

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	155
BIBLIOGRAFÍA	159

DEDICATORIA

*Si DIOS,
me permite volver a nacer,
le pido encontrarme,
de nuevo,
con mi madre PIEDAD ELIZONDO MACIAS (+)
y con mi cónyuge BLANCA MAURA ANCHUNDIA,
porque me dan fortaleza y sabiduría,
para tener éxito en mi profesión y
en todos los momentos de mi vida.*

AGRADECIMIENTO

*Al doctor RUBÉN E. MORÁN SARMIENTO,
porque su labor como maestro
es como la de un padre.
¡Nunca termina...!*

INTRODUCCIÓN

El inciso primero del artículo 2 de la Ley de Casación, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 299, de 24 de marzo de 2004, dispone: **“PROCEDENCIA.**- *El recurso de casación procede contra las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento, dictados por las cortes superiores, por los tribunales distritales de lo fiscal y de lo contencioso administrativo*”. Y, el inciso segundo del mismo artículo de la mencionada Ley, establece: *“Igualmente procede respecto de las providencias expedidas por dichas cortes o tribunales en la fase de ejecución de las sentencias dictadas en procesos de conocimiento, si tales providencias resuelven puntos esenciales no controvertidas en el juicio, ni decididos en el fallo, o contradicen lo ejecutoriado*”. Por tanto, el recurso de casación sólo procede contra las sentencias o autos dictados en los procesos “de conocimiento”.

La disposición transcrita habla de los “procesos de conocimiento”, locución que no ha sido definida por el legislador ni tampoco lo ha hecho la jurisprudencia nacional. La legislación ecuatoriana no contiene disposición expresa respecto a qué ha de entenderse por “procesos de conocimiento”.

La jurisprudencia, a través de reiterados fallos de casación expedidos por la ex Corte Suprema de Justicia, publicados en el Registro Oficial y en las Gacetas Judiciales, ha dispuesto que el recurso de casación procede contra las sentencias y autos que pongan fin a los “procesos de conocimiento”, dictados por las cortes superiores, por los tribunales distritales de lo fiscal y de lo contencioso administrativo. De acuerdo con esta disposición, únicamente procede el recurso extraordinario en caso de que se haya dictado una providencia que ponga fin al proceso, produciendo cosa juzgada formal y sustancial, es decir, final y definitiva, de manera que no pueda renovarse la contienda entre las mismas partes (identidad subjetiva) en que se demande la misma cosa, razón o derecho (identidad objetiva) y que tal providencia se haya dictado dentro de un “proceso de conocimiento”.

Las sentencias y autos que pongan fin a los Procesos de Conocimiento, deben producir un efecto invariable y primario, representado por una declaración de certeza de la existencia o inexistencia de un derecho pretendido por el actor, acompañado de la integración o complementación de una relación jurídica, o de la imposición, al demandado, del cumplimiento de una determinada prestación de dar, de hacer o de no hacer, configurándose sentencias que se denominan, determinativas y de condena, respectivamente, producto de una actividad intelectual y emocional del Juez en cuya virtud éste examina los hechos y las pruebas aportados por ambas partes, efectúa su valoración a la luz del ordenamiento jurídico vigente, y formula la norma individual que en lo sucesivo ha de regir la conducta de aquéllas con relación al caso que motivó el proceso, como lo sostiene PALACIO, Lino Enrique².

La doctrina señala que pertenecen a los Procesos de Conocimiento: los procesos de condena, declarativo puro y de declaración constitutiva, que tiene como finalidad la declaración de un derecho o responsabilidad o de la constitución de una relación jurídica, e incluye, por lo tanto, al grupo general de declarativo y a los dispositivos. En todos ellos el juez regula un conflicto singular de intereses, y determina quién tiene el derecho, es decir, el juez es quien *ius dicit*. Son procesos de juzgamiento o conocimiento o declarativos genéricos. (v. DEVIS ECHANDÍA Hernando, *Teoría General del Proceso, Compendio de Derecho Procesal*, tomo I, 13a. Edición, 1994, Medellín, Biblioteca Jurídica Dike, p. 166).

En la elaboración de esta investigación científica, han servido de fuentes, la doctrina de connotados tratadistas, publicistas, comentaristas del Derecho Procesal, los códigos y leyes de la materia de Argentina, Colombia, Perú, República Oriental del Uruguay, el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, preparado por los profesores GELSI BIDART Adolfo, TORELLO Luis y VÉSCOVI Enrique, el proyecto de Código de Procedimiento Civil, elaborado por el Instituto Ecuatoriano de Derecho Procesal IEDP.

² PALACIO, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil*, tomo I, Editorial Abelardo Perrot, Buenos Aires, pág. 304 y ss.

Sentados en las reflexiones anteriores, emprendemos este estudio, con la intención de hacer modestos aportes en esta acalorada temática, al momento tan confusa.

En el Capítulo I, EL PROBLEMA, se muestra la manera en que la idea se desarrolla y se transforma en el planteamiento del problema de investigación científica. Es decir, el capítulo trata sobre cómo plantear un problema de investigación científica. Tres elementos son los fundamentales para plantear el problema: objetivos de investigación, preguntas de investigación y justificación de la investigación. En el capítulo se discuten estos elementos.

En el Capítulo II, MARCO TEÓRICO, se comenta y profundiza la manera de contextualizar el problema de la investigación científica planteado: integrando un marco teórico o de referencia. En el capítulo se detallan las actividades llevadas a cabo para el efecto: detección, obtención y consulta de literatura pertinente para el problema de investigación planteado; extracción, recopilación de la información de interés; y construcción del marco teórico.

El Capítulo III, METODOLOGÍA, plantea la forma como se inicia la investigación mediante ideas. Asimismo, se habla de las fuentes que inspiran ideas de investigación y la manera de desarrollarlas, para así poder formular planteamientos de investigación científica.

El Capítulo IV, MARCO ADMINISTRATIVO, trata de los recursos humanos y materiales. A través de cuadros, del banco, lista y evaluación de problemas, factibilidad, necesidad, total y el cronograma de actividades que establece la relación entre las actividades a cumplir y los tiempos estimados.

En el Capítulo V, CONCLUSIONES y RECOMENDACIONES, integra y sistematiza el trabajo de la propuesta realizada. Se plantean las conclusiones del estudio, apoyándose en el análisis de los resultados obtenidos, se ve clara la relación entre los objetivos inicialmente propuestos, antecedentes de la propuesta, objetivos propuestos y, sobre

todo, de los resultados esperados. Las recomendaciones formulan una serie de sugerencias y propuestas, relacionadas con el objeto de estudio de la propuesta: a la sociedad, a la función jurisdiccional, operadores de justicia, doctrinarios, tratadistas del Derecho Procesal Civil, etcétera, para los que resultaría muy útil y oportuna la recomendación que hace el autor de la propuesta.

Finalmente, plantea la BIBLIOGRAFÍA y otras fuentes de información, consultadas y citadas alfabéticamente, de donde se extraen y recopilan los materiales, relevantes y necesarios, para la elaboración del Marco Teórico.

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA

1. 1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

- 1. 1. a. Diagnóstico de la Situación
- 1. 1. b. Formulación del Problema
- 1. 1. c. Variable
- 1. 1. d. Indicadores

1. 2. OBJETIVOS

- 1. 2. a. Objetivos Generales
- 1. 2. b. Objetivos Específicos

1. 3. JUSTIFICACIÓN

1. 4. DELIMITACIÓN

- 1. 4. a. Campo
- 1. 4. b. Área
- 1. 4. c. Aspecto
- 1. 4. d. Tema
- 1. 5. e. Problema
- 1. 4. f. Delimitación Espacial
- 1. 4. g. Delimitación Temporal

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA

1. 1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1. 1. a. Diagnóstico de la Situación

La reforma constitucional de diciembre de 1992 se había concentrado en modernizar la administración de justicia, dando una nueva estructuración a la ex Corte Suprema de Justicia, buscando dotarla de mayor grado de independencia y autonomía con respecto a otras funciones del Estado, tanto en lo económico-financiero, como en lo funcional y, sobre todo, pretendía lograr el mayor grado de profesionalismo y confiabilidad de los órganos de la Función Judicial. Para cumplir estos objetivos, que los deseaba combinar con la desconcentración, descentralización y especialización en la administración de justicia, persiguiendo celeridad pero a la vez eficiencia y un mayor grado de seguridad jurídica para los justiciables, la Constitución instituyó a la ex Corte Suprema como Tribunal de Casación en todas las materias y dispuso que en un plazo perentorio se expidieran las reglas sobre la Casación.

El país había venido manteniendo, en materia procesal civil, el arcaico y desusado sistema de la triple instancia. Los procesos, aun por cuantías ciertamente ínfimas y en asuntos de verdad intrascendentes, debían sujetarse –por regla general- al sistema centralizado de revisión de los hechos y el derecho, sometidos a juzgamiento, no una ni dos veces, sino tres, la última de las cuales correspondía a la ex Corte Suprema de Justicia, que carecía de salas especializadas y se encontraba abarrotada de expedientes pendientes de resolución que sumaban decenas de miles.

Junto con esta dramática realidad que estaba acompañada de la penuria económica y la sobrecarga de funciones administrativa y de control jerárquico asignados al ex Tribunal Supremo, se daba la alarmante paradoja de que, en cada distrito judicial, se aplicaban las normas jurídicas de distinta manera. Así, la fórmula de control jerárquico centralizado había llevado a la Función Judicial a los límites intolerables del caos y el desgobierno real. La certidumbre jurídica se había vuelto una declaración teórica y virtualmente inalcanzable, ni siquiera en los niveles más elementales. Los fallos ejecutoriados de la propia ex Corte Suprema eran, a diario, desconocidos y burlados en los procedimientos de ejecución de sentencias.

En este contexto histórico-social, debemos acoger el planteamiento que la doctrina, la jurisprudencia y la legislación comparada han delineado hace siglos, a saber: instaurar los “procesos de conocimiento”, que los clasifica en los procesos de condena, declarativo puro y de declaración constitutiva, que tienen como finalidad la declaración de un derecho o responsabilidad o de la constitución de una relación jurídica, e incluye, por lo tanto, al grupo general de declarativo o cognición y a los dispositivos. Así, se perseguirá que una administración de justicia haga efectiva la tutela y garantía que el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia, que las normas procesales cumplan los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, intermediación, celeridad, economía procesal, del debido proceso y que no se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades, que consagra nuestra Constitución de la República.

1. 1. b. Formulación del problema

¿Cuáles cambios producen en la administración de justicia, la incorporación de los Procesos de Conocimiento en el Código de Procedimiento Civil del Ecuador?

1. 1. c. Variable

La incorporación de los Procesos de Conocimiento en el Código de Procedimiento Civil del Ecuador.

1. 1. d. Indicadores:

Del Juicio Ordinario

Del Juicio Verbal Sumario

El Proceso o Sistema Oral por Audiencias

Fases o Etapas de los Proceso de Conocimiento

1. 2. OBJETIVOS:

1. 2. a. Objetivos Generales

Reestructurar la sustanciación del juicio ordinario y el juicio verbal sumario en los Procesos de Conocimiento en el Código de Procedimiento Civil del Ecuador.

Incorporar los Procesos de Conocimiento en el Código de Procedimiento Civil del Ecuador.

1. 2. b. Objetivos Específicos

Lograr eficientemente que el sistema procesal sea un medio para la realización de la justicia, en el que sus normas procesales consagran los principios de eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, que hagan efectivas las garantías del debido proceso y que no se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.

Hacer que el Código de Procedimiento Civil sea una herramienta, útil y adecuada, para los operadores de justicia, auxiliares judiciales y los usuarios del sistema de justicia procesal.

Sistematizar el juicio ordinario y el juicio verbal sumario en los Procesos de Conocimiento en el Código de Procedimiento Civil del Ecuador.

Simplificar la estructura y uniformidad en la sustanciación del juicio ordinario y del juicio verbal sumario en los Procesos de Conocimiento en el Código de Procedimiento Civil del Ecuador, que elimine la anormal duración del proceso que comporta una denegación de justicia ni que la celeridad menoscabe el derecho de defensa ni las garantías del debido proceso.

Reorganizar la sustanciación del juicio ordinario y del juicio verbal sumario en los Procesos de Conocimiento en el Código de Procedimiento Civil del Ecuador, clasificándolos en: procesos de condena, declarativo puro y de declaración constitutiva, que deben concluir con sentencia que produzcan cosa juzgada, formal y sustancial.

Implementar que las sentencias y autos que pongan fin a los Procesos de Conocimiento, produzcan un efecto invariable y primario, representado por una declaración de certeza de la existencia o inexistencia de un derecho pretendido por el actor, acompañado de la integración o complementación de una relación jurídica, o de la imposición, al demandado, del cumplimiento de una determinada prestación de dar, de hacer o de no hacer, configurándose sentencias que se denominan, determinativas y de condena, respectivamente

Estudiar la legislación procesal de los países de Argentina, Colombia, Perú, República Oriental del Uruguay y compararla con el sistema procesal ecuatoriano, acorde con las necesidades del medio, para establecer afinidades y diferencias en la sustanciación de los juicios y adoptar en la legislación procesal ecuatoriana las nuevas concepciones

doctrinarias, instituciones procesales y normativas modernas de la legislación comparada de la región.

Evaluar los cambios producidos en la administración de justicia a partir de la incorporación de los Procesos de Conocimiento en el Código de Procedimiento Civil del Ecuador.

1. 3. JUSTIFICACIÓN

La legislación ecuatoriana no contiene disposición expresa respecto a qué ha de entenderse por “proceso de conocimiento”.

En consecuencia, la jurisprudencia recogida en innúmeros fallos de casación de la ex Corte Suprema de Justicia, para interpretar la norma, tenía que “recurrir a su intención o espíritu claramente manifestado en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento”, en conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 18 del Código Civil. Al efecto, se anota que la norma referida se origina en el veto parcial formulado por el Presidente de la República a la Ley Reformatoria a la Ley de Casación, remitida por el ex Congreso Nacional, veto que incluye las siguientes expresiones que clarifican el problema: “El veto parcial se basa en los siguientes razonamientos: 1.- El Art. 2 de la reforma: a) Las únicas sentencias y autos susceptibles de casación son aquellos que resuelven puntos de derecho y respecto de los cuales no existe la posibilidad procesal de volverlos a discutir. En definitiva, tal cosa ocurre solamente en los “procesos de conocimiento”, es decir, dentro de nuestro sistema procesal civil, los que se sustancian por las vías ordinarias y verbal sumaria... Por lo tanto, es necesario limitar el recurso en ese sentido: Por ello se sugiere principalmente aumentar en el artículo 2 de la reforma después de la palabra “proceso” la frase “de conocimiento”. Como el Plenario de las Comisiones Legislativas se allanó al veto parcial e incluyó la modificación sugerida, es obvio que aceptó el criterio expuesto, esto es que los juicios de conocimiento son aquellos que se sustancian por la vía ordinaria y verbal sumaria, no así el juicio ejecutivo...”, criterio recogido a través de las Salas de lo Civil en los fallos

de casación números 93-2006, 96-2006 y 97-2006, publicados en el Registro Oficial No. 382 de 23 de octubre de 2006.

El artículo 169 de la Constitución de la República del Ecuador, manda: *“El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. 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”*.

En el actual sistema procesal ecuatoriano no se cumplen estos principios. La excesiva cantidad de procedimientos, la lentitud en el trámite de los juicios y la sustanciación de los procesos, en todas las materias e instancias, etapas y diligencias, son rigurosamente rituales o formales, en contradicción con los principios consagrados en la Constitución, reconocidos por la doctrina y legislación moderna.

Lo que puede servir para motivar el debate, no sólo desde la dogmática jurídica, sino también para discutir académicamente si la sustanciación del juicio ordinario y del juicio verbal sumario en los Procesos de Conocimiento en el Código de Procedimiento Civil del Ecuador, recoge los preceptos constitucionales, doctrinarios, jurisprudenciales y la legislación comparada, relativos al sistema de justicia procesal y la organización judicial.

Cabe la investigación y el debate en la Teoría General del Proceso, en la sociología y en el Derecho positivo, porque la Constitución zanja la discusión y opta por reconocer la existencia del sistema procesal como un medio para la realización de la justicia. Es a partir de este reconocimiento que las autoridades del Estado, incluso el legislador, deben expedir las normas y realizar sus actividades para que merezcan ser respetadas por ser constitucionales y, por lo mismo, legítimas a los ojos de todos los habitantes del país y de la comunidad internacional.

Las normas jurídicas, las actividades del Estado y sus instituciones solamente cuando se enmarquen en esos parámetros constitucionales merecen el respeto de los justiciables y de los operadores de justicia, y su acatamiento puede ser legítimamente exigido aún con el concurso de los tribunales jurisdiccionales.

1. 4. DELIMITACIÓN:

1. 4. a. Campo

DERECHO PROCESAL CIVIL

1. 4. b. Área

LA ESTRUCTURA DEL PROCESO CIVIL y

LOS PROCESOS DE CONOCIMIENTO

1. 4. c. Aspecto

LOS PROCESOS DE CONOCIMIENTO

1. 4. d. Tema

DEL JUICIO ORDINARIO Y DEL JUICIO VERBAL SUMARIO A LOS PROCESOS DE CONOCIMIENTO EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL DEL ECUADOR.

1. 4. e. Problema

¿Cuáles cambios producen en la administración de justicia, la incorporación de los Procesos de Conocimiento en el Código de Procedimiento Civil del Ecuador?

1. 4. f. Delimitación Espacial

ECUADOR

1. 4. g. Delimitación Temporal

OCTUBRE DE 2009 – NOVIEMBRE DE 2010

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2. 1. REFORMAS CONSTITUCIONALES Y LEGALES

1. Las reformas a la codificación del Código de Procedimiento Civil, publicado en el Suplemento No. 687 al Registro Oficial de 18 de mayo de 1987

2. Las reformas constitucionales a la Función Judicial entre los años 1992 y 1998

- a. Las reformas constitucionales a la Función Judicial de 1992
- b. Las reformas constitucionales a la Función Judicial de 1996
- c. Las reformas constitucionales a la Función Judicial de 1997
- d. Las reformas constitucionales a la Función Judicial de 1998
- e. Las reformas constitucionales a la Función Judicial de 2008

3. Vigencia de la Ley de Casación y sus reformas

4. Las reformas al Código Orgánico de la Función Judicial a la codificación del Código de Procedimiento Civil, publicada en el Suplemento al Registro Oficial No. 58 de 12 de julio de 2005

2. 2. EL PROCESO Y LAS DISTINTAS FORMAS DE REALIZACIÓN DE LA JUSTICIA

2. 2. 1. El Proceso

1. El proceso desde el lenguaje de la ciencia

2. El fin del proceso

3. Naturaleza jurídica del proceso

- a. Teoría del Contrato
- b. Teoría del Cuasicontrato
- c. Teoría de la Relación Jurídica
- d. Teoría de la Situación Jurídica
- e. Teoría de la Institución

4 El proceso concebido como un método para el descubrimiento de la verdad

2. 2. 2. De las distintas formas de realización de la Justicia

1. Del Juicio Ordinario en el Código de Procedimiento Civil del Ecuador

2. Del Juicio Verbal Sumario en el Código de Procedimiento Civil del Ecuador

2. 3. LOS PROCESOS DE CONOCIMIENTO

1. Antecedentes

2. Nociones Generales

3. Los Procesos de Conocimiento

4. El Proceso o Sistema Oral por Audiencias

5. Tres Fases o Etapas de los Procesos de Conocimiento

5. a. La Fase Preliminar

5. b. La Fase de la Instrucción

5. c. La Fase de la Decisión

2. 4. HIPÓTESIS

2. 5. VARIABLE

2. 5. 1. Indicadores

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2. 1. REFORMAS CONSTITUCIONALES Y LEGALES

El 10 de agosto de 1979, en la ceremonia de posesión y en el primer discurso el presidente ROLDÓS AGUILERA Jaime, se dirigía a los ecuatorianos, diciéndonos:

Necesitamos leyes ágiles, oportunas, objetivas y adecuadas, para instrumentar las reformas administrativas... Bien vale entonces recordar a Olmedo, en la conclusión de su célebre discurso ante la Corte de Cádiz: "Sólo son buenas las leyes que hacen felices a los pueblos". Doloroso afirmar que la quiebra de la justicia se ha venido institucionalizando cada vez más en el Ecuador. A la justicia se le ha puesto precio; para unos el dinero, para otros las lágrimas e impotencia. Muchos administradores de justicia han dejado de hacerla y se han dedicado a traficarla. Sobre todo la justicia en el campo penal. Leía hace poco un titular de periódico con relación a una obra inaugurada en la ciudad de Guayaquil. Titular cruel por cierto. Decía: "Se inauguró el palacio de justicia" y a renglón seguido ¿cuándo se inaugurará la justicia?, y esa afirmación lo dice todo. Hay que rescatar la justicia, y el órgano jurisdiccional del Estado tiene la insoslayable obligación de evitar tortuosas interpretaciones del texto legal y las prácticas acomodaticias del procedimiento.... (Lo destacado es nuestro).

La actual sustanciación de los procesos, en todas las materias, instancias, etapas y diligencias es excesivamente formal, impide la simplificación, uniformidad, intermediación, celeridad y economía procesal.

El connotado maestro DURÁN DÍAZ Edmundo (+), nos enseña: *"Las formalidades son necesarias, generalmente imprescindibles, pero siempre responden a un contenido de justicia. Las formalidades son las garantías de un buen proceso, del debido proceso; aun más la buena administración*

*de justicia no puede efectuarse sin formalidades y éstas son imprescindibles para la defensa de la parte, pero aunque imprescindibles no pueden preponderar sobre la justicia La formalidad es un medio no un fin; la justicia es un fin que se logra a través de la formalidad*³. (Lo destacado es nuestro).

La falta de sistematización por instituciones y de técnica doctrinaria y jurisprudencial hace que el actual Código de Procedimiento Civil, no guarde relación o armonía con las normas constitucionales ni con las disposiciones establecidas en los convenios y tratados internacionales de derechos fundamentales y humanos, de los cuales el Estado constitucional de derechos y justicia ecuatoriano es Parte ni responde a la realidad social.

Es necesario el estudio de las reformas constitucionales y legales, para hacer un breve análisis de la legislación procesal ecuatoriana, que nos permita estructurar un nuevo código, adaptándolo a las nuevas corrientes legislativas, jurisprudenciales y doctrinarias.

El Instituto Ecuatoriano de Derecho Procesal IEDP y Projusticia⁴, nos hace recordar que el Código de Procedimiento Civil ecuatoriano en vigencia siguió el modelo del Código de 1938, con pocas reformas; éste a su vez transcribió, con pequeñas alteraciones, el Código de Enjuiciamiento Civil de 1878, redactado por la Corte Suprema de Justicia, que se basó en el Código dictado por la Convención Constituyente de 1869 y publicado en 1871 y sus numerosas reformas; el cual a su vez se inspiró en el código procesal peruano y en la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855.

³ DURÁN DÍAZ, Edmundo (+), *Las Reformas Constitucionales y la Función Jurisdiccional*, La Reforma de la Constitución, Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales ILDIS y la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador PUCE, 1998, pág. 157.

⁴ El Instituto Ecuatoriano de Derecho Procesal IEDP y Projusticia, *Proyecto de Código de Procedimiento Civil*, 2007, pág. 11 y 12.

1. Las reformas a la codificación del Código de Procedimiento Civil, publicado en el Suplemento No. 687 al Registro Oficial de 18 de mayo de 1987

La Corte Suprema de Justicia en uso de las atribuciones que le confiere el artículo 15 de la Ley Orgánica de la Función Jurisdiccional, acogiendo el informe de la Comisión Interna de lo Penal y Leyes Conexas, por cuanto se ha producido duda sobre la aplicación del artículo 1061 del Código de Procedimiento Civil, al entrar en vigencia la Ley Orgánica del Ministerio Público, resolvió que la prohibición contenida en el artículo 1061 del mismo Código, para que los secretarios de los Juzgados y Tribunales de la República entreguen los procesos, no comprende a los representantes del Ministerio Público, que por razón de su función intervienen en tales procesos. Esta resolución generalmente obligatoria, mientras no se disponga lo contrario por la Ley, se publicó en el Registro Oficial No. 118 de enero 27 de 1989 y en la Gaceta Judicial.

La Corte Suprema de Justicia considerando que se han presentado dudas, en lo que respecta al alcance del artículo 417 del Código de Procedimiento Civil en vigencia, que corresponde al artículo 433 de la codificación anterior, en uso de la facultad que le confiere el artículo 13 de la Ley Orgánica de la Función Judicial, resuelve que si el recurrente concreta fuera de término los puntos a los cuales se contrae su recurso, y no consta en el proceso la respectiva petición de deserción, la fundamentación del recurso es procedente. Esta resolución aprobada por unanimidad, generalmente obligatoria, mientras la ley no disponga lo contrario fue publicada en el Registro Oficial No. 230 de julio 11 de 1989 y en la Gaceta Judicial.

La Corte Suprema de Justicia considerando que las Salas han resuelto que la defensa de litis pendencia debe plantearse en forma expresa, para ser considerada como excepción en juicio, que es admisible la defensa de litis pendencia aunque no hubiere sido expresamente alegada, en uso de las facultades legales que le concede el artículo 102 de la Constitución Política de la República y el artículo 14 de la Ley Orgánica de la Función Jurisdiccional, resuelve que la litis pendencia

debe alegarse expresamente para ser considerada como excepción en juicio. Esta resolución aceptada por unanimidad, generalmente obligatoria, mientras la Ley no disponga lo contrario, fue publicada en el Registro Oficial No. 412 de abril 6 de 1990.

En el Suplemento No. 199 al Registro Oficial de mayo 28 de 1993, se publica la reforma al Código de Procedimiento Civil, que sustituye el artículo 425 del mismo Código, por el siguiente: "Para que las obligaciones fundadas en algunos de los títulos expresados en los artículos anteriores sean exigibles en juicio ejecutivo, deben ser claras, líquidas, puras y de plazo vencido, cuando lo haya.

Además, el título deberá contener la determinación de la obligación principal; y las obligaciones accesorias; y, cuando alguno de sus elementos esté sujeto a un indicador económico o financiero de conocimiento público, contendrá también la referencia de éste.

Se considerará también de plazo vencido las obligaciones cuyo vencimiento se hubiere anticipado como consecuencia de la aplicación de cláusulas de aceleración de pagos, que hubieren sido pactados.

Cuando se haya cumplido la obligación o ésta fuere resolutoria, podrá ejecutarse la obligación condicional y, si fuere en parte líquida y en parte no, se ejecutará en la parte líquida".

A través del Suplemento No. 574 al Registro Oficial de noviembre 23 de 1994, el artículo 1059 del Código de Procedimiento Civil, dirá: "Cuando se señale día y hora para que tenga lugar una diligencia judicial, se considerará que ha incurrido en rebeldía por falta de comparecencia la parte que no ha concurrido transcurridos diez minutos después de la hora fijada".

Mediante la reforma publicada en el Suplemento No. 439 al Registro Oficial de mayo 12 de 1994, el artículo 425 del Código de Procedimiento Civil reformado por el artículo 79 de la Ley de Mercado de Valores,

publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 199 de 28 de mayo de 1993, se sustituyó por el siguiente: "Para que las obligaciones fundadas en algunos de los títulos expresados en los artículos anteriores sean exigibles en juicio ejecutivo, deben ser claras, determinadas, líquidas, puras y de plazo vencido cuando lo haya. Cuando alguno de sus elementos esté sujeto a/o expresado en un indicador económico o financiero de conocimiento público, contendrá la referencia de éstos.

Se considerarán también de plazo vencido las obligaciones cuyo vencimiento se hubieren estipulado como consecuencia de la obligación de cláusulas de aceleración de pagos, que hubieren sido pactadas.

Cuando se haya cumplido la condición o ésta fuere resolutoria, podrá ejecutarse la obligación condicional y, si fuere en parte líquida y en parte no, se ejecutará en la parte líquida".

Se deroga la Sección XXX del Título II del Libro II del Código de Procedimiento Civil, con la entrada en vigencia de la Ley de Arbitraje y Mediación a partir de su publicación en el Registro Oficial No. 145 de 4 de septiembre de 1997.

El Congreso Nacional en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, expide la Ley 55 Interpretativa de los artículos 27, 28, 29 y 30 del Código de Procedimiento Civil, para los casos de competencia concurrente internacional, que entró en vigencia a partir de su publicación en el Suplemento del Registro Oficial No. 247 de 30 de enero de 1998, con el carácter de especial y como tal, prevalecerá por sobre toda norma legal, general o especial que se le oponga. Esta regulación cumple con el principio de eficacia extraterritorial, que consiste en que el demandante podrá elegir libremente entre presentar la demanda en el Ecuador o en el extranjero, con excepción de los casos que por ley expresa, el asunto deba ser resuelto exclusivamente por jueces ecuatorianos, como el del divorcio de un ecuatoriano casado en el Ecuador. En caso de presentarse la demanda fuera del territorio ecuatoriano, fenecerá definitivamente la competencia nacional así como la jurisdicción de los jueces ecuatorianos sobre la causa.

Por medio de la publicación en el Registro Oficial No. 367 de 23 de julio de 1998, se agrega al final del artículo 99 del Código de Procedimiento Civil, el siguiente inciso: "Cuando se deba ceder y traspasar derechos o créditos para efecto de desarrollar procesos de titularización realizados al amparo de la Ley de Mercado de Valores cualquiera sea la naturaleza de aquellos, no se requerirá notificación alguna al deudor u obligado de tales derechos o créditos. Por el traspaso de derechos o créditos en procesos de titularización, se transfiere de pleno derecho y sin requisito o formalidad adicional, tanto el derecho o crédito como las garantías constituidas sobre tales créditos. En caso de ser necesaria la ejecución de la garantía, el traspaso del crédito y de la garantía, esta deberá ser previamente inscrita en el registro correspondiente".

El Consejo Nacional de la Judicatura considerando que los Juzgados de lo Civil del Ecuador, dentro de sus atribuciones y competencias atienden juicios de jurisdicción voluntaria, reconocimientos de firmas y otras diligencias similares, el despacho de estas diligencias, numerosas por su naturaleza, producen descuido y demora en el trámite procesal de los juicios, etcétera, resolvió establecer un solo Juzgado de lo Civil en las ciudades de Guayaquil y Quito, como la única Judicatura en la que se tramitarán, en forma exclusiva, los juicios de jurisdicción voluntaria, tales como: diligencias preparatorias, reconocimientos de firmas, informaciones sumarias, declaraciones juramentadas. Cuando su trámite se transforme en litigioso el Juez, a petición de parte interesada o de oficio, remitirá de inmediato lo actuado a la Sala de Sorteos para los fines legales consiguientes. Esta resolución entró en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial No. 254 de 13 de agosto de 1999.

El Congreso Nacional expide la Ley Reformatoria de la Ley Notarial No. 2006-62, que entró en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial No. 406, de 28 de noviembre de 2006, con el fin de descongestionar los despachos judiciales, debido a que existen trámites de jurisdicción voluntaria que podrán ser realizados por los notarios, agrega algunas atribuciones a los actuarios y, en el artículo 18 de la Ley, otorga otras atribuciones a los notarios, tales como: proceder a la apertura y publicación de testamentos cerrados, al registro de firmas de funcionarios y representantes de personas jurídicas, autorizar los actos

de amojonamiento y deslindes de sectores rurales, tramitar divorcios por mutuo consentimiento, únicamente en los casos en que los cónyuges no tengan hijos menores de edad o bajo dependencia, proceder a la liquidación de bienes o de la conyugal, autorizar la emancipación voluntaria del hijo adulto, conforme a lo previsto en el artículo 309 del Código Civil, tramitar la declaratoria de interdicción para administrar los bienes de una persona declarada reo por sentencia ejecutoriada penal, solemnizar la declaración de los convivientes sobre la existencia de la unión de hecho, previo el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 222 del Código Civil, declarar la extinción del usufructo previa la justificación instrumental correspondiente y de acuerdo con las reglas del Código Civil y en los casos que la ley señala. Establece en la tercera Disposiciones Generales, que: “Las disposiciones aprobadas en esta Ley, no menoscaban las incompetencias asignadas a los jueces de lo civil, por las leyes pertinentes”.

La Corte Suprema de Justicia considerando que las Salas han emitido fallos contradictorios sobre un mismo punto de derecho, concerniente al momento en que han de empezar a contarse los términos para las partes procesales, con arreglo al artículo 309 del Código de Procedimiento Civil, en ejercicio de la facultad que le concede el artículo 197 de la Constitución Política de la República del Ecuador, en correspondencia con los artículos 19, inciso tercero de la Ley de Casación, y 14 de la Ley Orgánica de la Función Judicial, resolvió en los procesos judiciales, los términos han de empezar a correr en forma común para todas las partes desde la última citación o notificación. Esta resolución, generalmente obligatoria, mientras no se disponga lo contrario por la ley, se publicó en el Registro Oficial No. 724 de 13 de diciembre de 2002, sin perjuicio de que se lo haga también en la Gaceta Judicial.

El Congreso Nacional considerando necesario, en concordancia con lo previsto en el artículo 198 y 423 del Código de Procedimiento Civil, otorgar eficacia jurídica a los documentos privados que sean objeto de reconocimiento de firmas por parte de los otorgantes ante los notarios, en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, expidió la Ley 2003-22 reformativa al Código de Procedimiento Civil, que sustituye el numeral 1 del artículo 198, por el siguiente: "Si el que lo hizo o mandó

hacer lo reconoce como suyo ante cualquier juez civil o ante Notario Público o lo eleva a escritura pública". También, sustituye el artículo 423, por el siguiente: "Son títulos ejecutivos: la confesión de parte, hecha con juramento ante el juez competente; la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada; la copia y la compulsas autenticadas de las escrituras públicas; los documentos privados reconocidos por los otorgantes ante notario o judicialmente; las letras de cambio; los pagarés a la orden; los testamentos; las actas judiciales de remate o las copias de los autos de adjudicación debidamente protocolizados, según el caso; las actas de transacción u otras que contengan obligaciones de dar o hacer alguna cosa; y, los demás instrumentos a los que la Ley da el carácter de títulos ejecutivos". Esta Ley reformativa entró en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial No. 216 de 21 de noviembre de 2003.

Con la expedición a la codificación 2004-015 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, publicada en el Registro Oficial No. 312 de 13 de abril de 2004, se derogó el artículo 83 de la codificación del Código de Procedimiento Civil.

El Tribunal Constitucional en resolución 002-2004-DI, publicada en el Registro Oficial No. 463 de 17 de noviembre de 2004, desechó el informe de inaplicabilidad, con carácter generalmente obligatorio, del artículo 217, numeral 7 del Código de Procedimiento Civil, que dispone: "Por falta de probidad no son testigos idóneos: ... Las meretrices (trabajadoras sexuales)".

A fin de garantizar la eficacia jurídica de la confesión judicial, estableciendo que el pliego cerrado de preguntas presentado sea abierto por el juez al momento de practicarse la diligencia de confesión, el Congreso Nacional en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales expide la Ley 2004-47 reformativa al artículo 134 del Código de Procedimiento Civil, que sustituye el texto del artículo mencionado, por el siguiente: "Las posiciones sobre las cuales ha de versar la confesión podrán presentarse en sobre cerrado, con las debidas seguridades que impidan conocer su contenido antes del acto y será abierto exclusivamente por el juez al momento de practicarse la diligencia, en

presencia del confesante y de las partes interesadas, que asistan a la diligencia. En el mismo acto, el juez calificará las preguntas y practicará la confesión". La presente Ley reformativa, entró en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial No. 482 de 15 de diciembre de 2004.

La Corte Suprema de Justicia considerando que se han generado fallos contradictorios respecto de los jueces que deben conocer los juicios de excepciones al procedimiento coactivo y precisar dirimir los fallos contradictorios suscitados sobre un mismo punto de derecho, expidiendo la norma dirimente, conforme a la facultad que le otorga el artículo 197 de la Constitución Política de la República del Ecuador y el artículo 14 de la Ley Orgánica de la Función Judicial, resolvió que los juicios de excepciones a la coactiva dentro del procedimiento establecido en la Sección III del Título II del Libro II del Código de Procedimiento Civil y que tiene por objeto, al tenor del artículo 933 de este cuerpo legal, el cobro de lo que, por cualquier concepto, se deba al Estado y a las demás instituciones del sector público que por ley tiene esa facultad excepcional; al Banco Central del Ecuador y a los bancos del sistema de crédito de fomento, por sus créditos y al IESS, corresponde conocer a los jueces de lo civil, salvo los que procedan de resoluciones en firme de la Contraloría General del Estado, que compete a la jurisdicción contencioso-administrativa por disponerlo el artículo 7 del Decreto Supremo No. 611 de 21 de julio de 1975, promulgado en el Registro Oficial No. 857 de 31 de los mismos mes y año, donde se establece un trámite especial, diferente al previsto en el Código de Procedimiento Civil, así como los expresamente determinados por la ley, debiendo los jueces dar aplicación estricta del artículo 1020 de dicho código. Esta resolución que tiene el carácter de obligatorio, mientras la ley no disponga lo contrario, se promulgó en el Registro Oficial No. 418 de 10 de septiembre de 2004, sin perjuicio de hacerlo en la Gaceta Judicial.

2. Las reformas constitucionales a la Función Judicial entre los años 1992 y 1998

Entre los años de 1992 y 1998, el Ecuador vivió un período de reformas constitucionales, que sentaron las bases para una verdadera institucionalidad en el sistema procesal de justicia.

a. Las reformas constitucionales a la Función Judicial de 1992

El Congreso Nacional mediante ley número 20, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 93, de diciembre 23 de 1992, considerando que es necesario modernizar la administración de justicia, hacerla más ágil y eficiente y dotarle de los medios necesarios para el cumplimiento sus obligaciones, expidió reformas a la Constitución Política del Estado, publicada en el Registro Oficial 763 de 12 de junio de 1984, entre las más importante, mencionamos:

Cambia la denominación de la Función Jurisdiccional por Función Judicial.

La denominación de Función “Jurisdiccional”, fue incorporada mediante Ley 131, publicada en el Registro Oficial 50 de 26 de mayo de 1983, ya que el inciso primero del artículo 1 del Código de Procedimiento Civil, hace la siguiente definición: “La jurisdicción, esto es, el poder de administrar justicia, consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en una materia determinada, potestad que corresponde a los magistrados y jueces establecidos por las leyes”.

El destacado tratadista COUTURE Eduardo J., sostiene: “En su primera aproximación al concepto de función jurisdiccional debemos reconocer que existe una cierta sinonimia entre la función judicial y función jurisdiccional. No toda la función propia del Poder Judicial es función jurisdiccional. No lo es, por ejemplo, la jurisdicción voluntaria. Tampoco toda función jurisdiccional corresponde al Poder Judicial. Existen, como se verá, funciones jurisdiccionales a cargo de otros

órganos que no son el Poder Judicial. Sin embargo, en términos generales, normalmente, la función jurisdiccional coincide con la función judicial”.

Cómo debe denominarse “Función Jurisdiccional” o “Función Judicial”, es caer en simplismos y en disputas innecesarias. Es necesario reafirmar solidamente que no sea un pretexto ni una racionalización para limitar la independencia de los jueces porque debe existir un ámbito de poder que se deriva de una independencia, en razón de que esa independencia es necesaria para la imparcialidad y, sin imparcialidad, no hay jueces y, sin ellos no se concibe ninguna función ni ningún poder que pueda llamarse “judicial”. Si la cadena conceptual independencia, imparcialidad, jueces, se quiebra, la disyuntiva estará entre un poder, función o servicio “judicial” o una rama burocrática de funcionarios parcializados que realizan sumisamente lo que otros poderes les ordenan, como lo sostiene ZAFARONI Eugenio Raúl⁵.

Incorpora el Consejo de la Judicatura como órgano de la Función Judicial. El Consejo Nacional de la Judicatura será el órgano administrativo y de gobierno de la Función Judicial.

Las Salas de la Corte Suprema de Justicia serán especializadas en las principales materias jurídicas, de acuerdo a lo señalado en la Ley Orgánica de la Función Judicial. La Corte Suprema de Justicia actuará como tribunal de casación en todas las materias.

El Congreso Nacional elegirá a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia con el voto favorable de las dos terceras partes de sus integrantes, por lo menos, previo informe de la Comisión de Asuntos Judiciales del Congreso Nacional. Los candidatos a magistrados de la Corte Suprema de Justicia serán presentados, en números iguales, por el Congreso Nacional, el Presidente de la República y la Función Judicial. El Congreso Nacional elegirá adicionalmente al Magistrado alterno, que

COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Tercera Edición, Reimpresión Inalterada, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1981, pág. 30.

⁵ ZAFARONI, Eugenio Raúl, *Dimensión Política de un Poder Judicial Democrático*, Corporación Latinoamericana para el Desarrollo CLD, págs. 19 y 20.

sustituirá a quien fuere designado Presidente de la Corte Suprema de Justicia. Los conjuces serán elegidos por el Congreso Nacional, de acuerdo con el sistema establecido en el Ley. Las vacantes serán llenadas interinamente por la Corte Suprema de Justicia, en pleno. Los magistrados designados continuarán en funciones prorrogadas hasta cuando el Congreso elija a los titulares. En las causas que conociere, cualquier Sala de la Corte Suprema de Justicia y de los demás tribunales y salas de última instancia sin perjuicio de fallar sobre el asunto controvertido, podrá declarar inaplicable un precepto legal contrario a las normas de la Constitución. Esta declaración no tendrá fuerza obligatoria sino en los casos en que se pronunciare. El Tribunal o la Sala presentará un informe para que la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia resuelva en última y definitiva instancia.

En la Primera Disposición Transitoria se establece que, la Corte Suprema de Justicia estará integrada por las salas de lo Civil y Comercial, Penal, Social y Laboral, Fiscal, Administrativa y Constitucional, con cinco magistrados cada una.

En la Tercera Disposición Transitoria contempla que, el Congreso Nacional, para el período 1992-1998, elegirá a treinta magistrados de la Corte Suprema de Justicia, en la siguiente forma: veinte, por su propia iniciativa; y, diez, por la lista que deberá presentar el Presidente de la República. También elegirá al magistrado alterno, que sustituirá a quien fuere designado Presidente, de acuerdo con lo establecido en la Ley.

b. Las reformas constitucionales a la Función Judicial de 1996

El proyecto de reformas a la Constitución Política de la República, que fue leído, discutido, aprobado y ratificado en parte del texto y allanado en otra al dictamen parcialmente desfavorable del señor Presidente Constitucional de la República y el Congreso Nacional, en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, expide las Reformas a la Constitución Política de la República (Segundo Bloque), publicado en el Registro Oficial No. 863, de 16 de enero de 1996, siguiente:

Con arreglo al principio de unidad jurisdiccional, el ejercicio de la potestad judicial corresponde exclusivamente a los magistrados, jueces y tribunales determinados en la Constitución, las leyes y en los tratados internacionales. Sin perjuicio de la unidad de la Función Judicial ésta actuará en forma descentralizada. Se reconoce el sistema arbitral, la negociación y otros procedimientos alternativos para la solución de las controversias.

En la Sección II, "De los Órganos de la Función Judicial", artículo 99, establece que son órganos de la Función Judicial: a) La Corte Suprema de Justicia, los Tribunales Distritales de lo Fiscal y Contencioso Administrativo, las cortes superiores y más juzgados dependientes de aquella; b) Los demás tribunales y juzgados que las leyes establezcan del ámbito de la Función Judicial; y, c) El Consejo Nacional de la Judicatura.

En la Sección III, "de la Organización y Funcionamiento", inciso segundo del artículo 101, dice que la Ley determinará la organización, especialización y funcionamiento de las salas de la Corte Suprema, Tribunales Distritales de lo Fiscal y Contencioso Administrativo, cortes superiores y demás tribunales y juzgados.

El proyecto de reformas a la Constitución Política de la República, que fue leído, discutido, aprobado y ratificado en parte del texto y allanado en otra al dictamen parcialmente desfavorable del señor Presidente Constitucional de la República y el Congreso Nacional, en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales expide las reformas a la Constitución Política de la República (Tercer Bloque), publicado en el Registro Oficial No. 863, de 16 de enero de 1986, siguiente:

En el artículo 110, comiencese por un inciso que diga: "Ninguna persona podrá ser interrogada ni aún con fines investigativos, por una autoridad policial, por el Ministerio Público o por cualquier otra del Estado, sin la asistencia de un abogado defensor privado o nombrado por el Estado para el caso de que el interesado no pueda designar a su propio defensor. Cualquier diligencia judicial, preprocesal o administrativa que no cumpla con este precepto carecerá de eficacia probatoria".

c. Las reformas constitucionales a la Función Judicial de 1997

El Congreso Nacional, expidió la codificación de la Constitución Política de la República, que entró en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial No. 2, de 13 de febrero de 1997.

En la Sexta Disposición Transitoria, se establece que, por esta vez, los Magistrados elegidos para el período 1992 - 1998 serán renovados parcialmente, por sorteo, en una tercera parte en cada ocasión, en los períodos ordinarios de 1994 y 1996. El sorteo será realizado por el Congreso Nacional antes de cada nueva elección. La Ley Orgánica de la Función Judicial establecerá el procedimiento que en el futuro deberá seguirse para la renovación parcial de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia.

En la Séptima Disposición Transitoria, contempla que para ser ministro de las cortes superiores, en la reorganización se requiere: 1. Ser ecuatoriano por nacimiento; 2. Hallarse en ejercicio de los derechos de ciudadanía; 3. Tener cuarenta años de edad, por lo menos; 4. Tener título de doctor en Jurisprudencia o abogado; 5. Haber ejercido con probidad notoria la profesión de abogado, la judicatura o la cátedra universitaria en Ciencias Jurídicas por un lapso mínimo de doce años; y, 6. Cumplir los demás requisitos establecidos en la Constitución y la ley. Estos requisitos podrán constar en la Ley Orgánica de la Función Judicial.

Estas reformas a la Constitución Política de la República, expedidas por el Congreso Nacional, entraron en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial No. 120 de 31 de julio de 1997.

Sustituye el artículo 125 por el siguiente: "El Consejo Nacional de la Judicatura es el órgano administrativo y disciplinario de la Función Judicial. Sus integrantes serán designados por el Tribunal en Pleno de la Corte Suprema de Justicia, con el voto de por lo menos las dos terceras partes de sus integrantes. La Ley regulará su funcionamiento".

Sustituye el primer inciso del artículo 126, por el siguiente: "La Corte Suprema de Justicia tiene jurisdicción en todo el territorio nacional y su sede es Quito".

Sustituye el artículo 128, por el siguiente: "Para ser magistrado de la Corte Suprema de Justicia, se requiere: a) Ser ecuatoriano por nacimiento; b) Hallarse en ejercicio de los derechos de ciudadanía; c) Ser mayor de cuarenta y cinco años; d) Tener título de doctor en jurisprudencia; e) Haber ejercido con probidad notoria la profesión de abogado, la judicatura o la cátedra universitaria en ciencias jurídicas por un lapso mínimo de veinte años; y, f) Cumplir los demás requisitos de idoneidad que fije la ley".

Sustituye el artículo 129, por el siguiente: "Los magistrados de la Corte Suprema de Justicia no están sujetos a período fijo en la duración de sus cargos. Cesarán en sus funciones por las causales determinadas en la Constitución Política de la República y la Ley. Producida una vacante, cualquiera sea su causa, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, designará al nuevo magistrado, con el voto favorable de por lo menos las dos terceras partes de sus integrantes, observando los criterios de profesionalismo y de carrera judicial de conformidad con la Ley".

d. Las reformas constitucionales a la Función Judicial de 1998

La Asamblea Nacional Constituyente expidió la Constitución Política de la República, que entró en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial No. 1 de 11 de agosto de 1998, contiene reformas, textos no reformados y deroga la Constitución de 1997.

En el Capítulo I, De los principios generales, Título VIII, De la Función Judicial, manda que el ejercicio de la potestad judicial corresponderá a los órganos de la Función Judicial. Se establecerá la unidad jurisdiccional. De acuerdo con la ley habrá jueces de paz, encargados de resolver en equidad conflictos individuales, comunitarios o vecinales. Se reconocerán el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos

para la resolución de conflictos con sujeción a la ley. Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes. La ley hará compatibles aquellas funciones con las del sistema judicial nacional.

El sistema procesal será un medio para la realización de la justicia. 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. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.

Las leyes procesales procurarán la simplificación, uniformidad, eficacia y agilidad de los trámites. El retardo en la administración de justicia, imputable al juez o magistrado será sancionado por la ley.

La sustanciación de los procesos, presentación y contradicción de las pruebas, se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios dispositivo, de concentración e inmediación.

Salvo los casos expresamente señalados por la ley, los juicios serán públicos, pero los tribunales podrán deliberar reservadamente. No se admitirá la transmisión de las diligencias judiciales por los medios de comunicación, ni su grabación por personas ajenas a las partes y a sus defensores.

La Corte Suprema de Justicia en pleno, expedirá la norma dirimente que tendrá carácter obligatorio, mientras la ley no determine lo contrario, en caso de fallos contradictorios sobre un mismo punto de derecho, dictados por las Salas de Casación, los Tribunales Distritales o las Cortes Superiores.

En el Capítulo 2, De la organización y funcionamiento, los órganos de la Función Judicial son: 1. La Corte Suprema de Justicia. 2. Las cortes, tribunales y juzgados que establezca la Constitución y la ley. 3. El Consejo Nacional de la Judicatura. La ley determinará su estructura, jurisdicción y competencia.

Los órganos de la Función Judicial serán independientes en el ejercicio de sus deberes y atribuciones. Ninguna función del Estado podrán interferir en los asuntos propios de aquellos. Los magistrados y jueces serán independientes en el ejercicio de su potestad jurisdiccional aún frente a los demás órganos de la Función Judicial; solo estarán sometidos a la Constitución y a la ley.

La Corte Suprema de Justicia tendrá jurisdicción en todo el territorio nacional y su sede en Quito. Actuará como corte de casación, a través de salas especializadas, y ejercerá, además, todas las atribuciones que le señalen la Constitución y las leyes.

Para ser magistrado de la Corte Suprema de Justicia, se requerirá: 1. Ser ecuatoriano por nacimiento. 2. Hallarse en goce de los derechos políticos. 3. Ser mayor de cuarenta y cinco años. 4. Tener título de doctor en jurisprudencia, derecho o ciencias jurídicas. 5. Haber ejercido con probidad notoria la profesión de abogado, la judicatura o la docencia universitaria en ciencias jurídicas, por un lapso mínimo de quince años. 6. Los demás requisitos de idoneidad que fije la ley.

Los magistrados de la Corte Suprema de Justicia no estarán sujetos a período fijo en relación con la duración de sus cargos. Cesarán en sus funciones por las causales determinadas en la Constitución y la ley.

Producida una vacante, el pleno de la Corte Suprema de Justicia designará al nuevo magistrado, con el voto favorable de las dos terceras partes de sus integrantes, observando criterios de profesionalidad y de carrera judicial, de conformidad con la ley. En la designación se escogerá, alternadamente, a profesionales que hayan ejercido la judicatura, la docencia universitaria o permanecido en el libre ejercicio

profesional, en este orden. Se reconoce y se garantiza la carrera judicial, cuyas regulaciones determinará la ley. Con excepción de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, los magistrados, jueces, funcionarios y empleados de la Función Judicial, serán nombrados previo concurso de merecimientos y oposición, según corresponda, de acuerdo con lo establecido en la ley.

Se prohíbe a los magistrados y jueces ejercer la abogacía o desempeñar otro cargo público o privado, con excepción de la docencia universitaria. No podrán ejercer funciones en los partidos políticos, ni intervenir en contiendas electorales.

El Consejo Nacional de la Judicatura será el órgano de gobierno, administrativo y disciplinario de la Función Judicial. La ley determinará su integración, la forma de designación de sus miembros, su estructura y funciones. El manejo administrativo, económico y financiero de la Función Judicial, se hará en forma descentralizada.

En la Vigésima Sexta Disposición Transitoria, establece que todos los magistrados y jueces que dependan de la Función Ejecutiva pasarán a la Función Judicial y, mientras las leyes no dispongan algo distinto, se someterán a sus propias leyes orgánicas. Esta disposición incluye a los jueces militares, de policía y de menores. Si otros funcionarios públicos tuvieren entre sus facultades la de administrar justicia en determinada materia, la perderán, y se la trasladará a los órganos correspondientes de la Función Judicial. Disposición concordante en aplicación con el principio de la administración de justicia de la unidad jurisdiccional, que consiste en que la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los órganos de la Función Judicial y por los demás órganos y funciones establecidas en la Constitución y, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, ninguna autoridad de las demás funciones del Estado podrá desempeñar funciones de administración de justicia ordinaria, sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución.

El Consejo Nacional de la Judicatura presentará al Congreso Nacional los proyectos que modifiquen las leyes pertinentes, para que estas disposiciones puedan cumplirse. El personal administrativo que actualmente labora en las cortes, tribunales y juzgados militares, de policía y de menores, cuya estabilidad se garantiza, pasará a formar parte de la Función Judicial. Los bienes y el presupuesto de esas dependencias se transferirán igualmente a la Función Judicial.

En la Vigésima Séptima Disposición Transitoria, contempla 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.

e. Las reformas constitucionales a la Función Judicial de 2008

La Constitución, aprobada en referéndum por el pueblo ecuatoriano, entró en vigencia el día de su publicación en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008, que deroga la Constitución Política de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 1 de 11 de agosto de 1998 y toda norma contraria a la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico permanecerá vigente en cuanto no sea contrario a la Constitución.

El Capítulo Cuarto, Función Judicial y justicia indígena, Sección Primera, Principios de la administración de justicia, Título IV, Participación y Organización del Poder, ordena que la potestad de administrar justicia emanan del pueblo y se ejerce por los órganos de la Función Judicial y por los demás órganos y funciones establecidos en la Constitución.

La administración de justicia en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios: 1. Los órganos de la Función Judicial gozarán de independencia interna y externa. Toda violación a este principio conllevará responsabilidad administrativa, civil y penal de acuerdo con la ley. 2. La Función Judicial

gozará de autonomía administrativa, económica y financiera. 3. En virtud de la unidad jurisdiccional, ninguna autoridad de las demás funciones del Estado podrá desempeñar funciones de administración de justicia ordinaria, sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución. 4. El acceso a la administración de justicia será gratuito. La ley establecerá el régimen de costas procesales. 5. En todas sus etapas, los juicios y sus decisiones serán públicos, salvo los casos expresamente señalados en la ley. 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. El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediatez, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.

En la Sección Segunda, Justicia Indígena, contempla que las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales. El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.

La Sección Tercera, Principios de la Función Judicial, prevé que las juezas y jueces administrarán justicia con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley. Las servidoras y servidores judiciales, que incluyen a juezas y jueces, y los otros operadores de justicia, aplicarán el principio de la debida diligencia en los procesos de administración de justicia. Las juezas y jueces serán responsables por el perjuicio que se causa a las partes por retardo,

negligencia, denegación de justicia o quebrantamiento de la ley. Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial. Las servidoras y servidores judiciales no podrán ejercer la abogacía ni desempeñar otro empleo público o privado, excepto la docencia universitaria fuera del horario de trabajo. La mala fe procesal, el litigio malicioso o temerario, la generación de obstáculos o dilación procesal, serán sancionados de acuerdo con la ley. Las juezas y jueces no podrán ejercer funciones de dirección en los partidos y movimientos políticos, ni participar como candidatas en procesos de elección popular, ni realizar actividades de proselitismo político o religioso. 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 competencia en protección de derechos y en responsabilidad de adolescentes infractores. Los requisitos y procedimientos para designar servidoras y servidores judiciales deberán contemplar un concurso de oposición y méritos, impugnación y control social; se propenderá a la paridad entre mujeres y hombres. Con excepción de las juezas y jueces de la Corte Nacional de Justicia, las servidoras y servidores judiciales deberán aprobar un curso de formación general y especial, y pasar pruebas teóricas, prácticas y psicológicas para su ingreso al servicio judicial.

La Sección Cuarta, Organización y funcionamiento, dice que la Función Judicial se compone de órganos jurisdiccionales, órganos administrativos, órganos auxiliares y órganos autónomos. La ley determinará su estructura, funciones, atribuciones, competencias y todo lo necesario para la adecuada administración de justicia.

Los órganos jurisdiccionales, sin perjuicio de otros órganos con iguales potestades reconocidos en la Constitución, son los encargados de administrar justicia, y serán los siguientes: 1. La Corte Nacional de Justicia. 2. Las cortes provinciales de justicia. 3. Los tribunales y juzgados que establezca la ley. 4. Los juzgados de paz. El Consejo de la

Judicatura es el órgano de gobierno, administración, vigilancia y disciplina de la Función Judicial.

La Función Judicial tendrá como órganos auxiliares el servicio notarial, los martilladores judiciales, los depositarios judiciales y los demás que determine la ley. La Defensoría Pública y la Fiscalía General del Estado son órganos autónomos de la Función Judicial. La ley determinará la organización, el ámbito de competencia, el funcionamiento de los órganos judiciales y todo lo necesario para la adecuada administración de justicia.

En la Sección Quinta, Consejo de la Judicatura, contempla que serán funciones del Consejo de la Judicatura, además de las que determine la ley: 1. Definir y ejecutar las políticas para el mejoramiento y modernización del sistema judicial. 2. Conocer y aprobar la pro forma presupuestaria de la Función Judicial, con excepción de los órganos autónomos. 3. Dirigir los procesos de selección de jueces y demás servidores de la Función Judicial, así como su evaluación, asensos y sanción. Todos los procesos serán públicos y las decisiones motivadas. 3. Administrar la carrera y la profesionalización judicial, y organizar y gestionar escuelas de formación y capacitación judicial. 5. Velar por la transparencia y eficiencia de la Función Judicial. Las decisiones del Consejo de la Judicatura se tomarán con el voto conforme de cinco de sus vocales, salvo las suspensiones y destituciones que requerirán el voto favorable de siete de sus integrantes.

Las sentencias emitidas por las salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto, obligarán a remitir el fallo al pleno de la Corte a fin de que delibere y decida en el plazo de hasta sesenta días sobre su conformidad. Si en dicho plazo no se pronuncia, o se ratifica el criterio, está opinión constituirá jurisprudencia obligatoria. La jueza o juez ponente para cada sentencia será designado mediante sorteo y deberá observar la jurisprudencia obligatoria establecida de manera precedente. Para cambiar el criterio jurisprudencial obligatorio la jueza o juez

ponente se sustentará en razones jurídicas motivadas que justifiquen el cambio, y su fallo deberá ser aprobado de forma unánime por la sala.

En aplicación del principio de la unidad jurisdiccional, los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional serán juzgados por la justicia ordinaria. Las faltas de carácter disciplinario o administrativo serán sometidas a sus propias normas de procedimiento. En razón de la jerarquía y responsabilidad administrativa, la ley regulará los casos de fuero.

La Sección Séptima, Jueces de Paz, dice que las juezas y jueces de paz resolverán en equidad y tendrán competencia exclusiva y obligatoria para conocer aquellos conflictos individuales, comunitarios, vecinales y contravenciones, que sean sometidos a su jurisdicción, de conformidad con la ley. En ningún caso podrá disponer la privación de la libertad ni prevalecerá sobre la justicia indígena. Las juezas y jueces de paz utilizarán mecanismos de conciliación, diálogo, acuerdo amistoso y otros practicados por la comunidad para adoptar sus resoluciones, que garantizarán y respetarán los derechos reconocidos por la Constitución. No será necesario el patrocinio de abogada o abogado. Las juezas y jueces de paz deberán tener su domicilio permanente en el lugar donde ejerzan su competencia y contar con el respeto, consideración y apoyo de la comunidad. Serán elegidos por su comunidad, mediante un proceso cuya responsabilidad corresponde al Consejo de la Judicatura y permanecerán en funciones hasta que la propia comunidad decida su remoción, de acuerdo con la ley. Para ser jueza o juez de paz no se requerirá ser profesional en Derecho.

La Sección Octava, medios alternativos de solución de conflictos, se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se puedan transigir. En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley.

La Sección Novena, Defensoría Pública, contempla que es un órgano autónomo de la Función Judicial cuyo fin es garantizar el pleno e igual acceso a la justicia de las personas que, por su estado de indefensión o condición económica, social o cultural, no puedan contratar los servicios de defensa legal para la protección de sus derechos. 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.

En la Sección Décima, la Fiscalía General del Estado, es un órgano autónomo de la Función Judicial, único e indivisible.

En la Sección duodécima, el Servicio notarial, son públicos. En cada cantón o distrito metropolitano habrá el número de notarias y notarios que determine el Consejo de la Judicatura. Las notarias y notarios son depositarios de la fe pública; serán nombrados por el Consejo de la Judicatura previo concurso público de oposición y méritos, sometido a impugnación y control social.

3. Vigencia de la Ley de Casación y sus reformas

El Congreso Nacional mediante Ley No. 20 publicada en el Suplemento No. 93 del Registro Oficial del 23 de diciembre de 1992, dictó las reformas constitucionales para modernizar la administración de justicia, hacerla ágil y eficiente y en la disposición transitoria séptima, de las reformas constitucionales, establece que si el Congreso Nacional no dictare las normas legales necesarias para regular los recursos de casación en lo civil y mercantil y en lo social y lo laboral hasta el 15 de abril de 1993, la Corte Suprema de Justicia, expedirá la correspondiente reglamentación hasta el 30 de los mismos mes y año, para su vigencia inmediata a partir del 3 de mayo siguiente.

El Congreso Nacional en el ejercicio de sus facultades constitucionales, expide la Ley No. 27 de Casación, que entró en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial No. 192 del 18 de mayo de 1993.

La expedición de la Ley No. 27 de Casación, originó dudas en torno a la aplicación que en todas las Salas Especializadas de esta Corte no han dado la misma interpretación a los artículos 6 y 11 de dicha Ley, que por mandato constitucional las leyes procesales procurarán la simplificación y uniformidad, consecuentemente, la eficacia de los trámites al tenor del artículo 94 de la Constitución, en vigencia, y en ejercicio de la facultad establecida, en el artículo 15 de la Ley Orgánica de la Función Judicial, la Corte Suprema de Justicia, resuelve que la fundamentación del recurso de casación ha de constar en el mismo escrito en que se lo interpone y ante el mismo órgano jurisdiccional de cuya resolución se recurre, de conformidad con el artículo 6 de la Ley de Casación. Y en acatamiento del artículo 11 de la misma ley, el Ministro de sustanciación de la respectiva Sala de la Corte Suprema, que conoce el proceso, en que se ha interpuesto y concedido tal recurso, mandará correr traslado con el escrito de interposición y fundamentación del recurrente, a los otros litigantes, o sea a todos los que tengan la calidad de parte contraria, para que sea contestado fundamentadamente, dentro del plazo de quince días hábiles. Esta disposición será generalmente obligatoria, mientras no se disponga lo contrario por la Ley, que entró en vigencia desde su publicación en el Registro Oficial No. 465 de 20 de junio de 1994.

En el Suplemento No. 764 al Registro Oficial de 22 de agosto de 1995, se publica la reforma a la Ley de Casación, que añade al primer inciso del artículo 16, lo siguiente: "La Administración Tributaria que interpusiera Recurso de Casación de las sentencias expedidas por los Tribunales Distritales de lo Fiscal, afianzará el interés de los sujetos pasivos, mediante la emisión de una nota de crédito".

El Plenario de las Comisiones Legislativas del Congreso Nacional, en uso de las facultades constitucionales de que se halla investido, expide la Ley Reformatoria a la Ley de Casación, que entró en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial No. 39 de 8 de abril de 1997.

En el artículo 1 de la Ley, se suprime el párrafo: “cualquiera sea el grado del juez o tribunal en que haya quedado ejecutoriada la sentencia o auto recurrido”. El artículo 5 de la Ley, Término para la Interposición, dirá: “El recurso deberá interponerse dentro del término de cinco días posteriores a la notificación del auto o sentencia o del auto resolutivo que niegue o acepte su ampliación o aclaración”. El artículo 7 de la Ley, elimina la palabra: “... el juez u”; y, el inciso final se sustituye por el siguiente: “El órgano judicial respectivo, con exposición detallada de los fundamentos o motivos de la decisión, admitirá o denegará el recurso”. El artículo 8, en el Recurso de Hecho de la Ley, cambia la palabra “plazo” por “término” para interponer el recurso, elimina la palabra “Juez”, introduce la frase “La denegación del recurso deberá ser fundamentada”; mantiene sin alterar el inciso segundo del artículo y reforma el trámite del recurso ante la sala respectiva de la Corte Suprema de Justicia, como consta en el inciso final del mencionado artículo. En el artículo 9 de la Ley, agrega un inciso final, relacionado al examen y concesión del recurso de casación, de conformidad con el artículo 7 y declaración si admite o rechaza el recurso de casación la Sala de la respectiva Corte Suprema de Justicia. Introduce cambios en la numeración de los artículos 8, 9, 10 y 16 de la Ley. En el artículo 12 señala el término para solicitar la audiencia de estrados. En el inciso segundo del actual artículo 16, establece el monto de la caución por el juez o el órgano judicial respectivo, en el término máximo de tres días. En el artículo 14 de la Ley, establece el término de noventa días más un día por cada cien fojas para que la Sala correspondiente de la Corte Suprema de Justicia, despache el recurso de casación. En el artículo 17 de la Ley, se reforma la cancelación y liquidación del monto de la caución. En el artículo 19 de la Ley de Casación, se agrega un inciso que diga: “Igualmente la Corte Suprema de Justicia podrá emitir resolución obligatoria sobre puntos de derecho respecto de los cuales existan fallos contradictorios de las cortes superiores y tribunales distritales, aunque no les hayan llegado por la vía de casación. La Corte Suprema resolverá sobre los fallos contradictorios ya sea por su propia iniciativa o a pedido de las cortes superiores o tribunales distritales. El Presidente de la Corte Suprema emitirá un instructivo para el adecuado ejercicio de esta atribución”. El artículo 6 de la Ley Reformatoria, encarga a la Comisión Legislativa Especial Permanente de Codificación del Congreso Nacional, la codificación en

forma inmediata de la Ley de Casación, con las modificaciones establecidas en esta reforma. Finalmente, el artículo 17 de la ley Reformativa, contempla la Disposiciones Transitoria correspondientes.

Es necesario, destacar que la Ley Reformativa a la Ley de Casación, incorpora en nuestra doctrina y jurisprudencia, “los procesos de conocimiento”, materia de nuestro estudio, al reformar el artículo 2 de la Ley, Procedencia, que dirá: “El recurso de casación procede contra las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento, dictados por las cortes superiores, por los tribunales distritales de lo fiscal y de lo contencioso administrativo”; e, “Igualmente procede respecto de las providencias expedidas por dichas cortes o tribunales en la fase de ejecución de las sentencias dictadas en procesos de conocimiento, si tales providencias resuelven puntos esenciales no controvertidas en el juicio, ni decididos en el fallo, o contradicen lo ejecutoriado/...”.

La Corte Suprema de Justicia ha expedido fallos contradictorios en cuanto a la persona que debe suscribir el escrito con el que se interpone el recurso de casación, en ejercicio de la facultad que le concede el artículo 130 de la Constitución Política de la República del Ecuador en armonía con el artículo 14 de la Ley Orgánica de la Función Judicial, resuelve que es admisible al trámite el escrito contentivo del Recurso de Casación, presentado con la sola firma del abogado defensor del recurrente siempre que en el mismo escrito constare que lo hace a ruego de la parte que recurre y que hubiere venido actuando como defensor de la misma parte debidamente autorizado. Esta resolución entró en vigencia desde su publicación en el Registro Oficial No. 243 de 26 de enero de 1998 y será generalmente obligatoria mientras no se disponga lo contrario por la ley.

Que la Comisión de Legislación y Codificación del Congreso Nacional resuelve expedir la codificación de la Ley de Casación, que en forma expresa deroga las normas contenidas en el Parágrafo 2o. (Del recurso de tercera instancia) de la Sección 10ma. Título I Libro Segundo, Parágrafo 3o. (De los juicios ejecutivos) Sección 1 a. Título II Libro Segundo del

Código de Procedimiento Civil, entre otros y, sus reformas entraron en vigencia desde las respectivas publicaciones en el Suplemento al Registro Oficial No. 299 de 24 de marzo de 2004.

El Congreso Nacional en la codificación de la Ley de Casación 2004-01, que entró en vigencia desde las respectivas publicaciones en el Suplemento del Registro Oficial No. 299 del 24 de mayo de 2004, con las modificaciones establecidas en la Ley Reformatoria a esta Ley (Registro Oficial No. 39 del 8 de abril de 1977), contempla en el artículo 1, que el recurso de que trata esta ley es de competencia de la Corte Suprema de Justicia que actúa como Corte de Casación en todas las materias, a través de sus salas especializadas.

El Tribunal Constitucional resuelve declarar la inconstitucionalidad de la frase "... de las sentencias y autos dictados por las Cortes Especiales de las Fuerzas Armadas y la Policía", contenida en el inciso tercero del artículo 2 de la Ley de Casación. Esta resolución está publicada en el Suplemento al Registro Oficial No. 274 de 19 de mayo de 2006.

La Corte Suprema de Justicia considerando que existe oscuridad o duda en el contenido y alcance del artículo 17 de la Ley de Casación, resuelve declarar que el mencionado artículo prevalece ante el artículo 203 de la Ley Orgánica de la Función Judicial, en las causas que se tramitan en casación, reconociendo que es potestativo remitir el proceso a la Sala de Conjuces, mediante resolución de aplicación generalmente obligatoria, a partir de su publicación en el Suplemento al Registro Oficial No. 211 de 28 de noviembre de 2007.

4. Las reformas del Código Orgánico de la Función Judicial a la codificación del Código de Procedimiento Civil, publicada en el Suplemento al Registro Oficial No. 58 de 12 de julio de 2005

La Comisión de Legislación y Codificación de la Función Legislativa, elabora la codificación del Código de Procedimiento Civil, sus reformas y derogatorias, que entraron en vigencia desde las fechas de las respectivas publicaciones en el Suplemento al Registro Oficial No. 58 de 12 de julio de 2005.

En esta codificación de 2005 del Código de Procedimiento Civil, se establece que la jurisdicción también la ejercen, de acuerdo a la Constitución Política de la República y sus leyes propias: los jueces de paz, los árbitros, los tribunales de conciliación y arbitraje y las autoridades de los pueblos indígenas. Tiene errores en los artículos 13 y 15 del mismo Código, con relación a la competencia preventiva y la competencia privativa cuando deben guardar concordancia o relación con los incisos sexto y séptimo del artículo 3, esto es, la jurisdicción preventiva y la jurisdicción privativa. Reforma el inciso segundo del artículo 115 del citado cuerpo legal, que dispone que el juez tendrá la obligación de expresar en su resolución la valoración de "todas" las pruebas producidas, lo que generó un intenso debate entre tratadistas, doctrinarios, comentaristas, nacionales y extranjeros, que sostenían que implica regresar al principio de la tarifa legal que se aplicaba en 1978 y en que la Constitución a la Comisión de Legislación y Codificación de la Función Legislativa, no le otorgó facultad para reformar el código, materia de la codificación.

El Pleno de la Comisión Legislativa y de Fiscalización, expide el Código Orgánico de la Función Judicial, que entró en vigencia desde su promulgación en el Suplemento al Registro Oficial No. 544, de 9 de marzo de 2009.

Este Código comprende la estructura de la Función Judicial, las atribuciones y deberes de sus órganos jurisdiccionales, administrativos, auxiliares y autónomos, establecidos en la Constitución y la ley; la

jurisdicción y competencias de las juezas y jueces, y las relaciones con las servidoras y servidores de la Función Judicial y otros operadores que intervienen en la administración de justicia.

Podemos sostener que unos de los logros o avances que se hacen en la legislación ecuatoriana, es haber plasmado en el Código Orgánico de la Función Judicial, los principios rectores y disposiciones fundamentales, para el mejor cumplimiento de las normas constitucionales, los convenios y tratados internacionales de derechos fundamentales y humanos, de los cuales el Estado constitucional de derechos y justicia ecuatoriano es parte. En la historia de la legislación, es primera vez que en el ordenamiento jurídico, un Código Orgánico desarrolla y plasma dichos principios fundamentales, con el fin de crear conciencia en el comportamiento de los que administran de justicia, de cumplir y hacer cumplir los mandatos constitucionales.

Cabe destacar que la Comisión Legislativa y de Fiscalización, ha recogido la opinión de varios tratadistas, doctrinarios y comentaristas, nacionales y extranjeros, que sostienen que la Jurisdicción y Competencia, no deben estar incorporada o formar parte en un Código de Procedimiento Civil, como título o capítulo, sino que son materias de un Código orgánico.

Respecto a la legalidad de la competencia, este Código establece que excepcionalmente, y previo estudio técnico, el Consejo de la Judicatura podrá modificar la competencia, únicamente en los casos de creación, traslado, fusión o supresión de salas de cortes, tribunales y juzgados. La competencia, en razón del territorio, será determinada por el Consejo de la Judicatura, previo informe técnico de la Comisión de Administración de Recursos Humanos.

Para garantizar el principio de la buena fe y lealtad procesal, el Código en los modos de prevención de la competencia, dispone que, en todas las causas, la prevención se produce por sorteo en aquellos lugares donde haya pluralidad de juzgados, o por la fecha de presentación de la demanda, cuando exista un solo juzgador, observando las reglas que señala en el artículo 160.

En las reglas generales para determinar la competencia de juezas y jueces, se seguirá las reglas generales que establece éste Código, sin perjuicio de lo establecido en la Constitución y la ley, especialmente en lo relativo a la jurisdicción penal, en armonía con los códigos procesales modernos. Con el fin de garantizar el debido proceso y el derecho de las personas a la defensa, prevé que si se suprime una judicatura, la ley determinará el tribunal o juzgado que deberá continuar con la sustanciación de los procesos que se hallaban en conocimiento de la judicatura suprimida. De no hacerlo, el Consejo de la Judicatura designará jueces temporales para que concluyan con la tramitación de las causas que se hallaban a conocimiento de dicha judicatura.

La suspensión y pérdida de la competencia, se incorporan reglas generales en relación con las disposiciones de la Constitución y el Código de Procedimiento Civil.

Las reglas generales aplicables a los fueros funcionales y personales, establece como principio general, que toda persona tiene derecho a ser demandada ante la jueza o el juez de su domicilio. En los casos de fueros concurrentes internacionales, nos remitimos a lo manifestado en el tema las reformas a la codificación del Código de Procedimiento Civil, publicado en el Suplemento No. 687 al Registro Oficial de 18 de mayo de 1987.

Prevé que el mantenimiento de competencia por el fuero personal, comprende los actos y los hechos de la funcionaria o del funcionario ocurridos o realizados en el desempeño de sus funciones, aun cuando al momento del proceso haya cesado en sus funciones. Si el juicio se inició antes de que la funcionaria o funcionario se hubiera posesionado del

cargo, se aplicarán las reglas generales y, por lo tanto, el juez que estaba conociendo del mismo conservará la competencia.

En las disposiciones reformativas y derogatorias, deroga todas las disposiciones generales y especiales que se opongan a la presente ley, especialmente las siguientes:

A la codificación del Código de Procedimiento Civil, publicada en el Suplemento al Registro Oficial 58 de 12 de julio de 2005, en todas las disposiciones, donde se diga "Constitución Política de la República", deberá leerse "Constitución de la República".

En todas las disposiciones donde dice "Corte Suprema" dirá "Corte Nacional y donde dice "corte superior" dirá "corte provincial". En todas las disposiciones donde dice "magistrado" o "ministro" dirá "jueza o juez"; y donde dice "los ministros o conjuces" dirá "las juezas y jueces, o las conjujas y los conjuces"; en todas las disposiciones donde dice "el juez", se leerá "la jueza o el juez"; igualmente, donde se dice "los jueces", se leerá "las juezas y jueces". En todas las disposiciones donde se dice "empleado" se leerá "servidora o servidor".

Estos cambios y transformaciones en la Función Judicial responden a la nueva concepción del Ecuador, en un Estado constitucional de derechos y justicia, adoptada en la Constitución de la República, aprobada por el pueblo ecuatoriano en referéndum de 28 de septiembre de 2008, que entró en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial No. 449, de 28 de octubre del mismo año.

Entre las importantes reformas del Código Orgánico de la Función Judicial a la codificación del Código de Procedimiento Civil, mencionamos las siguientes:

En los artículos 3, 7, eliminan la “jurisdicción prorrogada”. Y en el artículo 6, se sustituye el tercer inciso por el siguiente: "En consecuencia, la competencia sólo podrá prorrogarse en razón del territorio". En este sentido, recoge la opinión de algunos tratadistas, doctrinarios y códigos modernos, que critican el Código de Procedimiento Civil, al confundir entre jurisdicción y competencia, cuando establece que la jurisdicción es “prorrogada” y “preventiva”. Razonable y técnicamente, de acuerdo a la propia naturaleza de la jurisdicción, sostienen que la competencia es prorrogada, la jurisdicción no se prorroga y la prevención es una de las formas de fijar la competencia.

Sistematiza en los artículos 8, 9 y 10 la prorrogación de la competencia, aplicando el principio de legalidad y lo que sostiene la doctrina procesal, que en el fuero competente, por regla general, el criterio que prevalece para fijar la competencia, es que toda persona tiene derecho para no ser demandada sino ante el juez competente determinado por la ley.

En el artículo 293, para ser eficaz y cumplir el principio de buena fe y lealtad procesal, establece que las juezas y jueces se hallan obligados a rechazar con multa no menor de uno y no mayor a cinco remuneraciones básicas unificadas, toda solicitud que tienda a entorpecer el curso del juicio o a suscitar incidentes que propendan al mismo fin. Así mismo, señala que la multa se impondrá a la abogada o abogado que firme la solicitud respectiva. Finalmente, ordena que cuando un tribunal advierta que se ha inobservado esta disposición, lo llevará a conocimiento del director provincial del Consejo de la Judicatura, para que se imponga a la jueza o al juez la correspondiente sanción.

En caso de reincidencia por parte de la abogada o el abogado, en el mismo juicio, la jueza o el juez impondrá el máximo de la multa y comunicará el hecho al Consejo de la Judicatura, para los efectos establecidos en el Código Orgánico de la Función Judicial.

En los artículos 341 y 408, sustituye las palabras “al inferior” por “la judicatura de primer nivel”.

En el artículo 386, reduce de “tres años”, por “dieciocho meses”, para que la primera instancia quede abandonada. Y, de “dos años” por “dieciocho meses”, para la segunda instancia.

En el artículo 388, reduce de “ocho años”, por “dieciocho meses”, para que los juicios civiles que hubieren permanecido en abandono, contados desde la última diligencia que en el juicio se hubiere practicado, en la primera instancia. Y de “dos años” por “dieciocho meses”, en la segunda, quedan abandonados por el ministerio de la ley.

El artículo 407 establece cambios relacionados al requisito de la cuantía de la demanda, sustanciación y especificación del trámite de dichas demandas.

Los artículos 440, 477, 928, 963 y 965 sustituyen al alguacil por la Policía Nacional. Disposición innecesaria, falta de razón y práctica técnica, ya que toda autoridad judicial cuenta con el auxilio de la Policía Nacional, para el cumplimiento de sus mandatos.

Las reformas constitucionales y legales, no han solucionado el problema de la lentitud en la sustanciación de los procesos, en todas las materias, instancias, etapas y diligencias.

Nuestra misión es proponer cambios profundos, no sólo con enunciar los principios rectores y disposiciones fundamentales, sino también en la instrumentalidad del proceso, que no implica la diversidad de procesos sino más bien su unificación, aplicando la garantía que consagra la Constitución, que el sistema procesal será un instrumento para la realización de la justicia, velará por el cumplimiento de los derechos fundamentales y humanos, procurando la modernización en la administración de justicia.

Para concluir, sostenemos que los cambios no están en las reformas constitucionales o en codificaciones de las leyes. En este sentido, COUTURE, Eduardo J., decía que no vuelva ocurrir lo de nuestra primera codificación procesal, tomada especialmente de España y Francia, porque estos dos países "ordenaron sus constituciones mirando hacia el futuro y su procedimiento mirando hacia el pasado. Fue así que sus Códigos y los que de ellos derivaron, sufrieron un rápido envejecimiento"⁶.

2. 2. EL PROCESO Y LAS DISTINTAS FORMAS DE REALIZACIÓN DE LA JUSTICIA

En esta sección estudiaremos el proceso y las distintas formas de realización de la justicia. Para examinar este tema en su diversidad tratamos, primero, el proceso, desde el lenguaje de la ciencia; segundo, el fin del proceso; tercero, la naturaleza del proceso; finalmente, las distintas formas de realización de la justicia.

2. 2. 1. El Proceso

1. El proceso desde el lenguaje de la ciencia

La Constitución establece que el Estado reconoce y garantiza a las personas el derecho a dirigir peticiones individuales a las autoridades y a recibir atención o respuestas motivadas. En virtud de esa garantía, las personas ejercen la acción, ponen en movimiento el órgano jurisdiccional, delegado por el Estado, a través de la pretensión, contestación y defensa, para que sea reconocida o declarada la existencia o inexistencia de un derecho. Desde el inicio del ejercicio de la acción hasta la decisión del juez del asunto o asuntos principales del juicio, existen una serie de actos y diligencias judiciales, que en su conjunto se denomina proceso.

⁶ COUTURE, Eduardo J., *Estudio de Derecho Procesal Civil*, de las Garantías constitucionales del proceso civil, pág. 93.

Desde el lenguaje jurídico, objeto de nuestro estudio, el proceso comprende todos los actos procesales y diligencias judiciales, que realizan las partes y el Juez, que se desenvuelven a través de un tiempo y en la forma determinada en la ley, con el objeto de resolver la contienda legal sometida a conocimiento del juez y lograr la realización de la justicia.

Según COUTURE, el vocablo "proceso" deriva etimológicamente, del verbo griego "*proseko*" o "*prosekso*", que significa venir de atrás e ir adelante (*Proyecto cód. proc. Exposición de motivos*, pág. 124).

El actor al proponer la demanda, deduce su acción o formula la solicitud o reclamación que ha de ser materia principal del fallo, siendo obligación del actor probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en el juicio y que ha negado el reo; el demandado, contra quien se intenta la demanda, en cambio, en la contestación a la demanda, expresará un pronunciamiento expreso sobre las pretensiones del actor y los documentos anexos a la demanda, con indicación categórica de lo que admite y de lo que niega y todas las excepciones que se deduzcan contra las pretensiones del actor, acompañando las pruebas instrumentales que disponga el demandado y las que ha negado el reo, si contiene afirmación explícita o implícita sobre el hecho, el derecho o la calidad de la cosa litigada; y, el Juez, por su parte, dicta la providencia para sustanciar la causa, o en la cual ordena alguna diligencia, o decide sobre algún incidente del juicio, o decide acerca del asunto o asunto principales del juicio, o sobre puntos importantes de sustanciación y los que puedan perjudicar los intereses de las partes o influir en la decisión de la causa; decidiendo únicamente y con claridad los puntos sobre que se trabó la litis y los incidentes que, originados durante el juicio, hubieren podido reservarse, sin causar gravamen a las partes, para resolverlos en ella y, los puntos que fueren materia de la resolución, fundándose en la ley y en los méritos del proceso; a falta de ley, en precedentes jurisprudenciales obligatorios, y en los principios de justicia universal; expresará con claridad lo que se manda o resuelve, en ningún caso se hará el uso de frases obscuras o indeterminadas como ocurra a quien corresponda, venga en forma, como se pide, etc.; y, el asunto que va a decidirse y los fundamentos o motivos de la decisión.

En el proceso civil, el demandado podrá allanarse expresamente a las pretensiones de la demanda, en cualquier estado del juicio, antes de sentencia, o procurar un acuerdo entre las partes a través de la conciliación, o terminar extrajudicialmente un litigio pendiente o precaver un litigio eventual por la transacción. También la persona que ha interpuesto un recurso o promovido una instancia, podrá separarse de sostenerlo, o expresamente por el desistimiento o tácitamente por el abandono.

El proceso es un medio para la realización de la justicia. El proceso no sólo es la continuidad, sucesión de actos, para satisfacer pretensiones o solucionar conflictos, sirve también para la realización de la justicia.

El ex catedrático de Derecho Procesal VÉSCOVI Enrique⁷, dice: "*... el proceso es el medio adecuado que tiene el Estado para resolver el conflicto reglado por el derecho procesal, que establece el orden de los actos (procedimiento), para una correcta (legal) prestación de la actividad jurisdiccional. Que, recordemos, se pone en marcha, normalmente, cuando una de las partes ejerce su derecho (poder) de acción*". (Lo destacado es nuestro).

En sentido contrario, y que motiva un debate o análisis académico, GUASP Jaime, sostiene:

b) El derecho procesal no es tampoco un instrumento de otras ramas jurídicas; no es algo secundario o accesorio respecto de otros sectores del derecho, especialmente con relación al derecho material, v. g., al proceso civil con relación al derecho privado. (Lo destacado está en el texto).

⁷ VÉSCOVI, Enrique, *Teoría General del Proceso*, Editorial TEMIS S.A., Santa Fe de Bogotá - Colombia, Segunda Edición, 1999, pág. 88.

Luego, reconoce que, la tesis de la dependencia se halla enormemente extendida y, en consecuencia, la afirmación, contraria a la que aquí se sostiene, del carácter instrumental del derecho procesal. Finalmente, explica lo que sostiene que:

Para el mundo del proceso, el derecho procesal no es el instrumento del derecho material, sino a la inversa, porque es el derecho material el que con la indicación de criterios (no imperativos) que el Juez ha de tener en cuenta en el fallo, proporciona los instrumentos normalmente necesarios para la labor procesal. Tampoco quiere esto decir que el derecho material no exista en sí, sino a través del proceso; se sostiene simplemente que, para el proceso, es secundario o accesorio el conjunto de indicaciones que aquél encierra, indicaciones, a veces, de utilización fungible, como se demuestra en los casos en que el Juez puede fallar ateniéndose a consideraciones de equidad y no de derecho estricto. En definitiva, la determinación del papel preponderante que corresponde al derecho material o al derecho procesal es una cuestión de punto de vista o perspectiva⁸. (Lo destacado es nuestro).

2. El fin del proceso

Corresponde saber si el proceso trata de resolver litigios, conflictos de intereses o satisfacer pretensiones, la solución de un conflicto social o simplemente jurídico, o mixto, etc., un conflicto material o de actuar el derecho, de perseguir un fin individual, de resolver un conflicto subjetivo, o un fin público, la actuación de la ley o del derecho y, en último término, los fines de este: paz y justicia. También se ha dicho que el proceso es un conjunto de situaciones jurídicas, de relaciones, etc. El proceso tiene una naturaleza compleja.

Para la doctrina el tema del fin o esencia del proceso no está aún claro. Hay muchas teorías que tratan de explicar el fin del proceso.

La doctrina clasifica a las concepciones que explican el fin del proceso, en los grupos fundamentales siguientes: Para el punto de vista sociológico, considera el proceso como la resolución de un conflicto social. El fin del proceso es la tutela de los derechos subjetivos, la protección de los intereses subjetivos, de la libertad y dignidad humanas,

⁸ GUASP Jaime, *Derecho Procesal Civil*, Introducción y Parte General, Tercera Edición Corregida, Tomo I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, págs. 33 y 34

ampara al individuo y lo defiende del abuso de la autoridad del juez, de la prepotencia de los acreedores o de la saña de los perseguidores. Tiene por objeto decidir la contienda legal de dos o más personas que tienen intereses opuestos sobre sus respectivos derechos u obligaciones, con arreglo a las leyes, sometidas a la resolución de los jueces, que la dirige y termina con su decisión, declarando o reconociendo un derecho u obligación. Se requiere que los asuntos, por su naturaleza o por razón del estado de las cosas, se resuelvan en contradicción, porque si las partes están de acuerdo no hay proceso, sino un acto de jurisdicción voluntaria. La acción no debe estar prohibida por la ley, porque de lo contrario el procedimiento sería nulo y de ningún valor, salvo en cuanto designe expresamente otro efecto que el de nulidad para el caso de contravención. Se la ejerce cuando se demanda la reparación o el reconocimiento de un derecho. Debe terminarse con la decisión del juez, de los puntos sobre que se trabó la litis y los incidentes que, originados durante el juicio, hubieren podido reservarse, sin causar gravamen a las partes, para resolverse en ella y que fueren materia de la resolución, fundándose en la ley y en los méritos del proceso; a falta de ley, en precedentes jurisprudenciales obligatorios, y en los principios de justicia universal.

Hay otros modos de poner termino al proceso, especialmente, cuando la persona que ha interpuesto un recurso o promovido una instancia, se separa de sostenerlo, o expresamente por el desistimiento o tácitamente por el abandono y la prescripción. El desistimiento de la demanda vuelve las cosas al estado que tenían antes de haberla propuesto, no podrá proponerla otra vez contra la misma persona ni contra las que legalmente la representan y tienen la misma prohibición los herederos del que desistió. El desistimiento de una instancia o recurso surte el efecto de dejar ejecutoriado el auto o resolución de que se reclamó. La separación tácita de un recurso o instancia se verifica por el abandono de hecho, durante el tiempo señalado en la ley. El abandono que incurre una parte, no perjudica a los demás interesados en la misma instancia o recurso; pero de la ventaja que éstos reporten, aprovecha también aquélla. Y por prescripción como modo de no haberse ejercido las acciones y derechos, durante cierto tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales.

Sostiene CARNELUTTI, en teoría del litigio (*lite*), que el proceso se origina en un conflicto de intereses, calificado por una pretensión cuyo fin es "la justa composición del litigio". En la base se encuentra el interés, que tiene un contenido netamente individual (psicológico). La limitación de los bienes de la vida, dice CARNELUTTI, produce los conflictos. El conflicto de intereses así nacido se denomina litigio, del que surge la *pretensión*. Esta es "la exigencia de *subordinación de un interés ajeno al interés propio*". (Lo destacado es nuestro). Frente a ella, se levanta la resistencia, que "es la no adaptación a la subordinación de un interés propio al interés ajeno". La pretensión resistida (o aun la insatisfecha, agregó después el mencionado autor) origina el proceso.

Desde el punto de vista jurídico, el proceso es la actuación del derecho objetivo en el caso concreto. Su función es la aplicación del derecho objetivo. Señala como función del proceso "la actuación de la ley". Coloca el punto de la observación en la aplicación del derecho objetivo y enfatiza la finalidad pública del proceso ante la otra privada (de resolver los conflictos intersubjetivos). En este mismo sentido, COUTURE Eduardo J., enseña: "*El proceso es un instrumento de producción jurídica y una incesante forma de realización del derecho. Éste se realiza positivamente en las sentencias judiciales; y a éstas sólo se llega mediante el proceso. Éste, se ha dicho, asegura la lex comunitatis del derecho*"⁹.

La ley establece que el poder de administrar justicia 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. La jurisdicción se ejerce por los tribunales y juzgados que integran la Función Judicial. También la ejercen, de acuerdo con la Constitución y sus leyes propias: los jueces de paz, los árbitros, los tribunales de conciliación y arbitraje y las autoridades de los pueblos indígenas. Dice ALSINA, "... *el proceso es entonces un instrumento que la ley pone en manos del juez para la actuación del derecho objetivo, y por ello debe investirse al juez de amplias facultades para la averiguación de la verdad real frente a la verdad formal y conferirle la dirección del proceso para evitar que la mala fe o la negligencia de las partes puedan*

⁹ COUTURE, Eduardo J., *Introducción al Estudio del Proceso Civil*, Segunda Edición, Reimpresión, pág. 56.

llevarlo a una solución injusta. Esta concepción es excesivamente formalista. El derecho objetivo no tiene un fin en sí mismo, sino que es el medio por el cual el Estado tutela los intereses de los individuos, y su actuación puede obtenerse sin necesidad de recurrir al proceso, como lo demuestra el cumplimiento voluntario de la obligación; no se alcanza a comprender la razón de esta protección abstracta de la ley y tampoco se explica la necesidad de la acción por la parte para poner en movimiento la actividad jurisdiccional”¹⁰.

En cambio, el profesor de derecho procesal civil ROCCO Ugo, al tratar la finalidad del proceso civil, nos enseña:

Algunos escritores asignan como finalidad del proceso civil la actuación del derecho objetivo; otros escritores, en cambio, hacen consistir la finalidad del proceso civil en la tutela de los derechos subjetivos. (Lo destacado es nuestro).

Luego, continúa:

a) La concepción puramente objetiva tiene el defecto fundamental de ser excesivamente abstracta y formalista, y de no tomar en cuenta la función especial de las normas jurídicas. El derecho objetivo no es fin en sí mismo: es garantía de finalidades o tutela de intereses, y por tanto no es concebible la actuación pura y simple del derecho.... También, considera: ...que puede ocurrir muy bien que se puede consiga la finalidad por otro camino, prescindiendo del medio. Es decir, puede ocurrir que la finalidad garantizada por la norma se la consiga sin actuar coactivamente la norma, sino por observancia espontánea de los sujetos a quienes la norma se dirige. El Estado, en el ejercicio de su función jurisdiccional civil, no se propone como finalidad exclusiva constreñir las voluntades individuales a fin de inducir las a que se ajusten a la norma. La jurisdicción no tiende tanto a coartar la voluntad a fin de plegarla a la observancia de la norma, cuanto a procurar de todos modos, incluso independientemente de la voluntad del obligado, la efectiva satisfacción de los intereses tutelados por la norma. Pero si el ejercicio de la jurisdicción, lógica y prácticamente, no es más que actuación de finalidades o satisfacción de intereses tutelados por el derecho, la fórmula "actuación del derecho objetivo", como finalidad de la jurisdicción y del proceso, es sustancialmente inexacta. A continuación, sostiene: b) Y, por otra parte, no es perfectamente exacta tampoco la otra fórmula de "tutela de los derechos subjetivos", pues, según lo hemos dicho ya a propósito de la jurisdicción, contiene ella una repetición de conceptos. Pero, sobre todo, concibiendo el proceso como tutela de los derechos subjetivos de los individuos, se pierde de vista un concepto importantísimo, que debe ser puesto de relieve en la teoría del

¹⁰ ALSINA, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Parte General, tomo I, Segunda Edición, EDIAR, Buenos Aires, 1963, pág. 403.

proceso... Por consiguiente, es a la satisfacción de ese interés adonde tiende, sobre todo, la actividad jurisdiccional, de manera que es justa la crítica hecha contra la fórmula "tutela de los derechos subjetivos", cuando afirma que ella confunde la finalidad de la acción con la finalidad del proceso.

Y, finalmente, expone:

c) Pero ¿qué es lo que hay que entender por finalidad del proceso? El proceso como conjunto de actividades subordinadas a determinadas condiciones y ligadas a determinadas formas, no tiene por sí una finalidad. Cuando se habla de finalidad, hay que referirse a un sujeto voluntario que se la proponga; y puesto que en el proceso son varios sujetos, el Estado (representado por el órgano jurisdiccional) y las partes, es natural que cada uno de ellos se proponga sus fines. En realidad, no hay una finalidad del proceso, hay finalidades de los sujetos procesales. La discrepancia entre las dos concepciones del proceso depende precisamente del diferente punto de vista desde el cual se consideran las finalidades procesales: la concepción objetiva atiende solamente a la finalidad del Estado (actuación del derecho objetivo); la concepción subjetiva, en cambio, atiende a la finalidad de una de las partes, y concretamente, a la del actor, que quiere que se realicen los derechos subjetivos que cree poder alegar. Desde nuestro punto de vista, puesto que la actividad jurisdiccional del Estado, y la intervención de las partes en el proceso constituye una condición, un presupuesto y una delimitación de los confines de esa actividad, debe considerarse como preponderante y absorbente en el proceso la finalidad pública del Estado. Sólo que, al determinar la finalidad del Estado, no hay que adoptar la defectuosa fórmula de "actuación del derecho subjetivo", porque el Estado no tiende tanto a actuar las normas, cuanto a realizar, en cambio, en lugar del derechohabiente, con su fuerza, los intereses tutelados por las normas jurídicas, es decir, los derechos subjetivos, y aún más, a declarar la certeza de la existencia de ellos. En esta realización el Estado tiene un interés suyo propio... la realización de este interés del Estado es, pues, la finalidad del proceso. Todo ello explica que la finalidad de cada una de las partes (actor y demandado) puede coincidir con la finalidad del Estado, pero puede también no coincidir. Sólo cuando esa coincidencia se verifica, la finalidad de la parte se identifica con la del Estado, que la hace propia y la realiza con su actividad o con la utilización de la fuerza de su soberanía. La investigación de la existencia o no de dicha coincidencia es, pues, la determinación del contenido concreto de la finalidad estatal, y forma parte también de ella, necesariamente, de la finalidad del Estado, que se propone conseguir precisamente por medio del proceso civil, y a esa finalidad se dedica toda una fase del proceso, que se denomina proceso de declaración de certeza. Sin embargo, con las precisiones anteriormente hechas, hemos aceptado y aceptaremos la fórmula de "actuación del derecho objetivo", que está ya consagrada en la doctrina y en la jurisprudencia¹¹.

¹¹ ROCCO, Ugo, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, I, Parte General, Temis - Depalma, Bogotá - Buenos Aires, 1976, pág. 114 y ss.

Entre la aparición del conflicto social, la abstracción por el derecho y la resolución mediante la actuación de la ley, está colocada en el centro de la función del proceso la "satisfacción de pretensiones". La pretensión se origina en una base sociológica; es la "queja" del individuo en sus relaciones con los demás hombres, que por problemas de conveniencia plantea tal reclamación. Mientras el conflicto no se somete al juez, por medio de la pretensión, nos mantenemos en el campo social (sociológico), sin que pueda hablarse aún del proceso. Ni siquiera de un conflicto jurídico.

Para GUASP, el proceso es instrumento de satisfacción de pretensiones.

Hay procesos sin conflictos o sin contradicción. También se considera proceso, al arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos, aplicándose con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir; en los casos que el juez proceda en rebeldía cuando no concurra el actor o el demandado; o sin que el reclamo tenga apoyo jurídico; y, en la ejecución de la sentencia.

En los sistemas de justicia modernos se sostiene que el proceso es un medio para la realización de la justicia, es decir, que en su origen aparece como un conflicto social, cuando es abarcado por el derecho se convierte en jurídico y se resuelve como medio para la "realización de la justicia" en el caso concreto, esto es, entre estos dos fines existe la misma inseparabilidad entre el derecho objetivo y el subjetivo.

Sostenemos que lo más aceptable es entender que el problema de la función del proceso es jurídico. El derecho es el conjunto de normas que tiene por fin regular la convivencia humana. El sistema procesal será un medio o instrumento para la realización de la justicia. La actividad procesal se dirige a imponer el derecho objetivo. La finalidad es la realización del derecho, la actuación de la ley y asegurar la paz social y la justicia. Algunas veces aparece en primer plano, como fin inmediato, la resolución del conflicto subjetivo o la satisfacción de un derecho o de una

situación jurídica concreta, y en segundo plano, en forma mediata, la aplicación del derecho o la actuación de la ley. Y en otros casos, será al revés.

3. Naturaleza jurídica del proceso

La doctrina discute si el vínculo que une a las partes y al Juez es de naturaleza contractual, un cuasicontrato, alguna figura jurídica semejante o el proceso es concebido como un método para el descubrimiento de la verdad.

La doctrina analiza distintas teorías, entre las que mencionamos:

3. a. Teoría del contrato.- Considera la relación que liga al actor y al demandado, como un contrato. La teoría del contrato tiene actual vigencia y aplicación en los procesos modernos. La ley establece que el poder de administrar justicia corresponde a los tribunales y jueces establecidos por las leyes. En la demanda el actor deduce su acción o formula la solicitud o reclamación que ha de ser materia principal del fallo. La demanda contendrá los fundamentos de hecho y de derecho, expuestos con claridad y precisión, y la cosa, cantidad o hecho que se exige. La contestación de la demanda contendrá un pronunciamiento expreso sobre las pretensiones del actor y los documentos anexos a la demanda, con indicación categórica de lo que admite y de lo que niega, y todas las excepciones que se deduzcan contra las pretensiones del actor. La contestación a la demanda se acompañará de las pruebas instrumentales que disponga el demandado. El Juez cuidará de que la contestación sea clara y las excepciones contengan los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya.

3. b. Teoría del cuasicontrato.- Parte esta teoría el proceso es una fuente de las obligaciones, debía ser un cuasicontrato. El proceso no presenta un carácter de contrato ni de delito ni de cuasidelito. La falta de contestación a la demanda, o de pronunciamiento expreso sobre las pretensiones del actor, se considerará como negativa simple de los fundamentos de la demanda, salvo disposición contraria, lo que

originaba un cuasicontrato. Esta teoría no se adecua a la época moderna. La teoría olvida que la principal fuente de las obligaciones es la ley. No toma en cuenta a la ley, como principal fuente de las obligaciones. Y es la ley, justamente, la que crea las supuestas obligaciones que la doctrina estaba buscando. El proceso es una relación jurídica específica, regida por la ley.

3. c. Teoría de la relación jurídica.- Sostiene que en el proceso es una unidad jurídica, compleja, es decir, una relación jurídica. Desde la demanda hasta después de la sentencia, el actor, el demandado y el Juez, se produce un vínculo de partes a Juez, de Juez a partes y de las partes entre sí, con los actos procesales, investidos de poderes, determinados por la ley y actúan en vista de la obtención de un fin. La ley regula la actuación, las facultades, los derechos y deberes de las personas que intervienen, para la realización del proceso. El fin, que persiguen las personas que intervienen en el proceso, es la solución del conflicto de intereses. VON BULLOW¹², afirma que la actividad de las partes y del Juez está regida por la ley y que el orden establecido para regular la condición de los sujetos dentro del proceso, determina una relación jurídica de carácter procesal, consistente en el complejo de derechos y deberes a que está sujeto cada uno de ellos, tendiendo a un fin común.

El célebre tratadista ALSINA Hugo, citando a CHIOVENDA, nos enseña:

Antes que la demanda de actuación de la ley pueda ser juzgada, tiene que ser examinada: esto produce un estado de pendencia durante el cual no se sabe si la demanda está o no fundada, pero se hace lo necesario para averiguarlo. Durante este estado de pendencia, por consiguiente, las partes (actor y demandado) deben ser colocadas en aptitud de hacer valer sus razones eventuales: existen por ello deberes y derechos. De aquí la idea simplísima, pero fundamental, vislumbrada por Hegel, afirmada por Benthan-Hollweg y desenvuelta por Bulow y después de él por Kolher y otros muchos aun en Italia: el proceso civil contiene una relación jurídica. Es la idea ya inherente al iudicium romano, así como a la definición que de él daban los procesalistas medievales: iudicium est actus trium personarum, actoris, rei, iudicis. Es la idea que la doctrina y los prácticos expresaban ya, inconscientemente, con la palabra litispendencia, entendiendo por ésta pendencia de un litigio con la plenitud de sus efectos jurídicos. Litispendencia y relación jurídico-procesal son conceptos y

¹² VON BULLOW, *Las Excepciones y los Presupuestos Procesales*.

expresiones no equivalentes, pero sí coincidentes. Independientemente del derecho de acción, que no puede corresponder sino a una de las partes y que sólo una vez terminado el proceso corresponderá a una o a otra, durante el proceso ambas partes tiene derecho al pronunciamiento, y el juez está obligado a darlo con respecto a ambas partes. Si es incierto durante el proceso a cuál de las partes favorecerá la sentencia y, por consiguiente, la tendencia de cada parte a obtenerla no puede considerarse entretanto sino como una aspiración, es por el contrario una verdadera y propia expectativa jurídica, es decir un derecho, aún cuando de naturaleza formal e instrumental, la que cada parte tiene durante el proceso, con relación al pronunciamiento del juez¹³.

Este conjunto de requisitos, formas, derechos y obligaciones señalados en la ley, constituye el contenido de la relación procesal. La ley establece los requisitos que deben contener la demanda y la contestación a ésta, los medios de prueba que se crean valer las partes y la forma que dicta la sentencia el Juez. En la sentencia el Juez deberá decidir con claridad acerca del asunto o asuntos principales del juicio, o únicamente los puntos sobre los que se trabó la litis, que fueren materia de la resolución y los incidentes que, originados durante el juicio, hubieren podido reservarse, sin causar gravamen a las partes, para resolverlos en ella, fundándose en la ley y en los méritos del proceso; a falta de ley, en precedentes jurisprudenciales obligatorios, y en los principios de justicia universal. En las sentencias que decidan algún incidente o resuelvan sobre la acción principal, se expresará el asunto que va a decidirse y los fundamentos o motivos de la decisión. No se entenderá cumplido este precepto en los fallos de segunda instancia y de casación, por la mera referencia a un fallo anterior. La sentencia ejecutoriada surte efectos irrevocables respecto de las partes que siguieron el juicio o de sus sucesores en el derecho.

3. d. Teoría de la situación jurídica.- Considera que constitucional y administrativamente es deber del Juez frente al Estado, como funcionario público, decidir la controversia. Existen apenas estados de sujeción de las partes con arreglo al ordenamiento jurídico, en su conjunto de posibilidades, de expectativas y de cargas, o sea, el estado de una persona frente a la sentencia judicial.

¹³ ALSINA, Hugo, Ob. Cit., pág. 418 y ss.

GOLDSMIDT James¹⁴, después de negar la existencia de una relación jurídica en el proceso, sostiene que éste es un concepto de absoluta inutilidad científica, porque los llamados presupuestos procesales (capacidad de las partes y competencia del juez) no son condiciones de existencia de una relación jurídica, sino la expectativa de una sentencia de fondo válida, favorable, estimulada por los actos de procedimiento, y porque no puede hablarse de derechos y obligaciones, sino de cargas procesales, las que tienen su origen en la relación de derecho público que, fuera del proceso, existe entre el Estado, el órgano encargado de la jurisdicción y los individuos. También ALSINA Hugo, dice: *"Es cierto que no puede hablarse de derechos y obligaciones, porque estos conceptos corresponden al derecho substancial o materia, pero no puede negarse la existencia de deberes y facultades de las partes y el juez"*¹⁵.

VÉSVOVI Enrique, citando al creador de esta teoría GOLDSCHMIDT James, dice: *"Afirma GOLDSCHMIDT, que las normas jurídicas cumplen diversa función, según el punto de vista desde el cual se las examina. En la función extrajudicial (estática), las normas representan imperativos dirigidos a los ciudadanos (deberes y derechos); en su función judicial (dinámica), dichas normas constituyen medidas con arreglo a las cuales el juez debe juzgar la conducta; en el proceso dejan de ser imperativas, para asumir la función de promesas o amenazas de determinada conducta del juez. No hay verdaderos derechos, sino posibilidades de que el derecho sea reconocido, expectativas de obtenerlo, y cargas que son imperativas o impulsos del propio interés; si no se hace tal cosa, sobreviene la desventaja. En lugar de relaciones jurídicas (con derechos y deberes), el proceso crea nuevos nexos jurídicos. Los cuales se hallan referidos a la sentencia judicial que las partes esperan. Se trata mas bien de una situación jurídica, que el citado autor define como el estado en que una persona se encuentra, desde el punto de vista de la sentencia judicial que espera, con arreglo a las normas jurídicas. Esta situación se concreta en actos u omisiones determinados: la obtención de una sentencia favorable depende de la realización de ciertos actos procesales exitosos (demandar, comparecer, probar, alegar, etc.), y la perspectiva de una sentencia*

¹⁴ GOLDSMIDT, James, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Segunda Edición, Labor, 1936.

¹⁵ ALSINA, Hugo, Ob. Cit., pág. 423.

desfavorable, en cambio, de la realización de actos inconvenientes o de la omisión de los correspondientes"¹⁶.

3. e. Teoría de la institución.- Para GUASP Jaime¹⁷, en el proceso hay más de una relación jurídica procesal; existe una correlación de deberes y derechos jurídicos; el actor en su pretensión, el Juez en el fallo, el demandado en su defensa, tratan de satisfacer una idea común y objetiva, esto es, satisfacer la pretensión, la reclamación, que engendra el proceso y las diversas voluntades particulares de los sujetos de quienes proviene aquella actividad, aunque cada uno de los sujetos procesales entienda de una manera particularmente distinta el contenido concreto que en cada caso debe integrar la satisfacción que persigue. La multiplicidad de relaciones jurídicas debe reducirse a una unidad superior, que no se obtiene con la mera fórmula de la relación jurídica compleja, si se quiere hallar con precisión la naturaleza jurídica del proceso. Tal unidad la proporciona satisfactoriamente la figura de la institución.

Según el citado autor, institución es un conjunto de actividades relacionadas entre sí por el vínculo de una idea común y objetiva a la que figuran adheridas, sea esa o no su finalidad individual, las diversas voluntades particulares de los sujetos de quienes procede aquella actividad. Hay, pues, dos elementos fundamentales en toda institución: la idea objetiva o común y las voluntades particulares que se adhieren a la misma. La idea común y objetiva que en él se observa es la de la satisfacción de una pretensión. Las voluntades particulares que en el proceso actúan se adhieren todas a esta idea común.

¹⁶ VÉSOVI, Enrique, Ob. Cit.

¹⁷ GUASP, Jaime, Ob. Cit., tomo I.

4. El proceso concebido como un método para el descubrimiento de la verdad

Cuando Jesús de Nazaret fue conducido ante Pilatos y reconoció que era rey, dijo: “Nací para dar testimonio de la Verdad y para ello vine al mundo”. Y Pilatos preguntó: “¿Qué es la Verdad?”. El procurador romano esperaba una respuesta a esta pregunta y Jesús no se la dio, ya que dar testimonio de la Verdad no era la esencia de su misión divina como rey mesiánico.

Ninguna otra cuestión se ha debatido tan apasionadamente, ninguna otra cuestión ha hecho derramar tanta sangre y tantas lagrimas, ninguna otra cuestión ha sido objeto de tanta reflexión para los pensadores más ilustres de Platón a Kant. Y, sin embargo, la pregunta sigue sin respuesta. Parece ser una de esas cuestiones que la sabiduría se ha resignado a no poder contestar de modo definitivo y que sólo pueden ser replanteadas.

El proceso judicial está orientado hacia la investigación de la verdad, por lo menos si se adopta una concepción legal-racional de la justicia, como aquella propuesta por Jerzy WRÓBLEWSKI y seguida por otros tantos teóricos de la decisión judicial, según la cual, una reconstrucción verídica de los hechos de la causa es una condición necesaria de la justicia y la legalidad de la decisión. Si se tienen en cuenta la importancia y el acercamiento con los hechos, el proceso puede ser concebido como un método para el descubrimiento de la verdad: un método no obstante complicado y a veces inadecuado para el objetivo del mismo, sin embargo, un procedimiento orientado hacia el racionamiento de la verdad. Naturalmente sucede con frecuencia, por las razones más diversas, tal objetivo no sea alcanzado. Lo que demuestra cuan inadecuado pueden llegar a ser ciertos procedimientos, pero no necesariamente demuestra que el proceso no pueda ser concebido como un método de reconstrucción de la verdad de los hechos. Esta concepción del proceso puede ser contestada, y en efecto existen varias orientaciones teóricas que plantean que el proceso no puede ser concebido como la búsqueda de la verdad de los hechos, sin embargo, los

argumentos esgrimidos por estos aparecen como infundados: el contexto procesal exige la búsqueda de la verdad de los hechos como condiciones de veracidad, validez y aceptabilidad de la decisión que constituye el resultado final del proceso.

En el proceso el problema de la verdad presenta al menos dos aspectos relevantes, o sea: si el proceso puede o debe ser orientado hacia la búsqueda de la verdad, y, en caso positivo, de cuál género de verdad se trata.

El primero de estos aspectos es considerado porque en el panorama filosófico y iusfilosófico actual hay varias orientaciones según las cuales el problema del acercamiento de la verdad viene considerado como carente de sentido. Desde RORTY a las otras filosofías postmodernas son muchas las teorías filosóficas que tienden a excluir la posibilidad de un conocimiento verídico de la realidad. También varias teorías idealistas de la verdad terminan por sugerir que el conocimiento no tiene que ver con la verdad de los eventos concretos ni tampoco con los datos empíricos, sino solamente con la entidad lingüística y su significado en el contexto narrativo. Las teorías narrativas han sido propuestas con referencia al proceso judicial, con el propósito de evitar que éste sea orientado hacia el acercamiento de la verdad de los hechos.

En una perspectiva diversa, las teorías según las cuales el proceso no es más que un método para la resolución de las controversias pueden concluirse como un objetivo del proceso. Puede ser también contraproducente si en el proceso se impone descubrir hechos que las partes no quieren revelar, por cuanto resulta una pérdida de tiempo y de dinero que pudiera evitarse: después de todo una decisión puede ser eficaz, en el sentido de poner fin a la controversia así no esté fundada en un acercamiento veraz a los hechos de la causa estas teorías son criticables desde varios puntos de vista y no constituyen un punto válido de referencia. Lo contrario es posible sostener que si bien el proceso se orienta a la resolución de las controversias, los principios de legalidad y de justicia demandan que las controversias sean resueltas con decisiones justas y una condición para la justicia de la decisión la constituye la

verificación de la verdad de los hechos, de modo que ninguna decisión puede considerarse justa si aplica norma a hechos que no son ciertos o que han sido considerados en forma errónea. Argumentando de este modo en el ámbito de la concepción legal-racional de la justicia, a la cual se ha hecho referencia al inicio, se puede concluir que el proceso debe orientarse a la consecución de una decisión verdadera, correspondiente a la verdad de los hechos. En este sentido el proceso puede ser considerado como un procedimiento epistémico, en el cual se recogen y utilizan los conocimientos con el objeto de reconstruir la verdad.

En cuanto al segundo aspecto del problema de la verdad procesal, se puede subrayar sintéticamente que en el proceso no se trata de establecer una verdad absoluta de ningún género, sino solo verdades relativas. De modo que la definición tarskiana del concepto de verdad es válida en el contexto del proceso, por otro lado, es necesario señalar que la verdad procesal es relativa esencialmente porque la decisión del juez en torno a los hechos no puede más que fundarse en las pruebas aportadas en el juicio, las cuales se presentan como instrumento no absoluto de los cuales el juez puede servirse para conocer y entonces reconstruir de forma veraz los hechos de la causa. Cabe aquí entonces la afirmación por la cual en el proceso se puede considerar como verdadero aquello que se ha probado y en los límites en los cuales las pruebas permiten un apreciable aporte cognoscitivo a las enunciaciones de hecho. Se habla de verdad absoluta y se califica la verdad procesal como relativa a las pruebas, no pudiendo fundarse en sí misma, de modo que se induce a formular el problema de si la decisión judicial se da en términos de certeza o de probabilidad, escogiendo entonces este último esto hace surgir un nuevo interrogante acerca de lo unívoco del concepto de probabilidad, de modo que en proceso se trata de establecer cuál probabilidad entra en juego en el contexto del proceso judicial. En otros términos, y como se verá mejor a continuación, el problema de la verdad procesal puede ser correctamente formulado en términos de grados de confirmación pirobalística que la prueba pueda aportar a los enunciados sobre los hechos.

Cuáles de las teorías expuestas, prevalece entre una u otra, en la vida práctica de un determinado ordenamiento jurídico.

El problema de la naturaleza jurídica del proceso nos conduce a determinar cuáles de las teorías expuestas, prevalece entre una u otra, en la vida práctica de un ordenamiento jurídico determinado. Solo con fines de discusión académica, la doctrina acepta la división de las teorías que explican la naturaleza jurídica del proceso.

En un ordenamiento jurídico determinado existen acuerdos, relaciones jurídicas, situaciones jurídicas, descubrimiento de la verdad. El proceso, en su manifestación exterior, une a todas las teorías. Para la mayoría de los procesalistas, la teoría del contrato, la de la relación procesal, la de la situación jurídica y descubrimiento de la verdad, no se excluyen, sino antes bien se complementan. Son modos distintos de complementar un fenómeno, que responden a diversos grados del conocimiento. La teoría del contrato y del cuasicontrato aparece en sus autores con cierta simultaneidad; la de la relación procesal no excluye que el proceso sea un conjunto de situaciones; la idea de que el proceso sea un fenómeno jurídico complejo, punto que no parece que pueda negarse, no impide que, poniéndose de acuerdo en las palabras conciba a éste como una institución.

El proceso, como fenómeno jurídico, no debe tratárselo como un hecho aislado, sino que se lo debe aprehender en su conjunto, en forma sistemática.

No se trata de ubicar el proceso dentro de una teoría u otra. Sostienen los procesalistas que la teoría del contrato veía solo el aspecto externo y respondía a la preocupación de hallar un principio aglutinador de los actos orientados hacia la misión final: la sentencia. La de la relación procesal es un examen de su contextura interna que da un sentido unitario a los actos del procedimiento; la de la situación jurídica es la fundamentación sociológica del proceso, ve éste no como unidad jurídica sino como una realidad de la vida social; aquélla explica "cómo debe ser" el proceso cuyo fin es que quien tenga razón triunfe; éste explica "cómo es" el proceso en la realidad y en el cual triunfa quien mejor defiende su derecho mediante el cumplimiento de las cargas procesales.

No nos hallamos, pues, en presencia del descubrimiento de una verdad, sino que estamos procurando una interpretación sistemática de un fenómeno. La ciencia no se propone determinar aquí cómo es una cosa, sino cómo se relaciona con el conjunto del derecho, tema éste que cada uno puede concebir a su manera.

No hagamos, pues, del pensamiento sistemático, en el que es muy difícil tener el convencimiento de haber alcanzado la verdad, un capítulo de intransigencia. La humildad de la ciencia se halla en una línea sutilmente paralela a la humildad del corazón.

Vale la pena señalar que no existe, y quizás no ha existido nunca, una concepción clara, homogénea, unitaria y absoluta de la verdad científica. De un lado sucede que por lo general las leyes y enunciaciones científicas vienen formuladas en términos de probabilidad y no en términos absolutos. Desde hace ya tiempo la epistemología ha aclarado que la ciencia no busca resultados definitivos y que las enunciaciones científicas están siempre sujetas al cambio, a la evolución, o popperianamente a la falsificación. Así las cosas la pluralidad de las ciencias hace que cada una utilice metodologías diversas y métodos de análisis y de demostración, de modo que todo se tenga por apropiadas y aceptadas, según el contexto en que se hallen, y aportan diversos niveles de confirmación de las conclusiones.

2. 2. 2. LAS DISTINTAS FORMAS DE REALIZACIÓN DE LA JUSTICIA

Para conocer cuál es el origen, las razones o los fundamentos de la diversidad de actuaciones judiciales e instancias, según que los juicios son ordinarios declarativos o ejecutivos, plenarios o sumarios, petitorios o posesorios, de mayor o menor cuantía, etcétera, CARAVANTES José de Vicente, explica: *"Pero no siempre era oportuno ni equitativo practicar todas las actuaciones é instancias enunciadas en toda clase de reclamaciones, cualquiera que fuese su naturaleza. La observancia de todos estos procedimientos y recursos lentos y solemnes, tenía por objeto dar á la discusión toda la latitud que reclamaba la importancia del asunto, para que pudieran fundarse debidamente los derechos respectivos de los*

litigantes, y para que el juez tuviera los datos necesarios para pronunciar su sentencia con todo conocimiento de causa. Así lo requería toda reclamación en que se trataba de averiguar ó declarar un derecho, ó que se refería á la propiedad ó pertenencia de una cosa. Mas cuando la demanda ofrecía desde luego por su naturaleza los fundamentos claros y evidentes de su justicia, por versar, v. g. sobre el cumplimiento de una obligación reconocida solemnemente por el contrario, o sobre la ejecución de un acto revestido de una autoridad y autenticidad incontrovertibles; cuando la grande urgencia é interés en la pronta terminación de un negocio, reclamaba un enjuiciamiento rápido y breve, ó la poca importancia del objeto que motivaba el litigio no exigía todos aquellos trámites y solemnidades, la razon y la justicia aconsejaron reducir las actuaciones é instancias á las puramente necesarias..."¹⁸.

Los actos procesales y diligencias judiciales, que realizan el juez y los sujetos que intervienen en el proceso, están sometidas a un rito más o menos riguroso, que obliga al titular del órgano jurisdiccional.

La tramitación que debe darse a las causas no depende de la voluntad del juez ni de las partes, sino que se rigen por las disposiciones correspondientes a cada uno de los juicios establecidos por la ley. Si se sigue un juicio mediante tramite distinto que el requerido en la demanda, el proceso es nulo.

Por eso, el artículo 1014 del Código de Procedimiento Civil, contempla: "La violación del trámite correspondiente a la naturaleza del asunto o al de la causa que se esté juzgando, anula el proceso; y los juzgados y tribunales declararán la nulidad de oficio o a petición de parte, siempre que dicha violación hubiere influido o pudiese influir en la decisión de la causa, observando, en lo demás, las reglas generales y especialmente lo dispuesto en los Arts. 355, 356 y 357".

¹⁸ CARAVANTES, José de Vicente, *Tratado de los Procedimientos Judiciales*, Tomo Primero, pág. 21, Ángel Editor, Marzo 2000, Primera Reimpresión, México D. F..

En resumen la resolución judicial debe ser la respuesta a lo pedido por el demandante y a las defensas del demandado, no puede exceder esos límites y tampoco puede dejar sin resolver los precisos temas que fueron sometidos a su decisión, de tal modo que si el Juez o Tribunal *a quo* falla en este sentido por fuera de lo pedido o condena a más de lo solicitado o deja sin resolución materias que le fueron sometidas oportuna y legalmente comete un yerro in *procedendo* y quebranta el principio de la congruencia de la sentencia en virtud del cual el fallo debe ser una respuesta acompañada con cada una de las pretensiones deducidas y de las excepciones propuestas, por esta razón en doctrina se la conoce como incongruencia genérica, porque consiste que el fallo no concuerda o no coincide con la solicitud de las partes, o sea en conclusión el fallo es incongruente cuando decide sobre puntos ajenos a la controversia, esto es hay *extra petita*; o cuando prevé más allá de lo pedido, esto es, *ultra petita* o cuando deja de decidir algún punto de la demanda o de las excepciones, esto es, *mínima petita*.

1. El Juicio Ordinario en el Código de Procedimiento Civil del Ecuador

Nos recuerda CARAVANTES¹⁹, que: “*El origen de la clasificación de los juicios en ordinarios y plenarios y en extraordinarios y sumarios, se encuentra en el derecho romano. Según sus primeras épocas, y cuando aun estaban separadas en diversas personas las funciones del magistrado y del juez, decíase ordinario el juicio, cuando no juzgaba el mismo pretor, sino que enterado del negocio, daba la fórmula y designaba el juez que había de conocer del mismo con arreglo á esta, y se llamaba el juicio extraordinario, cuando juzgaba el mismo pretor sin designación del juez, como sucedía en los interdictos, restitución por causa de edad, etc.*”. (Lo destacado es nuestro).

Toda controversia judicial que, según la ley, no tiene un procedimiento especial se ventilará en juicio ordinario.

¹⁹ CARAVANTES, Ob. Cit., Tomo Segundo, Angel Editor, Primera Reimpresión, 2000, pág. 436.

Los tratadistas y doctrinarios no nos explican cuál es el fundamento que tuvo el legislador para que las controversias judiciales se resuelvan estableciendo una diversidad de procedimientos especiales o que se ventilen en juicio ordinario. Lo que está claro es que la regla general es el juicio ordinario y la excepción el procedimiento especial, según la ley. Cuando toda controversia judicial no tenga en el Código un procedimiento especial, se ventilará en juicio ordinario.

El juicio ordinario se sujeta a los trámites y a las disposiciones del Parágrafo 1º., Sección 1ª., Título II, de la Sustanciación de los Juicios, Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil y se tramitará ante uno de los jueces de lo civil. En la práctica se manifiesta como lleno de ritos o formalidades, excesivamente largo y complicado.

El juicio ordinario principia con la demanda que es el medio para el ejercicio de la acción que nace de un derecho violado o no satisfecho, o el acto inicial de la contienda legal sometida a la resolución de los jueces, en que el demandante deduce al órgano jurisdiccional su pretensión contra el demandado, o formula la solicitud o reclamación que ha de ser materia principal de la sentencia. La demanda debe contener un pedido concreto que será materia de la resolución. La demanda propuesta para que sea procedente debe ser clara y reunir los requisitos determinados en la ley. Lo cual deber ser examinado por el Juez, que califica la demanda y de no reunir los requisitos, ordenará que el actor la aclare o la complete en la forma determinada en la ley y si no lo hiciere se abstendrá de tramitarla, por resolución de la que podrá apelar únicamente el actor.

Una vez que el Juez estime que la demanda es clara y completa, dará traslado con apercibimiento en rebeldía, simultáneamente a todos los demandados, para que dentro del término de quince días, opongán todo medio de defensa y propongan conjuntamente las excepciones dilatorias y perentorias a las pretensiones del actor, fundadas en las que tienden a suspender o retardar la resolución de fondo o las que extinguen en todo o en parte la pretensión a que se refiere la demanda, en su caso, las cuales se resolverán en sentencia. Para nuestro Código las excepciones son dilatorias y perentorias (art. 99). Las dilatorias más comunes son o

relativas al Juez, como la incompetencia; al actor, como la falta de personería, por incapacidad legal o falta de poder; o al demandado, como la excusión u orden; o al modo de pedir, como la de contradicción o incompatibilidad de acciones; o al asunto mismo de la demanda, como la que se opone contra una petición hecha antes del plazo legal o convencional; o a la causa o al modo de sustanciarla, como cuando se pide que se acumulen los autos para no dividir la continencia de la causa, o que a ésta se dé otra sustanciación (art. 100). Las perentorias más comunes son: la que tiene por objeto sostener que se ha extinguido la obligación por uno de los modos expresados en el Código Civil, y la de cosa juzgada (art. 101).

La finalidad del emplazamiento es hacer saber al demandado las pretensiones del actor contenidas en la demanda y para que proponga conjuntamente las excepciones dilatorias y perentorias, que se crea asistido el demandado.

Además debe distinguirse entre excepciones reales y excepciones personales; siendo aquellas las inherentes a la obligación patrimonial y por lo mismo, oponibles por todo y cualquier deudor contra todo y cualquier portador cambiario, a diferencia de las últimas, las personales, que solamente pueden ser opuestas por cualquier deudor contra un determinado portador, o entre partes inmediatas de la relación creditoria. En consideración a la operancia de las primeras, excepciones reales, el legislador por el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, obliga al endosante del crédito a confesar respecto de los hechos ocurridos en el tiempo en que el acreedor o tenedor del título, la que hace tanta fe como la que hubiera rendido el endosatario mismo, según lo expresado en el mismo título legal y, además, lo corrobora la jurisprudencia constante en la Gaceta Judicial, Serie VII, No. 14, pág. 1379.

La contestación a la demanda contendrá los requisitos y las formalidades exigidas por la ley, un pronunciamiento expreso sobre las pretensiones del actor y los documentos anexos a la demanda, con indicación categórica de lo que admite y de lo que niega, todas las excepciones que se deduzcan contra las pretensiones del actor.

Acompañará las pruebas instrumentales que dispongan el demandado y las que acrediten su representación si fuere del caso. El Juez cuidará de que la contestación sea clara y las excepciones contengan los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya, y los requisitos señalados en el artículo 102 del Código de Procedimiento Civil, y, de encontrar que no se los ha cumplido, ordenará que se aclare o complete. Esta disposición no será susceptible de recurso alguno.

Al contestar la demanda, ni antes ni después, el demandado podrá reconvenir al demandante, a quien se le concederá quince días para contestar a la reconvenición, sin modificar los términos de su demanda, por no permitirlo la ley.

La Corte Suprema de Justicia (actual Corte Nacional de Justicia) a través del Fallo de Casación del 23 de junio de 1996, publicado en el Registro Oficial 1005 del 7 de agosto del mismo año, sostiene que la reconvenición, en los casos en que procede, es una verdadera demanda, sujeta a los requisitos establecidos en la ley para el libelo inicial, dirigida por el demandado contra el demandante, ejercitando cualquier acción que contra éste le competa. Se la conoce también como mutua petición o contrademanda, porque ambas partes, actor y demandado, se demandan mutua o recíprocamente, en el mismo juicio, reuniendo y revistiendo cada uno de ellos el doble carácter o calidad de demandante y demandado. Por la reconvenición o demanda reconvenicional, el demandado pretende la condenación de su demandante sobre lo que en ella se exige, con absoluta prescindencia o independientemente del éxito o infortunio de la acción contenida en la primera demanda. La reconvenición se sustenta en la imperiosa necesidad de disminuir el número de litigios, y bien podría el reconventor plantear su acción por separado, pero la Ley, en cierta clase de juicios, le viabiliza la oportunidad de hacerlo en la misma causa en que ha sido demandado. No es pues la reconvenición o contrademanda una simple alegación o reclamación subsidiaria condicionada a que sea considerada ante el infortunio o la adversidad del resultado de la demanda inicial.

Al respecto, el maestro PEÑAHERRERA Víctor Manuel, enseña: *"Reconvención es la demanda que el demandado deduce, al tiempo de su contestación, con el fin de obtener, en el mismo litigio, una condenación al actor... Entre la reconvención y las excepciones, inclusive la compensación, existe la fundamental diferencia de que el fin esencial y directo de ésta es obtener la absolución total o parcial del demandado, mientras que el de la reconvención es obtener la condenación del demandante... su aspecto esencial y directo, es un medio de ataque, encaminado como hemos dicho, a obtener la condenación del demandante, quien, por ese aspecto, tiene la condición de demandado"*²⁰.

El doctor TROYA CEVALLOS José Alfonso, sostiene: *"La reconvención es la pretensión procesal que el demandado propone en contra del actor... la reconvención difiere de la compensación, en que mientras la primera consiste en una nueva pretensión presentada en el mismo proceso, la segunda es una excepción, esto es, un medio de defensa; por la primera deseamos una declaración o una condena del Juez en contra del actor"*²¹.

Para que proceda la reconvención debe existir con la acción principal, entre el actor y el demandado, una relación conexa, en virtud de la cual aquél pueda exigir algo de éste, lo cual no se da en el caso, en que el reconveniente y el reconvenido no se encuentran vinculados por relación de causalidad alguna y siempre que el Juez que conoce de la demanda no sea incompetente por razón de la materia sobre que versa la reconvención.

Por lo expuesto, la reconvención produce los efectos siguientes: a) Se trata de una nueva demanda, con los requisitos formales exigidos por la ley, que el demandado hace al actor, que se discutirá al propio tiempo y en la misma forma que la demanda, y será resuelta en la sentencia; b) El Juez que conoce de la demanda es competente por razón de la materia que versa la reconvención, con lo que se verifica la prorrogación legal de la competencia del Juez; c) El demandado es el actor en la reconvención

²⁰ PEÑAHERRERA, Víctor Manuel, *Lecciones de Derecho Práctico Civil y Penal*, Editorial Universitaria, Quito, 1960, tomo 3, pág. 566 y ss.

²¹ TROYA CEVALLOS, José Alfonso, *Elementos de Derecho Procesal Civil*, Centro de Publicaciones Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, 1978, tomo I, pág. 215.

y el actor el demandado, correspondiendo la obligación al actor y al demandado probar los hechos que han propuesto afirmativamente en el juicio; y, d) Finalmente, por la reconvencción o demanda reconvenccional, el demandado pretende la condenación de su demandante sobre lo que en ella se exige, con absoluta prescindencia o independientemente del éxito o infortunio de la acción contenida en la primera demanda.

Para la jurisprudencia extranjera, las cuestiones de puro derecho, son: si las partes manifiestan conformidad para que la cuestión se declare de puro derecho, si el pleito tiene por objeto fijar el alcance de un convenio reconocido por las partes, cuando el demandado consigna en pago la suma que se le reclama, aun cuando quede pendiente resolver a quien corresponden las cosas de las diligencias practicadas, si la única prueba pertinente consiste en un instrumento público presentado por las partes, si se trata de juzgar hechos de pública notoriedad, como una crisis general, la incidencia de nulidad tendiente a reclamar los defectos de procedimiento que se denuncian como existentes con disposiciones procesales, si no se necesitan para su substanciación otros elementos de juicio que el análisis de los defectos denunciados con relación a la ley que rige la materia, la autenticación previa de la firma del documento protestado después del fallecimiento del firmante, la excepción de prescripción que se funda en la fecha del documento que sirva de base a la ejecución.

Si las excepciones o la cuestión planteada en la reconvencción versan sobre hechos que deban justificarse, el Juez señalara día y hora en los que las partes deben concurrir, con el propósito de procurar una conciliación que de término al litigio.

Para la doctrina las cuestiones de hecho se producen cuando el demandado niega el hecho y el derecho, cuando el demandado niega solamente el hecho, pues con ello va implícito el desconocimiento del derecho. No es necesario que se nieguen todos los hechos, basta que uno de ellos hayan sido controvertidos, pero siempre que se trate hechos fundamentales, es decir, de los que originan, transforman o extinguen un derecho, con lo cual quedan excluidos los accesorios o accidentales.

En este estado pueden presentarse las situaciones, previstas en la ley, siguientes:

1. En el día y hora señalados, si sólo una de las partes hubiere concurrido, se dejará constancia, en acta, de la exposición que presente y se dará por concluida la diligencia.

La falta de concurrencia de una de las partes constituirá indicio de mala fe, que se tendrá en cuenta para la condena en costas al tiempo de dictarse sentencia.

2. Si concurren ambas partes, el Juez dispondrá que cada una, por su orden, deje constancia en acta que debe levantarse, de las exposiciones que tuviere por conveniente hacer y, principalmente, de las concesiones que ofrezca, para llegar a la conciliación. Se entenderá que tales concesiones están subordinadas siempre a la condición de ser aceptadas en la conciliación, de tal modo que no implicarán, en caso alguno, reforma de las cuestiones de hecho y de derecho planteadas en la demanda y en la contestación. El Juez, por su parte, procurará, con el mayor interés, que los litigantes lleguen a avenirse.

3. Si las partes se pusieren de acuerdo, lo harán constar en acta, y el Juez, de encontrar que el acuerdo es lícito y comprende todas las reclamaciones planteadas, lo aprobará por sentencia y declarará terminado el juicio. La sentencia deberá inscribirse, cuando fuere necesario, a fin de que sirva de título, para los efectos legales correspondientes. Si el acuerdo comprende solo alguna o algunas de las cuestiones planteadas y fuere lícito, el Juez lo aprobará por auto y dispondrá que el juicio continúe respecto de las cuestiones no comprendidas en el acuerdo de conciliación, a menos que, dada la naturaleza de dichas cuestiones, no puedan ser, en concepto del Juez, consideradas y resueltas sino conjuntamente.

4. Si las partes no llegaren a conciliar, se dejara constancia, en el acta, de las exposiciones de cada una y se dará por concluida la diligencia. Estas exposiciones se tendrán en cuenta, al tiempo de dictar sentencia, para apreciar la temeridad o mala fe del litigante al que pueda imputarse la falta de conciliación.

De no obtenerse la conciliación, sea por el caso del Art. 403, sea por el Art. 400, inc. 2° del Código de Procedimiento Civil, el Juez recibirá la causa a prueba por el término de diez días, para que se practiquen las que pidan las partes.

Al preguntar el maestro universitario MORÁN SARMIENTO Rubén, "... ¿qué le toca al actor demostrar en primer lugar la existencia de su derecho?...

Más adelante, enseña:

...le toca demostrar la verdad de los hechos denunciados como causa de la privación o lesión de su derecho. Los hechos, por otro lado, como provienen de la conducta del hombre pueden ser demostrados por todos los medios de prueba que prevé la ley, pero así mismo, tiene que tratarse de ubicar esos hechos en el espacio de la norma legal; pues deben de tener soporte jurídico sustantivo, cuando decimos que existe daño moral, posesión irregular, concubinato; los hechos que sustentan estas situaciones o conductas humanas, tienen un marco jurídico al que tienen que adecuarse, para que este demuestre la existencia de su derecho; de los hechos que lo lesionan y de la verdad jurídica de sus pretensiones. Las tres situaciones suponen coherencia, vinculación; si entre estas situaciones no existe vinculación, la propuesta del accionante no tendrá un resultado positivo; esto es, sin duda alguna, aliviará la carga probatoria del demandado.

Luego, sostiene:

El demandado por su parte deberá demostrar, de manera general, los fundamentos de su oposición a la demanda y de la verdad de sus exposiciones. El demandado se opone en primer lugar a la situación jurídica invocada, como parte del patrimonio del accionante que se dice vulnerado. Que el accionante es dueño del bien; el demandado asegura que no es dueño. Sobre los hechos, el accionante afirma que hay una posesión irregular, clandestina; el demandado por su parte, afirma que no existe tal cosa; es una posesión con ánimo de señor y dueño; que el accionante pretende la reivindicación; para el demandado, no es

jurídicamente tal pretensión. Eso supone que el demandado igualmente tiene que agotar en esta fase de prueba la verdad o no de la situación jurídica invocada la verdad o no de los hechos fundados en la demanda la verdad de los hechos alegados en su oposición. Posición que conducirá al demandado a demostrar la procedencia o no de las pretensiones planteadas por el accionante.

Concluye:

...que la prueba es la fase a través de la cual se tiene que demostrar al juzgador la situación jurídica que se discute; la verdad de los hechos que constituyen el fundamento de los que se reclama; y la procedencia o no de las pretensiones del accionante". Y, en el sentido más estricto, dice: "...debe considerarse a la prueba, como la utilización de los medios previstos por la ley, de manera adecuada y oportuna por las partes intervinientes en el conflicto judicial para demostrar la verdad de los hechos afirmados, alegados y producir los suficientes elementos que provean al juzgador de la suficiente convicción para la toma de su decisión²².

La doctrina de la prueba establece que corresponde al actor probar los fundamentos de su demanda, cuando en el libelo se han expuesto los hechos afirmativamente y que han sido simples o absolutamente negados por el reo. Pero asimismo, corresponde al demandado, probar su negativa, si contiene afirmación explícita o implícita sobre el hecho, el derecho o la calidad de la cosa litigada. Por otra parte, al no concurrir el demandado o la demandada a la audiencia de conciliación y contestación a la demanda, dicho silencio se considera como la negativa simple y absoluta de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda. En consecuencia, los límites serán estos y no cabe la actuación de prueba ajena a la controversia, que de acuerdo con el artículo 116 del Código de Procedimiento Civil, las pruebas deben concretarse al asunto que se litiga y a los hechos sometidos al juicio.

Por la carga de la prueba impuesta por el artículo 113 del Código de Procedimiento Civil, corresponde al actor probar su afirmación hecha en la demanda. Tiene que suministrar todos los medios de prueba, para producir en la conciencia del Juez la certeza sobre la verdad de dichas afirmaciones.

²² MORÁN SARMIENTO, Rubén, *Derecho Procesal Civil Práctico, Principios Fundamentales del Derecho Procesal*, Tomo I, Edilex S.A., 2da. Edición, 2008, Perú, págs. 202 y 203.

La ley asigna a las partes la obligación de reunir y traer al proceso el material de hecho, limitando la función del Juez a recibirlo para valorarlo después. Se sostiene que, por regla general, existe entre las partes del proceso civil una relación material o al menos una situación preexistente que permite a aquellas el pleno conocimiento de los hechos y, además, que existen y las partes utilizan los instrumentos jurídicos de facilitación de la publicidad. Por ello se quiere evitar que el órgano judicial lleve a cabo actividades de averiguación que puedan ir en menoscabo de su imparcialidad, y se piensa además que el proceso no es un mecanismo idóneo para la investigación, sino para la verificación de los datos a través de la controversia.

El actor no tiene la carga de probar los hechos que no han sido negados por el demandado. La falta de negativa se entiende como admisión tácita de los hechos; es decir, esta admisión es suficiente para tener como ciertos los hechos, tal como ocurre cuando se rinde una confesión. En otras palabras, la carga de la prueba impuesta por el artículo 113 del mismo Código, se aplica a los hechos controvertidos solo si la ley no acepta la confesión como prueba del hecho, como por ejemplo al tratarse de demostrar el estado civil de una persona o de la compraventa de bienes raíces, en que su admisión o falta de contradicción no exime de presentar los medios de prueba exigidos por la ley. Al no haber negado los demandados los hechos propuestos afirmativamente en la demanda, esos hechos no forman parte del tema probatorio en el proceso, porque tales hechos se refieren a cuestiones susceptibles de probarse mediante otros medios de prueba.

Pertinencia, idoneidad o conducencia de la prueba, que, como indica el autor colombiano DEVIS ECHANDÍA Hernando:

...presenta una limitación al principio de la libertad de la prueba, pero es igualmente necesario, pues significa que el tiempo y el trabajo de los funcionarios judiciales y de las partes en esta etapa del proceso no debe perderse en la práctica de medios que por sí mismos o por su contenido no sirvan en absoluto para los fines propuestos y aparezcan claramente improcedentes o idóneos... En realidad, se trata de dos principios, íntimamente relacionados, que persiguen un mismo propósito a saber: que la práctica de la prueba no resulte inútil, para lo cual es necesario que el hecho pueda demostrarse legalmente por ese medio y que el contenido de

la prueba se relacione con tal hecho... el juez debe obrar con prudencia y amplio criterio al calificar estos requisitos, para no rechazar la prueba solicitada sino cuando sea indudable su pertinencia". "En los sistemas que consagran libertad de medios, que implican la de valoración, es decir, cuando la ley no los señala ni exige uno determinado para ciertos actos o contratos, todos serán idóneos; esa calidad se hace mas importante cuando la ley procesal enumera los medios admisibles y consagra la tarifa legal para su valoración²³.

Y precisamente, estos artículos del Código Civil, ubicados en el Título XXI, "De la Prueba de las Obligaciones", contienen un medio tasado o de tarifa legal para la valoración de la prueba al excluir a la prueba testimonial como medio idóneo o pertinente para la prueba sobre: a) Una obligación que haya debido consignarse por escrito; b) Actos o contratos que contiene la entrega o promesa de una cosa que valgan mas de ochenta dólares de los Estados Unidos de América; c) La adición o alteración de algún modo de lo que se exprese en el acto o contrato; d) Lo que se alegue haberse dicho antes, al tiempo o después de su otorgamiento, aun cuando en alguna de estas adiciones o modificaciones se trate de una cosa cuyo valor no alcance a la referida suma. Sin embargo, esta limitación legal impuesta a la conducencia de la prueba de testigos, goza así mismo de una excepción. El artículo 1728 permite la conducencia de los testigos cuando existe un principio de prueba por escrito. El referido artículo 1728 dice: "Exceptúanse de lo dispuesto en los tres artículos precedentes los casos en que haya un principio de prueba por escrito, es decir, un acto escrito del demandado o de su representante, que haga verosímil el hecho litigioso. Así, un pagaré de mas de ochenta dólares de los Estados Unidos de América, en que se ha comprado una cosa que ha de entregarse al deudor, no hará plena prueba de la deuda, porque no certifica la entrega; pues es un principio de prueba para que, por medio de testigos, se supla esta circunstancia. Exceptúanse también los casos en que haya sido imposible obtener una prueba escrita, y los demás expresamente exceptuados en este Código y en los códigos especiales". Al respecto, en autor chileno CLARO SOLAR Luis, enseña: *"El principio de prueba por escrito es una circunstancia que disminuye la incertidumbre de la prueba testimonial y la hace menos sospechosa: las deposiciones de los testigos, aunque insuficiente para demostrar la verdad por si solas, crean sin embargo cierta probabilidad*

²³ DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría General de la Prueba Judicial*, Editorial Biblioteca Jurídica DIKE, 4ta. Edición, tomo I, Medellín, 1993, pág. 133 y 134.

que, unida a la probabilidad a que da lugar el principio de prueba por escrito que tampoco por sí solo constituye plena prueba, puede formar prueba suficiente. Con el principio de prueba por escrito desaparece la idea de que sea una simple inventiva el hecho que las declaraciones de los testigos establecen... Es evidente entonces, que la limitación a la prueba testimonial no tiene aplicación cuando existe un principio de prueba por escrito o como enseña DEVIS ECHANDÍA, una confesión parcial que haga las veces de tal..."²⁴.

Por ende, el Juez puede admitir que se practique únicamente las pruebas que son pertinentes. De otro lado, el órgano jurisdiccional tiene la más alta potestad para acoger o desestimar a fin de formar su convicción, medios de prueba practicados en el juicio.

Las normas procesales son de orden público y de obligatorio cumplimiento. La potestad de señalar los medios de prueba procesalmente admisibles o su mérito o valor corresponde exclusivamente a la ley. Se trata de una materia jurisdiccional del Estado y de la regulación del proceso que está fuera de la libertad contractual. Excepcionalmente la ley permite a las partes que celebran un contrato establecer ciertas estipulaciones procesales, fuera de ellas las estipulaciones contractuales procesales son nulas y de ningún valor y, consiguientemente no hacen fe en juicio, circunstancia que hay que tomar en cuenta para la valoración de la prueba, de acuerdo con la regla procesal del inciso primero del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil. En esta virtud, se debe tener por no escrita. El artículo 121 del Código de Procedimiento Civil, señala en forma taxativa los medios de prueba y, entre ellos, a los instrumentos privados. El instrumento privado en que una persona se obliga a dar, hacer o no hacer alguna cosa o en la que confiesa haberlo recibido o estar satisfecho de una obligación debe de estar firmado por aquella persona para que tenga valor en un juicio, salvo los casos expresamente señalados por la ley. CLARO SOLAR Luis, expresa: *"Es esencial al instrumento privado, entendido en el sentido estricto de que hablamos, es decir como productor de obligaciones o comprobado de su extinción, que ha de ser firmado por*

²⁴ CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones del Derecho Civil y Comparado*, Editorial Jurídica de Chile, 1979, Volumen VI, tomo XXII, pág. 753.

las partes o la parte contra la cual ha de hacer prueba. La firma es verdaderamente el complemento del documento privado y la característica que lo distingue de las otras clases de documentos. La ley no lo dice expresamente, porque nada expresa de la forma a la que deba sujetarse el instrumento privado; pero esto se desprende de las diversas disposiciones que el Código destina a los documentos privados; en efecto, la ley expresa que, tratándose de convenciones en que no se requiere para su perfeccionamiento el otorgamiento de instrumento público, si éste fuese defectuoso por incompetencia del funcionario o por otra falta en la forma, valdrá como instrumento privado si estuviere firmado por las partes (inciso final del Art. 1718 Código Civil ecuatoriano); estatuye también que el instrumento privado tiene el valor de escritura pública respecto de los que aparecen o se reputan habérselos suscrito (Art. 1719); agrega que la facultad del instrumento privado no se cuenta respecto de terceros, sino desde el fallecimiento de alguno de los que lo han firmado (Art. 1720); y por último, distinguiendo, dice que los asientos, registro y papeles domésticos únicamente hacen fe contra el que los ha escrito o firmado (Art. 1721); y que la nota, escrito firmado por el acreedor a continuación al margen o al dorso de una escritura que siempre ha estado en su poder favorece al deudor (Art. 1722). La firma da, en realidad, a entender que el instrumento está terminado y es completo, conteniéndose en el todo lo que las partes han convenido respecto de la materia de la convención. Un documento sin la firma indica más bien un proyecto de convención y no una convención realizada"²⁵.

En cumplimiento a lo que dispone el artículo 123 del Código de Procedimiento Civil, dentro del término respectivo, el Juez mandará que todas las pruebas presentadas o pedidas, en el mismo término, se practiquen previa notificación a la parte contraria; surge el problema de interpretar a qué se refiere la ley cuando habla de "todas" o sea si esto significa que el Juez, mecánicamente y como un mero espectador, debe ordenar la práctica de la prueba totalmente ajena a la materia de la litis, o si al contrario, como parte que es del proceso, en cumplimiento de su deber de dirigirlo en búsqueda de la verdad, ha de cuidar que no se transgreda el principio de la congruencia que se halla consagrado en el artículo 116, y ha de rechazar el pedido de práctica impertinente aunque

²⁵ CLARO SOLAR, Luis, Ob. Cit., Volumen VI, tomo XXII, pág. 696.

se lo formule en la correspondiente etapa procesal. El cumplimiento de este deber de modo alguno puede interpretarse como anticipación de criterio; el permitir que se acumule toda clase de prueba en el proceso, tenga o no que ver con la litis, para posteriormente, al dictar la resolución, escoger cual es la pertinente y cual no, es perjudicial por muchas razones: permite que el proceso se dilate excesivamente en el tiempo y se vuelva negativamente farragoso, ocasiona ingentes gastos y pérdidas de tiempo tanto para la administración de justicia como para las partes, implica el riesgo de que el juzgador sea inducido a engaño, coadyuva a que se desarrolle con "cultura del litigio" que no respeta los principios básicos de la buena fe y la lealtad procesal, en definitiva alienta la corrupción. Es excesivamente frecuente que la parte demandada, con ánimo de embarazar el curso de la litis, pida la práctica de pruebas inoficiosas, para luego no preocuparse de que se evacuen y reclamar por la falta de práctica.

La doctrina considera los medios de prueba previstos en la ley y los medios de conocimiento y deducción lógica. Los primeros son los que suministran las partes debatientes (testigos, documentos, confesiones, inspección ocular, etc.); y los segundos, son los que forman en la mente convicción del juzgador. Es decir que jamás son excluyentes, por el contrario se complementan con el único fin de dar a cada uno lo que en derecho pertenezca.

La confesión, en cambio, es un medio de prueba que le suministra al Juez una imagen del objeto o del hecho por probar, es decir, tiene una función representativa. El Juez conoce del objeto o del hecho a través de la transmisión que le hace otra persona, y sobre la fidelidad de esa representación debe formular un juicio crítico del hecho. La confesión es una prueba indirecta porque el Juez no percibe el hecho o el objeto por probar, ni lo percibe directamente, cuanto más que la confesión ficta no constituye sino una presunción de contestación afirmativa del confesante a las preguntas admisibles del pliego de posiciones, de allí que el artículo 131 del Código de Procedimiento Civil deja a criterio del juzgador darle el valor de prueba, plena o semiplena, según las circunstancias que hayan rodeado al acto. La confesión ficta debe ser analizada según lo dispuesto en la misma disposición, con "libre criterio" del Juez y no tiene el efecto

probatorio del juramento deferido a que se refiere el artículo 153 del mencionado Código, es decir, que este medio de prueba no está sujeto a tarifa legal; pero ello, como se ha dicho, no significa que la ley permita la arbitrariedad del juzgador, sino que impone a éste el deber de sujetarse a las reglas de la sana crítica, es decir, a las reglas de la lógica, la psicología, la experiencia, etc., según las circunstancias de cada caso en particular.

La sana crítica es la unión de la lógica, la experiencia, la equidad, el conocimiento, la libre convicción, libre criterio judicial. Son reglas de las máximas de la experiencia y del correcto entendimiento humano, que si no se aplican sería motivo de impugnación, fundamento para la casación, falta de motivación, etcétera. La doctrina y la jurisprudencia son coincidentes en sostener que la valoración de la prueba es una facultad exclusiva del juzgador. De acuerdo con el principio de la sana crítica para la apreciación de la prueba que contiene el Art. 115 del Código de Procedimiento Civil, el juez tiene la facultad para desestimar una prueba por falta de convicción. Tratando de dar una definición COUTURE Eduardo J.²⁶, dice: *“reglas de la sana crítica, son reglas del correcto entendimiento humano; contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar; pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia”*.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 406 del Código de Procedimiento Civil, concluido el término probatorio, el Juez pedirá autos y pronunciará sentencia.

El Código de Procedimiento Civil en su artículo 269 define a la sentencia como "La decisión del juez acerca del asunto o asuntos principales del juicio". Dispone el artículo 273 del mismo Código: "La sentencia deberá decidir únicamente los puntos sobre los que se trabó la litis y los incidentes que, originados durante el juicio, hubieren podido reservarse sin causar gravamen a las partes, para resolverlos en ella".

²⁶ COUTURE, Eduardo J., *Las reglas de la sana crítica, en Estudios*, tomo 2, Tercera Edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1979, pág. 195.

Estas disposiciones imponen al Juez el deber de estudiar en su sentencia tanto las pretensiones deducidas en la demanda como las contrapretensiones expuestas en la contestación en ella, siguiendo un orden lógico. En este mismo sentido, DEVIS ECHANDÍA, dice: *"En la sentencia debe de estudiarse primero si las pretensiones invocadas en la demanda tienen o no respaldo en los hechos probados y en la ley sustancial que los regula, y solamente cuando el resultado sea afirmativo se debe proceder al estudio de las excepciones propuestas contra aquellas por el demandado; pues si aquellas deben ser rechazadas aún sin considerar las excepciones, resultaría inoficioso examinar estas. Todas las pretensiones principales deben ser resueltas en la parte dispositiva de la sentencia, a menos que ésta deba ser inhibitoria, y si no prosperan, deben resolverse sobre las subsidiarias. En cambio cuando se han alegado o probado varias excepciones perentorias, no es necesario que el Juez las estudie todas, ni que se pronuncie sobre ellas, pues le basta hacerlo respecto de aquellas que debe prosperar, si desvirtúa todas las pretensiones de la demanda". Si la sentencia es inhibitoria, porque se admite una excepción dilatoria, no puede el juzgador de instancia pronunciarse sobre las pretensiones del actor porque estaría anticipando criterio, y si se admite una excepción perentoria que desvirtúa todas las pretensiones de la demanda tampoco es necesario que se pronuncie sobre las pretensiones ni sobre las restantes excepciones en aplicación al principio de la economía procesal*"²⁷.

Dispone el artículo 276 ibídem: "En las sentencias y en los autos que decidan algún incidente o resuelvan sobre la acción principal, se expresará el asunto que va a decidirse y los fundamentos o motivos de la decisión". Por su parte, la letra l), número 7, artículo 76 de la Constitución de la República, establece: "Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. 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. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados".

²⁷ DEVIS ECHANDÍA, *Compendio de Derecho Procesal, Teoría General del Proceso*, t. I, pp. 464 y ss.

El artículo 277 indica que la sentencia puede recaer sobre los incidentes surgidos durante el juicio. Concordando con ESCRICHE Joaquín, incidente es la cuestión o contestación que sobreviene entre los litigantes durante el curso de la acción principal, y puede reservarse para que se resuelva en sentencia al mismo tiempo que la demanda propuesta desde el principio²⁸, y con PEÑAHERRERA, quien, dentro del Art. 338, conceptúa a los incidentes como *'cuestiones nuevas, relativas, ya al Juez o a las partes, ya a los medios de defensa empleados por éstas, ya al asunto mismo controvertido', que pueden presentarse en el curso de la decisión judicial, y distingue de otros a algunos que 'pueden ventilarse al mismo tiempo que la principal, y decidirse en la misma sentencia...'*²⁹.

La ley contempla ciertos requisitos de forma y de fondo para la existencia y validez de los actos procesales. Entre los requisitos de forma, el artículo 287 del Código de Procedimiento Civil, prescribe: "Las sentencias, autos y decretos contendrán la fecha y la hora en que fueron expedidos y la firma de los jueces que los pronunciaron", en concordancia con el artículo 277 *ibídem*. Sobre este tema, DE LA RÚA, Fernando, dice: *"Considerada en sí misma, la sentencia debe reunir ciertos elementos estructurales que son imprescindibles para su existencia como acto procesal. Los requisitos que ataren a la estructura de la sentencia son los siguientes: a) elementos subjetivos o individualización de los sujetos a quienes alcance el fallo; b) enunciación de las retenciones; c) motivación de la sentencia, que configura el tema amplio y trascendental de estas reflexiones; d) parte resolutive; y, e) fecha y firma. Son los que considero esenciales. Algunas leyes añaden otros, pero estos son imprescindibles. Esta afirmación se apoya en que la sentencia debe ser suficientemente comprensiva como para bastarse a sí misma, es decir, para que se pueda inferir de ella, de modo claro y completo, la voluntad jurisprudencial, con aptitud para aplicarla a la realidad sin necesidad de integrarla o completarla con otras carencias del proceso. Si alguno de los elementos indicados esta ausente, el fallo no tendrá virtualidad por sí mismo. De ahí que deban ser considerados esenciales, y que su omisión ocasione un vicio capaz de invalidar la sentencia"*³⁰. Finalmente, es nula la

²⁸ ESCRICHE, Joaquín, *Diccionario Razonado*, Tomo III, p. 30, Editorial TEMIS, Bogotá, 1977.

²⁹ PEÑAHERRERA, *Lecciones de Derecho Práctico Civil y Penal*.

sentencia sí falta la fecha o la firma de los jueces o del secretario. Esto implica el examen de la sentencia como documento. En cuanto a la fecha, deberá indicarse el día, el mes, el año y el lugar en que se dicta la sentencia. En algunos casos la omisión quedará subsanada si la fecha se puede establecer con certeza sobre los elementos del acto o por otros que le sean conexos, supuesto en el cual no existe la nulidad... Se ha sostenido que la firma conduce a la inexistencia del acto.

La técnica judicial en nuestro país diferencia, en los autos y sentencias, entre la parte expositiva que expresa el asunto que va a decidirse, que suele consignarse en los "Vistos", y la parte motiva o considerativa que contiene los fundamentos aparece en los "Considerandos", para concluir con la parte resolutive que, en el caso de las sentencias, ha de ser precedida por la fórmula "Administrando justicia, en nombre del pueblo soberano del Ecuador, y por autoridad de la constitución y las leyes de la República", en cumplimiento al mandato constante en el artículo 138 del Código Orgánico de la Función Judicial, si bien es cierto que el uso indebido de esta fórmula o su omisión no produce la nulidad del acto procesal, sino que ha determinarse su contenido para determinar su verdadera naturaleza. Pero el empleo indebido o la inobservancia del requisito contemplado en el artículo 138 del Código Orgánico de la Función Judicial, acarrea responsabilidad administrativa para el Juez que procede con grave descuido de sus deberes al no acatar el mandato legal, la cual no es una mera fórmula rutinaria sino el mecanismo idóneo y de rico significado de la legitimación republicana y democrática del Juez en ejercicio de una potestad pública que no la posee por si mismo sino en virtud de una delegación indirecta del pueblo y ante quien se debe realizar su legitimación funcional en forma permanente, conforme se ha señalado. La omisión anotada puede entenderse en el caso de un Juez bisoño y sin experiencia judicial.

³⁰ DE LA RÚA, Fernando, *Teoría General del Proceso*, Depalma, Buenos Aires, 1991, p. 144.

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. Transacción, según el Art. 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 existe 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. 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. 2348 a 2366) y las normas sobre la nulidad y rescisión de los contratos en general.

Si se trata de demandas cuya cuantía no pase de cinco mil dólares de los Estados Unidos de América, el trámite se sujetará al procedimiento previsto y determinado en el artículo 407 del Código.

Nuestra Constitución, consagra en la letra m), número 7, artículo 76 que en todo proceso se asegurará el derecho al debido proceso, que incluirá la garantía básica de recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre los derechos de toda persona.

Los medios de impugnación horizontal de la sentencia, son taxativos, acumulativos, no de ejercicio sucesivo, continuativo o fluyente. Conforme a lo estatuido en el artículo 281 del Código de Procedimiento Civil, no son otros, que la aclaración y la ampliación para la sentencia, y de los determinados en el artículo 289 del mismo Código, para los autos y decretos, aclaración, ampliación, reforma y revocatoria. Lo que, de no plantearse acumulativamente, no pueden ejercerse secuencial, sucesiva o continuativamente, es decir, primero uno cualquiera de ellos y luego,

posteriormente, el otro, como lo tiene reiteradamente declarado la jurisprudencia, acogiendo la doctrina jurisprudencial por acertada que lo ha resuelto en repetidos fallos. Concedida o negada una cualquiera de las cuatro peticiones que la parte puede hacer sobre una providencia, a saber: revocatoria, reforma, ampliación o aclaración, ya no puede pedirse ninguna de ellas con posterioridad. Ningún juicio terminaría jamás, si después de concedida la revocación se pudiera solicitar la reforma y concedida o negada ésta se pudiera pedir la aclaratoria o después la ampliación. El litigante debe estudiar cual de estas medidas debe solicitar para pedir las conjuntamente o unilateralmente; si solo se resuelve por una de ellas.

Los recursos ordinarios, que la ley establece, de apelación, de hecho y nulidad, son medios de impugnación de los actos procesales, 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, que le causa agravio o considera injusta, suspendiendo provisionalmente sus efectos y que abre una nueva etapa del procedimiento.

La impugnación es un derecho que tienen las partes por medio de la cual se oponen a una providencia, sea para que la resuelva el mismo Juez o un Tribunal Superior, el que nace desde que se inicia el proceso y tiene que ver directamente con el principio constitucional de defensa. La oportunidad para ejercerla es a partir de la notificación de la providencia o de la revocatoria, aclaración o ampliación y dentro de los términos permitidos por la ley.

La segunda instancia del juicio ordinario, se encuentra regulada en los artículos 408 y siguientes, Parágrafo 2º., Sección 1ª., Título II, Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil.

La Corte Suprema de Justicia (actual Corte Nacional de Justicia) considerando que se han presentado dudas, en lo que respecta al alcance del artículo 417 (actual 408) del Código de Procedimiento Civil, resuelve: "Que si el recurrente concreta fuera de término los puntos a los cuales se contrae el recurso, y no consta en el proceso la respectiva petición de

deserción, la fundamentación del recurso es procedente". Esta resolución que fue aprobada por unanimidad, que será generalmente obligatoria, mientras la ley no disponga lo contrario, fue publicada en el Registro Oficial 230 de 11 de julio de 1989 y en la Gaceta Judicial XV, No. 7, pág. 2100.

Las pretensiones formuladas en la demanda y las excepciones invocadas en la contestación a la demanda establecen el límite o la esfera dentro de la cual se traba la litis en primera instancia. Comúnmente los puntos sobre los que se traba la litis quedan fijados en la demanda, y cuando se interpone el recurso de apelación de la sentencia de primera instancia, la situación sobre los puntos sobre los que se trabó la litis no se modifican en segunda instancia. El tribunal para ante quien se interpuso el recurso, con sujeción al artículo 334 del Código de Procedimiento Civil, confirma, revoca o reforma la resolución apelada. Pero en el juicio ordinario la situación cambia sustancialmente, porque el que interpone el recurso de apelación debe formalizar, con arreglo al artículo 408 del mismo Código, los puntos a que se contrae el recurso. La formalización del recurso configura el ámbito de la litis de segunda instancia. En otras palabras, unos son los puntos sobre los que se trabó la litis en primera instancia y otros son los puntos sobre los que se trabó la litis en segunda instancia. Por cierto, en la formalización de la apelación no puede introducirse nuevos puntos sobre los que se trabó la litis en primera instancia; estos pueden reducirse, pero en ningún supuesto ampliarse con otros. En esta virtud, a los puntos que se trabó la litis en segunda instancia tiene que circunscribirse la sentencia del tribunal de alzada. Por estas razones, en el juicio ordinario, las tres formas de incongruencia en la sentencia pueden basarse no ya sobre los puntos que se trabó la litis en primera instancia, sino sobre los puntos en los que quedó trabada la litis en segunda instancia, tomando como punto de referencia la formalización del recurrente y la adhesión del recurso que pudiese haber hecho la contraparte.

Es preciso tener en cuenta al expedir la presente resolución que el propósito del legislador en este punto no ha podido ser más claro y categórico, en orden a que el recurrente, al formalizar la acción o el recurso, concrete, precise y determine, los puntos de discrepancia y

disconformidad con el fallo expedido y que se considera lesivo a su interés jurídico, determinación que se ha estimado indispensable para que el Juez *ad quem*, (en materia civil Corte Provincial o Corte Nacional) pueda circunscribir sus facultades jurisdiccionales dentro del ámbito que fije el razonamiento del impugnante; se trata de una reforma básica y fundamental, además, expresa, por la que se ha querido modificar con fundamentación científica, el sistema de impugnación que antes se consideraba satisfecho y cumplido, con sólo consignar ante el Superior que la sentencia apelada no se compagina con los antecedentes de hecho o viola prescripciones expresas de derecho, en forma genérica, vaga e indeterminada; la reforma que se analiza responde a la necesidad de que la parte que repele un pronunciamiento jurisdiccional razone en forma pormenorizada, los antecedentes de su divergencia, para que el Juez *ad quem*, pueda compenetrarse de los fundamentos jurídicos de su disconformidad. Por lo mismo, el adverbio de modo "explícitamente" significa "expresa claramente"³¹.

Si el que apela de la sentencia incumple dicho presupuesto procesal, el ministro de sustanciación, a petición de parte, declarará desierta la apelación y mandará devolver el proceso a la judicatura de primer nivel, para que se ejecute la sentencia, conforme a lo dispuesto en el Art. 408 del mismo Código.

Si comparece el apelante y determina los puntos a que se contrae el recurso, se dará traslado a la otra parte, por diez días, dentro de los que podrá adherirse al recurso (art. 409).

La ex Corte Suprema de Justicia ha resuelto: "Que en los juicios civiles es posible adherirse en segunda instancia al recurso de apelación, dentro de tres días en que se notifica a las partes con la recepción del proceso, sin perjuicio de lo que mandan los Arts. 434 (actual 409) del Código de Procedimiento Civil y 586 (actual 609) del Código del Trabajo. Esta resolución expedida por unanimidad, será generalmente obligatoria, mientras no se disponga lo contrario por la Ley". Dicha resolución fue publicada en el Registro Oficial 421 de 28 de enero de 1983.

³¹ v. Gaceta Judicial, Serie No. 8, pág. 1663.

La adhesión, según la doctrina y la jurisprudencia unánime, y, además con arreglo a lo estatuido en el artículo 339 del Código de Procedimiento Civil, es en el fondo un recurso que pueden plantearlo actor o demandado. No cabe sostener que el adherente actúe en mismo sentido que su adversario, siendo como son inconciliables y opuestas sus pretensiones. Quien se adhiere al recurso lo hace por su propio interés para que se enmiende el error del Juez a-quo, si tal error existe.

La adhesión se la puede hacer ante el Juez a-quo o ante el Superior desde que la otra parte apela.

La adhesión es independiente de la apelación, tanto que cuando el apelante desiste, el que se adhirió puede continuar con el recurso, en conformidad con lo que prescribe el artículo 339 (actual 335) del Código de Procedimiento Civil. La interpretación contraria, en el sentido de que la adhesión no va más allá de los términos del recurso, llevaría al absurdo de que en esos casos no tendría sentido alguno. La jurisprudencia aclara aún más el punto, al pronunciarse en el sentido de que si bien la ley llama adhesión a la facultad de reclamar ante el Superior contra lo resuelto por el inferior, no ha de deducirse de ello que la adhesión se liga al recurso interpuesto con la relación de dependencia tal, que, desaparecida ésta deba tenerse por fenecida aquella, puesto que cada uno de esos dos medios de defensa dice relación a los respectivos derechos e intereses contrapuestos de las partes, de donde se infiere que, por impropio que se quiera considerar el uso del término empleado por la Ley, la adhesión de la una parte es independiente del recurso de la otra, como quiera que aquella no es, en su esencia, sino un medio de reclamación contra los fallos judiciales que la ley franquea a las partes, para ejercerlos aún después de expirados los términos concedidos para interponer los recursos de apelación y tercera instancia³².

³² v. Gaceta Judicial IV, Serie No. 191, pág. 1532.

2. El Juicio Verbal Sumario en el Código de Procedimiento Civil del Ecuador

El académico PRIETO CASTRO, al explicarnos las características, establecer su comparación con los que son materia de estudio en este lugar y la razón de existencia de los procesos o juicios sumarios y otros, sostiene:

a) Proceso o juicio sumario o breve es aquél que se halla sujeto a limitaciones en el procedimiento y en los medios de ataque y de defensa que pueden esgrimir las partes (alegaciones y pruebas). Lo que lleva consigo la inherente restricción del conocimiento del asunto por el órgano jurisdiccional, a fin de que pueda resolver con mayor rapidez... Pero como la justicia que pueden postular los justiciables no tiene por qué limitarse a aspectos parciales, sucede que los medios de ataque y de defensa que el carácter sumario del proceso no permite emplear, se entienden reservados para hacer uso de ellos en un posible proceso plenario ulterior, que la parte interesada puede incoar si viere convenirle. Este mecanismo nos muestra que en el proceso sumario solamente se origina la cosa juzgada respecto de los medios que se permite emplear en ellos. Y quien dice "medios" está pensando en "objetos", porque inherente al carácter del proceso sumario determinado, es también la adscripción a él de objetos concretos y específicos, esto es, limitados. (Lo destacado está en el texto).

Luego:

La explicación histórica de la creación de los juicios o procesos sumarios y especiales fue la excesiva complicación, formalismo y lentitud de los "ordinarios", del solemnis ordo iudiciarius, junto a la idea de que determinadas cuestiones jurídicas exigían una más rápida decisión, independientemente de que la Justicia abusivamente lenta de otros tiempos más bien venía a ser una denegación de ella.

Y, finalmente, al señalar los criterios que se pueden seguir para la clasificación de los procesos sumarios y especiales, sostiene:

Tratándose de una exposición del Derecho procesal, es indudable que las notas a tener en cuenta para establecer esa clasificación y suministrar las características comunes y las distintivas, ayudando a obtener una visión panorámica del conjunto de los tipos, serían las notas de carácter procesal. Pero sucede que, a pesar de tratarse de un número crecido de tipos procesales, muy poco podemos hallar que nos dieran bases para establecer grupos por afinidades, y de aquí que hayamos de tomar en consideración el objeto u objetos que se asigna a cada proceso, situándolos, como antes hemos hecho, dentro de la parte correspondiente

*del respectivo derecho material en el que se incluyan. No obstante, al examinar cada juicio se expresarán los rasgos distintivos más salientes*³³.

En la historia de la legislación procesal ecuatoriana, en 1921, en el Código de Enjuiciamiento Civil, respecto al primer inciso del artículo 932, que trata del Juicio Verbal Sumario, establecía: “El día y hora señalados, las partes puntualizarán sus reclamaciones; y si llegaren a un arreglo, el juez en el mismo acto, lo aprobará. Si no hubiere arreglo y se necesitare pruebas, concederá seis días perentorios”. Después del inciso primero del Art. 932, se puso la reforma siguiente: “En la diligencia del juicio verbal podrá el demandado deducir todas las excepciones que le competan; y, a falta de acuerdo, se lo sustanciará colectivamente y se las decidirá en sentencia. Más, antes de la diligencia, no se admitirá ninguna contestación, incidente o excepción que la obste o difiera”. En 1936, la Sección correspondiente al juicio verbal sumario fue también sustituida. Este juicio estuvo destinado para liquidaciones de intereses, frutos, daños y perjuicios ordenados en sentencia ejecutoriada; oposición a ciertas servidumbres de acueducto, según el Art. 786; incidencias, sobre servidumbre ya establecidas, según el Art. 789, reformado en 1921; desacuerdos entre poseedores de agua Art. 795, reformado como ya lo hemos visto, y algunos asuntos más. Las palabras “Verbal y sumariamente” muchas veces usadas por el legislador, equivalen a “juicio verbal sumario”, como enseña TROYA CEVALLOS, Alfonso³⁴. De manera, que la citada reforma deja establecido el inicio del procedimiento y la sustanciación del juicio verbal sumario.

El ilustre procesalista citado³⁵, enseña:

La reforma tuvo a no dudarlo una sana intención, conseguir la brevedad, pero siempre hemos creído que por asuntos que por su naturaleza se prestan a seguir un proceso declarativo, de sustanciación ordinaria, en la cual puede usarse con la mayor amplitud el derecho de defensa, y por consiguiente con réplica, reforma de la demanda,

³³ PRIETO CASTRO, Leonardo, *Derecho Procesal Civil*, Manuales Universitarios Españoles II, Volumen 2°. (Procesos sumarios y especiales. Ejecución singular), 3ª. Edición (Corregida y actualizada), págs. 20, 21 y 23, Editorial Tecnos, Madrid, 1979.

³⁴ TROYA CEVALLOS, Alfonso, *Elementos de Derecho Procesal Civil, Primera y Segunda Parte*, Última Edición Aumentada y Corregida, Tomo I, Ediciones de la Universidad Católica, Quito, 1978, págs. 95 y 96.

³⁵ TROYA CEVALLOS, Alfonso, Ob. Cit., págs. 115 y 116.

reconvención, etc. y principalmente con la necesidad de posterior ejecución, y no meramente de la vía de apremio, según se consigna en el Art. 520 del CPC, el sometimiento voluntario de las partes al trámite verbal sumario, no es lo más prudente que puedan acordar las partes, por la serie de renunciaciones que ello implica. Sometiendo a este trámite un contrato se (de) arrendamiento de predios rústicos, para citar un ejemplo, se ve lo inapropiado de tal sometimiento.

Nuestro Código de Procedimiento Civil, trata del Juicio Verbal Sumario, desde el artículo 828 hasta el artículo 847, Sección 23ª., Título II De la Sustanciación de los Juicios, Libro Segundo Del Enjuiciamiento Civil.

Sólo las demandas, que por disposición de la ley o por convenio de las partes, las de liquidaciones de intereses, frutos, daños y perjuicios, ordenadas en sentencia ejecutoriadas, las controversias relativas a predios urbanos entre arrendador y arrendatario o subarrendatario, o entre arrendatario y subarrendatario, y los asuntos comerciales que no tuviesen procedimiento especial, se sujetan al trámite del juicio verbal sumario.

Por lo general, el juicio verbal sumario, se inicia por convenio entre las partes, es declarativo abreviado, se aplica a ciertas materias determinadas por las leyes especiales, tales como: Ley de Inquilinato, Ley de Cheques, Código de Comercio, Ley de Federación de Abogados, etcétera.

En los casos en que, invocándose la calidad de arrendador o subarrendador, se demande, al actual ocupante de un predio urbano, el pago de pensiones de arrendamiento o la desocupación y entrega del predio, se presumirá existir el contrato de arrendamiento o subarrendamiento, a menos que el demandado justifique tener derecho a la posesión o a la tenencia, por cualquier otro título.

Cuando, por la naturaleza del pleito, se requiera el examen o reconocimiento de la cosa litigada, la recepción de las pruebas pertinentes se verificará en el lugar de la ubicación de dicha cosa, y así lo advertirá el Juez, en el auto que dicte al recibir la causa a prueba. De ser

necesaria la intervención pericial, se procederá en la forma indicada en el Art. 840 del Código de Procedimiento Civil.

De tratarse de juicios prácticos, que requieren conocimientos especiales, el Juez se asesorará con un perito o peritos que, para el efecto, debe nombrar, de acuerdo con el Art. 252, y que emitirán su dictamen, con inspección o estudio particular que hicieren, por sí solos o acompañados del Juez, sin necesidad de dejar constancia de este detalle. Dicho dictamen se dará dentro del término que el Juez señale.

Al suscitarse controversia entre el abogado y su cliente, por pago de honorarios, oír el Juez, en cuaderno separado y en juicio verbal sumario, a la parte contra quien se dirija la reclamación. Si hubiere hechos justificables, concederá seis días para la prueba y fallará aplicando el Art. 2021 del Código Civil. La resolución que pronuncie no será susceptible de recurso de apelación, ni del de hecho y se ejecutará por apremio.

Propuesta la demanda, el Juez, de ser procedente el trámite verbal sumario, lo declarará así y dispondrá que se entregue al demandado la copia de la demanda, que el demandante debe acompañar a ésta.

Inmediatamente, después de practicada la citación, la audiencia de conciliación, tiene lugar dentro de un período de tiempo no menor de dos días ni mayor de ocho, contados desde la fecha en que se expida la providencia que la convoque. La audiencia de conciliación empezará por la contestación a la demanda, en forma verbal, que contendrá las excepciones, dilatorias y perentorias, de que se crea asistido el demandado. Trabado así el litigio, el Juez procurará la conciliación y, de obtenerla, quedará concluido el juicio.

En este juicio, no podrá el actor reformarla, tampoco se admitirá la reconvencción, quedando a salvo el derecho para ejercitar por separado la acción correspondiente, excepto en el juicio de trabajo, en el que es admisible la reconvencción conexa la que será resulta en sentencia, sin que por ello se alterare el trámite de la causa. En la audiencia, el actor

podrá contestar la reconvencción; y, de no hacerlo, se tendrán como negados sus fundamentos.

De no haberse obtenido el acuerdo de las partes, y si se hubieren alegado hechos que deben justificarse, el Juez, en la misma audiencia de conciliación, abrirá la causa a prueba por un término de seis días.

Concluido el término de prueba, el Juez dictará sentencia, dentro de cinco días. Para los efectos de la condena en costas, se aplicarán las disposiciones pertinentes del juicio ordinario.

En el tiempo que corre desde la terminación de la prueba hasta la expedición del fallo, pueden las partes presentar informes en derecho, en defensa de sus intereses.

El superior fallará por el mérito de los autos, y del fallo que se dicte se concederá los recursos que la ley permita.

Como podemos observar, en nuestro sistema procesal, la sustanciación y trámite del juicio verbal sumario, no es esencialmente ni verbal ni sumario. En el mismo sentido, JIJÓN LETORT Rodrigo, sostiene: *“El juicio verbal sumario no puede ser considerado como un ejemplo de aplicación del principio de oralidad en nuestro medio, pues no están presentes en él las características del proceso oral a los que nos hemos referido anteriormente. No hay inmediatez, la concentración es inadecuada y, fundamentalmente, no existe debate probatorio”*³⁶.

³⁶ JIJÓN LETORT, Rodrigo, *Apuntes sobre la oralidad en el proceso civil ecuatoriano*, Corporación Latinoamericana para el Desarrollo, Quito - Ecuador, pág. 29.

2. 3. LOS PROCESOS DE CONOCIMIENTO

1. Antecedentes

El actual Código de Procedimiento Civil³⁷, carece de una adecuada sistematización por instituciones y en él abundan diversas clases de procesos, cada uno con sus propias especificidades. La excesiva cantidad de procedimientos, la lentitud en la sustanciación de los procesos, en todas las materias e instancias, etapas y diligencias, son rigurosamente rituales o formales, vulneran los principios que tutela y garantiza la Constitución, reconocidos en los convenios y tratados internacionales de Derechos fundamentales y humanos, de los cuales es Parte el Estado constitucional de derechos y justicia ecuatoriano.

El Código Procesal Civil Modelo Para Iberoamérica³⁸, con algunas ideas sobre su contenido para las bases de un Código, advierte: *“La instrumentalidad del proceso, al servicio de todo el Derecho sustantivo, no implica diversidad de procesos, sino más bien su unificación; al proceso no tiene preferencia por una u otra materia, ni a ésta corresponde señalar las estructuras procesales, sino meramente sus necesidades (v. gr. Importancia de medidas provisionales o cautelares; necesidad de suma abreviación, etc.). Las soluciones son establecidas y brincadas por el Derecho Procesal. El criterio ha de ser la reducción de las diversas formas de procesos, a su mínimo indispensable”*. (Lo destacado es nuestro).

Conforme con éste criterio, CRUZ BAHAMONDE Armando (+), dice:

...nuestro Código³⁹, a más de la partes doctrinarias, contiene 34, -nada menos que 34- clases de juicios, reunidos en una lamentable confusión de trámites, llenos de reglas particulares y de particulares excepciones, en un

³⁷ Codificación del Código de Procedimiento Civil, Suplemento del Registro Oficial No. 58: 12 de julio de 2005.

³⁸ CÓDIGO PROCESAL CIVIL MODELO PARA IBEROAMÉRICA, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Texto del Anteproyecto, preparado por GELSI BIDART, Adolfo, TORELLO, Luis y VÉSCOVI, Enrique, Editorial M.B.A., Montevideo, Uruguay, 1988.

³⁹ El autor se refiere a la codificación del Código de Procedimiento Civil, Registro Oficial No. 687, 18 de mayo de 1987.

sistema que atenta contra la simplicidad, uniformidad y sencillez que proclama el Art. 93 (actual 169) de la Constitución⁴⁰.

El mismo autor, citando a CAPPELLETTI, concluye:

...Para que podamos tener una idea de lo que esto significa, fijemos por un momento nuestra atención en lo que sucede en otros sistemas procesales de países relativamente similares al nuestro, que pertenecen al grupo español y latinoamericano del “civil law” o derecho civil, que se caracteriza como rama de lo que Capelleti (sic) denominó el “procedimiento común europeo” hoy prácticamente abandonado en Europa y que, salvo excepcionales sistemas nuevos, persisten en España y América Latina; y que se evidencian en: 1) un procedimiento absoluto de la escritura; 2) carencia de intermediación entre los sujetos procesales; 3) apreciación de la prueba conforme al sistema legal o tasado; (lo cual no es exacto) 4) desarrollo fragmentario y discontinuo del procedimiento; y 5) la enorme duración de los procesos, según la cita de Ovalle (“Derecho Procesal Civil” pág. 13)./ Las nociones expresadas por Capelleti (sic), son las que distancian este sistema del denominado anglosajón que, sin embargo de la plenitud de recursos y sus indudables méritos, no alcanza la perfección, pues, al menos en el área civil, su lentitud es monumental y los costos que se cargan a las partes que se atreven a litigar son de tal magnitud que, en ellos si, cabe el viejo adagio de que más vale una mala transacción que un buen pleito. Sin embargo, no queda duda que el sistema del “civil law” moderno reclama, especialmente en el Ecuador, un cambio radical que rectifique viejos errores y contradicciones –algunas ya las hemos anotado– buscando sistemas más sencillos y bien definidos, como lo aconsejan muchos de los tratadistas actuales que hemos tenido la oportunidad de citar⁴¹.

Podemos citar los sistemas procesales de otros países que siguen este mismo modelo, a los siguientes:

El Código de Procedimiento Civil de Colombia, trata la Sección Primera: los procesos declarativos, que en títulos y capítulos, comprende el proceso ordinario, proceso abreviado, procesos verbales, expropiación, deslinde y amojonamiento, procesos divisorios; la Sección Segunda: procesos de ejecución, que en títulos y capítulos, son proceso ejecutivo singular, concurso de acreedores; la Sección Tercera: proceso de liquidación, que en títulos y capítulos, incluye proceso de sucesión, liquidación de sociedades conyugales por causa distinta de muerte de los cónyuges, disolución, nulidad y liquidación de sociedades conyugales; la

⁴⁰ CRUZ BAHAMONDE, Armando (+), *Estudio Crítico del Código de Procedimiento Civil*, Volumen I, pág. 192, Edino, 1995, Guayaquil-Ecuador.

⁴¹ CRUZ BAHAMONDE, Armando (+), *ibidem*, pág. 192 y 193.

Sección Cuarta: jurisdicción voluntaria, que en títulos y capítulos, tiene el proceso de jurisdicción voluntaria; la Sección Quinta: arbitramiento, en un título las disposiciones generales, del Libro Tercero, Los Procesos; y, las medidas cautelares, en el Libro Cuarto⁴².

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación de Argentina, trata a más de las disposiciones generales, Parte General, Libro Primero, en la Parte Especial, en los artículos. 319 al 498, los Procesos de Conocimiento, Libro segundo; en los artículos 499 al 605, los Procesos de Ejecución, Libro tercero; en los artículos 606 al 688, los Procesos Especiales, Libro cuarto; en los artículos 689 al 735, el Proceso Sucesorio, Libro quinto; en los artículos 736 al 773, el Juicio Arbitral, Libro sexto; y, en los artículos 774 al 784, los Procesos Voluntarios, Libro séptimo.

El Código Procesal del Perú, tiene en la Sección Quinta: procesos contencioso, en títulos trata el proceso de conocimiento, proceso abreviado, proceso sumario, proceso cautelar, procesos de ejecución; en la Sección Sexta: procesos no contenciosos, en disposiciones generales y especiales⁴³

El Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay, en el Libro II, Desarrollo de los Procesos, estructura en títulos, procesos preliminares, proceso cautelar, procesos incidentales, procesos de conocimiento (comprende en capítulos el proceso ordinario, proceso extraordinario y proceso de estructura monitoria), proceso ejecutivo, otros procesos monitorios, proceso de ejecución, proceso voluntario (comprende proceso sucesorio), proceso concursal, proceso arbitral, proceso de inconstitucionalidad de la Ley, normas procesales internacionales⁴⁴.

⁴² <http://alcaldiademonteria.tropod.com/codigos/civil/tblcndo.htm> (28/04/2009).

⁴³ LEGISLACIÓN ANDINA, Comisión Andina de Juristas, Red de Información Jurídica, Derecho Procesal, Perú, rij2cajpe.org.pe.

⁴⁴ Ley 15.982, Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay.

El Código Procesal Civil Modelo Para Iberoamérica⁴⁵, regula en el Libro II, Desarrollo de los Procesos, en títulos procesos preliminares, proceso cautelar, procesos incidentales, proceso de conocimiento (comprende proceso ordinario, proceso extraordinario, disposiciones generales, proceso de estructura monitoria), procesos de ejecución, procesos voluntarios, procesos concursales, proceso arbitral, normas procesales internacionales.

La Comisión Redactora del Proyecto del Código de Procedimiento Civil, elaborado por el Instituto Ecuatoriano de Derecho Procesal IEDEP y Projusticia, 2007⁴⁶, en el Libro III, Desarrollo de los Procesos, en títulos, dedica una nueva clasificación en diligencias preparatorias, proceso cautelar, procesos de conocimiento (comprende proceso lato u ordinario, proceso abreviado, proceso sumarísimo, querellas de despojo violento y judicial, procedimiento *rebus sic stantibus*), proceso monitorio, proceso de ejecución (comprende disposiciones generales, proceso ejecutivo, de la fase de ejecución), proceso concursal, procesos incidentales, del proceso voluntario, procesos sucesorios.

Los tratados e instrumentos internacionales de Derechos Humanos y Fundamentales, ratificados por los Estados Partes, consagran y garantizan el derecho a un proceso público, a la defensa, a la presunción de inocencia y a la irretroactividad de la ley y de las penas.

La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948⁴⁷, establece: *“Artículo 8. Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales, reconocidos por la Constitución o por la ley”.* *“Artículo 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*

⁴⁵ CÓDIGO PROCESAL CIVIL MODELO PARA IBEROAMÉRICA, *Ibidem*.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ Instrumentos Internacionales, Anexo 1, Publicación Especial 50 Aniversario – Declaración Universal de Derechos Humanos, Organización de las Naciones Unidas, Editores del Puerto, 1998.

obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”.

Las garantías judiciales están descritas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 8), en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas (art. 9), en la Convención Europea sobre Derechos Humanos (art. 5).

Todas estas disposiciones buscan que el proceso se desarrolle con las debidas garantías en orden a proteger la dignidad de las personas. El proceso es un instrumento de tutela del derecho, una garantía de justicia y una de las más preciosas garantías constitucionales.

2. Nociones Generales

La Codificación del Código de Procedimiento Civil del Ecuador⁴⁸, trata en los artículos 395 y siguientes, Sección 1ª. Del juicio ordinario, en los artículos 828 y siguientes, Sección 23ª. Del juicio verbal sumario, Título II De la Sustanciación de los Juicios del Libro Segundo, Del Enjuiciamiento Civil.

Tenemos como objetivo lograr sistematizar las instituciones, simplificar la estructura y uniformidad de la sustanciación del juicio ordinario y del juicio verbal sumario en los Procesos de Conocimiento, en el Código de Procedimiento Civil del Ecuador, una técnica doctrinaria y jurisprudencial, que elimine la anormal duración del proceso que comporta una denegación de justicia ni la celeridad menoscabe el derecho de defensa ni las garantías del debido proceso.

Hemos sostenido (*supra*, introducción) que la locución “procesos de conocimiento”, no ha sido definida por el legislador. La legislación ecuatoriana no contiene disposición expresa respecto a qué ha de entenderse por “procesos de conocimiento”.

⁴⁸ Suplemento del Registro Oficial No. 58, de 12 de julio de 2005.

La jurisprudencia⁴⁹, a través de reiterados fallos de casación expedidos por la ex Corte Suprema de Justicia, publicados en el Registro Oficial⁵⁰ y en las Gacetas Judiciales⁵¹, ha dispuesto que el recurso de casación está limitado y procede únicamente contra las sentencias y autos que pongan fin a los “procesos de conocimiento”, dictados por las cortes superiores, por los tribunales distritales de lo fiscal y de lo contencioso administrativo y respecto de las providencias expedidas por dichas cortes o tribunales en la fase de ejecución de las sentencias dictadas en los procesos de conocimiento, si tales providencias resuelven puntos esenciales no controvertidos en el juicio, ni decididos en el fallo, o contradicen lo ejecutoriado. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley de Casación, únicamente procede el recurso extraordinario en caso que se haya dictado una providencia que ponga fin al proceso, produciendo cosa juzgada formal y sustancial, es decir, final y definitiva, de manera que no pueda renovarse la contienda entre las mismas partes (identidad subjetiva) en que se demande la misma cosa, razón o derecho (identidad objetiva) y que tal providencia se haya dictado dentro de un proceso de conocimiento. Por lo tanto la institución de la casación sufrió una notable modificación, ya que SE SUPRIMIÓ respecto de todas las providencias que no reúnen las características antes señaladas.

Las sentencias y autos que pongan fin a los Procesos de Conocimiento, tienen por objeto una pretensión tendiente a lograr que el órgano judicial (o arbitral) dilucide y declare, mediante la aplicación de las normas pertinentes a los hechos alegados y (eventualmente) discutidos, el contenido y alcance de la situación jurídica existente entre las partes y el efecto invariable y primario de los pronunciamientos que recaen en esta clase de procesos se hallan representado por una declaración de certeza acerca de la existencia o inexistencia de un derecho pretendido por el actor, acompañado de la integración o complementación de una relación jurídica, o de la imposición, al demandado, del cumplimiento de una determinada prestación de dar, de hacer o de no hacer, configurándose sentencias que se denominan,

⁴⁹ v. FALLOS DE TRIPLE REITERACIÓN de la ex Corte Suprema de Justicia, 2007.

⁵⁰ v. R.O. No. 110, enero 18 de 1999, pág. 10, R.O. No. 108, enero 14 de 1999, pág. 11, R.O. No. 21, septiembre 8 de 1998 y R.O. No. 108, enero de 1999, pág. 12.

⁵¹ v. G.J. Serie XVI, No. 10, pág. 2534 y No. 13, pág. 3433 y ss.

determinativas y de condena, respectivamente, producto de una actividad intelectual y emocional del Juez en cuya virtud éste examina los hechos y las pruebas aportados por ambas partes, efectúa su valoración a la luz del ordenamiento jurídico vigente, y formula la norma individual que en lo sucesivo ha de regir la conducta de aquéllas con relación al caso que motivó el proceso, como lo sostiene PALACIO Lino Enrique⁵².

En las bases para la preparación del Código Procesal Civil Modelo Para Iberoamérica⁵³, los procesos de conocimiento plenario se deben reducir a tres categorías: ordinario, abreviado o plenario rápido y el sumario. Los procesos contenciosos deben concluir con sentencia que produzcan efectos de cosa juzgada en cuanto a las cuestiones que fueren materia de aquella, teniéndose en cuenta los casos especiales de los procesos cautelares y en los que opere el principio *res sic stantibus*.

En los Capítulos Primero, Segundo y Tercero, Sección Segunda de esta investigación⁵⁴, expusimos en cuanto al proceso civil, en particular, el proceso desde el lenguaje de la ciencia, el fin del proceso y naturaleza jurídica del proceso, la doctrina distingue tres formas de proceso, a saber: el proceso de declaración de certeza o de declaración y de cognición del derecho, el proceso de condena o de prestación; el proceso ejecutivo o de realización coactiva; y, el proceso cautelar o de conservación o de aseguración.

3. Los Procesos de Conocimiento

Nos corresponde estudiar mejor y más detenidamente los Procesos de Conocimiento, definición, contenido, naturaleza, aspectos, clasificación y desenvolvimiento histórico y cronológico de dichos procesos y de dicha función, a fin de encuadrarlos más completamente en la única y unitaria función de actuación del derecho, reservada a la función jurisdiccional y procesal.

⁵² PALACIO, Lino Enrique, Ob. Cit., págs. 304 y ss.

⁵³ CÓDIGO PROCESAL CIVIL MODELO PARA IBEROAMÉRICA, Ibidem.

⁵⁴ *El proceso y las distintas formas de realización de la Justicia*, Sección Segunda, Título I.

Para CARNELUTTI Francisco⁵⁵, se distinguen tres tipos fundamentales de proceso civil según la finalidad: una cosa es, por ejemplo, que un acreedor cuyo crédito niega el deudor solicite la intervención del juez para que juzgue si existe o no la deuda; otra, que si el deudor no paga, acuda al oficial judicial para que le haga obtener lo que el deudor no quiere dar, y otra, por último, que cuando el acreedor tema que el deudor sustraiga sus bienes, pida que tales bienes sean secuestrados.

En el primer caso hay una pretensión jurídica contestada; en el segundo, hay una pretensión jurídica reconocida, pero no satisfecha; en el tercero, la duración del proceso puede poner en peligro la satisfacción de la pretensión jurídica.

Lo manifestado anteriormente nos obliga establecer las diferencias entre *acción*, *derecho* y *pretensión*, que está determinada por la ciencia. Los juzgadores identifican la palabra *acción* “con el derecho subjetivo material que sirve a la acción misma en fundamento y que en ella es invocado”, optando por la doctrina clásica según la cual “hay un solo derecho; el que se tiene contra un sujeto y que en el caso de ser incumplido puede ser ejercitado en juicio. La distinción que se hace no es, por tanto, entre dos derechos independientes (entre el llamado derecho subjetivo material y el derecho de acción), sino entre el derecho material mismo y la posibilidad de deducirlo en juicio. A esto último, es a lo que dentro de este criterio, se llama “*acción*”⁵⁶. AVSOLOMOVICH-LUHRS-NOGUERA, citan a GOLDSCHMITH, quien señala: “En el derecho romano, coincidieron derecho privado y derecho judicial material, porque fuera de la acción no hubo derecho. Tampoco la legislación española, bajo la tradición de las Pandectas, reconoce la diferencia entre derecho y acción”⁵⁷. Según esta doctrina, la que GUASP denomina “monista”, “la acción no es más que la simple manifestación o ejercicio del derecho de carácter material que se alega ante los Tribunales; así, el propietario que reivindica su cosa ante los Tribunales o el acreedor que reclama el pago

⁵⁵ CARNELUTTI, Francisco, *Sistema de Derecho Procesal Civil*, tomo I, Tercera Reimpresión, 2004, Uteha, Argentina, pág. 155.

⁵⁶ AVSOLOMOVICH-LUHRS-NOGUERA, *Nociones de Derecho Procesal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1965, pág. 28.

⁵⁷ Op. Cit. pág. 132, nota 21.

de la deuda de la misma forma no hacen más que ejercitar su derecho de propiedad o su derecho de crédito, respectivamente. No se trata, sin embargo, muchas veces, de defender una equivalencia absoluta entre ambas nociones; en ocasiones se habla, si, de identificación, pero otras se dice que la acción es un elemento del derecho material, o una transformación del mismo derecho; el derecho “en pie de guerra” o “elevado a la segunda potencia”, o un medio puesto a su servicio. Pero, en todo caso, la acción procesal es siempre una idea referida al derecho material subjetivo que sería el que verdaderamente la explicará y justificase. Es esta, desde luego, la línea en que todavía se mueve nuestro derecho positivo...”⁵⁸.

Precisamente nuestro Código de Procedimiento Civil, en su artículo 66, al decir que: “Demanda es el acto en que el demandante deduce su acción o formula la solicitud o reclamación que ha de ser materia principal del fallo”, utiliza el vocablo “acción” en este sentido. Pero, el citado GUASP, advierte: “Sin embargo, pese a la aparente claridad de esta doctrina, la idea esencial que le da vida, esto es, la unificación del derecho material y la acción procesal, no resulta en absoluto defendible. La *acción y el derecho no coinciden* ni en cuanto a los sujetos ni en cuanto al contenido ni en cuanto a los efectos de una y otro. Ni en cuanto a los sujetos, porque en la acción aparece el órgano jurisdiccional, que no figura en el derecho material, y en éste, en cambio, el destinatario es el materialmente obligado que procesalmente ocupa sólo el papel de un mero sujeto pasivo. Ni en cuanto el contenido, que en el derecho es una prestación de carácter material y en la acción la realización de una cierta conducta por parte de los órganos del Estado. Ni en cuanto a los efectos, porque en el derecho material pueden obtenerse o no, mientras que en la acción se logran siempre, normalmente, a través de un posible mecanismo de sustitución... Por todas estas razones la dirección monista sobre el concepto de acción aparece hoy universalmente desechada, y son, en cambio, las concepciones pluralistas de la acción, esto es, las que sostienen *las diferencias entre acción y derecho material*, las que dominan en este

⁵⁸ GUASP, Jaime, Op. Cit., t. I, pág. 213.

terreno, después de una lenta y progresiva evolución que ha ido poniendo de relieve distintos puntos de vista a este proceso”⁵⁹.

La doctrina procesal contemporánea, siguiendo a GUASP, una vez que ha marcado la profunda diferencia entre acción, pretensión y demanda distingue a su vez entre *acción* y *pretensión*; así es como emplea la palabra “*acción*” en el sentido de “poder jurídico de reclamar la prestación de una función jurisdiccional” o de “un derecho subjetivo procesal y, por consiguiente, autónomo, instrumental”, que en consecuencia “se dirige al juez” (como órgano del Estado) para solicitar la puesta en movimiento de la actividad judicial y obtener un pronunciamiento (sentencia)”. VÉSCOVI Enrique⁶⁰ enseña, a su vez “*pretensión*”, es “la declaración de voluntad hecha ante el juez y frente al adversario” o sea “es un acto por el cual se busca que el juez reconozca algo, con respecto a una cierta relación jurídica”; según señala. VÉSCOVI⁶¹ añade “En realidad estamos frente a la afirmación de un derecho y a la reclamación de una tutela jurídica para el mismo. Se trata de la reclamación frente a otros sujetos de un determinado bien de la vida. La pretensión viene a ser como el contenido de la acción. Aquella no se dirige al Estado (o al juez) sino a un sujeto de derecho. Si el sujeto (activo) del derecho no tuviera ninguna pretensión que deducir, seguramente no ejercería el derecho de acción (por más abstracto que este sea) pues nada tendría que pedir. Concebido por el Estado el poder de acudir a los tribunales (acción), el particular puede reclamar de otros sujetos cualquier bien de la vida (pretensión) promoviendo el proceso mediante la demanda. Es decir, que la acción se ejerce ante los órganos jurisdiccionales con el fin de obtener el pronunciamiento sobre una pretensión, la que se deduce en juicio por medio de la demanda. GUASP, como un fundamental aporte a la ciencia procesal, ha colocado a la pretensión procesal como el objeto del proceso”⁶².

⁵⁹ Op. Cit., pág.213 y 214.

⁶⁰ VÉSCOVI, Enrique, *Teoría General del Proceso*, Temis, Bogotá, 1999, pág. 65.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² Op. Cit.

Diferenciados los conceptos de *derecho, acción y pretensión*, es necesario revisar el tema de la clasificación de las acciones, que propiamente es según el tipo de pretensiones procesales. DEVIS ECHANDÍA⁶³, señala: “Aun cuando la “acción” es una misma siempre, entendida como petición para poner en movimiento, con cualquier fin, la jurisdicción del Estado, con un criterio amplio puede aceptarse que exista una clasificación procesal de las acciones. Pasemos ahora a examinar esta clasificación desde un punto de vista rigurosamente procesal. Entendemos por tal la que mira a la clase de jurisdicción, al tipo de proceso (ordinario o especial) y a los fines para los cuales se impetra la decisión del juez por el aspecto de su naturaleza procesal; es decir: fines declarativos, constitutivos, de condena, ejecutivos, cautelares que son las varias maneras de obtener la declaración o la realización del derecho objetivo mediante la sentencia y las diversas clases de procesos. Por lo tanto, no obstante que en sentido estricto la acción es única, y por ello sobra toda clasificación, puede aceptarse con criterio amplio el distinguir procesalmente las acciones *civiles, penales, laborales, contencioso-administrativas, militares, eclesiásticas, fiscales*, según la jurisdicción a que pertenezcan. Y con el mismo criterio amplio, podemos distinguir las *acciones ordinarias*, cuando inician un proceso ordinario, y las *acciones especiales*, cuando ocasionan un procedimiento especial; ésta se subclasifican en tantas cuantos procesos especiales existan...Y por último una clasificación que se refiere a los fines para los cuales se impetra la decisión o sentencia, por el aspecto de su naturaleza procesal; entonces podemos hablar de *acción de juzgamiento o conocimiento y de acción ejecutiva*, y subdividir aquella en *dispositiva y declarativa, de condena y de declaración constitutiva*; en el mismo sentido puede hablarse de acción cautelar. Se identifica entonces esta clasificación con la de los procesos”.

La relación jurídica entre los sujetos que intervienen en el proceso se desarrolla en distintas formas según la naturaleza del derecho que se pretende y la finalidad del proceso civil, dando lugar a procesos de diversa configuración: *de conocimiento, ejecutivos y conservación*. No todos los procesos producen los mismos efectos entre las partes y los terceros ni las sentencias que en ellos se dicten se ejecutan de la misma

⁶³ Op. Cit., págs. 201-202.

manera. De allí que puede hacerse una clasificación de los procesos referida a las circunstancias mencionadas.

La diferencia sustancial entre lo que constituye un proceso de conocimiento y un ejecutivo, lo tiene determinado la doctrina y la jurisprudencia⁶⁴. En el *proceso de conocimiento*, las sentencias y autos resuelven puntos de derecho y respecto de los cuales no existe posibilidad procesal de volverlos a discutir, como cuando el acreedor se le niega la existencia de un crédito, pide al Juez la declaración de su existencia; en tanto que, en el *proceso ejecutivo*, tiene por objeto hacer efectivo un derecho cierto o presumiblemente cierto, cuya satisfacción se tiende a asegurar mediante el empleo de la acción y, concretamente, el juicio ejecutivo, consiste en una pretensión tendiente a hacer efectivo el cumplimiento de una obligación documentada en alguno de los títulos ejecutivos previstos en la ley, como cuando el acreedor a quien no se paga el crédito, dirige su acción ante el órgano jurisdiccional, para obligar al deudor a que satisfaga el mismo. En este mismo sentido, CARAVANTES Vicente⁶⁵, dice: “*No se dirige, pues, este juicio (ejecutivo) a declarar derechos dudosos ó controvertidos, sino á llevar a efecto los que se hayan reconocido por actos ó en títulos de tal fuerza que constituyen una vehemente presunción de que el derecho del actor es legítimo y está suficientemente probado para que sea, desde luego entendido*”.

Igualmente, BECEÑA Francisco⁶⁶, señala las diferencias entre los procesos de conocimiento y los procesos de ejecución, expresando, en síntesis, que el juicio ejecutivo: “su especialidad consiste, hasta ahora, en que *limine litis* se decreta lo que en el procedimiento ordinario es contenido en la decisión final. En los procedimientos ordinarios las decisiones ejecutivas son siempre tomadas después de agotado el período de declaración y sin posibilidad de volverse a reproducir. Al efecto el legislador ecuatoriano acogió esta tendencia doctrinaria, cuando introdujo en el artículo 458 (actual 448) del Código de Procedimiento

⁶⁴ v. G.J. Serie X, No. 8, pág. 2835, G.J. Serie XVI, No. 10, págs. 256, 2534 y 2570, R.O. No. 299: 17 de abril de 1998, pág. 16, R.O. No. 239: 8 de enero de 2001, pág. 13, R.O. No. 336: 30 de mayo de 2001, págs. 26 y 28, R.O. No. 337: 31 de mayo de 2001, págs. 16, 19 y 24.

⁶⁵ CARAVANTES, Vicente, Ob. Cit., tomo III, pág.344.

⁶⁶ BECEÑA, Francisco, *Los Procedimientos Ejecutivos en el Derecho Procesal español*, pág. 82 y 83.

Civil, que el deudor vencido puede intentar acción ordinaria no pudiendo admitirse en esta nueva acción ninguna de las excepciones que fueren materia del juicio ejecutivo. Entonces, se demuestra la fundamental diferencia que existe entre los dos juicios, el ordinario y el ejecutivo: aquél produce efectos irrevocables; éste permite que se pase al juicio ordinario para que se estudien las excepciones que no han sido materia de la sentencia de aquél. Es fácil colegir, que el juicio ejecutivo no adquiere la calidad de cosa juzgada al dictarse sentencia de segunda y última instancia, previo a proponer el recurso de casación.

Actualmente, la Sala Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia, no tiene un claro criterio jurídico y considera que **un juicio ejecutivo basado no en un instrumento título valor de inmediata ejecución sino en una escritura de promesa de compraventa y, por lo tanto, el juicio no obstante ser ejecutivo, era susceptible de ser considerado como de conocimiento**, por la motivación, siguiente: *“SEGUNDO.- Ciertamente es, que en varios juicios se ha expuesto el criterio jurídico, que luego ha sentado precedente jurisprudencial obligatorio para esta Sala, en el sentido que no constituyen “juicio de conocimiento”, los juicios ejecutivos, careciendo éstos de la posibilidad de cumplir el requisito de procedencia, que viabilizan la concesión del recurso de casación, por cuanto hemos sostenido también que no declaran ni reconocen o establecen derechos, sino que se basan en títulos o documentos en que éstos se encuentran preexistentes e indudablemente señalados, tales los casos: los cambiales de los pagarés, los cheques y las escrituras públicas con contratos de mutuo, hipotecas, prendas que aludan a ellos, con obligaciones de dar, cuantificablemente determinadas. Por último, se hace indispensable tener presente: 2.1. Que el artículo 423 del Código de Procedimiento Civil menciona los diferentes títulos de carácter ejecutivo, sin Que necesariamente todas ellas pueden dar origen al juicio ejecutivo. 2.2. Que estos títulos ejecutivos tienen que contener obligaciones ejecutivas, caracterizadas por ser determinadas, líquidas, puras y de plazo vencido, Al tenor del reformado artículo 425 del mismo cuerpo legal, en el artículo 429 de la Ley No. 53 (R. O. No. 439: 12.5.94), para que puedan ser base para una demanda ejecutiva (el subrayado es de la Sala). 2.3. Que la letra de cambio, el pagaré a la orden, el cheque y la escritura pública que se*

*apoya y se refiere específicamente a éstos, son documentos formales, que tienen protección especial en la Ley, que hace que las obligaciones de dar consignadas, sean derechos preestablecidos, cuyo titular puede exigir inmediatamente su ejecución o cumplimiento. Basta reparar en los artículos 487 y 411 del Código de Comercio y el artículo 2 de la Ley de Cheques, para descubrir ese elemento distintivo que les ha consagrado el legislador, a diferencia de los otros títulos ejecutivos, así la confesión (artículos 128 y 202 del Código de Procedimiento Civil); la sentencia que goza del efecto de cosa juzgada y la sentencia firme extranjera (artículo 424 del Código de Procedimiento Civil); el testamento; el auto de adjudicación de remate de bienes muebles e inmuebles; las actas judiciales de remate; las actas transaccionales en instrumentos públicos o reconocidos judicialmente; y, los demás documentos a los que leyes especiales conceden tal carácter, deben ser de forma previa apreciados por el Juez llegando aun a efectuarse manifiestamente la declaratoria judicial a fin de que recién puedan las obligaciones contenidas, reclamarse ejecutivamente; distinto de las tres órdenes de pago y los otros documentos comerciales establecidos de manera taxativa en la Ley, en que la presunción de autenticidad que revisten sólo es destruida por la falsedad o ilegalidad probadas ...” (Expediente No. 204-98, Segunda Sala, R. O. 127, 10-11-99). **SEXTO:** En el presente caso sub judice, era procedente admitir el recurso a trámite, por tratarse de un juicio ejecutivo basado no en un instrumento título valor de inmediata ejecución sino en una escritura de promesa de compraventa y por lo tanto el juicio, no obstante ser ejecutivo, era susceptible de ser considerado como de conocimiento...”⁶⁷. (Lo destacado es nuestro).*

Cabe preguntarnos si son sinónimos “*procesos de conocimiento*” y “*procesos de jurisdicción contenciosa*”. La respuesta es negativa, en muchos casos los juicios contenciosos pertenecen a la categoría de los procesos de conocimiento, pero en otros casos no, la doctrina reconoce las siguientes categorías: procesos preliminares, procesos cautelares, procesos incidentales, procesos de conocimiento, procesos de ejecución, procesos voluntarios, procesos concursales, procesos arbitrales y procesos regidos por normas internacionales; estas categorías se hallan

⁶⁷ Suplemento del R.O. No. 235: 14 de julio de 2010, fallo No. 168-2008, Segunda Sala de lo Civil y Mercantil, ex Corte Suprema de Justicia, dentro del juicio ejecutivo que el doctor Carlos Mármol Miranda sigue contra de Alimentos Rozotti S.A.

recogidas en el Anteproyecto del Código de Procedimiento Civil Tipo Iberoamericano⁶⁸.

El Código de Procedimiento Civil vigente, distingue en el juicio ordinario, un proceso *modelo o tipo*, para las controversias que no tienen un procedimiento establecido en la ley (Art. 59), un proceso *común*, que se sujeta a las disposiciones del Código (Art. 395 y siguientes) y un *especial*, si se trata de demandas cuya cuantía no pase de cinco mil dólares de los Estados Unidos de América (Art. 407) y otro denominado *juicio verbal sumario*, para ciertas demandas señaladas en la ley (Art. 828 y siguientes). Estas funciones, la de ser *proceso tipo, común y especial*, le corresponden al llamado *juicio ordinario* en oposición al *juicio verbal sumario*, denominaciones incorrectas puesto que ambos juicios son *procesos declarativos*, en los que se pretende una declaración de voluntad del órgano jurisdiccional.

El nombre común, en la doctrina y en el derecho positivo extranjero, para designar a esta primera clase de procesos, es el de *juicio declarativo*, por la configuración del proceso como un juicio y el reconocimiento de que la finalidad de esta especie es producir declaraciones auténticas, a cargo del órgano jurisdiccional. Sin embargo, la dogmática procesal moderna prefiere, hoy, hablar de procesos de cognición, en vez de juicios declarativos, y esto porque, dentro de los procesos de cognición, los hay que tienden a la mera declaración de situaciones jurídicas, pero también los hay que se dirigen a su constitución o a su imposición a la parte, lo que obliga a hacer continuas y enojosas distinciones entre los juicios declarativos *lato sensu* y aquellos otros *stricto sensu*, que serían procesos de cognición, pero dejarían fuera los constitutivos y de condena. La fórmula que habla de procesos de cognición es, pues, admisible, si bien alude a un rasgo de estructura y no de la función de estos procesos. En efecto, se refiere a la característica de esta clase de procesos de que en ellos existe, y no puede faltar el conocimiento por el Juez del fondo del asunto, conocimiento que, según su denominación técnica de *cognitio judicial*, da nombre a toda la figura. Pero debe tenerse muy en cuenta

⁶⁸ Anteproyecto del Código de Procedimiento Civil Tipo Iberoamericano, publicado por la ex Corte Suprema de Justicia como parte de las Memorias de las VIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, tomo II, Quito, 1983.

que la categoría del proceso de cognición, aunque sea una subdivisión de la del proceso en general, no designa a una individualidad procesal en particular, sino a un género que contiene o puede contener especies procesales menores; de aquí que sea erróneo hablar del proceso de cognición como un tipo singular del proceso y no como un apartado general en el que caben distintas individualidades.

El catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Complutense, GUASP Jaime⁶⁹ (+), decía: “Proceso de cognición es, pues, aquel que tiene por objeto una pretensión en que se reclama del órgano jurisdiccional la emisión de una declaración de voluntad: si se da a esta declaración de voluntad el nombre de sentencia, el *proceso de cognición es, característicamente, el que tiende a obtener una sentencia del Juez*”. (Lo destacado es del texto).

Como sostiene ROCCO Ugo⁷⁰, el proceso de cognición, tiene como finalidad obtener de los órganos jurisdiccionales competentes (jueces) una providencia final (sentencia final de mérito o acerca de las relaciones jurídicas sustanciales), en la cual se concrete el precepto jurídico contenido en la misma norma legal abstracta. Pero no siempre el proceso de cognición concluye en una providencia de esa índole, ya que puede ocurrir que no existan en abstracto una norma que tutele el interés, o que no concurren los extremos establecidos en abstracto por la norma, y en tal hipótesis el juez, en la sentencia final de mérito, dirá que en el caso a él sometido, no es aplicable a la norma invocada, o que el hecho constitutivo, modificativo o extintivo del derecho, no existe, y por tanto, no es aplicable la norma invocada.

La jurisprudencia nacional a través de diferentes fallos⁷¹, conforme a la doctrina, tiene establecido que son “procesos de conocimiento” aquellos juicios en que hay una declaración de certeza sobre la existencia o la inexistencia del derecho pretendido por el actor, configurándose

⁶⁹ GUASP, Jaime (+), *Derecho Procesal Civil*, 5.ª Edición, 2002, revisada y adaptada por Pedro Aragonés, a la LEC 1/2002, de 7 de enero, Tomo Primero, Civitas, pág. 589.

⁷⁰ ROCCO, Ugo, *Tratado de Derecho Procesal Civil, Proceso de Cognición*, Parte Especial, Vol. III, Temis Bogotá – Depalma Buenos Aires, 1972, pág. 5.

⁷¹ v. R.O. 239: 8 de enero de 2001, pág. 13.

sentencias que se denominan *determinativas o de condena*, que puede ir acompañada o no de la imposición al demandado en el cumplimiento de una prestación de dar, hacer o no hacer. El proceso de conocimiento viene a constituirse en el resultado de una actividad racional e intelectual que hace el juzgador en base a los hechos y pruebas que aportan las partes procesales. Se anota que los procesos de conocimiento lo constituyen los juicios ordinarios, verbal sumario y otros especiales.

La doctrina señala que se pueden establecer distintos tipos de procesos y la clasificación fundamental de los Procesos de Conocimiento es la que los divide en: *los procesos de condena, declarativo puro y de declaración constitutiva*, que tienen como finalidad la declaración de un derecho o responsabilidad o la constitución de una relación jurídica, e incluye, por lo tanto, al grupo general de declarativo y a los dispositivos. En todos ellos el juez regula un conflicto singular de intereses, de manera autónoma o vinculada, ya sea constituyendo, ya acertando una relación jurídica o una responsabilidad y determina quién tiene el derecho, es decir, el juez es *voz legis*, en cuanto *ius dicit* para el caso singular. Son procesos de juzgamiento o conocimiento o declarativos genéricos⁷².

4. El Proceso o Sistema Oral por Audiencias

Debemos procurar la implantación del Proceso o Sistema Oral por Audiencias en un nuevo Código de Procedimiento Civil, acogiendo los principios que consagra y garantiza la Constitución⁷³ y los criterios que plantean de la doctrina, jurisprudencia, legislación comparada, del anteproyecto del Código Procesal Civil Modelo Para Iberoamérica⁷⁴ y del proyecto del Código de Procedimiento Civil elaborado por el Instituto Ecuatoriano de Derecho Procesal IEDP, como la solución más eficaz contra la lentitud o duración excesiva del proceso civil, entre otros.

⁷² CARNELUTTI, Francisco, *Sistema*, ed. cit., tomo I, págs. 157 y ss. DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Compendio de Derecho Procesal, Teoría General del Proceso*, tomo I, 13a. Edición, 1994, Medellín, Biblioteca Jurídica Dike, pág. 166.

⁷³ Se reconoce y garantiza a las personas, en el número 4. del Art. 66 de la Constitución: “*El derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación*”.

⁷⁴ CÓDIGO PROCESAL CIVIL MODELO PARA IBEROAMÉRICA, *Ibidem*.

El Proceso o Sistema Oral por Audiencias aparece, por otra parte, como una institución que se perfila como preferida por los procesalistas que han preparado los proyectos modificativos de los Códigos iberoamericanos, algunos convertidos en ley.

COUTURE Eduardo J.⁷⁵, introduce esta institución –que también recoge la ley Argentina 21, número 14.237, aunque aisladamente- y expresa que se origina en el régimen norteamericano de *pretrial*, señalando que toma el artículo que organiza dicha audiencia (artículo 84) de la Federal Rule of Civil Procedure (Regla 16) y de la Conferencia Preliminar del Juicio del Código de Puerto Rico (artículo 37). No hay duda de que el *pretrial* y aun también la *preliminary hearing* del proceso norteamericano, resultan fuentes esenciales del instituto.

Generalmente se menciona como fuente inmediata la audiencia preliminar austriaca y esta se originaría, en cuanto a la comparecencia personal de las partes y a su interrogatorio por el Juez, en el régimen inglés. GUASP⁷⁶, propone esta audiencia al proyectar “El sistema de una ley procesal iberoamericana”, le atribuye, como origen la concordancia *dubiorum* del Derecho canónico y el despacho del senador del Derecho portugués.

El antecedente austriaco es el que más se menciona por los autores iberoamericanos. FAIRÉN GUILLÉN⁷⁷, al referirse a la “comparecencia” prevista por la ley española de 1984, dice: “Se trata, a mi entender, de una audiencia preliminar de inspiración austriaca, como la que vengo proponiendo desde 1950”. Y todos los procesalistas invocan el ejemplo del Código Klein para apoyar al creación de este instituto, no obstante la diferencia esencial en cuanto en este la audiencia se realiza antes de la contestación de la demanda, razón por la cual, presumiblemente, ha sido establecida como facultativa en la última reforma del proceso civil austriaco de 1983.

⁷⁵ COUTURE, Eduardo J., *Proyecto de Código de Procedimiento Civil para Uruguay*, Montevideo, 1945, con su exposición de motivos.

⁷⁶ GUASP, *Revista de Derecho Procesal Iber.*, 1956, pág. 69.

⁷⁷ FAIRÉN GUILLÉN, *La Ley...*, pág. 236.

MORALES MOLINA Hernando, desde Colombia, afirma que el origen de la audiencia sería el reglamento legislativo e giudiziario per gli affari civile expedido en 1834 por el Papa Gregorio y BARRIOS DE ANGELIS⁷⁸, se afilia a la idea que proviene del ordenamiento procesal inglés, inspirándose fundamentalmente en las enseñanzas de CAPPELLETTI sobre la declaración de la parte delante del tribunal.

No hay duda que históricamente el despacho saneador portugués ha tenido gran influencia. BARBOSA MOREIRA Juan Carlos, en su magnífica ponencia general presentada en las IX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal (Madrid, junio de 1985), realiza un estudio especial del origen y evolución del instituto en el Derecho portugués y brasileño, expresando que proviene del despacho regulador consagrado inicialmente en el proceso sumario portugués por ley de 1907 (29-V-1907) el cual pasará luego a ser precedido de una audiencia preparatoria, la cual se iniciaba, justamente, con la tentativa de conciliación. Este instituto, luego de una evolución, llega al actual Código Procesal brasileiro de 1973, con el exclusivo fin de saneamiento del proceso después de la fase postulatoria, a través de las llamadas providencias preliminares, en cuya oportunidad es posible verificar la ausencia de presupuestos de la constitución y desenvolvimiento del proceso, incluyendo el análisis de las condiciones de la acción. Predomina, entonces, el fin de saneamiento, en cambio no se realiza a través de una audiencia, sino dentro del procedimiento escrito.

Si nos remitimos a la voluntad de incluir la audiencia preliminar en los Códigos iberoamericanos, podemos citar el ejemplo de Argentina, Colombia, Paraguay, Perú, Uruguay y, naturalmente, el anteproyecto del Código Procesal Civil Modelo Para Iberoamérica.

En lo que se refiere a España la nueva ley de reformas urgentes de 1984, estableció el instituto de la comparecencia, que no es ni más ni menos, según la opinión tan autorizada como la de FAIRÉN GUILLÉN, que la audiencia preliminar.

⁷⁸ BARRIOS DE ANGELIS, *La audiencia preliminar*, Revista Uruguaya de Derecho Procesal, 1975, número 1, págs. 11-12.

La reforma española incluye esta comparecencia en el juicio de menor cuantía, lo que demuestra que se ha encarado la reforma con mucha timidez, no obstante que dicho juicio, al establecer un monto muy alto como techo del mismo o base del proceso ordinario, corresponda en una mayor grande cantidad de causas.

Con respecto al régimen mexicano, resulta sumamente muy importante que en la organización del juicio ordinario se haya introducido una audiencia preliminar con la mayoría de las finalidades que se están proponiendo hace tiempo para iberoamérica toda, esto es la de tentar la conciliación, examinar la regularidad de la demanda y contestación, así como las cuestiones derivadas de la conexidad, litispendencia y cosa juzgada incluyendo las relativas a la legitimación procesal, declarándose inclusive, que a estos efectos el juez dispondrá de las más amplias facultades de dirección del proceso (Artículos 272 A, 272 B, 272 C, 272 D, 272 E, 272 F y 272 G, modificados por el artículo segundo de la ley de 27 de diciembre de 1985).

Según CAPPELLETTI Mauro⁷⁹, este proceso tiene varias características las cuales, generalmente aparecen relacionadas íntimamente y que son las que distinguieron al proceso común (romano canónico). En primer lugar es el de la escritura, presidido por el principio de que *quod non est in acto non est in mundo*; en segundo lugar la ausencia de todo contacto personal y directo entre el juez y las partes y también los peritos y testigos o toda otra fuente de información como lugares y cosas. El tercer carácter es el criterio de apreciación legal de la prueba (o prueba tasada), quitándole al juzgador toda posibilidad de buscar por si la verdad. El cuarto carácter es el de la realización del procedimiento en etapas separadas y clausuradas por términos preclusivos en las cuales se va desarrollando el trámite. Las escrituras provocan las contraescrituras, dice el maestro florentino, que se van escalonando en un interminable lapso provocando la excesiva duración del trámite.

⁷⁹ CAPPELLETTI, Mauro, *Procédure orale et procéfure écrite*, Milán, 1971, *Social and political aspects of civil procedere. Reforms and trenes in Westem and Eastern Enrope*, en Michigan Law Review, Vol. 69, 1971, pág. 847 y ss, *Proceso e idiliogía*, Bologna, 1969.

El Proceso Oral por Audiencias por la cual se han inclinado la mayoría de los procesalistas iberoamericanos, no sin alguna discrepancia, es entendida en sentido general, aunque, en puridad, se plantea un proceso mixto, porque no se trata de perder los beneficios y virtudes de la escritura. Y es así que, fuera de la prueba documental, cuyo valor resultara tan esencial como establecen los Derechos de fondo, en el proceso planteado, son escritos, la etapa de proposición y la de recursos. Es así que es escrita la demanda, la contestación (en sentido amplio de contradicción, excepción y defensas) y la reconvencción en su caso, la interposición y fundamentación de los recursos y la contestación y expresión de agravios, etc. Seguir un modelo de Proceso por Audiencias, realizar los actos en forma conjunta, los diversos tramos del proceso, concentrando su actuación. La audiencia aparece, como un elemento central del proceso. Y en especial, cabe destacar la audiencia preliminar. La audiencia se concreta a través de la reunión de tres sujetos esenciales del proceso (el Juez y las partes), la forma natural de realizarse esta, conforme a su propia manera de ser: *“actum triarum personae”*. Esta actuación, relativamente contemporánea, por la reunión de quienes protagonizan el proceso, permite “mirarse a los ojos”, el intercambio, la ratificación y la más fácil descripción (y comprensión) del pasado, que importa y es trascendente, con las narraciones, muchas veces complementarias a través de los pedidos de aclaraciones, aún con las ineludibles contradicciones. Ese Proceso Oral por Audiencia es el de hablar y oír (audire-audiencia), que constituyen los modos naturales y concurrentes de desenvolvimiento. Vale decir la oralidad⁸⁰, no como punto de partida, sino como consecuencia de la necesaria presencia – copresencia- de los sujetos de la audiencia. “Debe procurarse la efectiva realización de los principios de publicidad, inmediación y concentración y para ello la oralidad resulta el sistema más eficaz”. De ahí que nuestra Constitución⁸¹, consagra que el derecho de las personas a la defensa incluirá la siguiente garantía, de ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones, entre otras.

⁸⁰ Manda el Art. 168 de la misma Constitución: “La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará 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*”.

⁸¹ Art. 76, número 7., letras a). y c). *ibidem*.

En el desarrollo del procedimiento, adquiere una importancia fundamental la audiencia preliminar, que delinea la orientación que hemos querido dar al procedimiento (proceso oral por audiencias) y marca el punto principal. De tal manera que constituye la innovación más representativa del nuevo régimen, por lo cual la analizaremos en detalle.

Además el proceso oral (por audiencias), como se plantea, es el único que permite el efectivo acceso a la Justicia, al debido proceso, que hoy se reclama insistentemente en el cumplimiento del fin social de dicho proceso⁸².

El nombre de audiencia preliminar da lugar a una perplejidad, pues lo preliminar da idea de previa, lo que podría entenderse como anterior al proceso, esto es, preprocesal.

Se trata, entonces, de una primera audiencia, dentro del proceso a la que deben comparecer las partes personalmente, por medio de representante legal o procurador judicial y que será presidida por el Juez, bajo pena de nulidad, con un muy complejo contenido, pero con el fin primordial de evitar el litigio, o limitar su objeto y depurar el procedimiento.

La cuestión se dificulta en cuanto concurren en la audiencia, que tratamos de introducir, diversas funciones, las cuales, como es natural, parecen provenir de diferentes orígenes. O, dicho de otra manera, en cuanto confluyen en la audiencia preliminar diferentes objetivos, e inclusive diversos institutos procesales, como pueden ser la comparecencia personal o los representantes de las partes y el libre interrogatorio, la tentativa de conciliación, y el saneamiento del proceso, y no resulta extraño que haya que conformar diversas fuentes originales.

Los objetivos de la audiencia preliminar resultan muy variados y la doctrina y el propio Derecho positivo le atribuyen diferentes fines.

⁸² Manda el Art. 169 ibídem: *“El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia...”*.

Sin embargo para una construcción científica, es necesario clasificar o agrupar dichos fines, de manera de no crear la impresión, sea en los legisladores, asambleístas, jueces o abogados, que se pretende introducir un cambio, como dicen algunos juristas muy conservadores, que el Juez no tenga tiempo para fijarlas. Y, entonces vayan señalándose, cada vez con más dilación para el futuro y el proceso se dilate, en lugar de abreviarse.

Justamente el fin de la audiencia es abreviar el procedimiento⁸³, acelerar el trámite. Pero reiteramos, el “temor a la oralidad”, hace que se recurra a esta clase de argumentos, el más frecuente de los cuales, consiste en decir que para este nuevo proceso se necesitan más jueces y, entonces, con la carencia –endémica- de la Función Judicial, no podrá encararse tal reforma. Tratando de refutar estas objeciones nos preguntamos, cómo es posible que por este medio se hagan más largos los procesos, si hay un gran porcentaje de conciliaciones que excluyen el juicio si se limita el objeto del proceso y también las pruebas a diligenciar, se evita continuar el juicio hasta el final al resolver de entrada ciertas excepciones y presupuestos procesales y se evitan y se eliminan múltiples chicanas. La respuesta es sólo una la corruptela es tal, dentro de los procedimientos defectuosos que tenemos que muchísimas de las actividades que debe realizar el Juez, las cumplen funcionarios: toman declaraciones, dictan resoluciones, a veces preparan las sentencias, uno hacen el estudio y los restantes adhieren, etc. etc. O sea, sólo es más rápido el juicio escrito, porque la función de juzgar se va desplazando, peligrosa e indebidamente, hacia otras personas que no son los jueces, cuya carrera proponemos, nos preocupamos por seleccionar mejor, bregamos incesantemente por su total independencia, etc. Como esto nadie lo puede aceptar, el argumento contra la oralidad no sirve. Por lo demás, la única forma efectiva de hacer justicia es en audiencia –y no escribiendo las partes su novela que el Juez no conoce hasta el final- no queda, más alternativa que implantar este tipo de procedimientos.

⁸³ Contempla el Art. 169 de la citada Constitución: “...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”.

Señala GELSI BIDART⁸⁴, consiste en comparecer ante alguien que está dotado de autoridad para realizar ante él una actividad (al menos ser oído y por ende, oír). También corresponde insistir en que de esa forma se realiza el verdadero proceso, como *acturn triarum personae* y que, finalmente, se parte de la base de que el Juez asuma su verdadero rol de dirección del proceso, esto es, que tenga una presencia activa. Para lo cual será indispensable que esté instruido en la causa. Por eso la audiencia preliminar se ubica, en todos los ordenamientos analizados, salvo en el de Austria, para que el juzgador con el material de la etapa de proposición (demanda, contestación y eventualmente reconvencción) pueda realizar en forma útil y eficaz su tarea.

Las principales funciones de la audiencia preliminar se pueden agrupar en la conciliadora (exclusión del proceso), saneadora (saneamiento del proceso, depuración de cuestiones no referidas al mérito), la de establecer el objeto del proceso y de la prueba (función abreviadora) y ordenadora, justamente por el Juez respecto del futuro desarrollo del proceso, en especial, tomando medidas relativas al diligenciamiento de la prueba⁸⁵.

Una de las principales funciones de esta audiencia es la conciliación, que corresponde al fin de extinguir el proceso (fin de exclusión del proceso).

En cuanto a la función de conciliación, la audiencia preliminar, como la mayoría de los sistemas, prevé, así como primera actividad, la de intentar la conciliación por intermedio del Juez, proponiéndoles a las partes con tal objeto todos los medios que le dicte su prudencia. Y este objetivo es trascendente y fundamental.

⁸⁴ IX Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal, Madrid – España, 1985.

⁸⁵ BARBOSA MOREIRA, señala dos funciones principales y varias, por así decirlo, subfunciones. En primer lugar, dice, la función para colocar al proceso en las mejores condiciones posibles para proseguir en dirección al juzgamiento final (a). Esta la subdivide en la función saneadora, a la cual enseguida nos referimos (a.1.) la función esclarecedora, relativa al objeto, pedidos de las partes, identificación de puntos controvertidos (a.2.) y la función instructoria, esto es, la determinación de los hechos que serán objeto de prueba y restante función de instrucción probatoria (a.3.).

El tema de la justicia conciliadora es uno de los más trascendente del mundo moderno, dentro de la problemática más general de la justicia, de las formas de acceso a la misma y la búsqueda de fórmulas de alternativas. Lo que no significa, naturalmente, que esta forma de justicia sea una novedad, sino que, por el contrario, es muy antigua.

No obstante se ha revalorizado, a tal punto de ocupar lugar destacado especialmente en la doctrina, congresos científicos y en la legislación en varios aspectos.

Resulta de interés señalar, como una de las formas de justicia alternativa para solucionar los conflictos fuera de los tribunales.

El argumento era que la justicia “tradicional” era lenta, cara, burocrática, de difícil acceso, sobre todo para los carentes de recursos y por ello se buscaban fórmulas especialmente para facilitar la solución de nuevos conflictos que plantea la sociedad moderna. Inclusive se le señaló, a la Justicia conciliatoria como una forma que no tendía a *trancher le litige*, esto es, resolver el conflicto en forma tajante, sino una manera más pacífica de “Justicia coexistencia”, dijo CAPPELLETTI⁸⁶, para quienes deben luego seguir conviviendo, una *wormer way of disputes*.

Se propone la conciliación en la audiencia presidida por el Juez, cuya omisión produce nulidad, como primera etapa, que no comienza con el intento de de procurar la conciliación sino con la exposición de cada una de las partes, para que el Juez conozca el conflicto que ha de tener que conciliar. El Juez interpela en primer término al actor para que exponga sus pretensiones; escucha de inmediato al demandado. Si fueran necesarias aclaraciones, es decir, si el actor, en vista de la contestación del demandado, creyese el caso de exponer nuevos puntos de vista, el Juez debe escucharlo nuevamente. Interesa que el Juez perciba claramente el fondo del conflicto, manteniendo siempre en lo posible el

⁸⁶ El maestro CAPPELLETTI planteaba, la necesidad de obtener fórmulas alternativas de justicia, que permitieran un arreglo de las disputas que facilitara la posterior convivencia, no una justicia trenchant que resolvía dando razón a una u otra de las partes. En este sentido sostenía la necesidad de una forma más cálida (wormer) para resolver las disputas entre quienes se procuraba salieran de la resolución en buenas relaciones (sin vencidos ni vencedores) y preconizaba un sistema diferente al de la Justicia tradicional y burocrática. Hay, decía, que “dérregularizar”, “délegalizar”, “deprofesionalizar” buscando soluciones simples, equitativas y de avenimiento.

principio de igualdad en la defensa. Luego intenta la conciliación. Propone a las partes las soluciones amigables que su buen sentido le indique, tendientes a la conclusión sin más trámite del conflicto o reducirlo, en cuanto el acuerdo sea parcial.

Si las partes se aviniesen, aceptando la conciliación que el Juez propuso u otra que aparezca entre tanto, se extenderá el acta, en que se dejará constancia de toda la diligencia, que las partes han conciliado con la aprobación del acuerdo por el Juez y los demás requisitos previstos y determinados en la ley, quedando concluido el juicio, surtiendo el mismo efecto que la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.

De no obtener la conciliación, seguirá el procedimiento, en donde se reproducirá total o parcialmente lo actuado, utilizando los medios técnicos apropiados y también se elaborará el acta correspondiente.

La finalidad de saneamiento del proceso es otra esencial tarea de esta etapa, al punto que, hay procedimientos que mantienen esta función del oficio judicial aun dentro del proceso escrito, lo que resulta fundamental.

En ese sentido –y aquí las legislaciones son muy variadas- se incluye para que se verifiquen determinados presupuestos de admisibilidad de la demanda, si el Juez no lo hubiere hecho antes (al recibir la demanda, como corresponde), excepciones tales como: litispendencia, cosa juzgada, caducidad y transacción, la resolución de las cuestiones previas. También entran en esta facultad, las que refieren a la competencia (y/o jurisdicción) del Juez, capacidad y legitimación de las partes y la falta de representación, citación a los litisconsortes necesarios, aportar pruebas, (las cuales se aportaran todas en la demanda y contestación), en caso que en la contestación se aleguen hechos extintivos, la existencia de interés legítimo, declarar nulidades insanables o a petición de parte, las diligencias preparatorias que considere necesarias, la resolución de las cuestiones de conexidad, litispendencia y cosa juzgada, la posible integración de la litis, la prevención de futuras nulidades, etcétera.

En el nuevo régimen mexicano (del Distrito Federal) se dispone en la audiencia preliminar que se instaura, el Juez verificará la regularidad de la demanda y contestación (artículo 272-A), pudiendo ordenar la subsanación de los defectos o disponer las medidas conducentes a ese fin (artículo 272) resolverá todas las excepciones dilatorias y preprocesales, salvo la incompetencia (artículo 35); hará valer de oficio, si no se hubiere opuesto, la conexidad, la litispendencia y la cosa juzgada (artículo 272-A y 42) resolviendo, en todo con vista de las pruebas (artículo 272-E). Respecto de los presupuestos hay una mención especial a la legislación procesal, que debe también resolverse y aun examinarse de oficio (artículo 47 y 272-C).

Con respecto a la falta de legitimación en la causa, la solución adoptada consiste en admitir su relavamiento, aun de oficio, “cuando sea definible al comienzo del litigio”, que es como decir, cuando fuere notoria o claramente inexistente. También con el fin de evitar todo un proceso que termine por una sentencia de inadmisibilidad.

En puridad se está admitiendo la solución de los Códigos más avanzados, que no es el de la mayoría de los latinoamericanos, en el sentido de receptar como cuestión previa y aun relevante de oficio la referida a la falta de cualidad y de interés del actor, que implican un análisis del mérito de la causa y que el proceso francés incluye entre los fines de *nom recevoir*, también como tema de decisión previa. En iberoamérica⁸⁷, ya la doctrina había reclamado esta solución y algunos Códigos la habían ya aceptado⁸⁸.

⁸⁷ LORETO L., *Contribución al estudio de la excepción de inadmisibilidad de la demanda por falta de causa*, Buenos Aires, 1940. Cabe señalar que esta orientación moderna es la misma que receptaba el antiguo Derecho español. Inclusive algún autor español contemporáneo, con una interpretación extensiva del texto vigente, igual al de casi todos los Códigos latinoamericanos, admite que tal excepción puede entenderse incluida en la falta de personalidad (v. PIETRO CASTRO, *Derecho Procesal Civil*, tomo I, pág. 218)

⁸⁸ México D.F., C.P.C. (reformado) cit., artículos 47, 272-C, Brasil, artículos 295 II y III. Asimismo varios Códigos, entre ellos los mexicanos y el de Brasil, establecen los requisitos de la acción como condición para entablar la demanda, lo que permite a los Jueces relevar de oficio su ausencia (interés, legitimación, posibilidad jurídica).

Asimismo, mediante la improponibilidad objetiva de la demanda, los Jueces pueden relevar de oficio o planteada por las partes, deben resolver en la audiencia. Se entra a juzgar, también un aspecto de mérito.

El saneamiento de proceso supone, en consecuencia, que estas cuestiones, excepciones dilatorias, falta de presupuestos como la capacidad y aun la legitimación e improponibilidad objetiva de la demanda, se planteen (si no se lo hizo antes) en al propia audiencia y sean resueltas por el Juez mediante lo que constituye un verdadero despacho saneador (sentencia o auto interlocutorio).

Asimismo, el juzgador incluirá en las cuestiones a resolver, la regularización del procedimiento y la subsanación de los actos que puedan provocar nulidades sanables o la declaración de las insanables con el fin de que se esté en condiciones de entrar en el tema del objeto del proceso y las pruebas, en virtud de que resueltas aquellas cuestiones, no hay duda que corresponderá ingresar al mérito de la causa. Esto es, que verificado que el proceso se ha desenvuelto sin vicios o aquellos que tenían han sido saneados, prácticamente se entra a una nueva fase del proceso (la preparación de la decisión sobre el fondo), se procura descargar a los juzgados de aquellas cuestiones ajenas al fondo, para que, en adelante, puedan resolver en base a un debate exclusivamente sobre el mérito de la causa.

Corresponde ahora pasar a la otra función de la audiencia preliminar, la de fijar definitivamente el objeto del proceso y, por ende de la prueba a producir, que dependerán naturalmente, de dicho objeto y de los hechos controvertidos a esta altura.

Por ello se admite en la audiencia que las partes puedan ratificar –no rectificar- sus pretensiones e inclusive ampliarlas. Respecto de la ampliación de la demanda, de conformidad con la más relevante doctrina, que corresponde admitir la introducción de hechos nuevos –no

diversos- hasta esta etapa de la audiencia preliminar⁸⁹. Es natural, asimismo, que si el demandado en su contestación ha alegado hechos extintivos, por ejemplo, se oiga sobre ellos al actor y se le permita completar su prueba. Lo mismo sucederá con el reo respecto de la ampliación de la demanda del demandante.

En esta función nos permitimos hacer solamente tres precisiones:

a. La fijación del objeto del debate puede derivar –si no hubo conciliación o transacción total- en una delimitación de los puntos planteados en las pretensiones originales, para lo cual es esencial el poder de dirección del Juez. De ese modo la función abreviadora se sigue cumpliendo.

b. Resulta importante también la dirección neutral por el Juez de la audiencia, inclusive asesorando a las partes (como se reclama la legalidad socialista), mejor aclarando (función esclarecedora) lo que no va contra la imparcialidad y no viola las garantías del debido proceso y el derecho de defensa, desde que, estando todos presentes, el esclarecimiento de las afirmaciones resulta una natural función de la audiencia, dentro del proceso entendido como debe ser.

c. También se hace necesaria la dirección del proceso por el Juez en cuanto a la prueba⁹⁰. En efecto, establecido, delimitado, clarificado el objeto del proceso, seguirán con mayor precisión las pruebas que deben producirse sobre los hechos que a esta altura quedan como controvertidos. Entonces será posible que el juzgador pueda rechazar las pruebas que considere no sólo inadmisibles, sino también las innecesarias, inútiles o inconducentes, dado su papel protagónico en el

⁸⁹ ALSINA, Hugo, *Alegación de hechos nuevos*, Revista de Derecho Procesal argentina, Año IX, 1951, pág. 29. VÉSCOVI, Enrique., *Hechos nuevos en el proceso civil*, Revista D.J.A., t. 70, pág. 182. Y con referencia a hechos nuevos que consolidan o extinguen los derechos controvertidos en juicio, por actos posteriores: AYARRAGARAY C., *La congruencia en la ejecución de la sentencia*, en Jus (R.A.), 1963, número 4, pág. 5. MORELLO, Augusto., *Hechos que consolidan o extinguen los derechos litigiosos durante el desarrollo del proceso; sus efectos en la sentencia*, en Jurisprudencia Argentina, tomo IV, pág. 373. Asimismo artículo 163, parte 2 del Código de la Nación Argentina (CPCN).

⁹⁰ Permite el Art. 118 del Código de Procedimiento Civil que: “Los jueces pueden **ordenar de oficio** las pruebas que juzguen necesarias para el esclarecimiento de la verdad, en cualquier estado de la causa, antes de sentencia...”. (Lo destacado es nuestro).

proceso. Lo que, reiteramos, no puede hacer en nuestros procesos escritos, en los cuales sólo conoce la causa al final, por más poderes que se le otorguen.

Asimismo, resultará natural que se disponga la forma de diligenciar la prueba, en la próxima audiencia o de inmediato, adelantando los pasos necesarios (designación de peritos, inspecciones judiciales, solicitud de informe, etc.) para que el día de la audiencia final (complementaria) se pueda desahogar la prueba (aún no diligenciada) en forma de cumplir adecuadamente los principios de inmediación y concentración.

Todo ello conduce –por varios caminos- a la necesidad de que el Juez tenga la verdadera dirección del proceso, dejando de ser un mero espectador, pero no asumiendo tampoco el papel de dictador, según las recordadas palabras de ALCALÁ-ZAMORA, sin autoritarismo ni prepotencia, como reclama BARBOSA MOREIRA.

En cuanto al Proceso de Conocimiento, se adopta un proceso mixto, con demanda y contestación escrita, así como se utiliza también la escritura respecto de los principales medios impugnativos, salvo los que se plantean en la audiencia. Sin embargo, el núcleo del proceso se desarrolla a través de la audiencia. En el proceso ordinario (plenario de conocimiento), mediante una preliminar y otra final para desahogo de las pruebas –algunas de las cuales se adelantaron ya- alegatos y sentencia. En los procesos plenarios rápidos (sumarios) a través de una sola audiencia que concentra las dos anteriormente mencionadas (el tema será desarrollado más adelante).

Por todo ello, el aumento de las facultades del Juez se proyecta, dentro del nuevo proceso oral por audiencia, con un Juez independiente⁹¹, imparcial, neutral y director del proceso, el cual conoce después de su iniciación para actuar en la audiencia como protagonista, junto a las partes.

⁹¹ Art. 168 de la Constitución: “La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios: 1. *Los órganos de la Función Judicial gozarán de independencia interna y externa...*”.

El órgano jurisdiccional debe estar presente en la audiencia, la comunicación entre los sujetos del proceso también ha de ser personal, directa, inmediata, sin intermediarios.

Es aconsejable consagrar una audiencia preliminar en el cual se intente la conciliación de las partes, se precisen los hechos en que haya desacuerdo o *thema decidendum* y se depure el proceso de efectos mediante el despacho del saneador o de otras medidas procesales similares.

Las partes podrán disponer de sus derechos en el proceso y terminar éste en forma unilateral, bilateral o por convenio, según fuere el caso, salvo cuando se trate de derechos intransigibles.

Buscamos de esta manera revertir el sistema actual del proceso escrito en Iberoamérica, “desesperadamente escrito” como lo calificara COUTURE, lento, pesado, burocrático, alejado de la realidad. Se trata del régimen procesal derivado del Bajo Imperio, modificado por el Derecho intermedio romano-canónico vigente en la época colonial que heredamos, hace más de un siglo, con ya varios atrasos. En efecto, España en su legislación procesal quedó en retraso en Europa, en su época y es así que la Ley de Enjuiciamiento Civil, en la que nos inspiramos, al haber sido rechazado el proyecto del Marqués de Gerona, hace que, en mayor o menor medida, por lo menos en la práctica judicial de nuestro subcontinente, padezcamos de ese viejo y anticuado sistema.

La iniciación de los procesos civiles debe someterse al principio dispositivo con las limitaciones que establezca la ley por razones de interés público⁹². Sigue en vigor el principio de que el proceso solo se inicia a iniciativa de parte (*ne procede index ex officio*), que las partes mantienen la disposición de los actos procesales y del proceso mismo,

⁹² COUTURE, *Estudios*, Ob. Cit., pág. 313 y ss., reconocía que en los últimos años se empieza a demostrar la crisis de este principio y que hay cada día una tendencia más acusada, aún e los países de estructura liberal democrática, a permitir la iniciativa de oficio en todos aquellos casos en los cuales la voluntad privada no basta para ofrecer las garantías necesarias. El juez no conoce otra verdad que la que le dan las partes. Se nota ya que se estremece uno de los apotegmas del principio dispositivo. El antiguo aforismo decía: “Lo que no está en el expediente no está en el mundo”. Sin embargo, también en este caso se nota de qué manera el principio liberal empieza a ceder paso a una serie de ingerencias de oficio, cada día más acentuadas.

que se mantiene el principio de congruencia, según el cual limita el material de conocimiento del Juez, que no puede fallar más allá de lo pedido por las partes (*ultra petita*), ni fuera de lo litigado (*extra petita*) ni dejar de fallar lo pedido (*citra petita*) y el de segunda instancia, además, en los límites de lo apelado. La sentencia debe respetar el principio de la congruencia.

Esta tendencia a dejar librado el impulso del juicio a la voluntad de la parte, va perdiendo terreno, cada día. Ya son muchos los códigos que establecen como norma la perentoriedad de los plazos procesales. Y ya son también muchos los que establecen que vencido un plazo procesal se pasa de oficio a la etapa subsiguiente sin necesidad de pedido de las partes, como lo sostiene COUTURE⁹³.

En cambio, reiteramos, en cuanto al principio relacionado con los poderes del Juez, podemos decir que debe fallar “*secundum allegata*”, pero no “*secundum probata*”. Es decir, que desde hace tiempo, el procesalismo iberoamericano ha distinguido –la disposición del derecho de fondo y de los derechos procesales- lo que significa llevar hasta sus últimas consecuencias la diferencia entre derecho y acción. En el régimen vigente iberoamericano existen facultades probatorias del Tribunal, pero las mismas, dentro del contexto del sistema en vigor, no han podido cumplir con los objetivos propuestos originalmente.

Los procedimientos garantizarán los derechos de las partes, otorgándoles oportunidad razonable para defenderse y hacer valer pruebas. Debe asegurarse la efectiva igualdad de las partes en todas las actuaciones del proceso.

El primer instituto que contienen todos los Códigos de nuestra Latinoamérica, siguiendo el régimen español, es el de las diligencias para mejor proveer.

⁹³ COUTURE, Ob. Cit., pág. 317.

Este instituto estudiado, ampliamente por la doctrina de nuestra área, constituye la iniciativa probatoria, casi exclusiva, en los Códigos de corte clásicos, los que consideran al Tribunal simple espectador del proceso.

Los más modernos, siguiendo el Código italiano de 1940, agregan la facultad del Juez de buscar la verdad, para lo cual se le faculta a interrogar testigos, partes o inspeccionar cosas o documentos que pertenezcan a estos o a terceros.

La prueba de testigos y el interrogatorio de las partes deben recibirse en audiencia oral; aquellos y estas deben ser interrogados por el Juez y las partes, y el primero podrá someterlos a careos cuando lo estime conveniente.

Además de los medios de prueba que enumere la ley, podrán utilizarse los demás que sirvan a la formación del convencimiento de Juez, siempre que no estén expresamente prohibidos por aquella, ni violen los derechos humanos o sean contrarios a la moral o al orden público. El Juez debe disponer de amplias facultades para decretar pruebas de oficio, cuando las considere necesarias, pero si se trata de testigos es indispensable que aparezcan mencionados en cualquier acto del proceso.

La apreciación de las pruebas debe someterse únicamente a las reglas de sana crítica y a las máximas de la experiencia, a las que nos hemos referido anteriormente, sin que esto excluya la solemnidad documental que la ley establezca para la existencia o validez de ciertos actos.

Deben consagrarse normas que impongan y hagan efectiva la moralidad, lealtad, probidad, buena fe y se excluya el fraude procesal. El Juez debe disponer de amplios poderes para sancionar la violación de los anteriores principios y el fraude procesal, sin perjuicio del derecho de defensa.

Sin embargo y pese a esta normativa, debemos decir que los jueces utilizan en forma escasa este tipo de poderes, lo que resulta una constante –dada la tendencia universal en ese sentido- pero, sobre todo porque dentro de un proceso escrito, fraccionado en etapas, y sin inmediación, ello no es posible. Las diligencias para mejor proveer, de uso excepcional, son miradas con desconfianza por las partes y los propios juzgadores dentro del régimen procesal en el cual las pruebas son iniciativa del actor y demandado.

Nos ha parecido la mejor forma de expresar esta orientación transcribir la Exposición de Motivos de uno de los Proyectos últimos de reformas a la Ley de Enjuiciamiento Civil española, parte de cuyo articulado fuera aprobada en la Ley de reformas urgentes de 1984 y que concuerdan con nuestras orientaciones:

El abstencionismo judicial ha sido uno de los más acusados mitos procesales. Tanto la teoría como la práctica, han puesto de relieve que los presupuestos de independencia e imparcialidad no juegan en función de la no intervención judicial en la dirección del proceso. El fin supremo del proceso es procurar la justicia, para cuya garantía se estima esencial un sistema que se asiente en la independencia y en la imparcialidad. Ahora bien, es notorio que si la pasividad judicial habilita evidentes deformaciones procesales en cuanto en el libre juego de las partes prevalezca la arbitrariedad habilidosa de alguna de ellas. El abstencionismo del Juez es la fórmula ingenua de tolerar pacíficamente contiendas con equilibrio teórico, pero con desequilibrio práctico y medio decepcionante de utilizar la valiosa energía del proceso en empeños carentes, en ocasiones, de las más elementales justificaciones. El prevalecimiento de la justicia individual y social reclaman que el Juez intervenga en la dirección del proceso en el grado, sin rebasarlo, que requieran su economía y su eficacia, ordenadas al fin supremo de justicia. La reforma se encamina a infundir ese cambio ideológico en nuestro enjuiciamiento, reforzando extraordinariamente la función y autoridad del Juez, para que sin dejar de ser el árbitro imparcial de la contienda, que es el proceso, se convierta en el verdadero rector del mismo, que lo encauce y oriente al descubrimiento de la verdad.

5. Fases o Etapas de los Procesos de Conocimiento

Trazaremos ahora, en líneas generales y fundamentales, los Procesos de Conocimiento, describiendo según el orden cronológico en que se desenvuelven, los actos y los hechos de que se compone el procedimiento.

No es posible trazar aquí una descripción completa de tal procedimiento y por ello nos limitaremos a exponer un esquema general, desde el inicio hasta el fin de los Procesos de Conocimiento.

Los Procesos de Conocimiento como fenómeno, en su devenir atraviesan por *tres fases o etapas*, en un conjunto de actos y con sus fines propios: a) *La fase preliminar*, en la que el Juez y las partes que intervienen en el proceso, ejercen un conjunto de actos y diligencias judiciales, interdependientes e interrelacionadas, para asegurar la unidad y continuidad del proceso; b) *La fase de la instrucción*, en la que una vez introducido en el proceso todos los elementos que se trabó la litis y de existir hechos que deban probarse, el Juez abre la causa a prueba, correspondiéndole a las partes probar, los hechos que han propuesto afirmativamente en el juicio o probar la negativa, si contiene afirmación explícita o implícita sobre el hecho, el derecho o la calidad de la cosa litigada, a través de los medios de prueba, previstos y establecidos en la ley; c) *La fase de la decisión*, en la que el Juez decide el asunto o asuntos principales del juicio, sobre los puntos que se trabó la litis o que fueren materia de la resolución y los incidentes que, originados durante el juicio, hubieren podido reservarse, sin causar gravamen a las partes, para resolverlos en ella, fundándose en la ley y en los méritos del proceso; a falta de ley, en los precedentes jurisprudenciales obligatorios, en los principios de justicia universal y concluye con la sentencia expedida, con su parte enunciativa, considerativa y resolutive.

a. La Fase Preliminar

Quienes desean hacer valer en juicio un derecho propio o una pretensión propia, o hacer que se certifique un estado jurídico propio o una situación jurídicamente relevante, tiene que proponer una demanda, que debe presentarse por escrito y contendrá los requisitos que prevé el Código, según el principio de disposición de las partes⁹⁴.

⁹⁴ Se reconoce y garantiza a las personas, en el número 23. del Art. 66 de la Constitución: “El derecho a dirigir quejas y peticiones individuales y colectivas a las autoridades y a recibir atención o respuestas motivadas...”

El Juez debe estar dotado de amplias facultades para declarar inadmisibile y archivar la demanda, dentro del término señalado en la ley, siempre que sea incompleta, imprecisa o ésta carezca de los requisitos de forma exigidos en la ley procesal, falta de personería del actor, por incapacidad legal o falta de poder, excusión u orden en contra del demandado, contradicción o incompatibilidad de acciones y para rechazar por improcedente la demanda, cuando exista manifiesta y evidente incompetencia del juez, ineptitud de la demanda, litis pendencia, demandar en un mismo libelo a dos o más personas, cuando sus derechos o acciones sean diversos o tengan diverso origen, ser demandas en un mismo libelo dos o más personas por actos, contratos u obligaciones diversos o que tengan diversa causa u origen, se ejercite una acción especial sujeta a término de caducidad y éste haya vencido, falta de interés para obrar, excepciones perentorias que tienen por objeto sostener que se ha extinguido la obligación por uno de los modos expresados en el Código Civil, sentencia que adquiere la autoridad de cosa juzgada, entre otras. El Juez debe darle a la demanda el trámite que legalmente corresponda, cuando el señalado en ella por el actor, sea equivocado o inapropiado.

Es necesario que el nuevo Código contenga la facultad de disponer medidas conducentes para subsanar esos defectos alegados por las partes en la demanda o contestación y aún para disponer que el actor haga las aclaraciones o rectificaciones que considere del caso.

Se debe incluir las facultades de “darle a la demanda el trámite que corresponda cuando el señalado en ella fuere manifiestamente equivocado” y la de rechazar la demanda... cuando ella fuere manifiestamente improponible”. La primera constituye una aplicación inobjetable de los poderes del juzgador en la dirección del proceso. La segunda se trata de la posibilidad de que el Juez no sólo analice liminarmente los aspectos formales (externos) sino aun el contenido de la petición inicial. Esto es no sólo la admisibilidad sino, además, la fundabilidad, lo que constituye un paso muy importante en el aumento de los poderes. Naturalmente que se trata de un caso extremo en el cual surge objetivamente (esto es a priori, notoriamente) dicha improponibilidad, como si se solicitara el divorcio en un país que no lo

admite, o el cobro de una deuda de juego cuando la legislación dice que ésta solo produce obligaciones naturales. Se trata de un caso en que manifiestamente la pretensión no podrá ser acogida, independientemente de los hechos alegados o las pruebas que se produzcan. La doctrina ha profundizado en la cuestión, aceptando la opinión de REDENTI Enrico⁹⁵, de que los casos de improponibilidad objetivos pueden calificarse de falta de jurisdicción.

El acto de citación con el cual se hace conocer a las partes contrarias por medio del órgano judicial, el contenido de la demanda o acto preparatorio y providencias recaídas en ellas, se cumplirá con las solemnidades sustanciales que exige y determina estrictamente la ley, cuya acción u omisión acarrea la nulidad del proceso. La reforma al Código de Procedimiento Civil⁹⁶, dispone que la afirmación que es imposible determinar la individualidad o residencia de quien deba ser citado lo hará el solicitante bajo juramento y sin el cumplimiento de este requisito el Juez no admitirá la solicitud. El simple hecho de desconocer el domicilio no faculta recurrir a esa forma de citación, para cuyo efecto es indispensable que se hayan hecho todas las averiguaciones para establecerlo sin resultado positivo. De otra suerte, estaríamos en el plano de la arbitrariedad y del abuso, y con el expediente de citar por la prensa sin que medien los requisitos previstos en la ley, se atentaría contra el derecho constitucional de defensa. Esta afirmación se hace simplemente en la demanda o escrito respectivo, sin que se requiera ninguna ritualidad o solemnidad, admite prueba en contrario que incumbe al que impugna esta forma excepcional de citación y no exime de responsabilidades civiles y penales previstas en la ley en el supuesto de faltar a la verdad con juramento, al actor o al solicitante que valiéndose de un medio legal para fraudulentamente seguir un determinado juicio a espaldas del demandado, aspectos que deben ser examinados muy cuidadosamente en cada caso por el juzgador, como lo ha resuelto la ex Corte Suprema de Justicia, a través de sus fallos.

⁹⁵ REDENTI, Enrico, Ob. Cit., T. I, números 31 y 68.

⁹⁶ v. Decreto Supremo No. 3070, publicado en el R.O. 735 de 20 de diciembre de 1978.

Desde el momento en que el acto de citación es notificado a la parte o a las partes contrarias, se instaura el proceso de cognición, el cual comienza desde ese momento a tener vida. Ese es el primero y fundamental acto judicial, que luego se desenvuelve en tiempos, fases y estadios sucesivos.

El actor, en la demanda habrá esbozado brevemente las razones de hecho y de derecho que constituyen el fundamento de la acción, el demandado podrá contraponerle sus propias razones, encaminadas a contrastar la providencia solicitada a los órganos judiciales por el actor, es decir, proponiendo sus propias excepciones, de derecho procesal o de derecho sustancial, encaminada a contrastar la acción promovida por el actor.

La demanda se dirige a ciertos y determinados sujetos, para que se constituyan, comparezcan y se defiendan ante el Juez competente. En cualquier clase de proceso pueden ser oídos terceros o terceristas que se agregan a los sujetos principales que intervienen en el proceso, cuando sus pretensiones sean conexas por su causa u objeto o a quienes las providencias judiciales causen perjuicio directo, personal y legítimo.

La contestación a la demanda será por escrito y cumplirá los requisitos establecidos en la ley. Contendrá un pronunciamiento expreso sobre los fundamentos de las pretensiones del actor y de los documentos anexos a la demanda, con indicación categórica de lo que admite y de lo que niega, todas las excepciones o medios de defensa que se deduzcan y de las que se crea asistido contra las pretensiones del actor. En la contestación a la demanda el demandado se allanará a los fundamentos y pretensión de la demanda, deducir excepciones previas o reconvenir al actor.

La demanda y su contestación deben contener la indicación específica e individualizada de los medios probatorios que se pretenda hacer valer para demostrar la verdad de los derechos, sustentar las pretensiones, y a ella se acompañarán los documentos en poder de las respectiva parte, la absolución de posiciones, el interrogatorio, exhibiciones, etcétera, sin

perjuicio de presentarlos en la audiencia preliminar, cuando esta exista. Tales actos deben ser escritos inclusive en los procesos orales.

Contra tales excepciones el actor, a su vez, podrá proponer sus réplicas, o contraexcepciones, y por medio de este debate se individualizará la materia de la discusión.

b. La Fase de la Instrucción

Una y otra parte en forma oral o por escrito, en su caso, expondrán al Juez, directa y personalmente, todos los elementos informativos, de hecho y de derecho, útiles para sostener sus propias tesis, y puesto que la simple información de los hechos no es suficiente para formar la certeza y convicción del Juez, las partes deberán probar los hechos controvertidos, constitutivos, modificativos, extintivos o impeditivos, en que se fundan sus respectivos derechos, a través de los medios de prueba que establece la ley y otras normas que los disciplinan.

A falta de pruebas, por parte del actor, o en caso de insuficiencia de ellas, el actor verá rechazada su demanda mediante una sentencia de declaración negativa de certeza; igualmente, si el demandado, ante la prueba ofrecida por el actor, no prueba los hechos puestos como base de sus excepciones, sucumbirá en el juicio, y verá acogida la demanda del actor mediante una sentencia de declaración positiva de certeza, o eventualmente de condena. Cuando el actor pide la declaración positiva de certeza, el demandado pide la declaración negativa de ella, y cuando el actor pide la declaración negativa de certeza, el demandado pide su declaración negativa. De manera que la derrota, según la naturaleza de la acción, puede presentarse, frente a las dos partes en causa, en la forma de una declaración negativa o de declaración positiva de certeza.

Las pruebas, cuando sean previamente constituidas, pueden sin más ser exhibidas al Juez; en cambio, si son pruebas que deben ser constituidas, tienen que ser presentadas, mediante previo requerimiento al juez, verificado el carácter de relevante, admisible, concluyente y pertinente de la prueba, la admitirá o la rechazará. Las pruebas serán

producidas en audiencia, apreciadas en conjunto y valoradas de acuerdo con las reglas de la sana crítica y de la experiencia común, a las que antes nos referimos, indicando cuáles de los medios de prueba fundan principalmente su decisión.

El Juez rechazará las pruebas manifiestamente inconducentes, impertinentes, inadmisibles o prohibidas por Constitución⁹⁷, la ley y la regla de derecho.

c. La Fase de la Decisión

Una vez que la causa esté suficientemente lista para la decisión, de la fase preparatoria e instructoria se pasará a la fase de la decisión, que la cumplirá el Juez, emitiendo una sentencia de declaración de certeza, positiva o negativa, o eventualmente una sentencia de condena (sentencia final de mérito), y con los requisitos previstos en la ley, como ya hemos dicho.

Estas líneas esquemáticas y compendiosas del Proceso de Conocimiento, sin embargo, no deben hacer creer que el fenómeno procesal se presenta siempre y en todo caso en esta forma tan simple y rudimentaria. Ahora bien, es normal que en el curso del procedimiento, dada la complejidad de las actividades de las partes y de los órganos jurisdiccionales, se presenten como necesidad imprescindible, en cuanto a la decisión de mérito, cuestiones que sucesivamente deben ser resueltas, a fin de poder dar acceso a la cognición final de las cuestiones de mérito.

Tales actividades, que sin duda tienen carácter instrumental frente a la decisión de mérito, se presentan como cuestiones preliminares o perjudiciales o incidentales, que el Juez está llamado a resolver antes de poder pasar a la decisión final acerca de la relación jurídica sustancial.

⁹⁷ Dispone el Art. 76 de la Constitución de la República: “En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 4. *Las pruebas obtenidas o actuadas con violación con la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria*”; y, “7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: h) *...presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra*”.

Así, el Juez tendrá que verificar prejudicialmente si es competente para juzgar una determinada causa; si el acto de citación ha respetado los requisitos de sustancia y de forma exigidos por la ley; si las partes son capaces; si las partes están legalmente asistidas o representadas en juicio; si tienen interés o están legitimadas para actuar, etc.

En todos estos casos, y en muchos otros, si tales cuestiones se resuelven negativamente, el Proceso de Conocimiento se cerrará con una providencia por medio de la cual el Juez decide que no podrá pasar al examen de mérito.

Compete también al Juez decidir si las pruebas son relevantes, admisibles, o si son concluyentes y pertinentes, frente a los hechos que se han de probar.

Otras actividades pueden surgir del acceso, voluntario o necesario, de otras partes en juicio, que se agregan a las partes originariamente en litis; si el proceso está ya pendiente ante el mismo o ante otro órgano jurisdiccional (litispendencia); si la causa puede o debe ser reunida a otra causa, etc.

Todas estas digresiones, que con expresión genérica se las puede agrupar bajo la denominación de cuestiones preliminares, o prejudiciales, o incidentales, hacen que el proceso de conocimiento se resuelva en una serie de actividades a través de las cuales llega a madurar el momento terminal de la decisión final de mérito.

Por otra parte, el esquema del Proceso de Conocimiento Ordinario viene a complicarse aún más por efecto de las impugnaciones, ya porque, obtenida la sentencia de mérito, es normalmente posible, salvo los casos de sentencias declaradas no impugnadas por las normas procesales, acudir a los órganos jurisdiccionales superiores.

Es normal que a la fase del juicio de conocimiento de primer grado siga una fase de segundo grado, o de apelación, a la cual sigue luego, normalmente el recurso de casación, limitado únicamente a los errores *in procedendo* y a los errores *in indicando*.

A través de la apelación se inicia una nueva fase del mismo Proceso de Conocimiento.

Este esquema general del Proceso de Conocimiento, sólo sirve para dar un cuadro panorámico de las actividades orientadas al conocimiento del derecho, pero necesariamente no puede agotar, ni aún por aproximación, las complejas incidencias de la cognición, que nunca podrán ser descritas de modo completo, dadas las distintas peculiaridades de cada uno de los procesos, en ningún texto de carácter científico o simplemente didáctico, sino que deben ser vividas, a la luz de las nociones técnicas y prácticas, en las salas de los tribunales.

2. 4. HIPÓTESIS

La incorporación de los Procesos de Conocimiento en el Código de Procedimiento Civil del Ecuador, en la administración de justicia, produce cambios que tutelan y garantizan el cumplimiento de los principios consagrados en la Constitución, la doctrina, la jurisprudencia y la legislación comparada, que el juicio ordinario y el juicio verbal sumario, establecidos en el mismo Código.

2. 5. VARIABLE

Los cambios que producen en la administración de justicia, la incorporación de los Procesos de Conocimiento en el Código de Procedimiento Civil del Ecuador.

2. 5. 1. Indicadores

Afinidades y diferencias en la sustanciación de los juicios.

Excesivas formalidades y ritualidades en la sustanciación de los juicios en todas las instancias y etapas del proceso.

Lentitud en la tramitación de los juicios.

Las necesidades y realidad de nuestro país.

Jurisprudencia en materia civil de la ex Corte Suprema de Justicia (actual Corte Nacional de Justicia).

Doctrina de autores nacionales y extranjeros.

La Legislación Comparada.

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA

3. 1. Modalidad de la Investigación

3. 2. Población y Muestra

3. 3. Instrumentos de Recolección de Datos

3. 3. a. Métodos Teóricos

3. 4. Tratamiento y Análisis

3. 5. Procedimiento de la Investigación

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA

3. 1. MODALIDAD DE LA INVESTIGACIÓN

El conjunto de prácticas eclécticas de investigación está basada en una serie de suposiciones e implica preferencias metodológicas, opiniones filosóficas e ideológicas, cuestiones de investigación y resultados con viabilidad. Señala el diseño de exploración más apropiado, describe los procedimientos para guiar el estudio e incluye cuándo, de quién y bajo cuáles condiciones se obtendrán los datos.

La modalidad de la investigación es cuantitativa experimental, descriptiva y comparativa; cualitativa interactiva, etnográfica, fenomenológica, estudio del caso y teoría fundamentada; y, cualitativa no interactiva, análisis de conceptos y análisis histórico. Se basa en muestras reducidas de sujetos seleccionados por algún método generalmente probalístico. Persigue la comprensión del significado de los hechos y las interacciones que tienen lugar entre las personas en situaciones específicas. Intenta captar el significado que las personas atribuyen a su conducta, esto es, a su mundo conceptual y como contribuyen ese significado.

Esta elección se realiza en razón de algunos elementos del proyecto, principalmente del problema planteado, los objetivos, hipótesis y la población (unidades de estudio).

El aspecto esencial predominante que la identifica, es: La Axiología, el tema hace referencia a los valores que impulsan la creación o derogación de determinadas normas jurídicas; sin embargo, generalmente se complementa con: Normativo, corresponde a algún asunto de ordenamiento jurídico; y, Factibilidad, se refiere a hechos, regulados por el Derecho y que dan lugar al origen de ciertas normas.

El tipo que asumimos, de acuerdo al objeto de estudio, va a ser: Histórico-jurídico, se refiere al seguimiento de una institución jurídica en el pasado; Jurídico-comparativo, establece las semejanzas y/o diferencias experimental, paradigma fenomenológico y para tipo interactivo, análisis de conceptos e histórico; Jurídico-descriptivo, aplica de “manera pura” el método analítico a un tema jurídico, es decir, consiste en descomponerlo en tantas partes como sea posible, muy bien delimitado; Jurídico-explicatorio, se trata de abrir el camino para la realización de posteriores investigaciones; Jurídico-proyectivo, realiza una especie de predicción sobre el futuro de algún aspecto jurídico; y, Jurídico-propósito, porque avalúa fallas de los sistemas o normas, a fin de proponer o aportar posibles soluciones.

3. 2. POBLACIÓN Y MUESTRA

Se tomará como población una porción de un grupo mayor de diez mil participantes y se realizará una investigación con operadores de justicia, doctrinarios y tratadistas del Derecho Procesal Civil, en un cincuenta por ciento de ésta cifra, que constituye la muestra.

3. 3. INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS:

3. 3. a. Métodos Teóricos

Inducción, deducción, análisis, síntesis e histórico-lógico. Las encuestas se realizarán a los operadores de justicia, doctrinarios y tratadistas del Derecho Procesal.

3. 4. TRATAMIENTO Y ANÁLISIS

Hermenéutico, análisis de repuestas y encuestas realizadas a operadores de justicia, doctrinarios y tratadistas del Derecho Procesal Civil.

3. 5. PROCEDIMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN

El procedimiento de la investigación contiene un conjunto de elementos sistematizados, que parte del problema, marco teórico y la metodología.

El problema acota el planteamiento del problema, los objetivos y delimitación.

Es necesario considerar que el objeto será estudiado durante le proceso de la investigación, no es un fenómeno aislado, ya que se encuentra dinámicamente relacionado con otros objetivos de su entorno; esto hace que la proyección de la investigación, deba tener en cuenta los elementos objetivos y subjetivos, que influyen en la actividad.

Lo anterior permite comprender que la actividad científico-investigativa, necesariamente tiene que ser planificada y el resultado de esta actividad es lo que identifica el proceso de la investigación.

CAPÍTULO IV

MARCO ADMINISTRATIVO

4. 1. RECURSOS

- a. Materiales
- b. Humanos

4. 2. BANCO DE PROBLEMAS

4. 3. CRONOGRAMAS DE ACTIVIDADES

CAPÍTULO IV

MARCO ADMINISTRATIVO

4. 1. RECURSOS

a. Humanos

Director y maestrante

b. Materiales

Impresora, laptop, libros de consulta, el papel que se utiliza para el documento final es bond de 75 gramos, tinta para impresora.

4. 2. BANCO DE PROBLEMAS

LISTA DE PROBLEMAS	EVALUACIÓN DE PROBLEMAS	FACTIBILIDAD	NECESIDAD	TOTAL
1. ¿CÓMO EL SISTEMA PROCESAL SERÁ UN MEDIO PARA LA REALIZACIÓN DE LA JUSTICIA?		4	5	9
2. ¿CÓMO EL SISTEMA PROCESAL HARÁ EFECTIVAS LAS GARANTÍAS DEL DEBIDO PROCESO?		4	5	9
3. ¿CÓMO EL SISTEMA PROCESAL VELARÁ POR EL CUMPLIMIENTO DE LOS PRINCIPIOS DE INMEDIACIÓN, CELERIDAD Y EFICIENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA?		4	5	9
4. ¿CÓMO EL SISTEMA PROCESAL HARÁ EFECTIVA LA GARANTÍA QUE NO SE SACRIFICARÁ LA JUSTICIA POR LA SOLA OMISIÓN DE FORMALIDADES?		4	5	9

4. 3. CRONOGRAMA DE ACTIVIDADES

TIEMPO	2009																2010																																							
	OCTUBRE				NOVIEMBRE				DICIEMBRE				ENERO				FEBRERO				MARZO				ABRIL				MAYO				JUNIO				JULIO				AGOSTO				SEPTIEMBRE				OCTUBRE				NOVIEMBRE			
	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4				
1. LA IDEA A INVESTIGAR																																																								
2. EL PROBLEMA DE LA INVESTIGACIÓN																																																								
3. ELABORACION DEL MARCO TEORICO																																																								
4. METAS DE LA INVESTIGACIÓN																																																								
5. ESTABLECER LAS HIPÓTESIS Y LAS VARIABLES																																																								
6. SELECCIONAR EL DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN																																																								
7. SELECCIÓN DE LA MUESTRA																																																								
8. RECOLECCIÓN DE DATOS																																																								
9. ANALIZAR LOS DATOS																																																								
10. PRESENTAR LOS RESULTADOS																																																								

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Las transformaciones sociales postulan y a la vez permiten una completa renovación procesal que desborda el contenido propio de una o varias reformas parciales.

No son necesarias las reformas parciales para mejorar la impartición de justicia en el orden jurisdiccional civil, si no que surge la necesidad de una reforma que procure adecuarse al contexto social de nuestro país.

Es necesario una reforma que afronte y dé respuesta a numerosos problemas y que se adecue a la realidad cultural, respetando principios, reglas y criterios de indestructible valor.

El proceso civil de hoy busca mantener las garantías constitucionales, introducir a su texto procesal elementos constitucionales, lo que ha generado cierta discusión en la doctrina y jurisprudencia, que ha ido adecuándose a esta forma de constitucionalismo en todo el Derecho, ya que el acceso a la justicia se integra al núcleo esencial del debido proceso, el cual consiste, no solamente en poner en movimiento el aparato jurisdiccional a través de los actos de postulación requeridos por la ley procesal, sino en que se surtan los trámites propios del respectivo proceso, se dicte sentencia estimatoria o desestimatoria de las pretensiones de la demanda y que esta sea pronta, oportuna y efectivamente cumplida.

La ley procesal debe contener principios constitucionales del debido proceso, asegurando el libre acceso de los particulares a los Tribunales, el derecho de defensa y de prueba, la independencia de autoridad y responsabilidad de los jueces para fallar oportunamente, asegurar la verdad y moralidad del proceso, se introduzcan los principios que rigen el proceso, implementación de la oralidad, el despacho saneador, introducir disposiciones legales de la defensa letrada obligatoria, como una forma

de manejar correctamente el debido proceso y las garantías constitucionales en el ejercicio de una buena defensa, otorgar la oportunidad razonable a las partes para defenderse y hacer valer las pruebas, asegurar la igualdad de las partes en el proceso, entre otras.

La instrumentalidad del proceso, al servicio de todo el Derecho sustantivo, no implica diversidad de procesos, sino más bien su unificación. El criterio ha de ser la reducción de las diversas formas de procesos, a su mínimo indispensable.

El juicio ordinario en la práctica se manifiesta como lleno de ritos o formalidades, excesivamente largo y complicado.

El juicio verbal sumario no puede ser considerado como un ejemplo de aplicación del principio de oralidad en nuestro medio, pues no están presentes en él las características del proceso oral a los que nos hemos referido anteriormente. No hay inmediación, la concentración es inadecuada y, fundamentalmente, no existe debate probatorio, como lo sostiene JIJÓN LETORT Rodrigo⁹⁸.

La sociedad reclama un cambio y una simplificación de carácter general, que no se lleven a cabo de espaldas a la realidad, sino que provean nuevos cauces para tratar adecuadamente esta complejidad. Estos cambios tienen relación con modificaciones al Código de Procedimiento Civil, dentro de un marco constitucional para resguardar los derechos sustantivos y la incorporación novedosa de tecnologías de información de conflictos, entre otros.

La reforma se encamina a infundir ese cambio ideológico en nuestro enjuiciamiento, reforzando extraordinariamente la función y autoridad del Juez, para que sin dejar de ser el árbitro imparcial de la contienda, que es el proceso, se convierta en el verdadero rector del mismo, que lo encauce y oriente al descubrimiento de la verdad.

⁹⁸ Ob. Cit., pág. 29.

Cada vez se reclama con mayor ahínco una justicia seria, eficiente y eficaz, en la que el juez abandone su papel estático, como simple observador y mediador dentro del tráfico jurídico; y se convierta en un partícipe más de las relaciones diarias del tal forma que sus fallos no sólo sean debidamente sustentados desde una perspectiva jurídica, sino que, además, respondan a un conocimiento real de las situaciones que le corresponde resolver.

Se cuestiona si el problema es de normas procedimentales o de la actitud de jueces y empleados, para ello es indispensable conocer el procedimiento civil, objeto de esta investigación.

La justicia civil moderna se caracteriza por un gran desarrollo de las garantías formales, las cuales han significado un aumento de la complejidad de los procesos y, naturalmente, un aumento de su costo y duración. El proceso se ha revelado así inadecuado para solucionar los conflictos, los cuales precian de algo distinto, y ese algo distinto puede ser la conciliación.

El Proceso Oral por Audiencias por la cual se han inclinado la mayoría de los procesalistas iberoamericanos, no sin alguna discrepancia, es entendida en sentido general, aunque, en puridad, se plantea un proceso mixto, porque no se trata de perder los beneficios y virtudes de la escritura.

Las sentencias y autos que pongan fin a los Procesos de Conocimiento deben producir un efecto invariable y primario, representado por una declaración de certeza de la existencia o inexistencia de un derecho pretendido por el actor, acompañado de la integración o complementación de una relación jurídica, o de una imposición, al demandado, del cumplimiento de una determinada prestación de dar, de hacer o no hacer, configurándose sentencias que se denominan, determinativas y de condena, respectivamente, producto de una actividad intelectual y emocional del Juez en cuya virtud éste examina los hechos y las pruebas aportadas por ambas partes, efectúa su valoración a la luz

del ordenamiento jurídico vigente, y formula la norma individual que en lo sucesivo ha de regir la conducta de aquellas con relación al caso que motivó el proceso, como lo sostiene PALACIO, Lino Enrique⁹⁹.

La justicia ordinaria de hoy, por otro lado, no debe entenderse en un sentido netamente formal, sino que radica en la posibilidad real y verdadera, garantizada por el Estado, de que quien espera la resolución de un proceso, la obtenga oportunamente. Por ello, la función del juez exige un tiempo razonable dentro del cual establezca, mediante la práctica y evaluación de las pruebas que obren en el expediente, el acaecimiento o no de los hechos controvertidos y, en el primer caso, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron.

¡Una decisión judicial tardía, constituye en sí misma una injusticia!

⁹⁹ Ob. Cit, pág. 304 y ss.

BIBLIOGRAFÍA

ALSINA, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Parte General, tomo I, Segunda Edición, EDIAR, Buenos Aires, 1963.

ALSINA, Hugo, *Alegación de hechos nuevos*, Revista de Derecho Procesal argentina, Año IX, 1951, pág. 29.

AVSOLOMOVICH-LUHRS-NOGUERA, *Nociones de Derecho Procesal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1965.

AYARRAGARAY C., *La congruencia en la ejecución de la sentencia*, en Jus (R.A.), 1963, número 4, pág. 5.

BARRIOS DE ANGELIS, *La audiencia preliminar*, Revista Uruguaya de Derecho Procesal, 1975, número 1, págs. 11-12.

BECEÑA, Francisco, *Los Procedimientos Ejecutivos en el Derecho Procesal Español*.

CARAVANTES, José de Vicente, *Tratado de los Procedimientos Judiciales*, Tomo Primero, Ángel Editor, Marzo 2000, Primera Reimpresión, México D. F.

CARNELUTTI, Francisco, *Sistema de Derecho Procesal Civil*, tomo I, Tercera Reimpresión, 2004, Uteha, Argentina.

CAPPELLETTI, Mauro, *Procédure orale et procéfure écrite*, Milán, 1971, *Social and political aspects of civil procedere. Reforms and trenes in Westem and Eastem Enrope*, en Michigan Law Review, Vol. 69, 1971, pág. 847 y ss, *Proceso e idiliogía*, Bologna, 1969.

CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones del Derecho Civil y Comparado*, Editorial Temis S.A., 1992, tomo II y Volumen IV.

COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Tercera Edición, Reimpresión Inalterada, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1981.

COUTURE, Eduardo J., *Estudio de Derecho Procesal Civil*, Tercera Edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1979.

COUTURE, Eduardo J., *Introducción al Estudio del Proceso Civil*, Segunda Edición, Reimpresión, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1988.

CRUZ BAHAMONDE, Armando, *Estudio Crítico del Código de Procedimiento Civil*, Volumen I, Edino, 1995, Guayaquil-Ecuador.

DEVIS ECHANDIA, Hernando, *Teoría General de la Prueba Judicial*, Editorial Biblioteca Jurídica DIKE, 4ta. Edición, tomo I, Medellín, 1993.

DEVIS ECHANDIA, Hernando, *Compendio de Derecho Procesal, Teoría General del Proceso*, t. I, Editorial Biblioteca Jurídica DIKE, Duodécima Edición, tomo I, Medellín.

DE LA RÚA, Fernando, *Teoría General del Proceso*, Depalma, Buenos Aires, 1991.

DURÁN DÍAZ, Edmundo, *Las Reformas Constitucionales y la Función Jurisdiccional, La Reforma de la Constitución*, Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales ILDIS y la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador PUCE, 1998.

ESCRICHE, Joaquín, *Diccionario Razonado*, Tomo III, p. 30, Editorial TEMIS, Bogotá, 1977.

FAIRÉN GUILLÉN, *La Ley...*, pág. 236.

GELSI BIDART, IX Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal, Madrid – España, 1985.

GOLDSMIDT, James, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Segunda Edición, Labor, 1936.

GUASP, Jaime, *Derecho Procesal Civil*, Introducción y Parte General, Tercera Edición Corregida, Tomo I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968.

GUASP, Jaime (+), *Derecho Procesal Civil*, 5.^a Edición, 2002, revisada y adaptada por ARAGONESES PEDRO, a la LEC 1/2002, de 7 de enero, Tomo Primero, Civitas.

JIJÓN LETORT, Rodrigo, *Apuntes sobre la oralidad en el proceso civil ecuatoriano*, Corporación Latinoamericana para el Desarrollo, Quito – Ecuador, pág. 29.

LORETO L., *Contribución al estudio de la excepción de inadmisibilidad de la demanda por falta de causa*, Buenos Aires, 1940.

MORÁN SARMIENTO, Rubén, *Derecho Procesal Civil Práctico, Principios Fundamentales del Derecho Procesal*, Tomo I, Edilex S.A., 2da. Edición, 2008, Perú.

MORELLO, Augusto., *Hechos que consolidan o extinguen los derechos litigiosos durante el desarrollo del proceso; sus efectos en la sentencia*, en Jurisprudencia Argentina, tomo IV, pág. 373.

PALACIO, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil*, tomo I, Editorial Abelardo Perrot, Buenos Aires.

PEÑAHERRERA, Víctor Manuel, *Lecciones de Derecho Práctico Civil y Penal*, Editorial Universitaria, Quito, 1960, tomo 3.

PRIETO CASTRO, Leonardo, *Derecho Procesal Civil*, Manuales Universitarios Españoles II, Volumen 2°. (Procesos sumarios y especiales. Ejecución singular), 3ª. Edición (Corregida y actualizada), Editorial Tecnos, Madrid, 1979.

ROCCO, Ugo, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, I, Parte General, Temis - Depalma, Bogotá - Buenos Aires, 1976.

TROYA CEVALLOS, José Alfonso, *Elementos de Derecho Procesal Civil*, Centro de Publicaciones Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, 1978, tomo I.

VÉSCOVI, Enrique, *Teoría General del Proceso*, Editorial TEMIS S.A., Santa Fe de Bogotá - Colombia, Segunda Edición, 1999.

VÉSCOVI, Enrique., *Hechos nuevos en el proceso civil*, Revista D.J.A., t. 70, pág. 182.

VON BULLOW, *Las Excepciones y los Presupuestos Procesales*.

ZAFARONI, Eugenio Raúl, *Dimensión Política de un Poder Judicial Democrático*, Corporación Latinoamericana para el Desarrollo CLD.

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES, CÓDIGOS, GACETAS, REGISTROS, REVISTAS Y OTROS:

Anteproyecto del Código de Procedimiento Civil Tipo Iberoamericano, publicado por la ex Corte Suprema de Justicia como parte de las Memorias de las VIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, tomo II, Quito, 1983.

Codificación de la Ley de Casación, Suplemento del Registro Oficial No. 299: 24 de marzo de 2004.

CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL DE BRASIL.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL DE COLOMBIA.

CODIFICACIÓN DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL DEL ECUADOR, Registro Oficial No. 687: 18 de mayo de 1987.

CODIFICACIÓN DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL DEL ECUADOR, Suplemento del Registro Oficial No. 58: 12 de julio de 2005.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL DE MÉXICO D.F. (reformado).

CÓDIGO PROCESAL CIVIL MODELO PARA IBEROAMÉRICA, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Texto del Anteproyecto, preparado por GELSI BIDART, Adolfo, TORELLO, Luís y VÉSCOVI, Enrique, Editorial M.B.A., Montevideo, Uruguay, 1988.

CÓDIGO PROCESAL DEL PERÚ, Legislación Andina, Comisión Andina de Juristas, Red de Información Jurídica, Derecho Procesal, Perú, rij2cajpe.org.pe.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR 2008, Registro Oficial No. 449: 20 de octubre de 2008.

FALLOS DE TRIPLE REITERACIÓN de la Corte Suprema de Justicia, 2007.

Gaceta Judicial, Serie IV, No. 191, pág. 1532.

Gaceta Judicial, Serie No. 8, pág. 1663.

Gaceta Judicial, Serie X, No. 8, pág. 2835.

Gaceta Judicial, No. 13, pág. 3433 y ss.

Gaceta Judicial, Serie XVI, No. 10, págs. 2534, 256 y 2570.

Instrumentos Internacionales, Anexo 1, Publicación Especial 50 Aniversario – Declaración Universal de Derechos Humanos, Organización de las Naciones Unidas, Editores del Puerto, 1998.

Ley 15.982, Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay.

PROYECTO DE CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, 2007, Instituto Ecuatoriano de Derecho Procesal IEDP y PROJUSTICIA.

Registro Oficial No. 735 de 20 de diciembre de 1978.

Registro Oficial No. 421: de 28 de enero de 1983.

Registro Oficial No. 299: 17 de abril de 1998, pág. 16.

Registro Oficial No. 21, septiembre 8 de 1998.

Registro Oficial No. 108: enero 14 de 1999, pág. 11 y 12.

Registro Oficial No. 110: enero 18 de 1999, pág. 10.

Registro Oficial No. 239: 8 de enero de 2001, pág. 13.

Registro Oficial No. 336: 30 de mayo de 2001, págs. 26 y 28.

Registro Oficial No. 337: 31 de mayo de 2001, págs. 16, 19 y 24.

Suplemento del Registro Oficial No. 58: 12 de julio de 2005.

Registro Oficial, Suplemento No. 235: 14 de julio de 2010, fallo No. 168-2008, Segunda Sala de lo Civil y Mercantil, ex Corte Suprema de Justicia, dentro del juicio ejecutivo que el doctor Carlos Mármol Miranda sigue contra de Alimentos Rozotti S.A.

[Htp://alcaldiademonteria.tropod.com/codigos/civilo/tblcndo.htm](http://alcaldiademonteria.tropod.com/codigos/civilo/tblcndo.htm).

Guayaquil, noviembre de 2010

AB. JORGE E. VERGARA ELIZONDO

MAESTRANTE

Derecho Procesal II Promoción

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL