SUMARIO

La Acción: concepto y antecedentes históricos.- Elementos de la acción.- La Acción: clases.- El Objeto del proceso.- El Fin del proceso.- Juicio, Proceso, Procedimiento: diferencia.- El Debido Proceso: concepto y datos históricos.- Garantías básicas del Debido Proceso Civil.- Clases de Procesos.- El proceso Oral: aspectos generales y antecedentes.- Argumentos en pro y en contra.- Etapas del Proceso Civil.- Los Presupuestos Procesales.- Las Condiciones de la Acción.- Clases de Organos de la Función Judicial.- Personas que intervienen en los procesos.- Clases de Jueces.- Funciones de los jueces.- Facultades y deberes genéricos de los jueces.- Atribuciones y deberes de los jueces de lo civil.- Función del Juez en el Estado Constitucional de derechos y justicia.- Las partes procesales.- La capacidad para ser parte y la capacidad procesal.-Los Abogados.-El Decálogo del Abogado.- Deberes del Abogado.- Los Procuradores Judiciales.-Obligaciones del Procurador.-Personas que no pueden actuar como procuradores.-Terminación de la procuración.

LA ACCION: CONCEPTO

El origen de **la acción** está en el conflicto de intereses, mas el origen del **proceso** está en la acción, por lo que su estudio necesariamente precede al estudio del proceso. El estudio de la acción es la puerta de entrada al estudio del proceso.

El término **acción** deriva del latin agere que significa actuar, obrar, vocablo con varios significados de los cuales nos interesa aquel que le identifica como facultad de demandar, exigir actividad judicial, o reclamar un derecho en juicio, pues **si no hay un derecho afectado o en riesgo de afección, no hay acción, demanda, ni juicio**. De esta forma entendemos porque **todo derecho tiene su acción**, o porque **a cada derecho le corresponde una acción y un proceso**.

Aún antes de nacer el concebido tiene derecho a la salud, a la vida, la seguridad, etc, pues goza de capacidad adquisitiva, es decir aptitud jurídica para ser titular de una amplia gama de los llamados derechos SUBJETIVOS que luego progresivamente se van incrementando en la forma de derechos, primarios o secundarios, públicos, privados, individuales, colectivos, patrimoniales, extrapatrimoniales, civiles, laborales, etc., que en un Estado de Derecho se encuentran protegidos todos y cuentan con GARANTIAS determinadas en el ordenamiento jurídico, es decir en el derecho OBJETIVO. Mas como los derechos subjetivos se establecen en relación a otro sujeto social, hay una correlación entre derechos y deberes(“lo que es derecho para uno, es obligación para otro”, pues “no puede haber un derecho sin la correspondiente obligación”), encontrando que en todo derecho subjetivo subyace una **relación jurídica** en la que hay un sujeto activo, titular del derecho, con un efecto jurídico a su favor; y, otro pasivo, llamado a observar o respetar ese derecho, con un efecto jurídico que es un deber o carga. Ejemplificando, tal **relación jurídico sustantiva** en la compraventa se da entre vendedor y comprador; en el matrimonio, entre marido y mujer; en el arrendamiento, entre arrendador y arrendatario; en lo laboral, entre empleador y trabajador; en un crédito, entre acreedor y deudor, etc., mas en caso de afección a dicha relación, la ley atribuye al titular afectado otro derecho que se denomina **ACCION** que ejercida mediante una demanda dará paso a un juicio en el que se establece una **relación jurídico procesal**, en la que se enfrentarán como partes actora y demandada, los sujetos de la relación sustantiva o material, en búsqueda de tutela coactiva del Juez.

Esto es así porque en la actividad diaria el ser humano, falible por naturaleza, de forma deliberada o no, consciente o aún inconscientemente, se involucra en conflictos por irrespeto, violación, afección o lesión a los derechos SUBJETIVOS de terceros, lo que conlleva también la violación de la norma de derecho OBJETIVO que los protege, situación que genera a favor del afectado otro derecho denominado ACCION, con cuyo ejercicio por medio de una demanda, buscará del Juez la reparación tanto de su derecho subjetivo, como el restablecimiento del derecho objetivo, es decir de la ley violada. Solo así se entiende que “la acción nace de la infracción”, o que “no hay acción sin derecho, ni derecho sin acción”, o que “la acción es un **derecho potestativo** atribuido al afectado” que por ello puede ejercerlo o no, asumiendo las consecuencias en cada caso(pérdida del derecho o de la acción), mas de ejercerla debe ser mediante demanda dirigida al juez competente. Por ello “no debe confundirse el derecho subjetivo con la acción que lo tutela”.

De similar manera podemos señalar que frente a cada derecho violado, la ley determina la acción correspondiente. Así la violación a un derecho de crédito por falta de pago, genera a favor del afectado una acción personal crediticia; si se afecta el derecho de dominio por parte de un poseedor, aquello dará origen a una acción real de reivindicación judicial a favor del dueño; la violación a un derecho patrimonial originará a favor de su titular, una acción patrimonial; si el derecho afectado es extrapatrimonial, la acción también lo será; o por último, si se infringe un derecho fundamental, primario o sustancial atribuido a todas las personas(art.6 Constit.), dará origen a una acción constitucional; mas si se viola un derecho secundario como los inicialmente ejemplificados, se originará una acción legal.

Si bien la acción es anterior al proceso, su estudio es fundamental dentro de la Ciencia Procesal para saber entender muchas de sus instituciones. Su trascendencia ha llevado a la formación de la Teoría de la Acción, que a criterio de varios procesalistas es una de las mas importantes y complejas, aunque otros consideren que se la ha sobredimensionado.

Históricamente han existido **dos concepciones** de la acción, una clásica o de derecho sustantivo; y, otra moderna, procesalista o de derecho autónomo. La primera considera a la acción como un derecho subjetivo emanado del mismo derecho sustantivo, sin considerarle como una entidad jurídica autónoma, lo que es entendible, pues hasta el último tercio del siglo XIX todo estudio o elaboración de conceptos se enmarcó en la teoría y técnica del derecho sustantivo, siendo común confundir la acción con el derecho que se hacía valer en juicio. A su vez, en el plano legal, muchas normas procesales formaban parte del derecho sustantivo o material, primando así una concepción sustantivista de la acción. En otros términos para la corriente civilista, la acción es el mismo derecho subjetivo esgrimido o perseguido en juicio, lo que los romanos llamaban el "ius persecuendi in judicium" o derecho a perseguir en juicio lo que nos es debido, que sería la medida o ámbito de la acción. También se consideró que, "así como el derecho es la acción en potencia, la acción es el derecho en acto, es el derecho en pie de guerra", por lo que **se consideró a la acción y al proceso, como capítulos del derecho sustantivo**, criterios que sirvieron de fundamento a la llamada Doctrina Civilista del Proceso.

Esta corriente fue cuestionada especialmente por Oscar von Bulow, Chiovenda, Carnelutti y Goldshmith, quienes inician estudios y propuestas sobre Derecho Procesal, que se erige como rama autónoma del derecho sustantivo o material, logrando establecer la clara distinción entre la **acción como derecho** regulado en la ley sustantiva; y, la **acción como modo de ejercicio**, normado en la ley procesal, esto es, como un derecho subjetivo, potestativo y autónomo, independiente del derecho material, con una clara concepción procesalista de la acción.

Hoy se conceptúa a la acción de varias formas:

-como “potestad, facultad o poder jurídico conferido por ley a todo individuo para generar o provocar la actividad jurisdiccional del estado en defensa de sus derechos”. Por ello se dice que “no hay jurisdicción sin acción”.

-como “derecho potestativo que tienen las personas para promover un proceso”, y es potestativo, porque nadie está obligado a demandar en contra de su voluntad. Se requiere de la manifestación de voluntad del afectado. Por ello Ferrajoli considera que **el derecho de accionar en juicio**, como todo derecho civil potestativo, es un derecho humano **secundario**, aunque el **derecho al debido proceso** sea un derecho humano **primario.**

-como "poder jurídico pre procesal, es decir anterior al proceso, que permite dar vida y respeto a la ley y a los derechos, a través del proceso". En verdad, la acción tiene su origen en el conflicto y el conflicto es anterior al proceso, es el germen del proceso.

- En un Estado Constitucional, en el que todo análisis o concepción jurídica de fondo debe hacerse desde una perspectiva constitucional, considero que “ la acción es un derecho civil potestativo de protección, reconocido y garantizado por la Constitución y la Ley a favor de toda persona afectada en sus derechos subjetivos, en miras a lograr por medio del debido proceso, una resolución de autoridad que imponga su respeto, reivindicación, reparación o abstención de atentarlos”. Si partimos de que a cada derecho le corresponde una garantía, la acción viene a ser un **derecho autónomo**, garante y protector **de los demás derechos**. Es un derecho al servicio de los otros derechos.

Concluyamos precisando que, uno es el derecho subjetivo lesionado, otro el derecho objetivo inobservado, otro el derecho potestativo acción, y otro el derecho al debido proceso, aunque entre ellos se interrelacionan y complementan.

ELEMENTOS DE LA ACCION

Los elementos de la acción son:

a).-el sujeto activo, titular del derecho transgredido o lesionado y titular de la acción, a quién le asiste el poder jurídico para ejercer la acción, por ejemplo el acreedor; y, el sujeto pasivo o infractor, llamado a enfrentar tal ejercicio y a reparar la lesión de aquel derecho, que sería el deudor.

b).-el objeto, esto es, el derecho subjetivo afectado y tutelado por la ley que le asiste al sujeto activo y que al exigirse en juicio, se denomina petitum o pretensión. En el ejemplo, el dinero no pagado mas intereses. Tratándose de una cosa mueble que no pueda entregarse por haberse destruido, habrá lugar a una prestación equivalente, o a la indeminización respectiva. En otros casos el objeto será la nulidad de una venta, la reivindicación, etc.; y,

c).-la causa, esto es el antecedente de **hecho,** la razón, o simplemente el **hecho** violatorio del **derecho** **subjetivo** y del **derecho objetivo**(norma) que lo tutela, y que relaciona a los sujetos activo y pasivo de la acción, que dentro del proceso se denomina **causa petendi**. En otras palabras, la razón por la que le asiste la acción al sujeto activo. Por ej. la falta de pago, la falta de reconocimiento voluntario de la paternidad, el incumplimiento de un contrato.

Estos elementos se deben señalar clara y objetivamente, dentro de los requisitos de la demanda, pues un error llevaría a perjuicios procesales. El primero, al precisar la identidad de actor y demandado; el segundo, con el señalamiento de la pretensión, es decir la cosa cantidad o hecho que se demanda; y el tercero, con la determinación de los fundamentos de hecho o antecedentes del conflicto, y la indicación de la norma legal violada.

LA ACCION: CLASES

Dado que no hay acción sin derecho, ni derecho sin acción, para efectos de clasificación la acción toma la naturaleza del **derecho** afectado y en algunos casos su nombre, según la amplia gama que hemos ejemplificado(públicos, privados, reales, personales, patrimoniales, extrapatrimoniales, renunciables, irrenunciables, etc.). Su certera identificación permite precisar el tipo de acción, demanda, proceso y sentencia, así como la forma de ejecutarla y el objeto o bien sobre el que debe recaer la ejecución.

Entre otras tenemos:

1.- Acciones Constitucionales y Acciones Legales. Las primeras se originan al vulnerarse **derechos** fundamentales tutelados por la carta magna, que al decir de Ferrajoli, son “aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos”, teniendo como ejemplos a las acciones de protección, habeas corpus, habeas data, por incumplimiento, extraordinaria de protección, etc.. Las segundas son las que se generan en la violación de d**erechos** reconocidos y protegidos por las leyes y que según su naturaleza dan margen a las acciones civiles, penales, laborales, mercantiles, etc.

2.-Acción Pública o Privada, según el derecho subjetivo jurídicamente protegido y afectado, sea de orden público o privado. En el primer caso la acción penal pública por atentado a la vida; o por atentados a la naturaleza o al medio ambiente. Para esta última, el art.71 de la Constitución concede acción pública a “toda persona”(actio popularias); y, en el segundo la derivada de la falta de pago de un crédito, o del atentado a los linderos de un inmueble. Generalmente las acciones civiles son de naturaleza privada.

3.- Acción transmisible o intransmisible, según el derecho violado sea de uno u otro orden y así los establezca la ley, como sucede en el primer caso con los derechos de crédito, de dominio, etc.; o en el segundo con relación a derechos personalísimos que no pueden ser objeto de transmisión, como sucede con las acciones relativas a derechos de usufructo, uso, goce, habitación, alimentos.

4.- Acción renunciable o irrenunciable, según la ley permita o no su renuncia. En el primer caso cuando mire solo al interés individual del renunciante; y en el segundo, si la ley expresamente lo prohibe. Ej. en el primer caso la acción de prescripción adquisitiva, de cobro de una deuda; en el segundo (art.123 C.Civil) la acción de divorcio, de nulidad de matrimonio.

5.- Acción prescriptible o imprescriptible. La mayoría de acciones tienen un plazo para su ejercicio, y son de corta, mediana o larga duración, mas de no hacerlo, pierden eficacia por la prescripción, que de esta forma hace cesar la incertidumbre de los derechos, tornando jurídico y consolidado por el decurso del tiempo, un estado de hecho, o en otros casos subsanando un estado jurídico defectuoso. El art. 2414 y siguientes del C. Civil regula de manera general la prescripción de las acciones. De manera particular tenemos, la acción de divorcio art.124 C.Civil, la acción de petición de herencia art 1292, las acciones ejecutivas y ordinarias en general, art.2415, las acciones por honorarios art.2421. Sin embargo existen acciones imprescriptibles que las considero vitalicias pues se pueden ejercer en cualquier tiempo al estar vinculadas con la defensa de derechos vitalicios **constitucionales** como la vida, la seguridad, la honra, la identidad, el medio ambiente, la naturaleza; o de derechos **legales**, como la acción revocatoria del decreto de posesión definitiva de los bienes del desaparecido, la acción para establecer una servidumbre de tránsito a favor de un predio sin acceso, o la de división de bienes de varios condueños.

6.- Acción mobiliaria o inmobiliaria, según sea la naturaleza de la cosa o derecho violado, sobre el que se ejerce la acción. El art.597 del C.Civil señala que “Los derechos o **acciones** se reputan bienes muebles o inmuebles...Así, la acción del comprador para que se le entregue la finca comprada, es inmueble; y la acción del que ha prestado dinero, para que se le pague, es mueble”. Si se reclama el derecho de usufructo sobre un mueble o inmueble, la acción será según el caso mueble o inmueble.

7.-Acción de Conocimiento: a).-Declarativa, si persigue el reconocimiento, comprobación o constatación de un derecho o un estado jurídico ya existente. Ejs. la acción redhibitoria por vicios, la acción ordinaria declarativa de daños y perjuicios, la acción de mera declaración de dominio. B).- Constitutiva la que por medio del proceso pretende crear, modificar o extinguir una situación jurídica. En el primer caso se busca generar un estado jurídico antes inexistente, como por Ej.la declaratoria de interdicción. En el segundo se busca cambiar un estado por otro distinto, ej. la determinación de plazo para el cumplimiento de una obligación, cuando no se lo ha hecho, o el requerimiento para constituir en mora al deudor. En el tercero se busca, extinguir una situación jurídica preexistente, ej. las acciones de nulidad, resolución, revocación, divorcio. C).-De Condena, la encaminada a obtener de la autoridad un pronunciamiento que imponga al demandado una obligación de dar, hacer o no hacer algo. Por medio de su ejercicio se busca del juez una sentencia que a la vez que declare un derecho, la ejecute.

8.-Acción patrimonial o extrapatrimonial, en el primer caso si la violación guarda relación con la adquisición, goce, administración, etc. de los bienes, por lo que su contenido es primordialmente económico; y en el segundo con el reconocimiento o ejercicio de los derechos extrapatrimoniales. Ejs. en el primer caso, una acción de pago; y en el segundo, una de paternidad.

9.-Singular o universal, según la acción patrimonial recaiga sobre uno o mas bienes determinado como en la de pago de un crédito; o, en el segundo caso sobre una totalidad de bienes o derechos, como en las acciones de concurso de acreedores, de inventario, etc.

10.-Acción nominada o innominada, según la ley o el derecho le asigne un nombre propio; o, en el segundo caso, la que no teniendo, es llamada por el nombre del hecho que la constituye. En el primer caso, las acciones rescisoria por lesión enorme(1829), pauliana o revocatoria de actos o contratos(art.2370), publiciana o de recuperación de la posesión perdida(960), aquiliana o cuasidelictual(2214). En la segunda, una acción crediticia que no conste en documento; o que conste en un documento informal; o la del comprador para que se le entregue el objeto vendido.

11.-Acción petitoria o posesoria, según en el primer caso se ejerza para la defensa del derecho de propiedad sobre todo o parte de un bien o un derecho, ej. la acción reivindicatoria; o, en el segundo, para la protección de la posesión, como las de amparo o recuperación de la posesión, obra nueva, obra vieja, despojo violento.

12.-Acción de pura declaración de certeza positiva o negativa, según se pida la declaración de un derecho que pertenece al actor, como el de propiedad, o se exija la declaratoria de no existencia de un derecho, como en la acción que persigue se declare que un inmueble no está sujeto a una servidumbre, o que no existe un crédito, o la no existencia de un estado civil .El C. de Menores establece que en caso de que una persona haya sido obligada por resolución judicial al pago de alimentos a favor de quién no ha sido ni reconocido, ni declarado como hijo suyo, puede intentar una acción orientada a que se declare que no es padre de aquel. Cabe aclarar que con el ejercicio de estas acciones se busca acabar con un estado de incertidumbre, aunque no exista conflicto.

13.- Acción Real o personal, según involucre o nazca de la violación de un derecho, de una u otra naturaleza. Es derecho real el que se tiene sobre una cosa sin relación a determinada persona.Ej: los derechos de dominio, usufructo, hipoteca, prenda, herencia. Es personal el que puede reclamarse solo respecto de cierta persona.Ej: alimentos,un crédito. El C.Civil en sus arts.595,596 precisa que de estos derechos, nacen justamente las acciones reales y personales. Como precisamos al iniciar este tema, la certera identificación de la acción nos permitirá por ejemplo entender que la sentencia que se dicte al fin del proceso, puede ejecutarse sobre todos los bienes del deudor u obligado(acción personal); o en una cosa o bien en particular(acción real). En el primer caso recordemos que “El patrimonio del deudor constituye prenda general de sus obligaciones”.

14.- Acciones diversas y alternativas. Según el art.145 del COGEP, se pueden proponer en una misma demanda, acciones diversas o alternativas, generalmente en juicio ordinario, por razones de economía y concentración, siempre que exista identidad entre los sujetos. Así, A puede demandar a D, en caso de mora o incumplimiento, a la vez, el pago de una suma de dinero, la devolución de un objeto prestado y la entrega de un mueble comprado. En las alternativas, se deja al demandado la opción de cumplir una obligación de varias maneras, así, la entrega del bien comprado, o la restitución del precio pagado. Ej. art. 1800 C.Civil “Los vicios redhibitorios dan derecho al comprador para exigir la rescisión de la venta **o** la rebaja del precio”.

15.- Acciones contrarias e incompatibles. Si bien el art. 145 del COGEP permite proponer en una demanda acciones diversas, estas no pueden llevar posiciones jurídicas contrapuestas y por ende contradictorias, como cuando el vendedor reclama la nulidad de la venta y el pago del precio. Las segundas, no guardan la armonía o empatía jurídica, que permita su debate dentro de un mismo proceso. Así, no se puede demandar en un mismo acto y a la misma persona, la prescripción adquisitiva de dominio y la declaratoria judicial de paternidad.

16.- Acciones jurídicamente posibles y jurídicamente imposibles, según el derecho violado se encuentre o no tutelado por el ordenamiento jurídico, y por ende, concedan o no acción, esto es, sean o no susceptibles de ser exigidos judicialmente. De la primera tenemos las acciones originadas en derechos y obligaciones lícitas, que conceden al afectado acción para exigir su cumplimiento, Ej. pago de una deuda, o entrega de un bien legalmente adquirido. De la segunda, las acciones sobre derechos originados en actos o contratos que adolecen de objeto ilícito o en general prohibidos por la ley, como las deudas contraídas en juegos de azar, por venta de material pornográfico, o que no cuentan con el fundamento de derecho para su ejercicio, como una acción de divorcio por incompatibilidad de caracteres, o las relativas a obligaciones naturales(art.1486 C.Civil); y en general las acciones contrarias a la constitución o la ley.

17.- Acciones materialmente posibles y materialmente imposibles, según el objeto de la acción y de la pretensión del afectado sea posible de realización, como el construir una casa; o, en el segundo caso, el rejuvenecimiento genético de una persona.

18.- Acciones relevantes y acciones irrelevantes, según el conflicto jurídico de intereses tenga o no, trascendencia jurídico social. El tema es tratado por la Teoría de la Insignificancia que considera que las acciones que son resultado de conflictos intersubjetivos pero que tienen poca connotación social, no deben tener entrada judicial, en miras a limitar la carga laboral, pues no justifican los costos de tiempo, esfuerzos y dinero que conlleva un proceso. Además se busca frenar el uso y abuso del derecho de acción por parte de personas litigantes que proponen acciones meramente retaliatorias o intimidatorias.

EL OBJETO DEL PROCESO

Gramatical y Jurídicamente entendemos como objeto al asunto, materia o propósito de algo.

En base a los criterios conceptuales sobre la acción, se han obtenido también varios criterios doctrinarios respecto del objeto del proceso. Unos consideran que el objeto del proceso constituye el derecho subjetivo lesionado, cuya reparación reclama el actor de la causa. Otros creen que es la relación jurídica sustantiva afectada, la misma que ha ligado a los sujetos activo y pasivo de la acción. Unos terceros que sostienen que el objeto del proceso esta constituido por las pretensiones del actor, que muchas veces rebasan el derecho subjetivo lesionado. También tenemos a quienes piensan simplemente que el proceso tiene por objeto una sentencia sobre los asuntos controvertidos, pues creen que la resolución o pronunciamiento es el asunto de fondo del proceso.

Aceptación mayoritaria ha tenido aquel criterio que considera que el objeto del proceso está constituido por las pretensiones generalmente contrarias y antagónicas que las partes buscan satisfacer o solucionar por medio del proceso, y que generalmente quedan fijadas en la traba de la Litis o puntos de controversia. Las del actor giran en torno a una cosa cantidad o hecho que reclama para si; las del demandado al rededor de su oposición y excepciones, ocasionalmente su reconvención, reclamo de costas, etc. Este criterio es el mas exacto, dada la naturaleza bilateral de la acción, pues si bien el poder jurídico que pone en actividad al órgano judicial competente por medio de la demanda, lo detenta y es ejercido por el sujeto activo de la acción, no es menos cierto que al contestar el demandado, sujeto pasivo, ejerce también “su propia acción” o “pretensión resistida”, a través del derecho a la excepción. Ocasionalmente la traba de la Litis se constituye ipso iure, de manera tácita, en los casos del art. 157 del COGEP en que la falta de contestación permite al Juez apreciar como negativa de los fundamentos de la demanda.

La determinación del objeto del proceso es relevante, pues fijado aquel, por el mismo hecho queda fijado tanto el tema probandum o ámbito de la actividad probatoria, como el tema deecidendum o ámbito de su resolución. Al respecto el art. 19 del C.Orgánico de la Func. Judicial prescribe que “Las juezas y jueces **resolverán** de conformidad con lo fijado por las partes como **objeto del proceso** y en mérito a las **pruebas** pedidas, ordenadas, y actuadas de conformidad con la ley”.

Alrededor del tema se ha construido la denominada Teoría del Caso que racionaliza la versión fáctica, jurídica y probatoria formulada por las partes.

EL FIN DEL PROCESO

Existen cuatro corrientes doctrinarias que buscan precisar el fin del proceso.

1.- Una Subjetiva o Privatista que considera que el proceso persigue como fin la tutela de los derechos subjetivos y la resolución de los conflictos de los particulares, pues considera que si el proceso conlleva una pugna de intereses, su finalidad no puede ser otra que la de resolver aquella y satisfacer los intereses particulares a través de una sentencia que declare o constituya un derecho. Como se aprecia, para esta corriente el interés prevalente es el individual y privado de las partes, pues el interés público se hace presente únicamente para regular las formas y solemnidades procesales, la jurisdicción y competencia del juez, la resolución y ejecución al servicio de las partes procesales. En definitiva **prima en el proceso, la utilidad, rentabilidad e interés particular**.

2.- Otra Objetiva para la cual el proceso persigue como fin la reivindicación de la ley, la realización del derecho sustantivo, la defensa del orden público y la seguridad jurídica.

3.- Una tercera que la podríamos denominar sociológica, para la cual, el proceso persigue como fin, el restablecimiento de la paz social con justicia.

4.- La Publicista predominante, que busca conjugar el interés particular con el social y el jurídico del Estado. Para esta, el proceso persigue como fin la resolución del conflictos entre particulares, el restablecimiento del orden jurídico alterado por la pugna de intereses; y, la obtención de la paz social con Justicia(art. 21. C. Org. Func. Judicial). Como se aprecia, para esta corriente por sobre el interés legítimo de las partes, impera como **fin primordial del proceso, la utilidad, rentabilidad e interés social y estatal.**

JUICIO, PROCESO, PROCEDIMIENTO: DIFERENCIA

Dado que en el quehacer procesal utilizamos a diario estos términos impropiamente como sinónimos, conviene identificarlos y diferenciarlos.

El término juicio fue utilizado ya en el Derecho Romano bajo la denominación de lis o iudicium, vocablo latino derivado de iudicare que significa el acto del Juez de declarar o decidir el derecho. El término proceso, utilizado regularmente desde la Edad Media, proviene de procesus (camino a seguir) y este del verbo procedere (avanzar, progresar).

Juicio es la contienda legal sometida a la resolución de los jueces”, lo que presupone la existencia de un conflicto de intereses, esto es una relación jurídico sustantiva en conflicto. Esta definición hace relación al proceso contencioso, mas no al voluntario, ni al proceso en general, lo que nos impone precisar que el proceso es el género y el juicio es una especie dentro de ese género, por lo que, todo juicio es un proceso, pero no todo proceso es un juicio. Este uso indiferenciado y erróneo que era evidente en el Código de Procedimiento Civil, hoy ha sido superado aunque deficientemente en el COGEP, como pasamos a señalar.

Existe también diferencia entre proceso y procedimiento, pues el proceso es el resultado de la sumativa jurídica de actos, mientras que el procedimiento es el orden y sucesión armónica de aquellos actos. El procedimiento es la extensión o longitud formal del proceso, es la expresión activa del proceso que le permite al Juez establecer el vínculo entre el caso concreto, y la norma general y abstracta. El proceso es el “vehículo” y el procedimiento el “camino” que se debe recorrer en el accionar ante los órganos de justicia. Desgraciadamente a pesar de que el Título I del Libro IV del COGEP se titula PROCESOS de Conocimiento, a renglón seguido se habla de los PROCEDIMIENTOS Ordinario, Sumario, etc., confundiendo proceso con procedimiento. Entonces para despejar dudas diremos que, “lo que diferencia a un proceso de otro, es el procedimiento”, o que el estudio del procedimiento, es solo una parte del objeto de estudio del proceso.

Esta diferencia tiene importancia para entender por ejemplo, porque la fijación del tipo de proceso en la demanda es facultativo del actor, y porque la dirección del procedimiento es responsabilidad del juez. Porque, la indebida fijación del tipo de proceso en la demanda, llevaría al demandado a deducir excepción de improcedencia del trámite, y porque la violación del procedimiento, en ciertos casos deriva en nulidad de lo actuado, “por vicio de **procedimiento**”,(art. 110 del COGEP).

EL DEBIDO PROCESO: CONCEPTO Y DATOS HISTORICOS

“No puede existir Estado de Derecho ni orden constitucional, allí donde no exista un debido proceso”.

“El debido proceso es el conjunto de derechos y garantías que protegen a toda persona del abuso de la autoridad, en aras de la Justicia”.

Personalmente considero que “El debido proceso es el instrumento jurídico que garantiza la tutela efectiva, imparcial y expedita de los derechos e intereses de las personas y la naturaleza”. El aquel proceso jurídicamente organizado para garantizar el efectivo ejercicio de los derechos humanos a la vida, la libertad, los bienes, etc., que según el art.3 de la Constitución “..es un deber primordial del Estado”.

Estos preceptos consagran el criterio antropocéntrico de que el hombre es el centro de la actividad del estado y de la ley, y que el culto a su dignidad plena, condición humana y derechos fundamentales, solo tiene lugar con el respeto al debido proceso, en su doble dimensión, adjetiva o formal y sustantiva o material, que garantiza que nadie puede ser juzgado sino “..con observancia del trámite propio de cada procedimiento”(art. 76 No.3), en miras a que toda autoridad administrativa o judicial, garantice la tutela efectiva de los derechos e intereses de las partes(No. 1). En esta virtud el derecho al debido proceso, **es un derecho humano primario,** común a todas las personas.

Esta garantía constitucional de profundo contenido jurídico-filosófico, a la que unos le asignan la naturaleza jurídica de un derecho cívico fundamental, otros de un principio general de derecho y unos terceros de una institución o concepto procesal indeterminado, lleva implícita la aspiración de un proceso justo que le es debido a toda persona por su condición de tal, en el que pueda formular sus alegaciones, pretensiones, excepciones, pruebas, impugnaciones, etc., en miras a la defensa efectiva de sus derechos e intereses, sobre bases de igualdad, imparcialidad, contradicción, publicidad, gratuidad, etc., siendo por ello que el art. 169 proclama que “El sistema procesal es un medio para la realización de la Justicia”..

Esta institución fue incorporada por al Parlamento Inglés en el “documento de las libertades de Inglaterra” o Carta Magna de 1215, bajo el nombre de “due process of law”, “legale judicium”, o debido proceso legal, con el objetivo humanista de frenar la arbitrariedad de quienes ejercían el poder absoluto, en miras a la defensa de los derechos fundamentales, prescribiendo que "Ningún hombre libre será detenido ni preso, ni desposeido de sus derechos ni posesiones, ni declarado fuera de ley, ni exiliado,ni perjudicada su posición de cualquier forma,ni nos procederemos con fuerza contra el,ni mandaremos a otros a hacerlo, a no ser por un juicio legal de sus iguales o por ley del país…”.

En Suecia en el siglo XIV se consagraba que el rey "..debe ser justo con sus ciudadanos de manera que no prive a ninguno, pobre o rico, de su vida o de su integridad corporal sin un proceso judicial en debida forma, como lo prescriben el derecho y la justicia… "

En el siglo XVI las Leyes de Indias también consagran la aspiración a un proceso justo cuando en alusión al modo de administrar justicia se decía que en pleitos entre indígenas o con ellos se debían guardar sus usos y costumbres, "...no siendo claramente injustos".

La Declaraciòn de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de agosto de 1789 entre otros aspectos prescribe que "Ninguna persona puede ser acusada, detenida ni encarcelada sino en los casos determinados por la ley y según las formas prescritas en ella..." ; "...nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito y legalmente aplicada...”

La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 constituye el primer instrumento internacional que garantizó en sus arts. 10 y 11 el derecho a un debido proceso, imparcial, público y justo.

En 1969 la Convención Americana de Derechos Humanos conocida como Pacto de San José incorporó un conjunto de normas que reconocen y garantizan el debido proceso.

Nuestra Constitución en su Título Segundo, Capítulo Octavo, art. 75 y siguientes, consagra al debido proceso como un derecho fundamental de protección, un derecho que es garantía de respeto y seguridad de todos los otros derechos.

GARANTIAS BASICAS DEL DEBIDO PROCESO

Una garantía es un medio de afianzamiento, aseguramiento o aval de cumplimiento de los derechos subjetivos, que brinda el Estado de Derecho a sus titulares. En este orden, el Ecuador es un Estado Constitucional de derechos cuya mas alta garantía, es la de Justicia.

El neoconstitucionalismo considera que los **derechos** y **garantías,** “son la ley del mas débil” y que particularmente **las garantías procesales** constituyen “derechos humanos primarios”, que conciernen indistintamente a todos, por lo que, en miras a asegurarles la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses subjetivos, públicos y privados, la Constitución dentro de los **Derechos** de Protección”(art. 76), determina las siguientes garantías básicas que aseguran **el debido proceso, en su doble dimensión, formal y sustancial**: “1…2…3…4…5…6…7,(**es parte de la materia, incluidos todos sus literales**).

La 1.- garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva por parte del Estado, es decir el derecho de prestación que le impone crear los medios legales “para que el derecho sea ejercido y la administración de justicia prestada”;

La 2.- consagra una presunción relativa o iuris tantum, la de inocencia, que admite prueba en contrario. En otras palabras la inocencia se presume, la culpabilidad se prueba. La carga de la prueba corresponde a quién acusa. Esta presunción tiene un fundamento ético: Es preferible absolver a un culpable que condenar a un inocente.

La 3.- consagra los principios de legalidad sustantiva y adjetiva, que históricamente limitaron el abuso de poder por parte del Estado y sus autoridades. La primera, “no hay delito ni pena sin ley anterior que lo declare”; la segunda, “nadie puede ser juzgado sino mediante un proceso previamente establecido en la ley” y ante su juez natural. Estos principios buscan eliminar la arbitrariedad judicial y garantizar certeza, previsión y seguridad jurídica.

La 4.- consagra los principios de legalidad y pertinencia de las pruebas.

La 5.- consagra los principios de retroactividad y “favorabilidad” de la ley en beneficio del infractor y el “in dubio pro reo” en toda materia.

La 6.- consagra el principio de proporcionalidad entre la infracción y la sanción, en toda materia.

La 7.- consagra el derecho a la defensa conocido también como “proscripción de la indefensión”, que incluye principios procesales tales como el de oportunidad, igualdad, audiencia, publicidad, motivación y otros.

CLASES DE PROCESOS

Si como hemos expuesto a cada derecho afectado le corresponde una determinada acción, y a cada acción le corresponde un determinado proceso, es importante conocer algunas de sus mas importantes clases, a saber:

**a.-** según la jerarquía de los derechos en conflicto, en procesos legales y constitucionales. Los primeros a cargo de los jueces de legalidad que en primera instancia son los jueces de lo civil, en segunda las salas de lo civil y mercantil de cortes provinciales, y en casación, las salas de lo civil y mercantil de la corte nacional. Ej. proceso de pago, reivindicación, nulidad de actos o contratos, etc. Los segundos resultantes del ejercicio de acciones constitucionales, cuya competencia se atribuye por sorteo a los mismos jueces de la justicia legal, sin distinción de su competencia por la materia, con la precisión de que el mas alto y definitivo tribunal es la Corte Constitucional. Ej. procesos de habeas corpus, habeas data, extraordinarios de protección, etc.

**b.-** por el ámbito de ejercicio de la jurisdicción, en procesos de jurisdicción contenciosa y voluntaria. Si bien se dice que la jurisdicción contenciosa es la propiamente dicha, esto es aquella en la que el juez ejerce a plenitud sus facultades de notio, judicium e imperium, resolviendo controversias, a disgusto de muchos procesalistas, nuestra ley reconoce también la existencia de la jurisdicción voluntaria, impropia, honoraria o administrativa, y por ende de los procesos de jurisdicción voluntaria, que como hemos estudiado, son procesos sin litigio, o como han sido denominados, “procesos aparentes”.

**c.-** por el tipo o carácter de la pretensión, en procesos de cognición, ejecución y aseguramiento.

- El proceso **de cognición o conocimiento**, en oposición al de ejecución, es aquel que busca del juez, una DECLARACION DE VOLUNTAD sobre una pretensión discutida, lo que hace necesario un juzgamiento contradictorio, con **conocimiento pleno o completo** de las alegaciones, argumentos, pruebas de las partes y desarrollo de las actividades de notio, judicium e imperium por parte del Juez, a fin de proceder **en sentencia** a **“transformar los hechos en derecho”** y dar la razón al contendiente que efectivamente la tenga.

Los procesos de cognición **se subdividen en declarativos, constitutivos y de** condena (aunque a veces participan de una u otra naturaleza).

1.- **Declarativos**, los que por medio de la sentencia constatan o comprueban una situación jurídica o un derecho preexistente, a fin de terminar con un estado de incertidumbre y evitar el perjuicio o daño que pueda de ello derivar. Aquí no existe un estado de hecho contrario al derecho, sino un estado de incertidumbre que afecta su derecho subjetivo a la seguridad jurídica. Pueden ser positivos, como la tercería excluyente de dominio, la declaratoria de paternidad, reivindicación, linderos, etc.;o, negativas, como el orientado a que se declare que no existe una servidumbre de tránsito. Se incluyen en estos los **procesos de pura declaración de certeza positiva o negativa**.

**2.- Constitutivos**, los que por medio de la sentencia crean, modifican o extinguen una situación o estado jurídico, o un derecho (divorcio, nulidad de un contrato, resolución, declaratoria de interdicción), proyectando sus efectos hacia el futuro. En el divorcio, crea un nuevo estado, el de divorciados, modifica las relaciones de familia y extingue el matrimonio y la sociedad conyugal.

**3.- De condena,** los que persiguen una sentencia que imponga el dar, hacer o no hacer algo (pagar una deuda o transferir un bien; ejecutar una obra; abstenerse de turbar la posesión o interrumpir una servidumbre), que tiene como antecedente un hecho contrario al derecho.

**- El proceso de ejecución o cumplimiento**, es aquel por medio del cual no se busca una sentencia que declare un derecho, sino una MANIFESTACION DE VOLUNTAD, esto es, la actuación del órgano judicial encaminada a la efectivización, materialización o cumplimiento de un acto ya titulado o de un derecho declarado o pre constituido, en otras palabras, en miras a que se haga efectivo **el derecho ya** **determinado**, con una modificación de la realidad, **“transformando el derecho en hechos”.** El derecho preexiste sin discusión, solo cabe hacerlo cumplir, efectivizarlo, materializarlo. En este proceso, el Juez ejerce jurisdicción, no mediante actos de juzgamiento, sino de ejecución o cumplimiento de aquella pretensión ya declarada o titulada. Ej. un proceso sumario sobre prenda o reserva de dominio; un proceso coactivo; un proceso de ejecución de un laudo arbitral, una acta de mediación, o de una sentencia dictada en el extranjero.

**De aseguramiento o cautelar**, identificado en nuestra ley como “providencia preventiva”, es aquel que busca resguardar, precautelar o garantizar temporal o provisionalmente un bien sobre el cual se va a litigar o se litiga, o asegurar el pago de un crédito declarado o una pretensión jurídica que busca sea reconocida en un proceso cuya duración puede colocarla en riesgo. En síntesis, se pretende una medida anticipada o preventiva que brinde **seguridad jurídica** respecto tanto de la eficacia de la sentencia que a futuro se dicte, como de la actividad de la administración de justicia. Es un proceso con un trámite sumario propio y autónomo, de carácter accesorio del principal en el que se discute sobre la cosa, cantidad o hecho en conflicto. Ej. un proceso de secuestro de bienes, prohibición de enajenar, retención, arraigo, guarda y fijación de sellos, etc. En esencia, el proceso de aseguramiento busca garantizar la “tutela jurisdiccional efectiva de los derechos e intereses de las personas”, por lo que es: **accesorio** al conflicto principal; **provisiona**l, pues dura hasta que se resuelva aquel; de **naturaleza preventiva**, pues previene el perjuicio que pueda derivar de una sentencia que a falta de esta seguridad, no podría ejecutarse a futuro; **fundamentado**, sobre pruebas sumarias que lo justifiquen; **proporcionado**, en la medida de los intereses o derechos que merecen la tutela suficiente. El derecho subjetivo o bien jurídico afectado que justifica esta acción, es la seguridad jurídica.

d.-por la estructura o configuración de su procedimiento, según el art. 289 y siguientes del COGEP, en ordinarios, sumario, voluntario, ejecutivo, monitorio, y especiales como los contencioso administrativo y tributario.

e.-por la materia: en civiles, de inquilinato, laborales, etc;

f.-por la cuantía: pueden ser de mayor cuantía, menor cuantía, ínfima cuantía, cuantía indeterminada.

g.-por su forma: en preponderantemente orales y preponderantemente escritos. Los primeros, como el caso de los regulados en el COGEP, y los segundos, como el caso de la mayoría de procesos regulados en el anterior C. de P. Civil.

h.-por el alcance o contenido de las obligaciones: en universales como un proceso de concurso de acreedores o inventarios; o, singulares como uno de prescripción, rescisión o pago. El primero es universal tanto porque atrae hacia si, por vía de acumulación, todos los pleitos que se sigan en contra del deudor, en obligaciones de dar o hacer (fuero de atracción), cuanto porque en el deben concurrir todos los acreedores, y aún, porque en el se procede a la formación del balance de la totalidad de bienes, activos y pasivos del concursado. El segundo es singular porque versa sobre el interés o pretensión de una o mas personas, sobre una o varias cosas o derechos específicos o identificados.

i.-por su procedencia jurídica: en posibles e imposibles. Si según el art.8 del C.Civil,"A nadie puede impedirse la acción que no esté prohibida por la ley", será posible, aquel proceso ceñido a la ley y a la naturaleza de las cosas, e imposible aquel que vaya en contra de una norma legal, general o especial, contra un presunción de puro derecho, una sentencia de última ratio, o contra las leyes de la naturaleza. Ej. en el primer caso, el orientado a legalizar la propiedad de bienes fruto de un delito, o que busca la prescripción adquisitiva de un bien nacional de uso público; en el segundo, el que pretenda se invierta el curso de un rio, se cumpla con un contrato de rejuvenecimiento.

**EL PROCESO ORAL: APECTOS GENERALES Y ANTECEDENTES**

En este punto estudiamos el Proceso Civil Oral, por la necesidad de adecuar nuestra formación como abogados al mandato constitucional del art. 168 No. 6 de que “La sustanciación de los procesos EN TODAS LAS MATERIAS, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el SISTEMA ORAL…”, y a las exigencias del nuevo COGEP. Sin embargo reconozcamos que el proceso oral no es un fin en sí, sino un medio para lograr el fin de una administración de justicia ágil, oportuna y expedita

Para Cabanellas el proceso oral es aquel que en sus períodos fundamentales, se sustancia de palabra ante el tribunal, sin perjuicio del acta sucinta donde se consigne lo actuado. De mi parte considero que es aquel que se sustancia en una o mas audiencias ante el tribunal.

Sin embargo cabe precisar que es materialmente imposible un proceso oral puro, pues así como en el proceso escrito es imposible prescindir de actos de oralidad como la confesión, testimonios, juntas, etc. en el proceso oral es imposible prescindir de la documentación escrita en actas de audiencias, testimonios, sentencia, etc. Por ello al referirse al proceso oral es mas propio hablar de un proceso por audiencias, pues las fases de alegación, demostración, resolución, etc. se llevan concentradamente en una o mas audiencias.

Características del proceso oral son, la carga o responsabilidad del impulso procesal que corresponde a las partes, sin perjuicio del impulso oficioso del Juez; la vigencia plena del principio de preclusión, especialmente en lo tocante a la oportuna actuación de las pruebas, en miras a evitar dilaciones injustificadas y retardo en las resoluciones, lo cual incluso acarrea sanciones; la efectiva aplicación de principios de inmediación e indelegabilidad, que imponen al Juez que debe fallar, el intervenir en las audiencias, recepción de pruebas, deliberaciones, etc., lo que coadyuva a la economía procesal, en tiempo, esfuerzo y dinero.

En cuanto a los medios de prueba, en el régimen oral tienen plena utilidad los vigentes en el sistema escrito, mas su recepción es privativa del tribunal de la causa, excepcionalmente de sus miembros o de otro tribunal, en miras a lograr la toma de datos, impresiones esenciales, juzgar sus conductas, etc., mediante la relación verbal directa con las partes y sujetos auxiliares. Al decir de algún autor,"...el descubrimiento de la verdad se logra primordialmente, cuando el tribunal interviniente recoge por si mismo las informaciones que necesite para su decisión". Como ejemplo se citan los testimonios, en que mayor credibilidad se logra cuando el Juez pregunta, escucha, ve directamente al testigo, analiza su conducta, etc.. En el proceso oral son msa eficaces los principios procesales de publicidad, igualdad, contradicción, libertad de medios probatorios, carga de la prueba, valoración, resolución, impugnación, etc.

La oralidad en la administración de justicia es tan antigua como la humanidad, pues está vinculada con la emisión de expresiones sonoras que articuladas derivan en la palabra hablada, forma primaria de intercomunicación entre los seres humanos y germen del lenguaje oral, ya que la escritura asoma en etapas superiores de la evolución social.

La Antropología Jurídica conjetura que la oralidad fue utilizada formalmente hace aproximadamente dos mil quinientos años en la India, con la aplicación del Código de Manú, en procesos penales y civiles. Posteriormente en Grecia y luego en Roma en vigencia de las acciones de ley, en las que tanto acusador como acusado formulaban sus posiciones en forma oral, pasando luego al debate y al aporte de pruebas oralmente.

Con la difusión y práctica de la escritura, en ciertos períodos se dio mayor preeminencia a la expresión procesal escrita que a la oral.

En el año 1850 encontramos que en Hannover-Alemania se promulga el Código de Procedimiento Civil Oral; en 1898 se incorporó el proceso oral en la legislación Austríaca; en Latinoamérica, en el año 1945 Eduardo J.Couture formuló un proyecto de Código de Procedimiento Civil Oral,mas fue Guatemala el primer pais que en el año 1963 establece el proceso oral y promulga su Código Procesal Civil y Mercantil. En 1971 Colombia establece el proceso verbal para algunas controversias menores. En 1988 el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal aprobó en Rio de Janeiro el Código Procesal Civil Modelo, con posterioridad a lo que Uruguay ,Perú y México dictan sus Códigos con fundamentación oral.

En nuestro país actualmente la oralidad está presente en la casi totalidad de procesos judiciales, como una respuesta y lógica reacción a un proceso escrito lento, caracterizado por las dilaciones, incidentes, falta de intervención directa del juez, fórmulas y ritos innecesarios, etc. que han atentado a principios de celeridad, agilidad y eficacia.

**ARGUMENTOS EN PRO Y EN CONTRA DE LA ORALIDAD**

En pro:

1.-Facilita la **vinculación personal, directa, pública y permanente** entre el juez, las partes, los sujetos auxiliares y la actividad procesal, contrario al proceso escrito que se desarrolla en un ambiente de semi reserva que siembra dudas y de divorcio entre los sujetos procesales. Esta vinculación regular le va dando al juez conocimiento y convicción de la realidad del conflicto, mientras en el escrito, solo cuando se ha cumplido el proceso largo y tedioso, el Juez ausente de la mayoría de actos procesales, recién se informa de la actividad procesal, a veces hasta desacertada, sobre la que debe fallar.

2.-Permite la **concentración** de la actividad procesal, en pocas audiencias públicas que le ayudan al Juez a despejar dudas, reflejar igualdad y transparencia, evitar excesos de abogados faltos de ética y preparación, asegurar respeto a las solemnidades procesales, restringir las causas de nulidad, simplificar y agilitar los trámites, evitando su dilación injustificada, lo que garantiza celeridad, certeza y eficacia en los resultados. Se dice que **el proceso oral reduce en dos tercios el tiempo de sustanciación,** con relación al escrito marcado por peticiones, razones, proveídos, notificaciones, traslados, etc.

3.-En el proceso oral la **presencia** del Juez en las audiencias es solemnidad sustancial y condición de validez de los actos que se despliegan. En el escrito, contrariando la ley, es evidente su ausencia en audiencias, testimonios, reconocimiento de documentos y otras diligencias que son evacuadas por auxiliares, sin conocimiento ni competencia para ello.

4.-El proceso oral es mas **económico** pues ahorra tiempo, esfuerzos y dinero. Se sostiene que, “el hablar cuesta menos que escribir”, a mas de que la variedad de expresiones del lenguaje permiten una mas amplia expresión de las ideas, lo que contribuye a una rápida y fluida intercomunicación y entendimiento entre los sujetos procesales.

5.-En el proceso oral **disminuyen** los incidentes y causas de impugnación, pues el Juez al constatar error u omisión en una actividad procesal, lo subsana inmediatamente, eliminando el fundamento de la impugnación.

6.- En aspectos probatorios específicos, **disminuye** la frecuencia del falso testimonio y el error, a mas de que las partes ejercen mayor control sobre los interrogatorios.

7.-Se considera que la justicia oral es una justicia de puertas abiertas en donde tienen vida y vigencia plena las garantías del debido proceso y principios como los de igualdad, imparcialidad, celeridad, publicidad, inmediación, lealtad, concentración, etc., aspectos que no han podido ser satisfechos por un sistema escrito inepto, vigente por cerca de dos siglos.

En contra:

a.-que la capacidad oratoria puede ser abusada para crear situaciones irreales, deformar la verdad histórica o provocar confusión, en miras a conmover, convencer e influir en la libertad decisoria del Juez, aspecto rebatible pues por un lado la ley procesal pone límite al uso de la palabra, y por otro, un juez profesional y honesto obra objetivamente sobre pruebas, y no subjetivamente sobre suplicas, inventivas o afirmaciones no probadas;

b.-que en cuanto a la prueba, en la audiencia oral, el testigo, el perito, el confesante, ven alterado su estado emocional, lo que les impide relatar los hechos con exactitud, cuestión rebatible pues el juez justo le trasmite serenidad y seguridad, motivándole para que actúe ceñido a la verdad, concediéndole tiempo para que reflexione y exponga con certeza.

c.-que la sustanciación oral impide al Juez el estudio y resolución mesurada, serena y razonada, al margen del calor y euforia del debate procesal, pudiendo incluso llegar a fallos precipitados y erróneos, aspecto falso pues el Juez de la justicia oral va tomando nota de todos los hechos relevantes, utiliza silogismos menores para obtener conclusiones puntuales y llega a la sentencia con real conocimiento de causa y argumentos sólidos.

d.-que en caso de ausencia definitiva del juez por renuncia, destitución, muerte, los conocimientos asimilados no pueden ser trasmitidos al sucesor, quien resolvería sin mayor conocimiento de causa, cuestión inexacta pues queda un acopio de actas, constancias procesales, grabaciones, notas del antecesor, prueba documental, etc., elementos suficientes para sentenciar con real conocimiento de causa.

e.-que es extraño a nuestra historia y costumbres procesales, lo cual en principio es cierto, mas la responsabilidad y el profesionalismo, unidos a la capacitación y la práctica diaria permitirían asimilar rápidamente el cambio de sistema.

f.-que la oralidad exige cultura jurídica y judicial, capacitación específica de los administradores de justicia, medios técnicos, espacios físicos, a mas de que tampoco los abogados reciben ni en las aulas universitarias ni en la práctica, la necesaria formación en el campo de la argumentación jurídica, oral ni en el arte de la Oratoria Forense, mas ello es superable con el apoyo de los mismos centros de educación, los Colegios de Abogados, el Consejo de la Judicatura.

Sin embargo, ningún sistema será bueno si no hay buenos y competentes jueces y abogados

FASES DEL PROCESO CIVIL

 El proceso oral civil de conocimiento(contencioso por naturaleza), se caracteriza generalmente por tener tres etapas marcadas que son las de alegación, demostración y resolución. Mas con un criterio práctico señalamos las siguientes, que ponen en evidencia su carácter cognocitivo, pleno, completo o plenario:

1.-la de alegación: que comprende la demanda y la contestación, la reconvención de haberla y su réplica. En esta etapa predomina el principio dispositivo que impone a las partes el fijar los hechos, las afirmaciones y sus pretensiones. Se hacen presentes dos aspiraciones generalmente contrapuestas, la del actor y la del demandado.

2.-la de conciliación, que se puede dar en la audiencia preliminar del procedimiento ordinario o en la audiencia única del procedimiento sumario, ejecutivo o montorio en busca de un avenimiento, siempre con la participación activa del Juez. quien debe desplegar su mayores esfuerzos.

3.-la de demostración, esto es la actuación en la audiencia del juicio ordinario o en la segunda fase de la audiencia única de los otros procesos, de las pruebas anunciadas por actor y demandado en miras a demostrar los hechos afirmados en su demanda o contestación, pudiendo también el juez disponer oficiosamente para llenar el cuadro probatorio. En la producción de la prueba concurren los principios dispositivo e inquisitivo.

4.-la de alegatos o etapa preconclusiva, de naturaleza dispositiva, que permite a las partes presentar al Juez, en audiencia, sus informes o razonamientos en derecho que sintetizan los argumentos jurídicos y fácticos sustentatorios de su versión o “teoría del caso”.

5.-la etapa decisoria, de resolución o sentencia, constituida por el pronunciamiento motivado, basado en pruebas y ajustado a normas de derecho y equidad que realiza el Juez al fin de la audiencia, acogiendo o desechando, en todo o en parte, la demanda o la contestación.

6.-la etapa recursiva o de impugnación, que permite a las partes implementar los recursos horizontales o verticales permitidos por la ley, con el fin de que las resoluciones judiciales puedan ser reajustadas por el mismo juez que las dictó, o reconsideradas y fiscalizadas por instancias superiores. Según el art. 255 del COGEP, la impugnación se pude formular oralmente en la audiencia o diligencia en que se dicte la resolución, mas si se dictó fuera de audiencia, se formulará por escrito dentro de tres días siguientes a la notificación.

7.-la de ejecución, es la etapa en la que se debe cumplir, o en caso de desacato, hacer cumplir lo juzgado y resuelto, una vez que la sentencia se encuentre ejecutoriada. La ejecución se circunscribe a la realización de lo resuelto. Cuando no existe el cumplimiento voluntario de la sentencia, procede la ejecución forzosa, que varía según la naturaleza de cada proceso. En esta etapa se materializa el mandato contenido en la sentencia, se hace efectivo el derecho declarado, se cristaliza la garantía constitucional de la tutela efectiva de los derechos e intereses. Hay dos formas de ejecución, **una propia y otra impropia**. En la primera intervienen un **ejecutante y un ejecutado**, como en la ejecución de la condena a dar un bien o pagar una deuda y que regularmente es coactiva; en la segunda, intervienen **la parte procesal** interesada en el cumplimiento de las sentencias **meramente declarativas o constitutivas**, como la inscripción del divorcio, paternidad, reivindicación, linderos, etc., para la eficacia de lo resuelto, y que generalmente es voluntaria. Sin embargo, en los dos casos se cumple con una etapa de ejecución.

LOS PRESUPUESTOS PROCESALES

Son presupuestos procesales aquellos supuestos, requisitos o exigencias previas establecidas en la ley, para que se puedan generar actos procesales jurídicamente válidos, que den como resultado un debido proceso, un proceso jurídicamente válido. Si no se cumplen los presupuestos procesales, no se iniciará válidamente un proceso y los actos procesales posteriores estarán afectados de invalidez.

La omisión de uno o mas presupuestos impide al juez deliberar y resolver sobre el objeto del juicio, cuestión que le obliga a declarar la improcedencia de la acción o la nulidad procesal. Bien se considera que los presupuestos procesales son un límite a la actuación arbitraria de los jueces, pues aseguran el nacimiento, desarrollo y conclusión normal y válida de un debido proceso.

Los presupuestos procesales se clasifican en generales y especiales. Dentro de los primeros encontramos:

Presupuestos relativos al Juez o Tribunal: jurisdicción, competencia y capacidad subjetiva del Juez para conocer y resolver el conflicto, esto es, que no se encuentre incurso en causales de recusación o estado de demencia;

Presupuestos relativos a las partes: una demanda formal de parte del titular de la acción; capacidad para ser parte y capacidad procesal de actor y demandado(legitimatio ad causam y ad procesum); y, capacidad de representación legal de actor o demandado, en caso de intervenir un tercero por aquellos;

Presupuestos relativos al objeto: 1).- que no exista norma legal en contrario, que impida o prohiba la petitium o demanda, es decir que la cosa cantidad o hecho objeto de la demanda, sea un bien o interés jurídico tutelado por la ley. No sería por ejemplo, una deuda por venta de drogas; 2).- que no exista cosa juzgada, es decir que la acción propuesta no haya sido ya resuelta en otro proceso anterior; 3).- que no exista litispendencia, esto es, que la acción no esté siendo juzgada en otro proceso, pues no pueden darse dos procesos fundados en una misma acción.

Dentro de los segundos tenemos por ejemplo:

El patrocinio de un abogado en la demanda; la preexistencia de un título ejecutivo en el juicio ejecutivo; la falta de pago o dimisión de bienes, en el juicio de insolvencia.

LAS CONDICIONES DE LA ACCION

El art. 8 del C. Civil consagra que “A nadie puede impedirse la acción que no esté prohibida por la ley”, mas para que tenga acogida su acción en sentencia, será indispensable el cumplimiento de las condiciones objeto de este tema.

Mientras los presupuestos procesales buscan la construcción de un debido proceso, esto es, **un proceso jurídicamente válido**, las condiciones de la acción son aquellos requisitos “de mérito o de fondo”, que debe cumplir su titular-actor, si aspira una **sentencia favorable**.

Las condiciones de la acción son dos:

1).- CONDICIONES DE EJERCICIO: **a.-** la existencia de un derecho subjetivo jurídicamente tutelado que se encuentre lesionado, o en peligro de afección; **b.-** una demanda clara y completa en la que se demuestre el interés de ejercer la acción por parte de su titular; y, **c.-** una pretensión(cosa, cantidad o hecho), jurídicamente vinculada con el derecho afectado.

2).- CONDICIONES DE ADMISIÓN de la acción en sentencia: **a.-** la existencia de una norma que proteja el derecho del actor; **b.-** la identidad del actor con el titular de la acción y la del demandado con el sujeto pasivo, conocida como legitimatio ad causam; y, **c.-** la prueba de los hechos afirmados en la demanda, que deben subsumirse en el supuesto de hecho de la norma fundamento de la acción. Ej.- En el juicio de reivindicación, 1.- las norma es la del art. 933 del C. Civil; 2.- el actor debe ser el dueño no poseedor, y el demandado, el poseedor no dueño; y, 3.- la prueba deberá acreditar tanto esas calidades, cuanto la identidad exacta del bien que se pretende reivindicar. Ej.- En el juicio de prescripción, 1.- la norma es la del art. 2392 del C. Civil; 2.- el actor debe ser el poseedor no dueño y el demandado el dueño no poseedor; y, 3.- la prueba debe acreditar tales calidades, los actos de posesión, el tiempo exigido por la ley, la identidad correcta del bien, y que este es prescriptible.

CLASES DE ORGANOS DE LA FUNCION JUDICIAL

Cabe reivindicar primeramente que en un Estado Constitucional como el nuestro, el mas alto Tribunal de control, interpretación y administración de justicia constitucional no puede ser otro que la Corte Constitucional, órgano independiente y autónomo de la Función Judicial.

Según el art. 177 de la Constitución “La Función Judicial se compone de órganos **jurisdiccionale**s, órganos **administrativos**, órganos **auxiliares** y órganos **autónomos**”. El art. 178 los precisa, así:

a).- son órganos jurisdiccionales encargados de administrar justicia, la Corte Nacional de Justicia, las Cortes Provinciales, los Tribunales y Juzgados que establezca la ley y los Juzgados de Paz. La Corte Nacional está integrada por Salas Especializadas de lo Contencioso Administrativo; Contencioso Tributario; de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y de Tránsito; de lo Civil y Mercantil; de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores; y, de lo Laboral. Las Cortes Provinciales del número de Salas que determina el Consejo de la Judicatura. Los Juzgados de primera instancia son generalmente unipersonales. En ciertos cantones existen Unidades Judiciales Multicompetentes para asuntos civiles, laborales de inquilinato.

b).- es órgano de gobierno, administración, vigilancia y disciplina, el Consejo de la Judicatura y sus delegaciones provinciales o distritales;

c).- son órganos auxiliares: el servicio Notarial, los liquidadores, los martilladores judiciales, los depositarios judiciales, síndicos de quiebras, abogados y otros que determine la ley; y,

d).- son órganos autónomos: la Defensoría Pública y la Fiscalía General del Estado.

Estos órganos existen teóricamente para garantizar el pleno y efectivo ejercicio y defensa de los derechos establecidos en la Constitución y leyes de la república.

PERSONAS QUE INTERVIENEN EN LOS PROCESOS

El tema lo tratan los procesalistas con la denominación de "Los sujetos procesales", “Sujetos de la Relación Jurídico Procesal”, “De las Personas que intervienen en los Juicios”, o como titula el COGEP, “Los Sujetos del Proceso”. Las normas reguladoras de sus funciones, deberes, derechos, responsabilidades, cargas, etc., se encuentran tanto en ese código como en el C. Orgánico de la Función Judicial.

En todo proceso intervienen e interactúan, sujetos principales que cumplen un rol preponderante en el desarrollo de la relación jurídico procesales; y, auxiliares, que aunque no cumplan funciones continuas y trascendentes, contribuyen al desarrollo ordenado de los actos y al cumplimiento de las solemnidades y formalidades propias de un debido proceso, en miras al fin esencial que es Administrar Justicia.

Entre los primeros tenemos al juez y las partes procesales, actor y demandado, quienes componen la relación jurídico procesal triangular, aunque las partes son quienes tienen interés directo en el proceso.

Son sujetos auxiliares las personas subalternas del Juez, los funcionarios públicos y particulares que ya de forma regular u ocasional intervienen por mandato legal o requerimiento de parte, desplegando actividades previstas en la ley procesal, como por ejemplo los abogados, secretarios, oficiales mayores, policía, depositarios judiciales, peritos, testigos, funcionarios de las oficinas de sorteos, citaciones, etc. Dada la naturaleza de cada causa, no será extraño que intervengan como auxiliares, el Procurador General del Estado, Alcaldes y Síndicos Municipales, Registradores y Notarios, Fiscales , Jueces de la Niñez, etc., mas todos tienen que contribuir al objetivo de una administración de Justicia, ágil, oportuna y expedita.

El art.15 inciso cuarto del C. Orgánico prescribe que los servidores judiciales, cualquiera su denominación, función o grado observarán el principio de la “debida diligencia” en las actividades a su cargo. El art.30 impone el cumplimiento del principio de colaboración o cooperación con la Administración de Justicia, por parte de todos los miembros de las Instituciones públicas y privadas, so pena de incurrir en delito de desacato.

CLASES DE JUECES

En principio los podemos clasificar en jueces de jurisdicción legal, los que integran los órganos jurisdiccionales señalados en el art. 178 de la Constitución, y en jueces de jurisdicción convencional, que serían los árbitros. Entre los jueces de jurisdicción legal, encontramos jueces ordinarios y especiales. Los primeros ejercen jurisdicción ordinaria en los conflictos relativos a todas las personas y cosas sujetas al fuero común, los segundos jurisdicción privativa, en cierta especie de controversias, o sobre conflictos relativos a ciertas personas. Son jueces ordinarios los jueces de la Corte Nacional, de las Cortes Provinciales y los de primera instancia en materia penal y civil. Son jueces especiales los de trabajo, de inquilinato, de tránsito, de menores, de paz, etc.

Existen también los jueces de coactiva que son por lo general empleados recaudadores de los organismos del Estado y de las instituciones del sector público que gozan de esta prerrogativa o “privilegio exorbitante”, que les permite ser Juez y parte del proceso, en miras a recaudar las deudas de los contribuyentes u obligados. Este privilegio de autotutela o autodefensa administrativa, se fundamenta en la facultad de imperio que tiene el Estado de Derecho sobre sus asociados, para sin necesidad de tutela judicial, facilitar la recaudación de impuestos, tasas, contribuciones insolutas. Entre otras instituciones que gozan de jurisdicción coactiva están las Municipalidades, Consejos Provinciales, SRI, Banco de Fomento, Banco de la Vivienda, IESS.

FUNCIONES DE LOS JUECES

Son **dos funciones** básicas las que cumplen en ejercicio de su actividad administradora de justicia:

Una **esencial**, que tiene por fin la solución de los conflictos de intereses, esto básicamente en el campo de los procesos de jurisdicción contenciosa y en las acciones constitucionales, cuya competencia les atribuye el art.86 No. 2 de la Constitución.

En el ejercicio de esta función la ley les confiere: **a).-** **poderes-deberes de documentación**, para dejar constancia y fe de los actos procesales**; b).- poderes-deberes de disposición** para ordenar o disponer diligencias; **c).-** **poderes-deberes de decisión**, para resolver el conflicto de intereses y sus incidentes; **d).-** **poderes-deberes disciplinarios y de coerción**, para imponer orden, disciplina, cumplimiento de sus providencias y resoluciones; **e).-** hoy en el “estado constitucional de derechos y justicia”, la función de **dirección jurídica y control social del proceso**, y de garantes de los derechos fundamentales.

Otra secundaria, de **carácter administrativo**, orientada a solemnizar y autorizar actos, constituir estados jurídicos y tutelar derechos, muchas veces frente a un solo interesado, por lo que tales actos o procesos son conocidos como de **simple administración** y están vinculados al ejercicio de la jurisdicción voluntaria o impropia, por lo que en su mayoría hoy han sido atribuidos a la competencia de los Notarios. Como ejemplos tenemos la extinción del patrimonio familiar, disolución de la sociedad conyugal, insinuación judicial, informaciones sumarias, reconocimientos de firmas, etc., cuestión que ayuda a la desjudicialización de ciertos actos o procesos no contenciosos.

En el ámbito de estas dos funciones el Juez agota su actividad, mas sus poderes-deberes varían según sea la concepción privatista o publicista del proceso, de acuerdo con la base ideología que sustenta a una u otra. La primera que limita las funciones del Juez al control de la actividad formal, al control de los presupuestos procesales y a la resolución del conflicto, negándole facultades de oficiosidad y menos en el campo de la prueba, pues parece que no les interesa la búsqueda de la verdad, sino simplemente la resolución. La segunda que propugna el fortalecimiento de sus funciones en miras a asegurar el debido proceso, como instrumento para llegar a la justicia mediante la búsqueda de la verdad.

FACULTADES Y DEBERES GENERICOS DE LOS JUECES

El art. 129 del C. Org. de la Función Judicial, señala entre otros poderes-deberes **jurisdiccionales**, **correctivos** y **coercitivos** de los jueces, los siguientes:

1.- Aplicar la norma constitucional y la de los instrumentos internacionales de los derechos humanos por sobre los preceptos legales contrarios a ella. El art. 4 del mismo Código lo confirma.

2.- administrar justicia aplicando la norma jurídica pertinente. El art. 25 del C.Org. F. Judicial impone a los jueces la obligación de velar por la constante, uniforme, fiel y exacta aplicación en el caso concreto, de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, tratados y leyes.

3.- resolver los asuntos sometidos a su consideración con estricta observancia de los términos previstos en la ley y con sujeción a los principios y garantías que orientan el ejercicio de la función judicial;

4.- denegar de plano los pedidos maliciosos y rechazar los escritos y exposiciones injuriosas, ofensivas o provocativas, sin perjuicio de la respectiva sanción;

5.- denunciar ante las autoridades competentes los casos de ejercicio ilegal de la abogacía;

6.- prestarse mutuo auxilio para la práctica de todas las diligencias que fueren necesarias y hayan ordenado en la sustanciación de los asuntos judiciales;

7.- requerir de toda autoridad pública o de instituciones o personas privadas, el auxilio que demande el ejercicio de sus funciones;

8.- presentar por la vía correspondiente, consultas sobre la inteligencia de las leyes;

9.- de considerar que son incompetentes para conocer una causa en trámite, deben inhibirse de seguir conociendo y enviar el proceso al juez competente, sin declarar nulo el proceso, para que aquel siga conociendo desde ese punto;

10.- al resolver un proceso, y si hay mérito, disponer que se remitan los antecedentes necesarios a la Fiscalía para el juzgamiento de quienes asomen involucrados en un ilícito.

ATRIBUCIONES Y DEBERES DE LOS JUECES DE LO CIVIL

Según el art. 240 del C.Org. de la Func. Judicial, son:

1.- Conocer y resolver en primera instancia los asuntos contenciosos y de jurisdicción voluntaria cuyo conocimiento no esté atribuido a otra autoridad;

2.- conocer y resolver en primera instancia, todos los asuntos de materia patrimonial y mercantil establecidas en las leyes, salvo las que correspondan conocer privativamente a otras juezas o jueces;

3.- conocer de la indeminización de daños y perjuicios derivados de delitos cuando en el juicio penal no se hubiese deducido acusación particular;

4.- conocer en primera instancia de los juicios colusorios ; y,

5.- los demás asuntos determinados por la ley.

EL JUEZ EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y JUSTICIA

Juez deriva de los vocablos latinos jus y dex, que significa vindicador del derecho, por lo que etimológicamente Juez es quien que en nombre del pueblo soberano, reivindica y da el derecho a quien le corresponde, es quien restablece el orden jurídico y social, con paz y justicia.

Sócrates consideraba cuatro los deberes fundamentales del Juez: escuchar cortesmente, responder sabiamente, ponderar prudentemente y decidir imparcialmente.

Aristóteles decía, "Ir al Juez, es ir a la justicia, porque el nos representa la justicia viva y personificada".

En las Partidas de Alfonso X se decía que los jueces son los “Hombres buenos puestos para hacer el derecho”.

Algunos juristas se refieren a ellos como los “técnicos del derecho”, como los “jurisperitos”. La máxima Iura Novit Curia elevada a principio, resalta que “del Derecho conoce el Juez”.

Montesquieu se refería al Juez como "..la boca que pronuncia las palabras de la ley".

Uno de los Mandamientos del Juez, formulados por el jurista Juan Carlos Mendona le impone: "SE JUSTO. Tu máximo saber es que la sentencia que dictes se funde en derecho; que juzgues según la ley y no juzgues la ley…”.

Contra los malos Jueces, Séneca sentenciaba: “ No hay diferencia entre un Juez malvado y un Juez ignorante”.

El jurista español Francisco de Quevedo y Villegas afirmaba que, “Menos mal hacen cien delincuentes que un mal juez”.

Juan Montalvo sentenciaba: “Desgraciado el pueblo en el que sus jueces merezcan ser juzgados”.

Realmente, solo puede ser Juez quien sienta la necesidad de Justicia, con la misma intensidad que el organismo siente la necesidad de oxígeno. A su vez, el mas grande temor del Juez justo, debe ser el cometer una injusticia.

Por su forma de obrar se han identificado varios tipos de jueces. **Uno**, deshumanizado, autoritario y omnipotente, que por su deficiencia de conocimientos e incapacidad de argumentación jurídica, impone con prepotencia: yo mando, yo dispongo, yo ordeno, estese a lo dicho, pues considera que su voluntad está por sobre la misma ley. Es el Juez fuerte con los débiles y débil con los fuertes, ante cuya influencia doblega su independencia y autonomía. Leguleyo, de disciplina rígida en el cumplimiento del orden procesal y del formalismo, pero de profundas deficiencias en el análisis y decisión sobre los asuntos de fondo y contenido de las normas.

El **segundo** que actúa solo a petición de parte, es un ausente del proceso, violador del art. 19 inciso 3º del C. Orgánico que le impone intervención directa en su sustanciación, desconocedor del Activismo Judicial. Es el convidado de piedra, Juez sentenciador, que solo actúa a impulso o empujón de parte, que recién se entera de las contingencias del proceso cuando luego de reiteradas insistencias de parte y de un dilatado e injustificado tiempo de sustanciación, pide autos para sentencia. Aquel que en sus providencias habla de la “calidad y calidez” del servicio judicial, de que “de la Justicia hace una práctica diaria”, situación extraña a su real proceder.

Los dos jueces **procedimentalistas**, aplicadores mecánicos de la ley, directores formales del proceso y consecuentemente esclavos de la letra de la ley y de las formas procesales. Con una visión privatista del proceso que consideran un instrumento al servicio de los intereses particulares. Cultores del principio y sistema dispositivo, que consideran les impiden actuar de oficio, por un temor mojigato a que se les acuse de prevaricato, lo que les lleva a resolver únicamente sobre las pruebas de parte, muchas veces insuficientes, falsas o distorsionadas. Jueces que desconocen que en la norma descansan principios y valores. Jueces sin formación crítica ni conocimientos de argumentación jurídica, que obran subjetivamente, muchas veces por intuición o sentido común, pero sin una visión objetiva ni conciencia social del proceso.

El **tercero** es el nuevo Juez, Director Jurídico del debido proceso formal y sustancial, que redefine su función procesal y actúa con visión constitucional y conciencia social, que entiende que en toda controversia humana hay un interés y una dimensión pública, que trasciende el interés individual y privado de las partes. Juez de la Justicia legal pero también de la constitucional, pues sabe que debe obrar desde esa perspectiva en todo caso y no solo cuando conoce acciones constitucionales o tutela derechos de ese rango. Juez crítico de la ley en la búsqueda de su contenido sustancial, en su lucha contra la esclavitud de su expresión formal: la letra de la ley. Juez que no solo busca ajustar el caso a la norma aplicable en base a un razonamiento subsuntivo, sino también ponderativo acudiendo a los principios, pues sabe que la norma no es solo manifestación de la voluntad del legislador, sino resultado de la ponderación de principios. Por ello entiende que los mismos principios que fueron fundamento de creación de la norma, deben ser fundamento de aplicación al caso concreto.

Juez **GARANTISTA** del Estado garantista de derechos y Justicia. Juez del estado democrático que administra justicia democrática sobre principios de igualdad e imparcialidad. Juez **procesalista** que sabe observar las formas en la medida que no afecten al fondo del conflicto, y que no sacrifica la Justicia por la omisión de formalidades. Juez que a riesgo de ser acusado de prevaricato dispone pruebas, impulsa el proceso, resuelve de oficio y aún protege derechos fundamentales que no hayan sido reclamados (art. 19, inc. 2do C.Org.), dando vida al Activismo Judicial.

Juez administrador del proceso pero esencialmente Administrador de Justicia, actor principal del debido proceso, que utiliza la argumentación jurídica y las leyes de la Lógica Formal pero también de la Dialéctica para resolver el conflicto, sobre bases reales, incorporando aún criterios de moralidad y ética en sus decisiones.

Juez conciliador que pone su mayor esfuerzo en la búsqueda de acuerdos, pues entiende que no por otra razón el C. Orgánico(art. 130 No. 11) le faculta procurar la conciliación en cualquier estado del proceso.

Para ello nuestra sociedad necesita jueces profesionales y no solo profesionales jueces. Jueces con formación en Escuelas o Academias, pues su noble, compleja y sensible tarea requiere de especialización y conocimientos científicos del de derecho.

Su acceso a la judicatura impone no solo un estricto curriculum profesional, sino ético, acompañado de un examen sicométrico en busca de un perfil que garantice corrección, imparcialidad, igualdad, aptitud física, mental, moral y sana crítica para Administrar Justicia con sano criterio, pues en gran medida la calidad de la Justicia que administra, depende de su calidad como administrador.

LAS PARTES PROCESALES: son aquellos sujetos principales, que tienen interés inmediato y directo en la litis y en sus resultados. Son generalmente los sujetos vinculados por la RELACION JURIDICO SUSTANTIVA en conflicto, que se enfrentan en la RELACION JURIDICO PROCESAL como actor y demandado. Para determinar correctamente a las partes procesales, no se debe observar su individualidad sino su posición, la función que cumplen en el proceso y el interés directo en el conflicto, pues mientras el Juez dirige su actuación a la tarea de administrar justicia, las partes procesales orientan su interés a la búsqueda de que prevalezcan sus pretensiones.

Sobre el principio de dualidad de partes propio del proceso contencioso, actor es la persona que propone una demanda o deduce una acción o pretensión, es quién afirma y reclama un derecho, y demandado, aquel contra quien va dirigida esa afirmación y pretensión. Son conocidos como partes procesales, porque son titulares de la pretensión activa o pasiva de un reclamación, son los sujetos activo y pasivo de la acción. Por lo mismo, son partes, tanto quién reclama como quién es reclamado, aclarando que en los casos de representación a personas naturales o jurídicas, parte es el representado y no el representante.

Tanto la parte actora como la demandada pueden estar constituidas por una o mas personas, por lo que pueden darse casos de litis consorcio **activa, pasiva, mixta, legal-necesaria o facultativa**. Si quienes demandan son dos o mas, existe litis consortio activa; si son los demandados, existe litis consortio pasiva. Será mixta si las dos partes están constituidas por varias personas. La litis consortio será **necesaria**, cuando por mandato legal deba contarse con otras personas a quienes puede vincular o afectar una resolución, como en el caso del comprador en los litigios que sobre el objeto de la venta se promuevan en contra del vendedor; o en el caso del vendedor, cuando al comprador se le demande sobre la cosa vendida (art.1783 C.Civil). Será **facultativa**, cuando hay concurrencia o identidad de derechos o intereses entre algunos de los litigantes, ya actores o demandados, por lo que, al no haber discrepancia entre si, podrán conformar una sola parte. Ejemplo: la prescripción adquisitiva puede demandar el marido, la mujer, o los dos, pues el bien pasará a la sociedad conyugal En los tres primeros casos y este último deberán designar un procurador común con quien se contará en el juicio.

Ocasionalmente y con fundamento en el “principio de protección a terceros de buena fe”, la ley legitima o acredita “como partes” a terceros a quienes las providencias judiciales o los resultados del proceso les puede afectar directa o indirectamente, como lo terceros reclamantes, terceristas coadyuvantes, curadores ad litem, etc.

LA CAPACIDAD PARA SER PARTE Y LA CAPACIDAD PROCESAL

La capacidad para ser parte es la aptitud jurídica para ser titular de derechos y obligaciones procesales, vinculada íntimamente con la **capacidad adquisitiva, de goce o simplemente de derecho** establecida en el código civil, que la tiene toda persona por el hecho de ser tal. En esta virtud, **la capacidad para ser parte** es un atributo de la personalidad, que le confiere a las partes de una relación jurídico sustantiva, aptitud jurídica para ser actor o demandado en un proceso, en caso de conflicto, pues la ley le concede personalidad procesal. Hay juristas que prefieren hablar de la legitimatio ad causam, como expresión de la capacidad para ser parte, que le asiste al titular de un derecho sustancial, y que para Enrique Véscovi consiste en la “titularidad para el ejercicio de la pretensión” ya de actor o demandado, es decir, legitimación activa o pasiva.

En otras palabras, tiene capacidad para ser parte, tanto el sujeto activo de la acción que es titular del derecho subjetivo violado; cuanto el sujeto pasivo de la acción, infractor del derecho subjetivo, es decir los sujetos vinculados en la relación jurídico sustantiva. Ej: en el proceso de nulidad de contrato de compraventa, el vendedor y el comprador; en el de reivindicación, el dueño no poseedor y el poseedor no dueño; en el divorcio, el marido y la mujer.

Mas como la capacidad para ser parte no es suficiente para actuar válidamente en el proceso, debemos entender que la **capacidad procesal**, legitimatio ad procesum o capacidad para estar en juicio, es la aptitud o facultad de una persona generalmente mayor de edad, para intervenir en un proceso desplegando actos jurídicamente válidos, a nombre propio o en representación de terceros.

La capacidad procesal se guía por las **normas que sobre la capacidad de obrar, o de ejercicio** nos trae el C. Civil, dado que este requerimiento de carácter subjetivo también persigue en el campo procesal, la idoneidad para intervenir y actuar en juicio, en ejercicio de sus derechos civiles.

El art.1462 del C.Civil señala que “Toda persona es legalmente capaz, excepto las que la ley declara incapaces”, de donde, como derivación, tendríamos que procesalmente toda persona es capaz para intervenir en juicio como actor o demandado, excepto aquellas que por ley no lo son. Así, el derecho procesal señala que no pueden comparecer por si mismos en juicio los menores de edad, las personas jurídicas, los que se hallen bajo patria potestad o bajo tutela o curatela, a no ser por sus representantes legales, tutores o curadores.

El art.28 del C.Civil señala que “Son representantes legales de una persona, el padre o la madre, bajo cuya patria potestad vive; su tutor o curador; y, lo son de las personas jurídicas, los designados en el art.570”. El art. 301 señala que las acciones civiles contra el hijo de familia debe dirigirse al padre o madre que tienen la patria potestad, mas si de hecho demanda o es demandado un incapaz, el demandado deducirá excepción de falta de personería o el proceso se afectará de nulidad, pues la legítima personería es solemnidad sustancial prevista en la ley procesal.

Por excepción la misma ley permite intervenir a menores púberes, cuando lo hacen para defender sus derechos provenientes de contratos que hayan celebrado válidamente sin intervención de representante legal, o en los casos vinculados con la administración y goce de su peculio profesional o industrial; o en el caso del art.10 del C. de Comercio, de menores autorizados para comerciar; o de la madre menor para demandar alimentos para su hijo; o, según el art. innumerado 6 de la Ley Reformatoria al C. de la Niñez, para demandar alimentos a las y los adolescentes mayores de quince años; o, el caso del art.65 del C. de la Niñez que otorga capacidad procesal al menor para ejercer acciones judiciales encaminadas al ejercicio y protección de sus derechos y garantías; o por último, el art.22 de la Ley de la Jurisdicción contencioso administrativa que señala que "...el menor adulto podrá comparecer(a juicio), sin autorización o licencia de la persona que ejerza la patria potestad...".

LOS ABOGADOS.- muchos consideran que es un sujeto principal que como el Juez, no tiene un interés personal directo en los resultados del pleito, pero juega un rol trascendental o protagónico en el desarrollo del debido proceso, a través de una leal y certera asesoría, planificación de la defensa, correcta formulación de los actos de iniciación e impulso procesal, impugnación oportuna y certera de las resoluciones judiciales, apoyo solidario y permanente de la actividad del juez, de quién, con lealtad, debe ser un efectivo auxiliar de justicia. La preponderancia de su participación se ve reflejada, entre otros aspectos, en la garantía constitucional de que toda persona tiene el derecho a ser asistido por un abogado de su elección, en la exigencia legal de que todo escrito lleve su firma, en su necesaria presencia dentro de actos procesales como audiencias, confesiones, inspecciones, etc.

El jurista Merlín señala que la profesión de abogado es la del sabio versado en el conocimiento de las leyes. Jimenez de Asúa sostiene que la primera condición para ser abogado es la conducta moral, pues nuestra profesión es ante todo ética. Bielsa considera que la abogacía es un sacerdocio en el que la moral es su atributo esencial. Otros consideran que en el Abogado debe estar siempre presente la "Hombría de bien y la formación ética" pues sin ellas se torna en “cómplice del fraude o el engaño y sus conocimientos jurídicos son inútiles y aun nocivos”.

Desgraciadamente la realidad nos presenta a un profesional solo de membrete, con conocimientos limitados del derecho, formalista y legalista por excelencia, al parecer egresado no de una Escuela de Derecho sino de Leyes, consecuentemente leguleyo y ágil tramitador, chicanero por excelencia, huérfano de argumentación, lenguaje jurídico, valores y ética profesional, amante y esclavo del dinero fácil. Desconoce de su función social dentro de un Estado de derechos y Justicia, y de la importancia de los derechos, las garantías, la Constitución y el Derecho Constitucional.

Sus actuaciones como **auxiliares** de Justicia se encuentran sujetas al C. Orgánico de la Función Judicial y al control del H.Consejo de la Judicatura, encargado de llevar un registro de abogados incorporados al Foro y de juzgar y sancionar su conducta.

EL DECALOGO DEL ABOGADO (Eduardo J.Couture). Trabajo: obtener y estudiar

DEBERES DEL ABOGADO

El art. 323 del C.Orgánico de la F.Judicial señala que “La Abogacía es una función social al servicio de la justicia y del derecho”, y que “Es garantía fundamental de toda persona ser patrocinada por un abogado de su libre elección”.

El art.330 señala que son deberes del abogado en el patrocinio de una causa, los siguientes:

1.- Actuar al servicio de la justicia y para ese objeto colaborar con los jueces y tribunales.

2.- Patrocinar con sujeción a los principios de lealtad, profesión, veracidad, honradez y buena fe. En relación, el art. 83 No. 12 de la Constitución señala como un deber y responsabilidad de todo ciudadano, ejercer la profesión u oficio con sujeción a la ética, particularmente, no actuar en “abuso del derecho” con acciones cautelares de mala fe, o varias acciones sobre un mismo derecho.

3.- Defender con sujeción a las leyes, la verdad de los hechos y las normas del Código de Conducta que será dictado por el Consejo de la Judicatura.

4.- Instruir y exhortar a sus clientes para que acaten las indicaciones de los jueces, así como para que guarden el debido respeto a los mismos y a todas las personas que intervengan en el proceso.

5.- Cumplir fielmente las obligaciones asumidas con su patrocinio.

6.- Guardar secreto sobre asuntos reservados del proceso.

7.- Consignar en todo escrito que presenten, su nombre, firma y número de matrícula en el foro.

8.- Denunciar a quienes ejerzan ilegalmente la abogacía.

9.- Proceder ceñido a las leyes y con respeto a las autoridades.

LOS PROCURADORES JUDICIALES

El derecho romano prescribía que "Quién obra mediante apoderado, obra por si mismo", "Qui facit per alium est perinde ac si faciat per se ipsum".

Procurador viene de la voz latina procurator, que significa el que suple o sustituye a alguien, es decir la procuración es una forma de mandato(de man y dato=dame la mano) por el que ese alguien-abogado, interviene en sustitución de otro desplegando gestiones judiciales por el.

El art. 41 del COGEP señala que son Procuradores los mandatarios que tienen poder para comparecer al proceso.

El inciso final del art. 333 del C. Orgánico de la F. Judicial señala que “Bastará que en los poderes de procuración judicial se haga constar el encargo de patrocinar en causa o de ejercer la procuración judicial, para que sea suficiente”. Unicamente por disposición de la ley se podrá exigir cláusulas expresas, como para allanarse, sustituir la procuración a otro abogado, transigir, desistir, confesar, recibir valores, tomar posesión de un bien, etc.(art. 43 COGEP).

De lo que podemos deducir que la procuración judicial es una especie de mandato, que por regla general debe otorgarse a abogados en libre ejercicio.

Sobre la forma de otorgar la procuración el art. 42 señala que puede ser por oficio en caso de entidades públicas, escritura o escrito reconocido ante el juez, o aún verbalmente “en la audiencia respectiva”. También puede ser general para todo juicio y diligencia, o especial para uno o mas que el mandante determine.

OBLIGACIONES DEL PROCURADOR

El COGEP y el C. Org. de la F. Judicial imponen al procurador legitimar su intervención desde el inicio del patrocinio, ceñirse a las atribuciones de su mandante, presentar oportunamente en juicio los documentos y pruebas entregados para la defensa, guardar reserva de aquello que le ha confiado su mandante, pagar tasas, multas, costas, interponer recursos e intervenir en todas las audiencia y diligencias procesales, pero además y en lo que fueren aplicables, las obligaciones que el C. Civil impone al mandatario en el ejercicio y administración del mandato.

Además, por la delicadeza y responsabilidad de su función, el procurador tiene la obligación de obrar dentro del marco de la ley, la ética profesional, con responsabilidad, disciplina y honradez acrisolada en la recta ejecución del mandato, pues lo contrario podría acarrearle responsabilidades administrativas, civiles y penales. El Código de Justiniano sentenciaba que “El error de los defensores, no puede perjudicar a los litigantes”.

PERSONAS QUE NO PUEDEN ACTUAR COMO PROCURADORES

Si bien por principio todo abogado puede intervenir idóneamente en juicio como procurador y desplegar gestiones judiciales por un tercero, por excepción no pueden quienes estén están impedidos de ejercer libremente la profesión, ejercen cargos públicos o de elección popular como el Presidente, Vicepresidente, Ministros, Asambleístas, Procurador, Contralor, Fiscal General, Alcaldes, Prefectos y otros referidos en el art. 328 del C. Org. de la F. Judicial.

TERMINACION DE LA PROCURACION

La procuración judicial termina:

a.-por la conclusión del proceso, procesos, actuación o actuaciones judiciales encomendadas;

b.-por la revocación de la procuración, desde que comparece el mandante o un nuevo procurador;

c.-por renuncia del procurador, siempre que comparezca a juicio el mandante, en forma personal, o por medio de nuevo procurador;

d.-por la expiración del tiempo por el que fue conferida la procuración;

e.-por la muerte del mandante o del procurador. Sin embargo si muere el mandante actor o demandado, después de presentada la demanda o de haber sido citado, deberá continuar la defensa hasta que se designe un sustituto, comparezcan los sucesores o se nombre curador de la herencia yacente

d.-por interdicción del procurador.